

Klagenævnet for Udbud

**RESUMÉER AF  
KENDELSER  
FRA  
KLAGENÆVNET  
FOR  
UDBUD  
1999**

Januar 2000

(senere mindre revisioner kan have fundet sted)

Efter indholdsfortegnelsen indeholdes nedenfor resuméer af de kendelser, som Klagenævnet for Udbud har afsagt i 1999. 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
En offentlig udbyder skulle i det konkrete tilfælde ikke sammenlægge sit samlede rengøringsbehov ved beregningen af tærskelværdien .....	5
Begrundelse for afvisning af tilbud som ukonditionsmæssigt skal henvises til konkrete forhold. Brug af referenceprodukt var i strid med Bygge- og anlægsdirektivet uanset angivelse af »eller dermed ligestillet«. Referencer og kapacitet skal vurderes ved prækvalifikationen .....	6
Forespørgsel til en tilbudsgiver på grund af abnormt lavt tilbud. Forbehold. Ufyldstgørende begrundelse. Delkriteriums lovlighed.....	7
Udbud efter forhandling. Genoptagelse af forhandlingerne med en tilbudsgiver var i strid med udbudsbetingelserne og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Udbudet annulleret. Opsættende virkning .....	8
Udbud efter forhandling. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed var ikke tilsidesat. Opsættende virkning var meddelt .....	9
Ikke anledning til at tage stilling til, om rengøring skulle have været udbudt tidligere. Udvidelse af rengøringsbehov medfører ikke ubetinget pligt til nyt EU-udbud straks .....	10
EU's udbudsregler medfører ikke ubetinget pligt til sammenlægning af anskaffelser af samme art. En rengøringskontrakt skulle anses for at ophøre ved det aftalte udløb uanset mulighed for at aftale forlængelse.....	11
EU's udbudsregler medfører ikke ubetinget pligt til sammenlægning af anskaffelser af samme art.....	12
Udelukkelse fra prækvalifikation som følge af ikke rettidig indsendelse af dokumentation om skatteforhold m.m. var berettiget. Ikke opsættende virkning .....	13
Udelukkelse fra prækvalifikation som følge af ikke rettidig indsendelse af dokumentation om skatteforhold m.m. var berettiget. Ikke opsættende virkning .....	14
Klage afvist, da Klagenævnet vedrørende nogle påstande ikke var kompetent, og da de øvrige påstande var for uklare .....	15
Ikke pligt til fornyet udbud ved suppleringskøb .....	15
Udbyder pålagt at se bort fra et tilbud som følge af forbehold om et grundlæggende element. Opsættende virkning .....	16
Et tilbud ikke anset for ukonditionsmæssigt. Generelle bemærkninger om tildelingskriteriet »prisen« og om forhandlinger med den valgte tilbudsgiver .....	16
Sammenblanding af kvalifikationskriterier og tildelingskriterier. Udbyder må ikke tage forhold om frit valg mellem tilbudene. Uvæsentlige afvigelser fra udbudsbetingelserne indebærer ikke en overtrædelse af udbudsreglerne. Ikke opsættende virkning .....	18
Projektkonkurrence om totalrådgivning for et byggeri. Det var ikke en overtrædelse af EU's udbudsregler, at udbudet kun refererede til arkitektopgaven og ikke til ingeniøropgaven.....	19

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

Udbudsbetingelsernes angivelse af, hvilke forbehold, der ville blive accepteret, var for uklar .....	20
Udbyder havde saglig grund til at udelukke en ansøger fra prækvalifikation, da der var en ikke fjerntliggende risiko for, at ansøgeren ville tage uvedkommende hensyn ved opgavens udførelse. Ikke opsættende virkning .....	21
Den blotte indrykning af annoncer er ikke udbudspligtig .....	22
Et tilbud vedrørende kompostbeholdere opfyldt udbudsbetingelserne. Det var i strid med Indkøbsdirektivet, at udbyder havde forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem tilbudene og annullere udbudet. Ikke opsættende virkning .....	23
Aftale om levering af byudstyr var en koncessionsaftale. I hvert fald principperne i Tjenesteydelsesdirektivet skulle anvendes. Ikke kritik af udbyderens tildelingsbeslutning. Ikke opsættende virkning.....	24
Når en klage er tilbagekaldt, færdigbehandler Klagenævnet kun sagen, hvis der foreligger ganske særlige grunde, hvilket ikke var tilfældet .....	25
Udbyderens tildelingsbeslutning annulleret, da tjenesteydelsen var for upræcist beskrevet i udbudsbetingelserne, og da en person med tilknytning til 2 tilbudsgivere havde deltaget i udbyderens gennemgang af nogle af tilbudene. Ikke opsættende virkning .....	25
Overtrædelse af forbudet mod forskelsbehandling og forhandlingsforbudet m.m. Tildelingsbeslutningen annulleret. Opsættende virkning var meddelt .....	26
Sammenblanding af udvælgelseskriterier og tildelingskriterier. Ufyldstgørende begrundelse. Uigennemsigtig varetagelse af udbudet og overtrædelse af ligebehandlingsprincippet .....	27

## Resuméer af kendelser

### **21. januar 1999. L.R. Service ApS mod Sorø Kommune**

*En offentlig udbyder skulle i det konkrete tilfælde ikke sammenlægge sit samlede rengøringsbehov ved beregningen af tærskelværdien*

En kommune indgik i 1981 aftale med en rengøringsvirksomhed om rengøring af rådhuset. I 1994 opfordrede kommunen 3 andre rengørings-selskaber til afgive tilbud på denne rengøring, og et tilbud fra et af disse rengørings-selskaber blev antaget. Værdien af rengøringen nåede ikke op på tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi. Kommunen havde tidligere uden udbud indgået kontrakt om rengøring af en af kommunens skoler. Værdien af denne rengøring oversteg tjenesteydelsesdirektivets tærskel-værdi.

En konsulentvirksomhed, der ikke selv havde afgivet tilbud på nogen af de omtalte rengøringsentrepriser, klagede til Klagenævnet med påstand om, at nævnet skulle fastslå, at kommunen havde handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivet. Klageren gjorde gældende, at de to entrepriser, der alt i alt måtte anses for ensartede, skulle sammenlægges ved beregningen af tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi. Under sagen erkendte kommunen, at rengøringen af skolen skulle have været i EU-udbud, og oplyste, at der var taget skridt til opsigelse af den pågældende kontrakt.

Klagenævnet pålagde kommunen snarest at udbyde rengøringen af skolen i EU-udbud. Med hensyn til rengøringen af rådhuset henviste Klagenævnet til, at værdien af denne rengøring ikke nåede op på tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi. Klagenævnet henviste videre til, at der var tale om en konkret ydelse fastsat efter det individuelle behov for rengøringen på rådhuset, og til, at nævnet ikke havde konstateret forsøg på omgåelse af udbudsreglerne. Herefter, og da der ikke i det foreliggende tilfælde efter tjenesteydelsesdirektivet var pligt til at foretage sammenlægning af den økonomiske værdi af kommunens samlede rengøringsbehov, toges klagen ikke til følge med hensyn til rengøringen af rådhuset.

Om denne klagers retlige interesse i at klage til Klagenævnet med hensyn til offentlige udbyderes rengøring se også Klagenævnets kendelse af 8. juni 1998 i sagen samme klager mod Skovbo Kommune.

Om den pågældende klagers synspunkt om, at offentlige udbydere skal foretage sammenlægning af deres samlede rengøringsbehov, se også Klagenævnets kendelser af 28. maj 1999 i 2 sager fra samme klager mod henholdsvis Bramsnæs Kommune og Ramsø Kommune. I disse kendelser afvistes synspunktet med principielt formulerede begrundelser.

**1. marts 1999. Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening, Slagelse**

*Begrundelse for afvisning af tilbud som ukonditionsmæssigt skal henvise til konkrete forhold. Brug af referenceprodukt var i strid med Bygge- og anlægsgesetzets uanset angivelse af »eller dermed ligestillet«. Referencer og kapacitet skal vurderes ved prækvalifikationen*

**NB! Kendelsen er fortolket ved Højesterets kendelse af 10. august 2001 i Ugeskrift for Retsvæsen 2001 s. 2286 H.** (Lagt til grund, at Klagenævnet ikke havde taget den påstand, der nævnes under punkt 4) nedenfor til følge, selvom dette kun fremgik af præmisserne til nævnets kendelse og ikke var nævnt i kendelsens konklusion).

Et boligselskab, der er et offentligretligt organ i henhold til EU's udbudsdirektiver og derfor er omfattet af udbudspligten i henhold til disse, udbød ved begrænset udbud i henhold til Bygge- og anlægsgesetzets lukningsentreprisen ved reovering af nogle boligblokke. Som tildelingskriterium var angivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra pris, referencer og kapacitet. I udbudsbetingelserne var om altanlukningssystemet bl.a. angivet, at aluminiumsprofiler og tilhørende komponenter med hensyn til kvalitet, styrke og funktion skulle være som fabrikat EK-Viktoria eller et i alle henseender tilsvarende altanlukningssystem.

En prækvalificeret tilbudsgiver, hvis tilbud var blevet afvist som ukonditionsmæssigt, klagede til Klagenævnet over forskellige forhold (punkterne 1-4 nedenfor), og Klagenævnet tog et yderligere spørgsmål op ex officio (punkt 5 nedenfor).

Klagenævnet udtalte:

1) Klage over ufyldstgørende begrundelse for afvisningen af klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt: Taget til følge ved, at nævnet konstaterede, at udbyderen trods klagerens anmodning om begrundelse for afvisningen ikke rettidigt havde givet klageren en fyldestgørende begrundelse. Nævnet udtalte herved: En udbyder skal i henhold til Bygge- og anlægsgesetzets artikel 8, stk. 1, efter anmodning inden 15 dage meddele bl.a. forbigående tilbudsgivere begrundelsen for, at deres tilbud er blevet forkastet, og begrundelsen for en forkastelse af et tilbud som ukonditionsmæssigt må indeholde en henvisning til de konkrete forhold, der har bevirket vurderingen som ukonditionsmæssig. En sådan henvisning blev imidlertid først givet ved fremlæggelsen af nogle bilag for Klagenævnet, dvs. længe efter udløbet af 15-dages fristen i direktivets artikel 8, stk. 1.

2) Klage over, at udbyderen havde forkastet klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt: Taget til følge ved, at nævnet konstaterede, at forkastelsen var i strid med EU's udbudsregler. Nævnet udtalte herved: Forkastelsen var i det væsentligste var begrundet med, at det altanlukningssystem, som klageren havde tilbudt, ikke svarede til referenceproduktet EK-Viktoria, men udbudsbetingelsernes angivelse af referenceproduktet var i strid med bygge- og anlægsgesetzets artikel 10, stk. 6, jf. nedenfor ad punkt 3. Desuden indebar den ikke en så nøjagtig og fuldstændig beskrivelse af det udbudte, som må kræves efter de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, idet boligforeningen havde forsømt med tilstrækkelig tydelighed at angive, på hvilke punkter det tilbudte altanlukningssystem skulle svare til referenceproduktet. Klagerens påstand om annullation af boligselskabets beslutning om forkastelsen af tilbudet

blev ikke taget til følge, allerede fordi klagen til Klagenævnet først var blevet indgivet ca. 5 måneder efter forkastelsen.

3) Klage over, at udbudsbetingelsernes angivelse af referenceproduktet EK-Viktoria var i strid med bygge- og anlægsgeneraldirektivets artikel 10, stk. 6 (om principielt forbud mod at foreskrive varer af et bestemt fabrikat): Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede, at angivelsen var i strid med den nævnte direktivbestemmelse, allerede fordi der ikke var anvendt formuleringen »eller dermed ligestillet«, men også bortset herfra. Nævnets flertal begrundede denne afgørelse med, at der ikke var fremkommet noget, der tydede på, at boligselskabet ikke i udbudsbetingelserne kunne have givet tilstrækkelige specifikationer for altanlukningssystemet uden at skulle henvise til et referenceprodukt. Et mindretal i nævnet begrundede afgørelsen med, at angivelse af et referenceprodukt ikke er i strid med artikel 10, stk. 6, med hensyn til en kompleks bygningsdel, såfremt referencen alene har til formål at angive en overordnet beskrivelse og i øvrigt er alment kendt, men at referencen i det konkrete tilfælde havde været brugt til at fravælge et andet produkt delvis på detaljer, hvorom der ikke i udbudet havde været anført præcise krav.

4) Klage over, at udbyderen havde vurderet klagerens tilbud som ringere end tilbudet fra den valgte tilbudsgiver: Ikke taget til følge. Anført, at denne del af klagen angik det hypotetiske tilfælde, at klagerens tilbud ikke var blevet forkastet som ukonditionsmæssigt, og at den refererede til en slags subsidiær vurdering, som boligselskabets tekniske rådgiver havde foretaget. Nævnet fandt ikke grundlag for at antage, at denne vurdering var sket under varetagelse af usaglige hensyn eller lignende.

5) Ex officio konstateret, at boligselskabet havde overtrådt bygge- og anlægsgeneraldirektivets artikel 30, stk. 1, (om tildelingskriterier) ved i udbudsbekendtgørelsens angivelse af tildelingskriterium at henvise til referencer og kapacitet. Anført, at når en udbyder har prækvalificeret en potentiel tilbudsgiver og fremsendt opfordring til denne om at give tilbud, må det som udgangspunkt kunne anses for fastlagt, at udbyderen har accepteret den prækvalificerede som tilbudsgiver og herunder har accepteret den prækvalificeres referencer og kapacitet til at udføre opgaven. Det vil herefter som udgangspunkt vil være i strid med artikel 30, stk. 1, tillige at tage tilbudsgiverens referencer og kapacitet i betragtning som tildelingskriterium.

## **8. marts 1999. Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Nykøbing F. Kommune**

*Forespørgsel til en tilbudsgiver på grund af abnormt lavt tilbud. Forbehold. Ufyldestgørende begrundelse. Delkriteriums lovlighed*

En kommune udbød som begrænset udbud i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet ingeniørvirksomhed i forbindelse med ledningsarbejde og udbygning af nogle fjernvarmecentraler. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle delkriterier. Der indkom tilbud fra et antal prækvalificerede ingeniørvirksomheder, og udbyderen indgik kontrakt med en af disse. En ingeniørorganisation klagede over forskellige forhold i forbindelse med udbudet, og klagenævnet afgjorde sagen således:

Klage over, at udbyderen havde stillet nogle spørgsmål til en af tilbudsgiverne i anledning af, at det pågældende tilbud var langt lavere end

de øvrige tilbud: Ikke taget til følge, idet kommunen havde handlet i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 5, hvorefter en ordregiver skal rette forespørgsel til en tilbudsgiver, hvis dennes tilbud er unormalt lavt.

Subsidiær klage over, at den omtalte forespørgsel reelt gik ud på anmodning om uddybning af tilbudet: Ikke taget til følge. Henvist til, at der var tale om 3 klare spørgsmål og 3 klare svar, og at det ikke var i strid med EU's udbudsregler, at udbyderen derefter havde stillet et supplerende spørgsmål om timeopgørelse.

Klage over, at udbyderen ikke havde taget tilbudet fra en af tilbudsgiverne i betragtning, da tilbudet ikke indeholdt forbehold, eller da forbehold i tilbudet burde have været prissat: Ikke taget til følge, idet tilbudet indeholdt forbehold om bemanning, hvilket vedrørte væsentlige udbudsbetingelser, hvorfor udbyderen var berettiget og forpligtet til ikke at tage tilbudet i betragtning.

Klage over, at udbyderen ikke havde givet den pågældende tilbudsgiver en fyldestgørende begrundelse for ikke at tage tilbudet i betragtning: Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde givet tilbudsgiveren en forkert begrundelse, idet den begrundelse, som udbyderen havde givet tilbudsgiveren, syntes at gå ud på, at tilbudet ikke var det økonomisk mest fordelagtige, hvorimod grunden var forbehold i tilbudet, der bevirkede, at udbyderen var berettiget og forpligtet til ikke at tage det i betragtning.

Klage over, at udbyderen havde anvendt delkriteriet »tilbudspris«, idet dette kriterium ikke kunne anvendes som følge af, at hverken projektet eller rådgivningsopgavens omfang var endeligt fastlagt: Ikke taget til følge. Henvist til, at det omtalte delkriterium utvivlsomt refererede til den samlede tilbudspris og tilbudsprisen for 7 delprojekter. Dog anført, at det som følge af ligebehandlingsprincippet var en forudsætning for kriteriets lovlighed, at der ikke på udbudstidspunktet hverken formelt eller reelt var truffet beslutninger med hensyn til delprojekternes udførelse m.m., idet der i modsat fald ville være risiko for, at tilbudsgiverne kunne misbruge en eventuel viden om sådanne beslutninger.

### **9. marts 1999. Technicomm A/S mod DSB**

*Udbud efter forhandling. Genoptagelse af forhandlingerne med en tilbudsgiver var i strid med udbudsbetingelserne og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Udbudet annulleret. Opsættende virkning*

Jernbaneselskabet DSB udbød som udbud efter forhandling i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet en indkøbs- og tjenesteydelsesaftale vedrørende håndterminaler. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle delkriterier. Der prækvalificeredes 7 virksomheder, hvoraf 4 afgav tilbud. I overensstemmelse med udbudsbetingelserne indledte udbyderen forhandlinger med 2 af tilbudsgiverne og besluttede på et tidspunkt at fortsætte forhandlingerne alene med den ene tilbudsgiver, A, hvilket udbyderen meddelte den anden tilbudsgiver, B. Udbyderen fortsatte herefter forhandlingerne med A, men genoptog på B's initiativ også forhandlingerne med B, efter at denne havde afgivet et nyt tilbud. På et tidspunkt besluttede udbyderen at fortsætte forhandlingerne med B alene, hvilket man meddelte A, der derefter klagede til Klagenævnet. Nævnet tillagde klagen opsættende virkning, således at

udbyderen ikke måtte træffe beslutning om indgåelse af kontrakt, men ikke skulle være afskåret fra at fortsætte forhandlingerne med B. Klagenævnet afgjorde sagen således:

Klage over, at udbyderen havde taget tilbudet fra B i betragtning, selv om udbyderen var klar over, at tilbudet var afgivet i strid med Traktatens artikel 86 om misbrug af dominerende stilling: Afvist, da der intet nærmere var fremkommet om dette klagepunkt.

Klage over, at udbyderen havde meddelt B, på hvilke punkter dennes tilbud skulle ændres, for at forhandlingerne kunne genoptages: Ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke i sagens oplysninger havde fundet grundlag for denne del af klagen.

Klage over, at udbyderen havde taget tilbudet fra B i betragtning på trods af en række nærmere angivne omstændigheder:

På en række punkter ikke taget til følge med forskellige begrundelser. I øvrigt taget til følge med henvisning til, at det var i strid med udbudsbestemmelserne og forsyningsvirksomhedsdirektivet, at udbyderen havde taget det nye tilbud fra B i betragtning, efter at udbyderen havde truffet beslutning om indtil videre ikke at fortsætte forhandlingerne med B.

Det pålagdes udbyderen at annullere udbudet.

### **18. marts 1999. Seghers Better Technology Group mod I/S Amagerforbrændingen**

*Udbud efter forhandling. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed var ikke tilsidesat. Opsættende virkning var meddelt*

En offentlig affaldsforbrændingsvirksomhed udbød som udbud efter forhandling i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet en udvidelse af forbrændingsanlæggets kapacitet. I udbudsbekendtgørelsen var opregnet forskellige tekniske krav til tilbudsgiverne. Udbyderens bestående anlæg var udført af virksomheden Ansaldo Vølund A/S (Ansaldo Vølund), og det oplystes i udbudsbekendtgørelsen, at denne virksomhed allerede var valgt som tilbudsgiver. Der indkom tilbud fra Ansaldo Vølund og Seghers Better Technology Group (Seghers).

På et tidspunkt meddelte udbyderen Seghers, at Seghers tilbud ikke kunne komme i betragtning, og udbyderen indgik kontrakt med Ansaldo Vølund om en del af arbejdet. Seghers klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at udbyderen på nærmere angiven måde havde tilsidesat de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Seghers nedlagde påstand om, at Klagenævnet skulle annullere udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med Ansaldo Vølund om en del af arbejdet. Seghers nedlagde videre påstand om, at Klagenævnet skulle fastslå, at udbyderen var afskåret fra at indgå kontrakt om det resterende arbejde, og at udbyderen var afskåret fra at indgå kontrakt med Ansaldo Vølund om det. Klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning.

Klagen blev ikke taget til følge. Klagenævnet udtalte i hovedtræk: Udbyderen havde forud for udbudet indhentet oplysning hos Ansaldo Vølund om anlægget, men der forelå ikke for Klagenævnet grundlag for at antage, at der herved var sket forskelsbehandling af Seghers og Ansaldo Vølund ved udbyderens vurdering af de to tilbud. Udbyderen havde givet Seghers mulighed for både ved besøg på anlægget og ved kontakt til medarbejdere på dette at skaffe sig sådanne supplerende oplysninger om anlæggets opbygning og funktion, som Seghers måtte finde fornødne ud

over, hvad der fremgik af udbudsbetingelserne, men Seghers havde ikke eller i hvert fald kun i begrænset omfang udnyttet disse muligheder. At udbyderen havde tilladt Seghers at omarbejde sit tilbud, således at dette ligeværdigt kunne vurderes sammen med Ansaldo Vølunds tilbud, kunne ikke føre til, at udbyderen var forpligtet til at fortsætte forhandlingerne med Seghers. Klagenævnet fandt ikke allerede på det foreliggende grundlag at kunne fastslå, at udbyderen var afskåret fra at indgå kontrakt om det resterende arbejde, og det henhørte ikke under Klagenævnets kompetence at tage stilling til, om udbyderen var afskåret fra at indgå kontrakt med Ansaldo Vølund om dette arbejde.

### **28. maj 1999. L.R. Service ApS mod Ringsted Kommune**

*Ikke anledning til at tage stilling til, om rengøring skulle have være udbudt tidligere. Udvidelse af rengøringsbehov medfører ikke ubetinget pligt til nyt EU-udbud straks*

Ca. halvdelen af rengøringen i en kommune og dens institutioner udførtes af egne ansatte, medens resten udførtes af et rengøringsselskab i henhold til en kontrakt indgået før tjenesteydelsesdirektivets ikrafttræden i Danmark 1. juli 1993. På et tidspunkt efter denne dato tog kommunen en ny institution, »Kastaniehaven«, i brug, og rengøringen i denne institution blev udført af det omtalte rengøringsselskab uden EU-udbud.

Et konsulentfirma klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at der i medfør af tjenesteydelsesdirektivets artikel 7, stk. 4, næstsidste punktum (om sammenlægning af værdien af delydelser, som en tjenesteydelse er opdelt i) skulle ske sammenlægning af værdien af rengøringen i de af kommunens institutioner, der fik udført rengøring af et rengøringsselskab, da de pågældende institutioner ikke syntes at have effektiv faktisk selvforvaltning. Klageren anførte, at det centrale i sagen var, at kommunen ikke havde foretaget EU-udbud af rengøring overhovedet, og at inddragelsen af »Kastaniehaven« under den rengøring, der blev udført af rengøringsselskabet, var en særlig markant overtrædelse af tjenesteydelsesdirektivet.

Kommunen besluttede under sagens forberedelse, at hele dens rengøring skulle udbydes i EU-udbud.

Klagenævnet henviste til, at nævnet i kendelser afsagt samme dag i sagerne samme klager mod henholdsvis Bramsnæs Komme og Ramsø Kommune havde fastslået, at der ikke af EU's udbudsregler kan udledes et ubetinget princip om, at der skal ske sammenlægning af alle rengøringsaftaler, der indgås af en kommune. Der var endvidere ikke fremkommet noget, der pegede i retning af, at kommunen ved sin administration af rengøringen af sine institutioner, herunder »Kastaniehaven«, havde haft til hensigt at omgå EU's udbudsregler.

Klagenævnet bemærkede videre: Det må antages, at der af tjenesteydelsesdirektivet kan udledes en regel om, at en vedvarende tjenesteydelse, der er omfattet af direktivet, skal udbydes en gang imellem, fx hvert 4. år, og kommunen havde muligvis overtrådt denne regel ved ikke tidligere at have foretaget EU-udbud af den rengøring, der nu udførtes af et rengøringsselskab. Da det imidlertid var tvivlsomt, hvad den omtalte regel i givet fald går ud på, da klageren ikke syntes at have påberåbt sig den, og da kommunen under alle omstændigheder ville foretage et samlet EU-udbud

af sin rengøring nu, fandt nævnet ikke anledning til at beskæftige sig yderligere med det pågældende spørgsmål.

Klagenævnet bemærkede desuden: I tilfælde, hvor en offentlig myndighed får sin rengøring udført af et rengøringsselskab i henhold til et EU-udbud, vil det jævnligt forekomme, at der sker ændringer af myndighedens rengøringsbehov i kontraktperioden, fx ved udvidelse af rengøringsarealet som følge af ibrugtagning af en ny institution. I sådanne tilfælde kan myndigheden ikke have en ubetinget pligt til at foretage et særskilt EU-udbud af rengøringen i den nye institution, og det må efter omstændighederne være forsvarligt, at rengøringsselskabet overtager rengøringen af den mod en forholdsmæssig forhøjelse af sit vederlag, således at den nye institution medtages i det EU-udbud, der skal foretages efter udløbet af den samlede kontrakt. Da værdien af rengøringen i »Kastaniehaven« lå langt under tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi og utvivlsomt var beskeden i forhold til værdien af den samlede rengøring, som kommunen fik udført hos rengøringsselskabet, og da rengøringen af »Kastaniehaven« ville indgå i kommunens kommende EU-udbud, var det herefter ikke en overtrædelse af tjenesteydelsesdirektivet, at rengøringen af »Kastaniehaven« var indgået i kommunens nuværende kontrakt med rengøringsselskabet uden EU-udbud.

Klagen toges således ikke til følge.

Om denne klagers retlige interesse i at klage til Klagenævnet se også Klagenavnets kendelse af 8. juni 1998 i sagen samme klager mod Skovbo Kommune.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

## **28. maj 1999. L.R. Service ApS mod Bramsnæs Kommune**

*EU's udbudsregler medfører ikke ubetinget pligt til sammenlægning af anskaffelser af samme art. En rengøringskontrakt skulle anses for at ophøre ved det aftalte udløb uanset mulighed for at aftale forlængelse*

En kommune udbød i 1992 rengøringen af rådhuset og nogle skoler m.m., og et rengøringsfirma udførte derefter rengøringen fra 1. juli 1993 i henhold til en 3-årig kontrakt. Fra 1. august 1996 fortsatte kontrakten uændret med et opsigelsesvarsel på 3 måneder. I 1998 udbød kommunen den pågældende rengøring som EU-udbud i henhold til tjenesteydelsesdirektivet og indgik på grundlag af dette udbud en ny kontrakt med det samme rengøringsfirma om rengøringen med virkning fra 1. maj 1999. Efter sit indhold udløb den nye kontrakt den 30. april 2002, men således at forlængelse i op til 2 x 1 år kunne aftales og skulle være aftalt senest 6 måneder før udløbet af kontrakt- eller forlængelsesperioden. Kontraktens værdi oversteg tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi.

Kommunen har 10-12 daginstitutioner, heraf 2 selvejende. Disse daginstitutioner står alle selv for deres rengøring, således at nogle af dem har ansat egne rengøringsmedarbejdere, medens andre får rengøringen foretaget af et rengøringsfirma.

Et konsulentfirma klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at forlængelsen i 1996 af rengøringskontrakten vedrørende rådhuset m.m. burde være sket efter EU-udbud. Klageren gjorde desuden gældende, at der i medfør af tjenesteydelsesdirektivets artikel 7, stk. 4, næstsidste punktum (om sammenlægning af værdien af delydelser, som en tjenesteydelse er opdelt i) skulle ske sammenlægning af værdien af rengøringen i de dagin-

stitutioner, der får udført rengøring af et rengøringsselskab, da de pågældende daginstitutioner ikke syntes at have effektiv faktisk selvforvaltning.

Klagenævnet lagde til grund, at værdien af den rengøringsaftale, som kommunen indgik i 1996 vedrørende rådhuset m.m., oversteg tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi, og Klagenævnet konstaterede herefter, at kommunen havde overtrådt EU's udbudsregler ved ikke at have udbudt den pågældende rengøring i EU-udbud.

Med hensyn til de daginstitutioner, der fik rengøringen udført af et rengøringsselskab, bemærkede Klagenævnet: Nævnet måtte gå ud fra, at værdien af den enkelte institutions rengøring ikke nåede op på tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi, men at værdien af de pågældende daginstitutioners rengøring muligvis tilsammen oversteg denne tærskelværdi. EU's udbudsregler har til formål at sikre, at betydelige opgaver, som kan have interesse uden for de enkelte landes grænser, og som kan bære udgifter til udarbejdelse af udbudsmateriale og vurdering af tilbud, bliver udbudt på europæisk plan, og udbudsdirektivernes regler om tærskelværdi afspejler dette formål. Dette gælder også tjenesteydelsesdirektivets artikel 7, stk. 4, sidste punktum, som klageren havde påberåbt sig, og formålet med denne regel er at forhindre opsplitting af en ydelse i den hensigt at undgå EU-udbud. EU's udbudsregler, herunder den nævnte bestemmelse i tjenesteydelsesdirektivet, går derimod ikke ud på, at en offentlig udbyder under alle omstændigheder skal sammenlægge værdien af sine anskaffelser af samme art, herunder alle sine rengøringsaftaler. Der var endvidere ikke fremkommet noget, der pegede i retning af, at kommunen ved sin administration af de omtalte daginstitutioners rengøring havde søgt at omgå EU's udbudsregler. Uanset om institutionerne havde selvforvaltning, havde Klagenævnet herefter ikke grundlag for at fastslå, at kommunen havde overtrådt EU's udbudsregler med hensyn til deres rengøring.

Klagenævnet fandt anledning til at bemærke, at kontrakten pr. 1. maj 1999 vedrørende rengøringen af rådhuset m.m. måtte anses for at ophøre pr. 30. april 2002, og at den ikke kunne forlænges uden nyt EU-udbud.

Efter kendelsens afsigelse er det fremgået, at kendelsen for så vidt angår daginstitutionerne synes at bygge på en misforståelse af de oplysninger, der fremkom på den mundtlige forhandling i sagen, men at dette ikke har haft realitetsbetydning for sagens afgørelse.

Om denne klagers retlige interesse i at klage til Klagenævnet se også Klagenævnets kendelse af 8. juni 1998 i sagen samme klager mod Skovbo Kommune.

## **28. maj 1999. L.R. Service ApS mod Ramsø Kommune**

*EU's udbudsregler medfører ikke ubetinget pligt til sammenlægning af anskaffelser af samme art*

En kommune havde et antal daginstitutioner, og kommunen havde efter ønske fra institutionslederne tilladt, at rengøringen på 9 af daginstitutionerne udførtes af rengøringsselskaber.

Et konsulentfirma klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at der i medfør af tjenesteydelsesdirektivets artikel 7, stk. 4, næstsidste punktum (om sammenlægning af værdien af delydelser, som en tjenesteydelse er opdelt i) skulle ske sammenlægning af værdien af rengøringen i de daginstitutioner, der fik udført rengøring af et rengøringsselskab, da de pågældende daginstitutioner ikke havde effektiv faktisk selvforvaltning.

Klagenævnet bemærkede, at kommunens daginstitutioner ikke syntes at have egentlig faktisk selvforvaltning, og nævnet lagde efter sagens oplysninger til grund, at aftalerne om rengøring for de 9 daginstitutioner, der fik rengøringen udført af rengøringselskab, både formelt og reelt var indgået af kommunens centralforvaltning. Klagenævnet lagde efter sagens oplysninger videre til grund, at værdien af ingen af de 9 daginstitutioners rengøring oversteg tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi, men at den samlede værdi af rengøringen for de 9 daginstitutioner oversteg denne tærskelværdi.

Nævnet bemærkede videre: EU's udbudsregler har til formål at sikre, at betydelige opgaver, som kan have interesse uden for de enkelte landes grænser, og som kan bære udgifter til udarbejdelse af udbudsmateriale og vurdering af tilbud, bliver udbudt på europæisk plan, og udbudsdirektivernes regler om tærskelværdi afspejler dette formål. Dette gælder også tjenesteydelsesdirektivets artikel 7, stk. 4, sidste punktum, som klageren havde påberåbt sig, og formålet med denne regel er at forhindre opsplittning af en ydelse i den hensigt at undgå EU-udbud. EU's udbudsregler, herunder den nævnte bestemmelse i tjenesteydelsesdirektivet, går derimod ikke ud på, at en offentlig udbyder under alle omstændigheder skal sammenlægge værdien af sine anskaffelser af samme art, herunder alle sin rengøringsaftaler. Der var endvidere ikke fremkommet noget, der pegede i retning af, at kommunen ved sin administration af de omtalte daginstitutioners rengøring havde søgt at omgå EU's udbudsregler. Klagen toges herefter ikke til følge.

Om denne klagers retlige interesse i at klage til Klagenævnet se også Klagenævnets kendelse af 8. juni 1998 i sagen samme klager mod Skovbo Kommune.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

#### **4. juni 1999. Acer Scandinavia A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S**

*Udelukkelse fra prækvalifikation som følge af ikke rettidig indsendelse af dokumentation om skatteforhold m.m. var berettiget. Ikke opsættende virkning*

En offentlig udbyder udbød som begrænset udbud i henhold til indkøbsdirektivet indgåelse af rammeaftaler vedrørende levering af datamater. Udbudsbekendtgørelsen blev optaget i EF-tidende den 23. december 1998. Af udbudsbekendtgørelsen fremgik, at virksomheder, der ønskede at anmode om prækvalifikation, hos udbyderen skulle rekvirere et særligt spørgeskema, der skulle afleveres i udfyldt stand senest den 29. januar 1999 sammen med anmodningen om prækvalifikation. Det omtalte spørgeskema indeholdt en rubrik til oplysninger om virksomheden, bl.a. med hensyn til, om virksomheden havde været under konkurs, og om virksomhedens forhold til det offentlige, herunder skatteforhold mv. I spørgeskemaet var anført, at de omtalte oplysninger skulle dokumenteres ved erklæring fra vedkommende offentlige myndighed eller ved en såkaldt serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og at dokumentationen skulle vedlægges det udfyldte spørgeskema. Dette var ligeledes nævnt i den skrivelse, som udbyderen sendte til virksomhederne sammen med spørgeskemaet.

En af de virksomheder, der anmodede om prækvalifikation, havde overset det nævnte dokumentationskrav, og udbyderen meddelte den 3. februar 1999 den pågældende virksomhed, at den som følge af manglende dokumentation var udelukket fra prækvalifikation. Virksomheden beklagede fejlen og sendte den 17. februar 1999 til udbyderen en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, dateret den 16. februar 1999. Udbyderen fastholdt udelukkelsen af virksomheden fra prækvalifikation, hvorefter virksomheden klagede til Klagenævnet. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet henviste til, at det stillede dokumentationskrav fremgik med al tydelighed bl.a. af spørgeskemaet, og at det alene beroede på klagerens eget forhold, at dokumentationskravet ikke var opfyldt rettidigt. Klagen blev derfor ikke taget til følge.

#### **4. juni 1999. BCP Hardware A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S**

*Udelukkelse fra prækvalifikation som følge af ikke rettidig indsendelse af dokumentation om skatteforhold m.m. var berettiget. Ikke opsættende virkning*

En offentlig udbyder udbød som begrænset udbud i henhold til indkøbsdirektivet indgåelse af rammeaftaler vedrørende levering af datamater. Udbudsbekendtgørelsen, der var dateret den 16. december 1998, blev optaget i EF-tidende den 23. december 1998. Af udbudsbekendtgørelsen fremgik, at virksomheder, der ønskede at anmode om prækvalifikation, hos udbyderen skulle rekvirere et særligt spørgeskema, der skulle afleveres i udfyldt stand senest den 29. januar 1999 sammen med anmodningen om prækvalifikation. Det omtalte spørgeskema indeholdt en rubrik til oplysninger om virksomheden, bl.a. med hensyn til, om virksomheden havde været under konkurs, og om virksomhedens forhold til det offentlige, herunder skatteforhold mv. I spørgeskemaet var anført, at de omtalte oplysninger skulle dokumenteres ved erklæring fra vedkommende offentlige myndighed eller ved en såkaldt serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og at dokumentationen skulle vedlægges det udfyldte spørgeskema. Dette var ligeledes nævnt i den skrivelse, som udbyderen sendte til virksomhederne sammen med spørgeskemaet.

En virksomhed, der var interesseret i at blive prækvalificeret, bestilte ifølge sin angivelse medio januar 1999 en serviceattest hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Da attesten ikke var kommet efter en uges tid, fik virksomheden hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen oplyst, at serviceattester kun blev afgivet efter skriftlig bestilling, og at ekspeditionstiden var 3-4 uger. Herefter indsendte virksomheden til udbyderen anmodning om prækvalifikation sammen med det udfyldte spørgeskema og oplyste samtidig, at serviceattesten ikke var modtaget, men at den ville blive eftersendt hurtigst muligt.

Den 3. februar 1999 meddelte udbyderen virksomheden, at den som følge af den omhandlede manglende dokumentation var udelukket fra prækvalifikation. Virksomheden klagede herefter til Klagenævnet. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet henviste til, at det omhandlede dokumentationskrav fremgik af spørgeskemaet og af den skrivelse, hvormed dette var sendt til klageren. Klagenævnet fandt, at klageren med føje var udelukket fra præ-

kvalifikation som følge af, at klageren ikke havde opfyldt dokumentationskravet. Klagen blev således ikke taget til følge.

### **8. juni 1999. Farum Menighedsråd mfl. mod Kirkeministeriet**

*Klage afvist, da Klagenævnet vedrørende nogle påstande ikke var kompetent, og da de øvrige påstande var for uklare*

Kirkeministeriet udbød som begrænset udbud i henhold til tjenesteydelsesdirektivet forskellige forsikringsydelser inden for det folkekirkelige område. Der prækvalificeredes et antal forsikringsvirksomheder, hvoraf de fleste afgav tilbud, og Kirkeministeriet besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. 5 menighedsråd klagede til Klagenævnet, der tog stilling til klagen således:

Påstande om, at Kirkeministeriet skulle anerkende, at de enkelte menighedsråd i forhold til Kirkeministeriet er selvstændige retssubjekter i relation til EU's udbudsdirektiver, og at et cirkulære fra Kirkeministeriet om opsigelse af forsikringer mv. var i strid med tjenesteydelsesdirektivet: Påstandene afvist. Henvist til, at Klagenævnet efter Lov om Klagenævnet for Udbud tager stilling til, om der i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter er sket tilsidesættelse af EU's udbudsregler eller andre fællesskabsretlige regler. Videre henvist til, at påstandene angik retsforholdet mellem de enkelte menighedsråd og Kirkeministeriet, og at disse retsforhold er reguleret af danske retsregler, hvorfor Klagenævnet ikke havde kompetence til at tage stilling til påstandene.

Påstande om, at Kirkeministeriet skulle anerkende, at Folkekirkens bygningsforsikring og løsøreforsikring skulle udbydes efter tjenesteydelsesdirektivet: Påstandene afvist med henvisning til, at de var for uklare, idet Kirkeministeriet havde foretaget udbud.

Påstand om, at klagen skulle tillægges opsættende virkning i forhold til Kirkeministeriets beslutning om, at de enkelte kirker skulle opsiges de nu gældende forsikringer med henblik på deltagelse i en generel forsikringsordning og i forhold til Kirkeministeriets beslutning om indgåelse af kontrakt efter EU-udbud vedrørende fælles forsikringer: Afvist i konsekvens af afvisningen af de øvrige påstande.

### **9. juni 1999. Humus ved Hans Jørgen Rasmussen mod Miljøteam Århus**

*Ikke pligt til fornyet udbud ved suppleringskøb*

**NB! Kendelsen er ændret ved Vestre Landsrets dom af 3. maj 2001 i sagen B-1447-99.**

En offentlig renovationsvirksomhed gennemførte i 1993 et EU-udbud i henhold til indkøbsdirektivet vedrørende køb af affaldsbeholdere og indgik derefter kontrakter om levering af affaldsbeholdere for en flerårig periode. Kontrakterne var led i et såkaldt systemvalg, idet den renovationshåndtering, som udbyderen havde planlagt, forudsattes at skulle vedvare over en længere årrække. I 1996-1997 foretog renovationsvirksomheden uden udbud et betydeligt beholderkøb, formentlig i størrelsesorden ca. 10.000.000 kr.

En virksomhed klagede til Klagenævnet og nedlagde påstand om, at renovationsvirksomheden skulle anerkende, at købet af affaldsbeholdere i 1996 og 1997 var sket i strid med indkøbsdirektivet.

Klagen blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at renovationsvirksomhedens beholderindkøb havde været i EU-udbud i 1993 i forbindelse med systemvalget, og at renovationsvirksomheden ved de derefter indgåede kontrakter havde forpligtet sig til flerårige aftaler. Klagenævnet udtalte videre, at renovationsvirksomheden i hvert fald ikke ved de påklagede dispositioner havde handlet i strid med indkøbsdirektivet.

Ved en kendelse af 21. september 1998 havde Klagenævnet bestemt, at en afvisningspåstand fra renovationsvirksomheden ikke blev taget til følge.

### **10. juni 1999. Højgaard og Schultz A/S mod Odder Kommune**

*Udbyder pålagt at se bort fra et tilbud som følge af forbehold om et grundlæggende element. Opsættende virkning*

En kommune udbød totalentreprisen ved opførelsen af en skole som begrænset udbud i henhold til bygge- og anlægsdirektivet. Tildelingskriteriet var det mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle delkriterier. Der indkom tilbud fra 3 prækvalificerede, og kommunens forvaltning indstillede, at der blev optaget kontraktsforhandlinger med den tilbudsgiver, der havde afgivet det laveste tilbud. I dette tilbud var under overskriften »Forbehold« anført, at der forbeholdtes ret til forhandling af fællesbetingelserne, dvs. udbudsbetingelsernes generelle del.

En af de øvrige tilbudsgivere klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at den nævnte bemærkning i det laveste tilbud gjorde dette ukonditionsmæssigt. Kommunen gjorde heroverfor gældende, at bemærkningen af nærmere angivne grunde ikke kunne anses for et forbehold. Klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning.

Klagenævnet udtalte, at den omtalte bemærkning kun naturligt sprogligt kunne forstås som et forbehold over for udbudsbetingelsernes fællesbetingelser, og at risikoen for forståelsen måtte påhvile den pågældende tilbudsgiver. Da fællesbetingelserne indeholdt bestemmelser om en lang række centrale spørgsmål, herunder fx om tidsplan og betalingsvilkår, angik forbeholdet om et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, hvorfor kommunen i medfør af det EU-retlige ligebehandlingsprincip havde pligt til ikke at tage det pågældende tilbud i betragtning. Det pålagdes herefter kommunen at se bort fra tilbudet.

Klagenævnet bemærkede videre, at en lang række henvisninger til referenceprodukter i udbudsbetingelserne syntes at være i strid med bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6 (om principielt forbud mod at foreskrive varer af et bestemt fabrikat). Som følge af, at dette forhold ikke var omfattet af klagen, og af sagens hastende karakter fandt klagenævnet ikke anledning til at beskæftige sig nærmere med spørgsmålet.

Klagenævnet henlede desuden opmærksomheden på det EU-retlige forhandlingsforbud.

### **11. juni 1999. H. Hoffmann og Sønner A/S mfl. mod Aalborg Lufthavn Amba**

*Et tilbud ikke anset for ukonditionsmæssigt. Generelle bemærkninger om tildelingskriteriet »prisen« og om forhandlinger med den valgte tilbudsgiver*

Aalborg Lufthavn udbød som begrænset udbud i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet en bygge- og anlægskontrakt som totalentre-

prise. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle delkriterier, herunder anlægsomkostninger. Der prækvalificeredes 5 virksomheder, der alle afgav tilbud. Udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, hvorefter alle de øvrige tilbudsgivere klagede til Klagenævnet. Nævnet tillagde klagen opsættende virkning.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at det valgte tilbud var taget i betragtning, selvom det ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, idet disse bl.a. angik en ombygning af og tilbygning til den eksisterende terminalbygning, hvorimod tilbudet gik ud på opførelse af en ny terminalbygning: Ikke taget til følge ud fra en konkret vurdering. Bl.a. henvist til, at tilbudet ikke gik ud på opførelse af en helt ny terminalbygning, og at en arealoverskridelse i forhold til arealangivelsen i udbudsbetingelserne ikke var afgørende. (Dissens for at tage klagen til følge med henvisning til, at arealforøgelsen i henhold til tilbudet var 71% over arealforøgelsen i henhold til et byggeprogram i udbudsbetingelserne.)

2) Klage over, at den valgte tilbudsgivers tilbud ikke var det økonomisk mest fordelagtige: Når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, vil et delkriterium kunne være »prisen«, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 1, a). Dette delkriterium må antages altid at referere til en sammenholdelse af tilbudenes kvalitative indhold og pris, men må tillige i hvert fald i praksis også altid referere til en sammenholdelse af tilbudspriserne med den udgift, som udbyderen maksimalt kan eller ønsker at afholde. Af hensyn til udbudsprocedurens gennemskelighed må det kræves, at udbyderen ved tildelingskriteriets udformning fastlægger, hvilken af de 2 betydninger delkriteriet »prisen« skal have. I den foreliggende sag, hvor der var anvendt delkriteriet »anlægsomkostninger«, lagde Klagenævnet efter sagens oplysninger til grund, at dette delkriterium sigtede til begge de 2 betydninger, og det ville på denne baggrund være en overtrædelse af EU's udbudsregler, hvis udbyderen ikke senest ved udbudet havde fastlagt de økonomiske rammer for dette. Udbyderen havde overtrådt EU's udbudsregler ved ikke at orientere et bedømmelsesudvalg om de økonomiske rammer for projektet, men der var ikke grundlag for at fastslå, at i hvert fald udbyderens bestyrelse ikke havde anvendt det fastsatte tildelingskriterium korrekt, hvorfor klagepunktet ikke toges til følge.

3) Klage over, at udbyderen havde indhentet oplysninger og forhandlet med den valgte tilbudsgiver: Ikke taget til følge ud fra en konkret vurdering. Bl.a. henvist til, at en kontakt mellem udbyderen og den valgte tilbudsgiver fandt sted, efter at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, og at kontakten ikke tilsigtede ændring i udbudsbetingelserne eller ændring af tilbudet, men alene visse præciseringer. Udtalt, at en kontakt mellem udbyderen og den valgte tilbudsgiver på dette tidspunkt, af dette indhold og med dette formål ikke indebærer en tilsidesættelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip.

4) Taget op af Klagenævnet ex officio: Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at der i udbudsbetingelserne ville blive foretaget en nærmere specifikation af tildelingskriterierne, men udbudsbetingelserne indeholdt ikke bestemmelser om tildelingskriterier. Udtalt, at det herefter var i strid

med EU's udbudsregler, at det ikke var præciseret udtrykkeligt i udbudsbetingelserne, at de ikke indeholdt bestemmelser om tildelingskriterier.

En påstand fra klagerne om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge. (DisSENS fra det medlem af Klagenævnet, der havde dissenteret vedrørende klagepunkt 1, for at tage påstanden til følge.)

### **16. juli 1999. Vognmandsforretning Holst Sørensen A/S mod I/S Affaldsselskabet Vendsyssel Øst**

*Sammenblanding af kvalifikationskriterier og tildelingskriterier. Udbyder må ikke tage forhold om frit valg mellem tilbudene. Uvæsentlige afvigelser fra udbudsbetingelserne indebar ikke en overtrædelse af udbudsreglerne. Ikke opsættende virkning*

Et fælleskommunalt affaldsselskab udbød som offentligt udbud i henhold til tjenesteydelsesdirektivet indsamling af affald i 2 kommuner. Som tildelingskriterium blev angivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud under anvendelse af følgende delkriterier: Prisen, erfaring, herunder referencer, kvalitet og fleksibilitet, herunder ressourcer, organisation og finansielle og økonomiske forhold. Det anførtes videre, at udbyderen forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud og til at forkaste dem alle. Kontrakten tildeltes den tilbudsgiver, hvis tilbud havde den laveste pris, og en anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet over forskellige forhold. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

Klage over, at erfaring og referencer, kvalitet og fleksibilitet, herunder ressourcer, organisation og finansielle og økonomiske forhold var indgået i tildelingskriteriet: Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede, at de pågældende delkriterier knyttede sig til tilbudsgiverens generelle egnethed og ikke det konkrete tilbud. Henvist til, at de krav, som en udbyder kan stille til deltagere i en udbudsprocedure (kvalifikationskriterier) er opstillet i direktivets kapitel 2, og at de krav, der kan lægges til grund ved tildeling af ordren (tildelingskriterier), er opstillet i kapitel 3. Der var således sket en sammenblanding af kvalifikationskriterier og tildelingskriterier.

Klage over, at udbyderen ved tildelingen af ordren alene havde lagt vægt på den laveste tilbudspris: Ikke taget til følge. Udtalt, at tilbudsprisen kan indgå i bedømmelsen af, hvorvidt et tilbud må anses for økonomisk mest fordelagtigt. Desuden udtalt, at kriterierne muligvis kunne have været præciseret og tydeliggjort, men at nævnet dog ikke fandt grundlag for at fastslå, at udbyderen havde tilsidesat tjenesteydelsesdirektivet.

Klage over, at udbyderen havde forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud: Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede, at forbeholdet var i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 (om tildelingskriterier) og mod ligebehandlingsprincippet.

Klage over, at udbyderen havde accepteret, at den valgte tilbudsgiver etablerede et lokalt kontor senere end foreskrevet i udbudsbetingelserne: Ikke taget til følge med henvisning til, at tilbudsgiveren havde etableret et lokalt kontor i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, uanset at dette tilbud ikke som foreskrevet i udbudsbetingel-

serne indeholdt prisangivelser for visse ydelser, der ikke påregnedes udført: Ikke taget til følge. Udbyderen havde ganske vist som følge af forholdet været berettiget til at afvise tilbudet som ukonditionsmæssigt, men det var efter sagens oplysninger bevist, at de pågældende ydelser ikke havde været medtaget ved udbyderens vurdering af nogen af tilbudene, og at deres økonomiske værdi i det hele var uvæsentlige. Der var herefter ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at udbyderen havde overtrådt tjenesteydelsesdirektivet ved at tage det valgte tilbud i betragtning.

#### **6. september 1999. Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Kulturministeriet**

*Projektkonkurrence om totalrådgivning for et byggeri. Det var ikke en overtrædelse af EU's udbudsregler, at udbudet kun refererede til arkitekt-opgaven og ikke til ingeniøropgaven*

Kulturministeriet udskrev i 1996 en projektkonkurrence vedrørende totalrådgivning, dvs. arkitekt- og ingeniørydelser, med hensyn til projektering af et nyt byggeri til brug for Rigsarkivet m.m. I udbudsbekendtgørelsen anførtes, at antallet af deltagere i konkurrencen var begrænset til 10, og at der allerede var udvalgt 4 nærmere angivne udenlandske arkitektfirmaer. Det anførtes videre bl.a., at tildelingskriterierne ville blive oplyst over for de valgte deltagere. Som kriterier for udvælgelse var angivet referencer fra tidligere opgaver, oplysning om fordeling af rådgiverydelsen og kvalifikationer hos de medarbejdere, der skulle være ansvarlige, samt oplysning om ansvarsforsikringsforhold m.m.

Kriteriet om oplysning af fordeling af rådgiverydelsen blev taget ud ved et senere tillæg til udbudsbekendtgørelsen på baggrund af, at krav om denne oplysning ikke var stillet til de 4 oprindeligt udvalgte arkitektfirmaer. I forbindelse hermed indhentede udbyderen hos de 4 arkitektfirmaer oplysning om, hvilke ingeniørfirmaer m.m., der ønskedes tilknyttet konkurrencen.

Udbyderen prækvalificerede yderligere 6 konkurrencedeltagere, således at der i alt prækvalificeredes 10 deltagere. Bedømmelseskomitéen udvalgte en af deltagerne, et udenlandsk arkitektfirma, og dette firma fik herefter overdraget projekteringsopgaven, der blev udført i samarbejde med nogle ingeniørfirmaer. En ingeniørorganisation klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet, og Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbudet var gennemført uden fiksering af den eller de reelt ansvarlige for omkring halvdelen af opgaven, dvs. ingeniørdelen, således at ingeniøropgaven reelt var overdraget uden udbud: Ikke taget til følge. Henvist til, at udbudet var sket med det formål at kunne vælge blandt flere forslag ud fra overordnede arkitektoniske vurderinger. Udtalt, at Tjenesteydelsesdirektivet ikke er til hinder for, at et udbud gennemføres som sket, således at der ud fra en saglig bedømmelse alene udvælges et arkitektfirma til at løse opgaven og herunder skaffe sig den fornødne ingeniørmæssige bistand.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved at forskelsbehandle hvervne som arkitekt og rådgivende ingeniør, idet udbyderen ved prækvalifikationen alene vurderede ansøgerens kvalifikationer på arkitektområdet: Ikke taget til følge i konsekvens af afgørelsen vedrørende punkt 1). Også henvist til,

at Klagenævnet kunne tiltræde udbyderens synspunkter, der bl.a. gik ud på, at det EU-retlige proportionalitetsprincip intet har at gøre med Tjenesteydelsesdirektivets krav til de ordregivende myndigheder med hensyn til gennemførelsen af udbud.

3) Klage over, at udbyderen havde forskelsbehandlet erhvervene som arkitekt og rådgivende ingeniør ved på forhånd at have udvalgt 4 arkitektvirksomheder og bl.a. derved indirekte at have tilkendegivet, at der ikke kunne prækvalificeres ingeniørvirksomheder: Ikke taget til følge i konsekvens af afgørelsen vedrørende punkt 1. Også henvist til, at en udbyder selv fastsætter udvælgelseskriteriet.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at anmode de 4 oprindeligt udvalgte arkitektfirmaer om at give oplysning om de tilknyttede ingeniørfirmaer m.m.: Ikke taget til følge i konsekvens af afgørelsen vedrørende punkt 1). Også henvist til, at Klagenævnet kunne tiltræde udbyderens henvisning til, at oplysningerne var indhentet for at stille konkurrencedeltagerne lige, og at der ikke ved udvælgelsen var lagt vægt på fordelingen af rådgiverydelsen.

5) Klage over, at tildelingskriterierne ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen: Taget til følge.

6) Klage over, at bedømmelseskomitéen ikke indeholdt personer med ingeniørmæssige kvalifikationer, og at dette var en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13, stk. 6 (om sammensætning af bedømmelseskomitéen ved projektkonkurrencer; bl.a. skal mindst en tredjedel af bedømmelseskomitéens medlemmer have de faglige kvalifikationer, der kræves af deltagerne, eller tilsvarende kvalifikationer): Ikke taget til følge. Henvist til, at ingeniørmæssige kvalifikationer ikke indgik i tildelingskriteriet.

7) Klage over, at udbyderen havde valgt en konkurrencedeltager, der ved opgavens udførelse benyttede en ingeniørvirksomhed, som havde været teknisk konsulent for bedømmelseskomitéen: Ikke taget til følge. Henvist til, at det pågældende ingeniørfirma ikke havde bistået den vindende konkurrencedeltager med udarbejdelsen af vinderforslaget eller havde haft nogen forbindelse med vinderen før konkurrencen. Det var ikke en overtrædelse af EU's udbudsregler, at ingeniørfirmaet havde bistået bedømmelseskomitéen.

## **7. september 1999. Håndværksrådet mod Køge almennyttige Boligselskab**

*Udbudsbetingelsernes angivelse af, hvilke forbehold, der ville blive accepteret, var for uklar*

En offentlig ordregiver udbød i begrænset udbud i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet terrænarbejderne i forbindelse med et byggeri. I udbudsbekendtgørelsen var anført, at Landsforeningen Danske Anlægsgartnermestres standardforbehold og Entreprenørforeningens standardforbehold var gældende, dog med undtagelse af en regel i de sidstnævnte standardforbehold om sikkerhedsstillelse fra bygherren. Det anførtes videre, at tilbud med forbehold derudover ville blive anset for ukonditionsmæssige.

Nogle af tilbudsgiverne henviste i deres tilbud til Håndværksrådets standardforbehold. Det fremgår, at disse standardforbehold indeholder en regel om sikkerhedsstillelse fra bygherren svarende til den tilsvarende re-

gel i Entreprenørforeningens standardforbehold. Det fremgår videre, at udbyderen anså de pågældende tilbud for ukonditionsmæssige.

Håndværksrådet klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at udbyderen havde foretaget en urimelig forskelsbehandling ved at forbigå de tilbudsgivere, der havde henvist til Håndværksrådets standardforbehold. Håndværksrådet anførte herved, at det uanset reglen i Håndværksrådets standardforbehold om bygherrens sikkerhedsstillelse i praksis ikke kræves, at offentlige bygherrer stiller sikkerhed.

Klagenævnet udtalte, at der ikke i udbudsbetingelserne var utvivlsom sikkerhed for, hvilke forbehold, der accepteredes, og hvilke forbehold, der ville medføre, at et tilbud blev anset for ukonditionsmæssigt. Klagenævnet henviste videre til, at en oplysning om, hvilke forbehold der alene ville blive accepteret, eller en oplysning om, at andre forbehold ikke ville blive accepteret, ville have elimineret den omtalte usikkerhed.

Det pålagdes herefter udbyderen at anerkende, at alle tilbudsgivere havde afgivet konditionsmæssige tilbud.

### **17. september 1999. Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/VarmeSelskab A.m.b.a. m.fl. mod Energistyrelsen**

*Udbyder havde saglig grund til at udelukke en ansøger fra prækvalifikation, da der var en ikke fjerntliggende risiko for, at ansøgeren ville tage uvedkommende hensyn ved opgavens udførelse. Ikke opsættende virkning*

I 1998 udbød Energistyrelsen som begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet konsulentbistand til de såkaldte barmarkskraftvarmeværker, dvs. nogle lokale kraftvarmeværker med nyetableret fjernvarmenet, med henblik på at forbedre disse værkers økonomiske situation. Det anførtes i udbudsbekendtgørelsen, at der forventedes indgået aftaler med flere konsulenter, og at aftalerne ville have karakter af rammeaftaler. Der prækvalificeredes 8 ansøgere, og udbyderen indgik aftaler med 2 af disse.

Udbudet blev foretaget på baggrund af følgende: Naturgasselskaberne har etableret den såkaldte Barmarkspulje, hvis midler kan tildeles barmarkskraftvarmeværker. Puljen administreres af en styregruppe på 5 personer, heraf en repræsentant for Danske Fjernvarmeværkers Forening. I henhold til puljens forretningsorden kan der kun ydes midler til værker, der er gennemgået af en konsulent i henhold til en rådgivningsordning under Energistyrelsen, og den konsulentbistand, som udbudet angik, var en sådan gennemgang.

Et konsortium bestående bl.a. af Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/VarmeSelskab A.m.b.a. (DFDK) havde anmodet om prækvalifikation. Udbyderen havde imidlertid afslået konsortiets ønske om prækvalifikation med henvisning til, at DFDK var deltager i konsortiet.

Konsortiet klagede til Klagenævnet herover. En begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Det fremgår, at DFDK er et andelsselskab, der har til formål at bistå med planlægning, etablering og finansiering m.m. af kraftvarmeværker. Andelshaverne i DFDK er varmeværker og andre med tilknytning til selskabets virksomhed. DFDK's bestyrelse består af 7 medlemmer, hvoraf 5 vælges af andelshaverne og 2 udpeges af Danske Fjernvarmeværkers Forening.

Klagenævnet udtalte: Sagen vedrørte spørgsmålet, om udbyderen var forpligtet til at tage anmodningen om prækvalifikation i betragtning, fordi der ikke efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 29 (om udelukkelse af virksomheder under konkurs m.m.) var grundlag for at udelukke klageren, eller om udbyderen var berettiget til ikke at tage anmodningen i betragtning, fordi der forelå helt konkrete omstændigheder, som indebar, at udbyderen havde en saglig grund hertil. Udbyderens beslutning om ikke at prækvalificere klageren fandtes sagligt velbegrunder, og udbyderen havde derfor været berettiget til at udelukke klageren, selvom der ikke var grundlag herfor efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 29.

Klagenævnet henviste herved til følgende: Udbyderen havde været berettiget til at vurdere, om der vedrørende en virksomhed, der ønskede prækvalifikation, forelå omstændigheder, som kunne indebære en ikke fjernliggende risiko for, at den ville tilgodese andre hensyn end rent faglige/tekniske. 2 af bestyrelsesmedlemmerne i DFDK udpeges af en interesseorganisation med tilknytning til branchen, dvs. Danske Fjernvarmeværkers Forening, hvilket i sig selv kan medføre risiko for, at andre hensyn end de rent teknisk/økonomiske kunne påvirke konsulentrapporter fra konsortiet. Danske Fjernvarmeværkers Forening udpeger et medlem af Barmarkspuljens styregruppe, der netop skal anvende konsulentrapporterne som grundlag for sine beslutninger om tildeling af midler fra puljen. En person, der er ansat hos Danske Fjernvarmeværkers Forening, bistår Barmarkspuljens styregruppe og har mulighed for at udarbejde indstillinger til styregruppen.

Klagen blev således ikke taget til følge.

## **20. september 1999. Jyllands-Posten A/S mod Århus Kommune**

*Den blotte indrykning af annoncer er ikke udbudspligtig*

Et dagblad klagede over, at en kommune ikke havde foretaget EU-udbud af sin annoncering (om ledige stillinger, lokalplaner, byrådsmøder etc.).

Klagen blev ikke taget til følge. Klagenævnet udtalte: Det følger af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, a (om begrebet tjenesteydelse), at optagelse af annoncer fra en offentlig myndighed er en tjenesteydelse i direktivets forstand. Afgørende for, om der er udbudspligt vedrørende sådanne tjenesteydelser, er om de er omfattet af opregningen af tjenesteydelser i direktivets bilag I A, til hvilket der henvises i direktivets artikel 8. Den eneste kategori i bilag I A, der kan komme på tale, er kategori 13 om »Reklamevirksomhed«. Om denne kategori kan finde anvendelse, må afhænge af forståelsen af CPC-glossarets punkt 871, til hvilket der henvises i bilag I A ud for kategori 13.

Klagenævnet antog videre, at CPC-glossarets punkt 871 ikke sigter til den blotte optagelse af annoncer, men at glossaret mest naturligt må forstås som sigtende til den tjenesteydelse, der består af udarbejdelse og formidling m.m. af annoncer, og som typisk udøves af reklamebureauer. Klagenævnet henviste herved bl.a. til, at glossaret anvender ordet »soliciting« om nogle af ydelserne under punkt 871, og at der i den franske version af Rådsforordning nr. 3696/93 anvendes betegnelsen »services des agences publicitaires« om nogle af disse ydelser.

Klagenævnet udtalte herefter, at den blotte optagelse af annoncer ikke er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets bilag I A og dermed heller ikke

af udbudspligten i henhold til direktivet. Klagenævnet udtalte desuden, at det i konsekvens heraf må antages, at en offentlig myndigheds indgåelse af rabat- og prisaftaler ikke er omfattet af udbudspligten i henhold til direktivet.

Klagenævnet bemærkede videre, at optagelse af annoncer mod betaling må være omfattet af direktivets bilag I B, kategori 27 om »Andre tjenesteydelser«, således at en offentlig myndighed, der indrykker annoncer, skal følge fremgangsmåden efter direktivets artikel 9, jf. artiklerne 14 og 16 (om anvendelse af specifikationer og om underretning af Kommissionen), hvis annonceringens værdi når op på direktivets tærskelværdi. Således som sagen var forelagt, havde nævnet dog ikke anledning til at beskæftige sig yderligere med dette spørgsmål.

**27. oktober 1999. Humus ved Hans Jørgen Rasmussen mod Affaldsselskabet Bobøl I/S**

*Et tilbud vedrørende kompostbeholdere opfyldt udbudsbetingelserne. Det var i strid med Indkøbsdirektivet, at udbyder havde forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem tilbudene og annullere udbudet. Ikke opsættende virkning*

**NB! Kendelsen er stadfæstet ved Vestre Landsrets dom af 7. maj 2001 i sagen B-2847-99.**

Et affaldsselskab, der har et antal kommuner som interessenter, udbød i offentligt udbud i henhold til Indkøbsdirektivet indkøb af kompostbeholdere m.m. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud ud fra en helhedsvurdering af forskellige delkriterier, dvs. prisniveau, kvalitet, udformning, herunder design, materialevalg, sikring mod insekter og sikring mod rotter, samt brug og levering. I udbudsbetingelserne var bl.a. anført, at udbyderen forbeholdt sig ret til frit, men under hensyn til tildelingskriterierne, at vælge blandt de indkomne tilbud samt eventuelt at forkaste dem alle i forbindelse med en annullation af udbudet. Endvidere var der under overskriften »Grundkrav« henvist til en række krav med hensyn til design, betjening og ventilation m.m., ligesom følgende anførtes under grundkravene: »Der skal være udført forsvarlig sikring mod insekter, og bunden skal være udført af rottesikret materiale.«

En forbigået tilbudsgiver klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at den valgte tilbudsgivers kompostbeholdere hverken var udført med forsvarlig sikring mod insekter eller med bund af rottesikret materiale. Klageren henviste herved til en erklæring fra Statens Skadedyrslaboratorium om rottesikring af kompostbeholderes bund. Udbyderen gjorde heroverfor bl.a. gældende, at udbudsbetingelserne ikke skulle forstås således, at det skulle være fysisk umuligt for insekter og rotter at trænge ind i kompostbeholderne. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagen blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste bl.a. til, at de krav, der var opregnet i udbudsbetingelserne som »grundkrav«, alle kunne opfyldes på forskellig måde og med forskellig effektivitet, og at klagerens opfattelse af, hvad der skal til for, at en kompostbeholder er udført af rottesikret materiale, var uden betydning, idet det efter Indkøbsdirektivet var udbyderen, der på grundlag af tildelingskriterierne skulle vurdere, om kompostbeholderne opfyldte kravet om rottesikring.

Klagenævnet bemærkede ex officio, at udbyderen havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at forbeholde sig ret til at vælge frit mellem de

indkomne tilbud, da udbyderen efter direktivet alene kunne beslutte indkøb i overensstemmelse med tildelingskriteriet. Klagenævnet bemærkede videre ex officio, at udbyderen havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at forbeholde sig ret til frit at forkaste alle tilbud i forbindelse med en annullation af udbudet, da en sådan annullation kun kan finde sted, hvis udbyderen har en saglig grund hertil.

**9. november 1999. More Group Danmark A/S mod Århus Kommune**  
*Aftale om levering af byudstyr var en koncessionsaftale. I hvert fald principperne i Tjenesteydelsesdirektivet skulle anvendes. Ikke kritik af udbyderens tildelingsbeslutning. Ikke opsættende virkning*

En kommune udbød som offentligt udbud i henhold til Bygge- og anlægsgesundhedsloven en koncession gående ud på opstilling og vedligeholdelse af byinventar, dvs. læskærme ved busstoppesteder og plakatsøjler m.m., således at udgiften i hvert fald i alt væsentligt skulle afholdes af koncessionshaveren, der til gengæld skulle oppebære indtægt fra reklamer på byinventaret. Koncessionen skulle gælde i 15 år. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra en samlet vurdering af forskellige delkriterier, dvs. design, kvalitet, funktion m.m. Udbudsbetingelserne var yderst detaljerede og komplicerede, og forskellige spørgsmål omtales af overskuelighedsgrunde ikke i nærværende resumé.

Der indkom 2 tilbud, og kommunen valgte det ene. Den anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet henviste til, at projektet gik ud på at bringe kommunen i stand til reklamefinansieret og så vidt muligt omkostningsfrit og uden egen økonomisk risiko at yde offentligheden en service, som kommunen havde valgt at yde offentligheden, dvs. at stille velindrettede og afskærmede busstoppesteder med passende information til rådighed. Nævnet fandt herefter, at der forelå en koncessionsaftale.

Nævnet udtalte videre, at omkostningerne ved montering og installation af byudstyret var diminutive i forhold til byudstyrets værdi, og at udbudet derfor ikke burde være sket efter Bygge- og anlægsgesundhedsloven. Nævnet henviste desuden til, at hverken Tjenesteydelsesdirektivet eller Indkøbsdirektivet efter deres ordlyd omfatter koncessionsaftaler. (Dette står i modsætning til Bygge- og anlægsgesundhedsloven, jf. herved dettes artikel 1, d). I det omfang, der herefter blev spørgsmål om at anvende udbudsdirektiverne, fandt nævnet, at Tjenesteydelsesdirektivet måtte finde anvendelse, idet værdien af de driftsmæssige ydelser omregnet til driftsperioden oversteg byinventarets værdi.

Klagenævnet udtalte endvidere, at såvel alment gældende EU-retlige regler som i hvert fald principperne i Tjenesteydelsesdirektivet burde finde anvendelse ved bedømmelsen af, om udbudet var gennemført på lovlig måde. Der kunne ikke gives klageren medhold i nogle klager over kommunens anvendelse af tildelingskriteriet m.m.

**10. december 1999. Herning Bladet ApS mod Herning Kommune**

*Når en klage er tilbagekaldt, færdigbehandler Klagenævnet kun sagen, hvis der foreligger ganske særlige grunde, hvilket ikke var tilfældet*

En kommune udbød i offentligt udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet en samarbejdsaftale om annoncering og information til borgerne i trykte medier. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra en række uprioriterede delkriterier, dvs. miljøkrav, kvalitet, pris, leveringstid m.m. Der indkom 2 tilbud, dels fra et lokalt dagblad, dels fra en lokal ugeavis. Kommunen valgte at indgå kontrakt med dagbladet, hvorefter ugeavisen klagede til Klagenævnet. Klageren gjorde navnlig gældende, at kommunen havde anvendt tildelingskriteriet urigtigt.

Kommunens valg af dagbladet var truffet ved en flertalsafgørelse i byrådet, og et mindretal havde stemt for at tildele ugeavisen kontrakten. Mindretallet havde klaget over flertallets afgørelse til Tilsynsrådet, dvs. den myndighed, der fører tilsyn med kommuner. Under sagens forberedelse modtog Klagenævnet endvidere en henvendelse fra mindretallet med en kort redegørelse for mindretallets synspunkter og med forbehold om en senere redegørelse for disse.

På et tidspunkt tilbagekaldt klageren klagen. Klageren udtalte som begrundelse herfor, at kommunen nok havde begået fejl på en række nærmere angivne punkter, men at klageren foretrak at koncentrere sig om fremtiden. Kommunen anmodede derefter Klagenævnet om at færdigbehandle sagen.

Klagenævnet henviste til, at nævnet i en kendelse af 25. februar 1998 i sagen Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune har fastslået, at nævnet kan færdigbehandle en sag, selvom klagen er tilbagekaldt. Klagenævnet udtalte videre, at noget sådant imidlertid må forudsætte ganske særlige grunde, og at sådanne ganske særlige grunde ikke var til stede i den foreliggende sag. Nævnet udtalte desuden, at den egentlige grund til, at kommunen ønskede sagen færdigbehandlet, syntes at være, at sagen havde givet anledning til politisk uoverensstemmelse i kommunen, men at det ikke var nævnets opgave at løse eller afslutte en sådan politisk uoverensstemmelse.

Klagenævnet afviste herefter kommunens begæring om sagens færdigbehandling og sluttede sagen.

**15. december 1999. Lifeline I/S mod Dansk Hunderegister**

*Udbyderens tildelingsbeslutning annulleret, da tjenesteydelsen var for upræcist beskrevet i udbudsbetingelserne, og da en person med tilknytning til 2 tilbudsgivere havde deltaget i udbyderens gennemgang af nogle af tilbudene. Ikke opsættende virkning*

Ifølge en bekendtgørelse fra Justitsministeriet skal alle danske hunde, som er født efter en bestemt dato, registreres i et centralt register, der føres af foreningen Dansk Hunderegister. Medlemmerne af denne forening er 4 foreninger med tilknytning til dyreværn og hundeavl m.m., herunder foreningen Dansk Kennel Klub. I 1993 blev der mellem Dansk Hunderegister og Dansk Kennel Klub indgået aftale om, at Dansk Kennel Klub for 5 år skulle varetage driftsfunktionerne for Dansk Hunderegister. I 1999 udbød Dansk Hunderegister i offentligt udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet registreringen af hunde og sekretariatsfunktionen for Dansk Hunderegister. Der indkom 7 tilbud, herunder fra Dansk Kennel Klub, og

udbyderen indgik kontrakt med Dansk Kennel Klub. En af de forbigåede tilbudsgivere klagede herefter til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til en række spørgsmål i forbindelse med udbudet, og Klagenævnet konstaterede bl.a., at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet

*ved* at have udformet beskrivelsen af den udbudte tjenesteydelse så upræcist, at tilbudsgiverne ikke havde et tilstrækkeligt grundlag for at afgive tilbud,

*ved* at lade et af udbyderens bestyrelsesmedlemmer, der også var formand for Dansk Kennelklub og direktør for en anden tilbudsgiver og dermed repræsenterede 2 af tilbudsgiverne, deltage i gennemgangen af nogle af de øvrige tilbudsgivers tilbud,

*ved* at have åbnet et af tilbudene inden det åbningstidspunkt, der var fastsat i udbudsbekendtgørelsen,

*ved* at have fastsat tildelingskriteriet »det mest fordelagtige tilbud«, jf. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1 (om udformningen af tildelingskriterier),

*ved* ikke i beskrivelsen af tildelingskriteriet at have angivet, at nogle delkriterier var angivet i uprioriteret rækkefølge, uanset at delkriterierne var fastsat uprioriteret, jf. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2 (om prioritering af delkriterier),

*ved* i udbudsbetingelserne at anføre, at et tilbud, der byggede på en anden forretningsgang end den hidtidige, skulle godkendes af udbyderens bestyrelse, idet dette indebar, at bestyrelsen ikke nødvendigvis skulle træffe beslutning om valg af tilbud på grundlag af tildelingskriteriet,

*ved* skriftligt at have besvaret nogle spørgsmål fra en potentiel tilbudsgiver vedrørende udbudsbetingelserne, uden at spørgsmålene og svarene samtidig blev sendt til de øvrige tilbudsgivere, jf. direktivets artikel 3, stk. 2 (om forbud mod forskelsbehandling), og

*ved* i flere tilfælde at have modtaget og besvaret telefoniske henvendelser fra potentielle tilbudsgivere om udbudsbetingelserne, idet dette udelukkede, at de øvrige potentielle tilbudsgivere samtidig skriftligt blev orienteret om spørgsmålene og svarene, jf. direktivets artikel 3, stk. 2 (om forbud mod forskelsbehandling).

Klagenævnet konstaterede desuden, at udbyderen havde handlet i strid med det EU-retlige forhandlingsforbud

*ved* at have besvaret nogle nærmere angivne spørgsmål fra en potentiel tilbudsgiver.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med Dansk Kennel Klub og henviste herved navnlig til de 2 første af de nævnte punkter.

### **17. december 1999, Renoflex A/S mod Søllerød Kommune**

*Overtrædelse af forbudet mod forskelsbehandling og forhandlingsforbudet m.m. Tildelingsbeslutningen annulleret. Opsættende virkning var meddelt*

En kommune udbød som begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet affaldsindsamling i kommunen. Tildelingskriteriet var "det mest fordelagtige tilbud i henhold til kriterier fastsat i udbudsmateriale". I udbudsbetingelserne var anført, at kommunen ville vælge det fordelagtig-

ste tilbud ud fra tilbudssum samt kvalitet og serviceniveau, og der blev angivet en række forhold, som kommunen ville lægge vægt på med hensyn til kvalitet og serviceniveau. Der prækvalificeres 10 virksomheder, hvoraf 5 indgav tilbud. Kommunen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, dvs. en virksomhed, der i forvejen deltog i udførelsen af affaldsindsamlingen i kommunen.

En af de forbigåede tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over forskellige forhold vedrørende udbudet. Klagerens begæring om opsættende virkning blev taget til følge. Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at kommunen havde prækvalificeret den valgte tilbudsgiver, uanset at denne ved anmodningen om prækvalifikation ikke havde givet oplysninger som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen: Taget til følge med henvisning til, at den valgte tilbudsgiver ikke sammen med anmodningen om prækvalifikation havde opfyldt udbudsbetingelsernes krav om skriftlig dokumentation for, at egnet materiel og kapacitet kunne stilles til rådighed. Herved henvist til EU-udbudsreglernes krav om gennemskuelighed.

2) Klage over, at kommunen havde tildelt den valgte tilbudsgiver opgaven, uanset at den valgte tilbudsgivers tilbud ikke indeholdt oplysninger, der gav kommunen mulighed for ved vurderingen af tilbudet at anvende delkriteriet kvalitets- og serviceniveau: Taget til følge med henvisning til, at tilbudet kun indeholdt angivelse af priser.

3) Klage over, at kommunen havde ført forhandlinger med den valgte tilbudsgiver: Taget til følge under henvisning til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2 (om forbud mod forskelsbehandling). Desuden henvist til, at kommunen før valget af tilbudsgiver havde ført forhandlinger med den senere valgte tilbudsgiver. Udtalt, at kommunen havde bevisbyrden for, at disse forhandlinger ikke var en overtrædelse af det EU-retlige forhandlingsforbud.

4) Udtalt ex officio: Kommunen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1 (om tildelingskriterier) ved at anvende tildelingskriteriet "det fordelagtigste tilbud", uagtet dette ikke efter Tjenesteydelsesdirektivet er et lovligt tildelingskriterium.

5) Udtalt ex officio: Kommunen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2 (om forbud mod forskelsbehandling) ved før udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation at have givet den virksomhed, hvis tilbud senere blev valgt, tilsagn om, at kommunen ville kontakte den pågældende virksomhed, hvis den ikke gav tilstrækkelige oplysninger ved sin anmodning om prækvalifikation.

Klagenævnet annullerede kommunens beslutning om at prækvalificere den senere valgte tilbudsgiver og forbød kommunen at indgå kontrakt med denne.

## **28. december 1999. Skjortegrossisten A/S mod Post Danmark**

*Sammenblanding af udvælgelseskriterier og tildelingskriterier. Ufyldstgørende begrundelse. Uigennemsigtig varetagelse af udbudet og overtrædelse af ligebehandlingsprincippet*

Post Danmark, dvs. det danske postvæsen, udbød som offentligt udbud i henhold til Indkøbsdirektivet indkøb af forskellige beklædningsdele. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det anførtes, at der ved bedømmelsen ville blive lagt vægt på tilbudsgiverens erfa-

ring og vilje og evne til at opfylde de ønskede krav og deltagelse i videreudvikling, samt på pris, kvalitet og leveringsbetingelser m.m. I rubrikken "Minimumskrav" var blot anført et krav til oplysning fra tilbudsgiveren om gæld til det offentlige. I udbudsbetingelserne, der sendtes til interesserede virksomheder, var anført en række forskellige yderligere krav. Udbudsbetingelserne var endvidere vedlagt nogle spørgeskemaer, som skulle udfyldes af tilbudsgiverne, herunder med spørgsmål om referencer, og om tilbudsgiveren var i stand til at indgå aftaler via EDI (elektronisk dokumentudveksling). I en rubrik i udbudsbetingelserne om minimumskrav var anført, at leverandøren skulle respektere det valgte niveau for design, kvalitet og funktion, og at leverandøren skulle kunne dokumentere erfaring med produktion af lignende produkter.

En forbigået tilbudsgiver klagede til Klagenævnet. Udbyderen havde på et tidspunkt meddelt klageren, at dennes tilbud ikke ville komme i betragtning og havde herved bl.a. henvist til en helhedsvurdering.

Klagenævnet udtalte i sin afgørelse:

1) Udbyderens angivelser med hensyn til udvælgelseskriterier var i strid med Indkøbsdirektivet, idet der var sket en sammenblanding af udvælgelseskriterier og tildelingskriterier. Herved henvist til, at udvælgelseskriterierne i udbudsbekendtgørelsen var anført dels som minimumskrav, dels som tildelingskriterier. Også henvist til, at der ikke i udbudsbekendtgørelsen var henvist til udbudsbetingelserne, uanset at disse indeholdt yderligere udvælgelseskriterier.

2) Udbyderens angivelser med hensyn til tildelingskriterier var i strid med Indkøbsdirektivet, idet tildelingskriterierne var sammenblandet med udvælgelseskriterierne. Også henvist til, at tildelingskriterierne "leveringssikkerhed" og "helhedsvurdering" lige så lidt som et krav fra udbyderen om tilslutning til EDI fremgik af udbudsbekendtgørelsen. Nævnet bemærkede videre, at udbyderen havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved valget af leverandør. Herved bl.a. henvist til, at de nævnte tildelingskriterier ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen, og at et pointsystem, som udbyderen havde anvendt, ikke var nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, og derfor førte til, at udbudsproceduren ikke var gennemsigtig med deraf følgende risiko for forskelsbehandling.

3) Udbyderen havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved ikke efter klagerens begæring at have givet klageren en fyldestgørende begrundelse for, at klagerens tilbud ikke kom i betragtning. Herved udtalt, at som minimum burde der være gjort rede for, om klagerens tilbud var anset som ukonditionsmæssigt, og i bekræftende fald hvorfor, eller være givet en fyldestgørende redegørelse for, hvorfor klagerens tilbud ikke var det økonomisk mest fordelagtige.

Klagerens påstand om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte leverandør blev ikke taget til følge efter en samlet bedømmelse ud fra en afvejning af hensynet til begge parter.

Efter kendelsens afsigelse påpegede udbyderen over for Klagenævnet, at der var åbenbare fejl i kendelsen, idet kriterierne »leveringssikkerhed« og »helhedsvurdering« var angivet udtrykkeligt i udbudsbekendtgørelsen, og idet kendelsens citat af udbudsbekendtgørelsen også manglede gengivelse af evalueringskriteriet »leveringstid«.

Klagenævnet svarede, at nævnet fastholdt afgørelsen, idet de under udbudsproceduren i øvrigt begåede fejl var af en sådan karakter, at resultatet burde fastholdes.

Et erstatningsspørgsmål i sagen blev afgjort ved Højesterets dom gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2004 s. 1294 H.