

Klagenævnet for Udbud

**RESUMÉER AF
KENDELSER
FRA
KLAGENÆVNET
FOR
UDBUD 2000**

2001

(senere mindre revisioner kan have fundet sted)

Klagenævnet for Udbud, Danmark

Dette hæfte indeholder resuméer af de kendelser, som Klagenævnet for Udbud har afsagt i 2000. Resuméerne er opstillet i kronologisk orden efter afgørelsesdato.

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 træffes ikke i kendelsesform. Resuméerne 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 med hensyn til, om klagen skal tillægges opsættende virkning, vil dette dog være nævnt i resuméet af sagen.

Indholdsfortegnelse efter kendelsernes emner

Forskellige overtrædelser af Tjenesteydelsesdirektivet, herunder at der var gennemført udbud efter forhandling. Udbyders beslutning om at indgå kontrakt annulleret	5
Om fortolkningen af indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2. Klagenævnet kan stille spørgsmål til EF-domstolen	6
Kvalifikationskriterier ctr. tildelingskriterier. Udbyder havde ikke angivet tildelingskriteriet tilstrækkeligt præcist og havde ved tildelingen lagt vægt på forhold, der ikke var angivet i tildelingskriteriet, samt overtrådt forhandlingsforbudet. Ikke annullation som følge af den forløbne tid.....	7
Forskellige underkriterier i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Om udbyders adgang til at kræve oplysning om materiel både ved prækvalifikation og tildeling. Udbyder måtte ikke lægge vægt på lokalkendskab. Udbyder skulle prækvalificere alle interesserede. Ikke annullation som følge af den forløbne tid.....	8
Annullation af udbud var sagligt begrundet og derfor berettiget. Udbyder burde dog straks have givet en fyldestgørende begrundelse	10
Krav om dokumentation for autorisation som revisor var opfyldt ved en serviceattest i forbindelse med klagerens oplysninger. Krav om kopi af ansvarsforsikring kunne opfyldes ved erklæring fra forsikringsselskabet	11
Om tilladelige og ikke tilladelige modeller for regulering af tilbudspriser i tilfælde, hvor den hidtidige tjenesteyders medarbejdere skal overtages af den nye tjenesteyder. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning	12
Udbyders beslutning om ikke at tage et tilbud i betragtning, fordi det var ukonditionsmæssigt, var uberettiget. Beslutningen annulleret. Tilbudsgiverne behøvede ikke have alt nødvendigt materiel ved tilbudets afgivelse. Opsættende virkning	13
Principielle bemærkninger om afvigende tilbud. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning	14
Mange overtrædelser af ligebehandlingsprincippet m.m. Brug af referenceprodukt var uberettiget. Annullation af et udbud skal angå hele udbudet. Et annulleret udbud er bortfaldet. Ikke tilsidesættelse af udbyders vurdering af, hvilket af tilbudene, der var det økonomisk mest fordelagtige. Klagenævnet har ikke kompetence med hensyn til, om en tilbudsgiver har krav på ordren.....	16
Underkriterier skulle angives prioriteret, da der ikke var saglig grund til at undlade dette. Forholdet mellem kvalifikationskriterier og tildelingskriterier. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved favorisering af den hidtidige tjenesteyder. Annullation af tildelingsbeslutningen. Ikke opsættende virkning.....	18
Afvisning af anmodning om prækvalifikation var berettiget, men der var givet en forkert begrundelse herfor. Erstatningsspørgsmålet udsat og bortfaldet, da klagen ikke blev taget til følge. Ikke opsættende virkning	19
Prissætning af forbehold i overensstemmelse med almindeligt kendte standardprincipper var korrekt. Erstatningsspørgsmålet udsat og bortfaldet, da klagen ikke blev taget til følge.....	21
Forhandling med en tilbudsgiver var ikke en overtrædelse af forhandlingsforbudet som følge af helt særegne omstændigheder	22

Klagenævnet for Udbud, Danmark

Udbyders evalueringsmodel for tilbudene var uigennemsig og konkret fejlanvendt. Tildelingsbeslutning annulleret, og udbyder pålagt at foretage ny evaluering. Opsættende virkning 23

Resumé af kendelser fra Klagenævnet for Udbud afsagt i 2000

9. februar 2000. Praktiserende Arkitekters Råd mod Udenrigsministeriet

Forskellige overtrædelser af Tjenesteydelsesdirektivet, herunder at der var gennemført udbud efter forhandling. Udbyders beslutning om at indgå kontrakt annulleret

Udenrigsministeriet udbød i 1999 en totalrådgivningsopgave med hensyn til arkitekt-, ingeniør- og landskabsarkitektvirksomhed ved restaurering og ombygning af en ældre villa, der skulle anvendes som dansk ambassadørbolig i Berlin. Udbudet blev foretaget som udbud efter forhandling i medfør af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, c (hvorefter der kan ske udbud efter forhandling, hvis tjenesteydelsen ikke kan specificeres tilstrækkelig nøjagtigt til, at der kan indgås aftale ved at vælge det bedste bud i henhold til reglerne for offentligt eller begrænset udbud).

Som tildelingskriterium var i udbudsbetingelserne angivet, at der søgtes et ydedygtigt planlægningsteam med erfaring i lignende byggearbejder i de sidste 10 år og med i erfaring i forholdet til bygningsmyndighederne.

En arkitektorganisation klagede i august 1999 til Klagenævnet over en række forhold i forbindelse med udbudet. I oktober 1999, dvs. medens sagen verserede for Klagenævnet, indgik udbyderen aftale med en tysk arkitektvirksomhed om opgavens udførelse.

Klagen angik følgende forhold:

- at udbyderen havde anvendt udbudsformen udbud efter forhandling,
- at udbyderen havde udvalgt det tyske arkitektfirma som deltager i tilbudsgivning, uanset at arkitektfirmaet ikke havde opfyldt et krav i udbudsbekendtgørelsen om angivelse af navne og kvalifikationer på deltagerne i totalrådgivningen,
- at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 (om tildelingskriterier) ved at anvende et udvælgelseskriterium som tildelingskriterium, ved at anvende tildelingskriterier, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, og ved at have tildelt opgaven til det valgte arkitektfirma ud fra andre kriterier end de tildelingskriterier, der var angivet i udbudsbetingelserne, og
- at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2 (om udbyderens pligt til at sørge for, at der ikke sker forskelsbehandling) ved ikke at have gennemført forhandling med alle tilbudsgivere.

Udbyderen erkendte rigtigheden af alle klagepunkterne, og Klagenævnet statuerede, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet som anført i klagepunkterne.

Klageren nedlagde påstand om, at Klagenævnet skulle annullere udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med det valgte arkitektfirma. Udbyderen anførte heroverfor, at man havde haft den opfattelse, at udbuds-

Klagenævnet for Udbud, Danmark

formen udbud efter forhandling kunne anvendes, fordi der var tale om en arkitektfagligt kompliceret opgave, at der i øvrigt var tale om en misforståelse af udbudsreglerne, som vel må betegnes som komplicerede, at overtrædelserne var mindre alvorlige, at der ikke var sket forskelsbehandling, at valget af det tyske arkitektfirma ikke havde været usagligt, og at der i øvrigt var tale om en kontrakt af forholdsvis begrænset værdi.

Klagenævnet annullerede imidlertid udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med det valgte arkitektfirma og henviste herved til arten, karakteren og omfanget af de begåede overtrædelser af Tjenesteydelsesdirektivet.

14. marts 2000. Unitron Scandinavia A/S mfl. mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri

Om fortolkningen af indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2. Klagenævnet kan stille spørgsmål til EF-domstolen

Sagen angik en klage over administrationen af øremærkningsordningen for svin. Der henvises om sagens omstændigheder til resuméet af Klagenævnets kendelse af 22. januar 1998 i sagen i hæftet med resuméer af Klagenævnets kendelser 1992-juli 1998.

Ved sin kendelse af 22. januar 1998 tog Klagenævnet stilling til en del af klagen. Klagenævnet udtalte samtidig, at nævnet ville forelægge et spørgsmål om rækkevidden af indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2, for EF-domstolen. Ved kendelse af 15. juli 1998 stillede Klagenævnet herefter nogle spørgsmål om rækkevidden af indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2, til EF-domstolen i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF).

EF-domstolen besvarede ved dom af 18. november 1999 i sag C-275/98 (EF-domstolens betegnelse: Unitron Scandinavia og 3-S) de stillede spørgsmål således:

1) Indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2, har selvstændig betydning i forhold til Tjenesteydelsesdirektivet.

2) Indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2 skal fortolkes således: Bestemmelsen pålægger en ordregivende myndighed, der overdrager en særlig ret eller eneret til at udføre offentlige tjenesteydelser til et organ, der ikke er en ordregivende myndighed, at kræve af det pågældende organ, at det ved indgåelsen af offentlige indkøbsaftaler med tredjemand som led i denne virksomhed respekterer princippet om, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt. Derimod pålægger bestemmelsen ikke den ordregivende myndighed at kræve af det pågældende organ, at det overholder udbudsprocedurerne i Indkøbsdirektivet.

Klagenævnet konstaterede herefter, at indklagede havde overtrådt indkøbsdirektivets artikel 2, stk. 2.

Gengivelsen i Klagenævnets kendelse af EF-domstolens dom kan suppleres således: EF-domstolen fremhævede yderligere, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet må ikke fortolkes indskrænkende, og at dette navnlig indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan fastslå, at princippet overholdes.

I sin dom af 7. december 2000 i sag C-324/98 (Teleaustria og Telefonadress) har EF-domstolen uddybet den omtalte gennemsigtighedsforpligtelse.

Det fremgår af EF-domstolens dom af 18 november 1999, at Klagenævnet for Udbud skal anses for en ret, der har kompetence til at stille

spørgsmål til EF-domstolen i medfør af artikel 234 EF (tidligere EF-traktatens artikel 177).

2. maj 2000. Uniqsoft 1998 ApS mod Odense Kommune

Kvalifikationskriterier ctr. tildelingskriterier. Udbyder havde ikke angivet tildelingskriteriet tilstrækkeligt præcist og havde ved tildelingen lagt vægt på forhold, der ikke var angivet i tildelingskriteriet, samt overtrådt forhandlingsforbudet. Ikke annullation som følge af den forløbne tid

Sagen angik et begrænset udbud af indkøb af streghodelæsere mv. foretaget af en kommune. Der prækvalificeredes otte tilbudsgivere. Seks af disse afgav tilbud, og kommunen indgik kontrakt med en af dem.

En af de forbigåede tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over forskellige spørgsmål i forbindelse med udbudet. Klagenævnet tog stilling til disse spørgsmål og et yderligere spørgsmål ex officio således:

1) Klage over, at tildelingskriteriet var »den mest fordelagtige løsning« (klagepunktets rigtighed var erkendt af kommunen): Taget til følge. Dog lagt til grund, at kommunen havde tilsigtet at anvende tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

2) Klage over, at kommunen som underkriterium til tildelingskriteriet havde anvendt kriteriet »Referencer. Drift og funktionalitet hos andre kunder«, uagtet kriteriet vedrørte krav til prækvalifikation: Klagenævnet udtalte, at det ikke kan udelukkes, at et forhold kan være både en minimumsbetingelse for prækvalifikation og underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, men at dette må forudsætte, at forholdet er egnet til både at udskille virksomheder, der ikke skal prækvalificeres, og til at kvalificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det omhandlede underkriterium var imidlertid efter sit indhold ikke egnet til at kvalificere et tilbud som det økonomisk mest fordelagtige. Klagepunktet blev herefter taget til følge.

3) Klage over, at kommunen som underkriterium til tildelingskriteriet havde anvendt kriteriet »Tilbudsgiverens referencesituation og organisation til varetagelse af installation, uddannelse og implementering«, uagtet kriteriet vedrørte krav til prækvalifikation: Taget til følge med henvisning til begrundelsen vedrørende punkt 2).

4) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26 (om tildelingskriterier) ved at have lagt vægt på forsyningssikkerheden og udviklingspotentialet ved afgørelsen af, hvilken tilbudsgiver, der skulle indgås kontrakt med, uagtet disse forhold vedrørte krav til prækvalifikation: Klagenævnet henviste til, at kommunen ved sin tildelingsbeslutning havde lagt afgørende vægt på de nævnte forhold, men at ingen af dem var udtrykkeligt nævnt som underkriterium til tildelingskriteriet. Det ene af de to forhold, nemlig udviklingspotentialet, måtte dog anses for indeholdt i et af underkriterierne. Det andet forhold, nemlig forsyningssikkerheden, kunne derimod ikke anses indeholdt i nogen af underkriterierne i den betydning, i hvilken kommunen havde forstået og anvendt ordet forsyningssikkerhed, dvs. som sigtende til, at det fortsat skulle være muligt at have forretningsforbindelse med tilbudsgiveren på det aktuelle tekniske område. Klagenævnet udtalte herefter, at kommunen havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at anvende underkriteriet om forsyningssikkerhed, uagtet dette kriterium ikke var indeholdt i underkriterierne i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet for Udbud, Danmark

5) Klage over, at kommunen havde forhandlet med to af tilbudsgiverne, herunder klageren: Klagenævnet henviste til, at kommunen med henblik på sin stillingtagen til, hvem af de to tilbudsgivere, der skulle indgå kontrakt med, og med henblik på en udbygning i forhold til udbudsbetingelserne havde bedt om uddybning af de to tilbud på en række punkter under møder med de to tilbudsgivere. Klagenævnet henviste videre til, at de to tilbudsgiveres oplysninger i anledning af kommunens spørgsmål indgik i grundlaget for kommunens beslutning om, hvem der skulle indgå kontrakt med, og om omfanget af, hvad der skulle indkøbes. Kommunen havde herefter handlet i strid med EU's udbudsregler ved at iværksætte de nævnte forhandlinger

6) Taget op ex officio. Klagenævnet henviste til, at kommunen i udbudsbekendtgørelsen havde angivet en række underkriterier til tildelingskriteriet med angivelse af, at man »især« ville lægge vægt på de forhold, der var beskrevet ved underkriterierne. Klagenævnet udtalte videre, at formålet med Indkøbsdirektivets artikel 26 (om tildelingskriterier) bl.a. er at sikre, at potentielle tilbudsgivere får kendskab til det grundlag, som deres tilbud bliver vurderet på, og at dette formål kun kan tilgodeses, hvis udbyderens angivelse af tildelingskriteriet indeholder en fuldstændig og endelig beskrivelse. Kommunen havde herefter handlet i strid med indkøbsdirektivets artikel 26 ved at anvende ordet »især«, der indicerede, at der ikke var tale om en fuldstændig beskrivelse af underkriterierne.

Klagerens påstand om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste herved til, at klagen var indgivet mere end et år efter kommunens tildelingsbeslutning og knap et år efter, at klageren havde fået meddelelse om denne. Uanset beskaffenheden af den begåede fejl var der herefter ikke grundlag for annullation.

16. maj 2000. Dansk Transport og Logistik mod I/S Reno Syd

Forskellige underkriterier i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Om udbyders adgang til at kræve oplysning om materiel både ved prækvalifikation og tildeling. Udbyder måtte ikke lægge vægt på lokalkendskab. Udbyder skulle prækvalificere alle interesserede. Ikke annullation som følge af den forløbne tid

Et fælleskommunalt affaldsselskab udbød som begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet indsamling og transport af dagrenovation i et antal kommuner. 11 virksomheder anmodede om prækvalifikation. Der prækvalificeredes syv af disse virksomheder. Seks af dem indgav tilbud, hvorefter udbyder indgik kontrakter med fem af tilbudsgiverne om tjenesteydelsens udførelse fordelt på forskellige distrikter.

En organisation klagede til Klagenævnet over en række forhold i forbindelse med udbudet, og Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at tildelingskriteriet ikke var fastsat i overensstemmelse med reglen om tildelingskriterier i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1: Erkendt af udbyderen og taget til følge. Dog lagt til grund, at udbyderen havde tilsigtet at anvende tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

2) Klage over, at der i udbudsbetingelserne var anført nogle tildelingskriterier, der ikke var nævnt i udbudsbekendtgørelsens angivelse af underkriterier: Taget til følge. Bl.a. udtalt, at hvis udbyderen har valgt at angive underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelag-

tige tilbud« allerede i udbudsbekendtgørelsen, er udbyderen som udgangspunkt ikke berettiget til senere at ændre underkriterierne.

3) Klage over, at udbyderen som underkriterier havde anvendt »referencer«, »finansielle og økonomiske forhold« og »tilbudsgiverens kapacitet«, uagtet disse kriterier vedrørte krav til prækvalifikation: Erkendt af udbyder og taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen som underkriterium havde anvendt »Materiel og soliditet«, uagtet dette kriterium vedrørte krav til prækvalifikation: Erkendt af udbyder med hensyn til soliditet og allerede derfor taget til følge på dette punkt. Klagenævnet henviste videre til, at udbyderen som kvalifikationskriterium havde angivet »Oplysning om, hvilket materiel tilbudsgiveren vil benytte til opgaven«. Udtalt, at dette var en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet, idet der ikke ved prækvalifikationen lovligt kan tages stilling til kvaliteten af det materiel, som skal anvendes til at løse den konkrete renovationsopgave. Videre udtalt, at det var en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet, at ordet »materiel« var anvendt som underkriterium til tildelingskriteriet. Herved henvist til, at det ved prækvalifikationen var konstateret, at tilbudsgiverne opfyldt kvalifikationsbetingelsen med hensyn til materiel, og at en fornyet vurdering af det materiel, som ifølge tilbudene skulle anvendes til tjenesteydelsens udførelse, ikke var egnet til at kvalificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Desuden henvist til, at der alene var tale om indsamling og transport af dagrenovation. Klagenævnet fremkom i forbindelse hermed med nogle principielle bemærkninger om forholdet mellem kvalifikationskriterier og tildelingskriterier svarende til dem, der er gengivet i resuméet ovenfor af Klagenavnets kendelse af 2. maj 2000 i sagen Uniqsoft 1998 ApS mod Odense Kommune under klagepunkt 2.

5) Klage over, at udbyderen blandt de udvælgelseskriterier, der var nævnt i udbudsbekendtgørelsen, havde angivet »Oplysning om eventuel lokalkendskab«, og over, at udbyderen ved prækvalifikationen havde lagt vægt på det nævnte kriterium: Taget til følge med henvisning til, at der ikke var oplyst særlige forhold, der kunne begrunde et udvælgelseskriterium vedrørende lokalkendskab.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt EU's ligebehandlingsprincip ved som underkriterium til tildelingskriteriet at have angivet »Kendskab til lokalområdet«: Erkendt af udbyderen og taget til følge.

7) Klage over, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde anvendt en række nærmere angivne underkriterier, dvs. kendskab til lokalområdet, materiel og soliditet, referencer m.m.: Lagt til grund, at udbyderen havde anvendt kriteriet om tilbudsgivers materiel ved tildelingsbeslutningen, men i øvrigt kun havde anvendt de nævnte kriterier ved prækvalifikationen. Endvidere statueret, at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at anvende underkriteriet om tilbudsgivers materiel ved tildelingsbeslutningen. Herved henvist nævnets bemærkninger under punkt 4) om, at udbyderen ikke havde måttet bruge dette kriterium som underkriterium til tildelingskriteriet.

8) Klage over, at udbyderen ikke havde prækvalificeret fire af de virksomheder, der havde anmodet om prækvalifikation, uanset at de opfyldt betingelserne for prækvalifikation, og uanset at antallet af prækvalificerede ikke derved ville være kommet over den grænse for antallet af prækvalificerede (14), der var fastsat i udbudsbekendtgørelsen: Taget til følge.

Klagenævnet for Udbud, Danmark

Herved henvist til, at der efter udbudsbekendtgørelsen højst ville blive prækvalificeret 14 virksomheder. Udtalt at det fulgte heraf, at udbyderen skulle prækvalificere alle virksomheder, der opfyldt kvalifikationsbetingelserne, så længe antallet af prækvalificerede virksomheder ikke ville overstige 14. Endvidere henvist til, at de virksomheder, der ikke blev prækvalificeret, efter udbyderens vurdering opfyldt kvalifikationsbetingelserne. Udbyderen havde for Klagenævnet gjort gældende, at de fire virksomheder ikke opfyldt betingelserne for prækvalifikation, men Klagenævnet konstaterede, at grunden til, at de ikke blev prækvalificeret, var, at udbyderen ønskede at afskære dem fra at give tilbud.

9) Taget op ex officio i forbindelse med punkt 8: Udtalt, at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at have taget anmodningerne fra to af de interesserede virksomheder i betragtning ved prækvalifikationen, idet disse virksomheder ikke som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen havde medsendt erklæring om ubetalt forfalden gæld til det offentlige.

En påstand fra klageren om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakter med de valgte tilbudsgivere blev ikke taget til følge. Herved henvist til, at udbyderens overtrædelser af EU's udbudsregler havde kunnet konstateres på grundlag af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, og at klageren derfor kunne have givet Klagenævnet mulighed for at træffe bestemmelse om opsættende virkning ved at indsende klagen i god tid før fristen for indgivelse af tilbud den 18. oktober 1999. Videre henvist til, at klagen først blev indgivet 26. november 1999, dvs. mere end 3 uger efter udbyderens tildelingsbeslutning.

29. maj 2000. Arriva Danmark A/S mod Hovedstadsområdets Trafikselskab

Annulation af udbud var sagligt begrundet og derfor berettiget. Udbyder burde dog straks have givet en fyldestgørende begrundelse

Et trafikelskab udbød som offentligt udbud i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet en væsentlig del af buskørslen i Hovedstadsområdet. Udbudet var opdelt i 10 udbudsenheder, og sagen omfattede en af disse udbudsenheder, der angik rutekørsel med tre buslinjer.

Der indkom tre tilbud vedrørende den pågældende udbudsenhed, herunder et tilbud fra klageren. Nogen tid efter modtagelsen af disse tilbud anmodede udbyderen de tre tilbudsgivere om at afgive supplerende tilbud vedrørende en nærmere angivet bustype med hensyn til en af de omhandlede buslinjer. Klageren gjorde udbyderen opmærksom på, at dette var i strid med EU's ligebehandlingsprincip. Udbyderen tilbagekaldt derefter anmodningen om supplerende tilbud. Desuden annullerede udbyderen udbudet vedrørende den omhandlede udbudsenhed og en anden udbudsenhed, hvilket man meddelte de tre tilbudsgivere ved at henvise til en pressemeddelelse. Denne pressemeddelelse indeholdt ikke en udtrykkelig begrundelse for annullationen, men anførte, at trafikelskabet ville foretage genudbud med bl.a. en ændret kravspecifikation og en anden opdeling i udbudsenheder. Udbyderen foretog derefter et nyt udbud med hensyn til den kørsel, der var omfattet af det annullerede udbud.

Klageren gjorde gældende, at trafikelskabet ikke havde haft saglig grund til annullationen, og at det nye udbud havde til formål at fremskaffe lavere tilbud. Trafikelskabet gjorde heroverfor gældende, at man ved gennemgang af tilbudene i henhold til det oprindelige udbud havde kon-

stateret, at den del af udbudet, der senere blev annulleret, var udformet meget uhensigtsmæssigt med hensyn til bustyper og kravspecifikationer m.m., og at annullationen havde til formål at råde bod på dette.

Klagenævnet udtalte, at udbyderen havde overtrådt EU's udbudsregler ved ikke i forbindelse med annullationen at have givet tilbudsgiverne en fyldestgørende begrundelse for den. Udbyderens grunde til annullationen udgjorde imidlertid en saglig begrundelse, hvorfor klagen ikke blev taget til følge.

Det nye udbud gav anledning til en anden sag mellem samme parter, se resuméet nedenfor af kendelse af 21. juni 2000.

6. juni 2000. Ernst og Young Statsautoriseret Revisionsaktieselskab mod Fyns Stiftsøvrighed

Krav om dokumentation for autorisation som revisor var opfyldt ved en serviceattest i forbindelse med klagerens oplysninger. Krav om kopi af ansvarsforsikring kunne opfyldes ved erklæring fra forsikringselskabet

En regional kirkelig myndighed udbød som begrænset udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet revisionen af de kirkelige kasser i myndighedens område. I udbudsbetingelserne var anført, at der ved anmodning om prækvalifikation skulle fremsendes bevis for autorisation som revisor og kopi af ansvarsforsikring.

En revisionsvirksomhed anmodede om at blive prækvalificeret. Virksomheden vedlagde ikke bevis for autorisation som revisor eller kopi af ansvarsforsikring, men vedlagde i stedet en serviceattest udfærdiget af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. I denne serviceattest var angivet, at den var udstedt i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 29 og 30 (om udelukkelse fra deltagelse i en udbudsprocedure på grund af konkurs mv.). I attesten var anført, at virksomheden ikke var under konkurs og havde opfyldt sine forpligtelser med hensyn til at betale skatter og afgifter m.m.

Udbyderen afslog at prækvalificere revisionsvirksomheden med begrundelse, at den ikke havde fremsendt bevis for autorisation som revisor og kopi af ansvarsforsikring. Revisionsvirksomheden klagede derefter til Klagenævnet og gjorde gældende, at serviceattesten måtte være tilstrækkelig dokumentation med hensyn til de nævnte forhold. Virksomheden henviste herved til, at den omfattede mange statsautoriserede revisorer, og at dens ansvarsforsikring var et omfattende kompleks med en række individuelle vilkår og i øvrigt i vidt omfang var fortrolig.

Klagenævnet fandt, at serviceattesten sammen med klagerens oplysninger måtte anses for tilstrækkelig dokumentation for, at klageren beskæftigede statsautoriserede revisorer. Klageren opfyldt derfor udbudsbekendtgørelsens krav med hensyn til bevis for autorisation som revisor.

Klagenævnet udtalte videre, at kravet om dokumentation vedrørende klagerens forsikringsforhold kunne have været opfyldt ved en erklæring fra klagerens ansvarsforsikringselskab, og at det ikke havde været nødvendigt at fremsende samtlige forsikringspolicer. Da klageren havde undladt at fremsende en sådan erklæring, var klageren med rette blevet udelukket fra prækvalifikationen.

21. juni 2000. Arriva Danmark A/S mod Hovedstadsområdets Trafikskab

Om tilladelige og ikke tilladelige modeller for regulering af tilbudspriser i tilfælde, hvor den hidtidige tjenesteyders medarbejdere skal overtages af den nye tjenesteyder. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning

Sagens faktum er særdeles kompliceret, og Klagenævnets præmisser i kendelsen er yderst udførlige. Resuméet nedenfor er en helt summarisk fremstilling af kendelsens hovedpunkter.

Sagen angik et udbudskompleks vedrørende buskørsel. Ved Klagenævnets kendelse af 29. maj 2000 afgjordes en anden sag mellem de samme parter vedrørende samme udbudskompleks, se resuméet ovenfor af denne kendelse. Den her refererede kendelse angik det nye udbud, som er nævnt i det omtalte resumé.

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

Med det formål at ligestille den aktuelle tjenesteyder med andre tilbudsgivere ved tilbudenes afgivelse, fastsatte udbyderen i stedet i udbudsbetingelserne følgende model:

Tilbud fra andre end den aktuelle tjenesteyder: Det forudsattes, at de medarbejdere, der måtte ventes at overgå til den nye tjenesteyder, havde en nærmere angiven lønmæssig indplacering i henhold forskellige nærmere angivne overenskomster, og der skulle regnes med dette ved tilbudets udformning. Når det efter kontraktsindgåelse viste sig, hvilke medarbejdere, der skulle overtages, skulle der ske regulering i tilbudsprisen i forhold til de pågældendes faktiske lønmæssige indplacering.

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

Klageren, der afgav tilbud, men som ikke fik tildelt kontrakten, gjorde gældende, at den omtalte model medførte en forskelsbehandling mellem den hidtidige tjenesteyder og andre tilbudsgivere. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet udtalte, at den omtalte model var i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 2 (hvorefter ordregiverne skal sørge for, at der ikke sker forskelsbehandling). Nævnet henviste herved bl.a. til, at modellen under visse forudsætninger ville medføre en fordel for den hidtidige tjenesteyder.

Klagen gjorde videre gældende, at udbyderen i stedet for den anvendte model skulle have fastsat følgende model i udbudsbetingelserne: Den hidtidige tjenesteyder skulle i sit eventuelle tilbud give oplysning om den lønmæssige indplacering af medarbejderne, og reguleringen skulle foretages på grundlag af disse oplysninger, enten i form af en regulering af de øvrige tilbud eller ved regulering af den hidtidige tilbudsgivers tilbud i forhold til forudsatte lønmæssige indplaceringer. Klagenævnet fandt imidlertid ikke en sådan model anvendelig. Nævnet henviste herved til, at

modellen ville medføre risiko for ukorrekte oplysninger fra den hidtidige tjenesteyder.

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

Klagerens påstand om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste herved til, at nævnets afgørelse først havde kunnet foreligge mere end fem måneder efter udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Nævnet henviste videre til, at der ikke i parternes processkrifter var blevet tilvejebragt en fyldestgørende afklaring af vurderingsgrundlaget, og at en sådan afklaring først var sket på Klagenævnets foranledning under og efter den mundtlige forhandling for nævnet.

Opretholdt ved Højesterets dom i Ugeskrift for Retsvæsen 2007 s. 2106 H.

27. juni 2000. Deponering af Problem-affald ApS mod I/S Vestforbrænding mfl.

Udbyders beslutning om ikke at tage et tilbud i betragtning, fordi det var ukonditionsmæssigt, var uberettiget. Beslutningen annulleret. Tilbudsgiverne behøvede ikke have alt nødvendigt materiel ved tilbudets afgivelse. Opsættende virkning

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet vedrørende transport og adskillelse af elektronikaffald i Hovedstadsområdet m.m. Der prækvalificeredes syv interesserede virksomheder, hvoraf tre afgav tilbud. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle nærmere angivne underkriterier.

Udbyder indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne, og en af de øvrige tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet. Klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyder havde anset klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt og derfor ikke havde taget det i betragtning: Taget til følge. Henvist til, at udbyders bedømmelse af tilbudet som ukonditionsmæssigt var begrundet med forskellige forhold vedrørende den i tilbudet angivne »logistikløsning«, dvs. fremgangsmåden med hensyn til opsamlingsmateriel og transport af dette, men at det af udbudsbetingelserne fremgik, at tilbudsgivernes forslag om logistikløsningen ikke ville indgå som parameter ved tildelingen af ordren. Der var herefter intet grundlag for at anse klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

2) Klage over, at den valgte tilbudsgivers tilbud ikke var konditionsmæssigt, idet den valgte tilbudsgiver ikke havde tilstrækkeligt materiel til at håndtere opgaven: Ikke taget til følge. Udtalt, at det ikke havde afskåret udbyder fra at indgå kontrakten, at den valgte tilbudsgiver i en over-

Klagenævnet for Udbud, Danmark

gangsperiode ikke havde haft tilstrækkeligt materiel til at håndtere hele opgaven, idet man ikke uden særlige holdepunkter i udbudsbetingelserne kan forlange, at tilbudsgiverne vedrørende en opgave af den pågældende størrelse og karakter skal have alt nødvendigt materiel ved tilbudets afgivelse.

3) Klage over, at udbyder havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at give en ikke prækvalificeret virksomhed mulighed for at afgive tilbud: Ikke taget til følge med henvisning til, at den pågældende virksomhed ikke var tilbudsgiver, men derimod underleverandør for den valgte tilbudsgiver.

4) Klage over, at udbyder havde tilsidesat EU's principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at bedømme de indkomne tilbud i overensstemmelse med en vægtningsmodel, der var angivet i udbudsbetingelserne: Tilkendegivet, at Klagenævnet ikke ønskede at beskæftige sig med dette klagepunkt, da der ikke var fremkommet noget, der tydede på, at udbyders evaluering af tilbudene var sket usagligt eller i strid med tildelingskriterierne i udbudsbetingelserne, og da klageren fik medhold på de centrale punkter.

5) Klage over, at udbyder havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 (om tildelingskriterier) ved have at vurderet de indkomne tilbud på en måde, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud: Med begrundelse svarende til begrundelsen under 4 tilkendegav Klagenævnet, at nævnet ikke ønskede at beskæftige sig med dette klagepunkt.

Klagenævnet annullerede udbyders beslutninger om ikke at tage klagerens tilbud i betragtning og om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Klagenævnet henviste herved til, at udbudet var udformet uklart med hensyn til logistikløsningen, hvilket var i strid med det almindelige krav, der må anses indeholdt i EU's udbudsregler om, at udbud skal indeholde en nøjagtig beskrivelse af det udbudte, og hvilket var i strid med det EU-retlige princip om gennemsigtighed. Desuden henvist til, at udbudet lagde op til forhandlinger om logistikløsningen, og at disse forhandlinger meget let eller uundgåeligt ville komme i strid med EU's forhandlingsforbud. Endvidere henvist til, at udbyders beslutning om ikke at tage klagerens tilbud i betragtning som ukonditions-mæssigt havde savnet grundlag. Udtalt, at udbudet og dets administration som følge af de nævnte forhold var behæftet med væsentlige fejl. Også henvist til, at klageren havde indgivet klagen straks og samtidig havde begæret opsættende virkning.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

8. august 2000. Visma Logistics ASA mod Københavns Amt

Principielle bemærkninger om afvigende tilbud. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning

Et amt udbød en IT-ydelse som begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra en række underkriterier. Der blev afgivet tre tilbud, og amtet valgte en af tilbudsgiverne som kontraktspart. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde anset klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt: Udtalt, at flere af de begrundelser, som udbyderen havde givet for at anse tilbudet for ukonditionsmæssigt, var uholdbare, men at tilbudet indeholdt afvigelser fra udbudsbetingelserne på en række punkter, og at disse afvigelser i hvert fald tilsammen måtte betegnes som grundlæggende. Klagen blev herefter ikke taget til følge på dette punkt.

2) Klage over, at udbyderen havde forskelsbehandlet klageren og den valgte tilbudsgiver: Udtalt, at den valgte tilbudsgivers tilbud indeholdt afvigelser fra en meget lang række elementer i udbudsbetingelserne, og at disse afvigelser i hvert fald tilsammen måtte betegnes som grundlæggende. Det var herefter en overtrædelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, at udbyderen desuagtet havde taget tilbudet i betragtning, og det var en særlig overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, at udbyderen havde taget tilbudet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning samtidig med, at man karakteriserede klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt. Udbyderens overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i forhold til klageren måtte herefter betegnes som grov.

3) Klage over, at udbyderen havde forhandlet med den valgte tilbudsgiver og havde accepteret dennes tilbud, selvom det var ukonditionsmæssigt: Tilkendegivet at Klagenævnet på baggrund af sin stillingtagen til klagepunkt 2 ikke ønskede at beskæftige sig selvstændigt med dette klagepunkt.

Klagenævnet fremkom i sagens anledning med følgende principielle bemærkninger om tilbud, der afviger fra et udbud, og bemærkede herved, at det er uden betydning, om en afvigelse benævnes forbehold:

Hvis en afvigelse angår et eller flere grundlæggende elementer, følger det af EU's ligebehandlingsprincip, at udbyderen har pligt til ikke at tage tilbudet i betragtning.

Hvis en afvigelse angår et ikke grundlæggende element, har udbyderen ret, men ikke pligt til ikke at tage tilbudet i betragtning, dvs. at udbyderen ikke overtræder ligebehandlingsprincippet ved ikke at tage tilbudet i betragtning, men at udbyderen heller ikke overtræder ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbudet i betragtning. Hvis udbyderen vælger at tage tilbudet i betragtning, følger det imidlertid af ligebehandlingsprincippet, at udbyderen skal foretage en sagligt gennemført prissætning af afvigelsen.

Flere ikke grundlæggende elementer i et udbud efter omstændighederne vil kunne udgøre et grundlæggende element tilsammen, således at udbyderen har pligt til ikke at tage tilbud, der afviger fra dem alle, i betragtning.

Klagenævnet udtalte videre: Det udbud, som sagen angik, bar præg af en uklar og upræcis beskrivelse af det udbudte og indeholdt desuden modstridende angivelser. En nærmere angivet del af udbudsbetingelserne var uden mening, og der havde tilsyneladende hos udbyderen selv været usikkerhed med hensyn til, hvad udbudet nærmere gik ud på. Endvidere havde udbyderen i realiteten gennemført udbudet, som om der var adgang til at forhandle med den valgte tilbudsgiver alene. Udbudet og dets gennemførelse var herefter fundamentalt i strid med EU's udbudsregler, og Klagenævnet havde derfor overvejet at annullere udbyderens beslutninger om at gennemføre udbudet i den anvendte form og om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Klagenævnet lagde imidlertid vægt på, at

Klagenævnet for Udbud, Danmark

kontrakten med den valgte tilbudsgiver nu måtte formodes at være opfyldt i det væsentlige, og at en annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver derfor ville medføre et samfundsmæssigt værdispild, der ikke ville stå i rimeligt forhold til klagerens interesse i en annullation.

11. august 2000. Kirkebjerg A/S mod Ribe Amt

Mange overtrædelser af ligebehandlingsprincippet m.m. Brug af referenceprodukt var uberettiget. Annullation af et udbud skal angå hele udbudet. Et annulleret udbud er bortfaldet. Ikke tilsidesættelse af udbyders vurdering af, hvilket af tilbudene, der var det økonomisk mest fordelagtige. Klagenævnet har ikke kompetence med hensyn til, om en tilbudsgiver har krav på ordren

Sagen angik et udbud af el-entreprisen ved et amts udbygning af et sygehus. Udbudet blev foretaget som offentligt udbud i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet. Udbyderen indgik kontrakt med en tilbudsgiver, og en anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet.

Som led i entreprisen skulle der leveres og monteres et antal såkaldte sengestuepaneler, og i udbudsbetingelserne var anført, at sengestuepanelerne skulle være af fabrikatet Fagerhult eller dermed ligestillet. Klageren havde i sit tilbud angivet, at der ville blive anvendt sengestuepaneler af det omtalte fabrikat, hvorimod den valgte tilbudsgiver havde angivet sengestuepaneler af fabrikatet Aluflex.

Essensen i klagen var, at udbyderen efter klagerens opfattelse var forpligtet til at vælge et tilbud, der anvendte sengestuepaneler af fabrikatet Fagerhult, og at udbyderen derfor skulle have valgt klagerens tilbud. Som det fremgår af det nedenstående, fik klageren imidlertid ikke medhold på disse centrale punkter, selvom Klagenævnet ganske vist statuerede, at udbyderen havde overtrådt EU's udbudsregler på en række punkter. Klagenævnet udtalte i hovedtræk:

Der er tradition i den danske byggebranche for i udbud at henvise til referenceprodukter, således som det i det omhandlede udbud var sket med hensyn til sengestuepaneler. Dette har imidlertid tendens til at medføre uklarhed med hensyn til, hvad udbyderen ønsker, og det fremgik således heller ikke klart og tydeligt, på hvilke punkter et tilbudt sengestuepanel kunne adskille sig fra referenceproduktet. Desuden indeholdt udbudsbetingelserne en lang række specifikationer med hensyn til sengestuepaneler, således at henvisningen til et referenceprodukt kunne forekomme overflødig og derfor kunne forstås som et reelt krav om, at det var referenceproduktet, der skulle anvendes, således at henvisningen til dermed ligestillede fabrikater var en formalitet. Klagenævnet henviste desuden til, at udbyderens tekniske rådgiver havde haft en skiftende holdning til, hvordan udbudet skulle forstås på det pågældende punkt. På den anførte baggrund konstaterede Klagenævnet, at udbudsbetingelsernes angivelser om sengestuepaneler havde været en overtrædelse af det krav, der må anses indeholdt i EU's udbudsregler, om, at et udbud skal indeholde en klar og nøjagtig beskrivelse af det udbudte.

Udbudsbetingelsernes henvisning til referenceproduktet var en overtrædelse af Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, om principielt forbud mod at angive bestemte fabrikater i udbud, idet det ikke var oplyst, at det ønskede sengestuepanel ikke skulle kunne beskrives ved hjælp af

specifikationer, der var tilstrækkeligt nøjagtige og forståelige for alle interesserede (jf. bestemmelsen).

Det var i strid med EU's udbudsregler, at udbyderen havde forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem tilbudene, idet udbyderen ved et EU-udbud kun kan vælge kontraktspart ud fra de tildelingskriterier, der følger af udbudsdirektiverne, for Bygge- og anlægsdirektivets vedkommende dette direktivs kapitel 3.

Det var desuden i strid med EU's udbudsregler, at udbyderen havde forbeholdt sig ret til at lade dele af entreprisen helt eller delvis udgå, dels fordi dette medførte uklarhed med hensyn til, hvad der var udbudt, dels fordi det følger af EU's ligebehandlingsprincip, at et EU-udbud kun kan annulleres, hvis udbyder har saglig grund til annulation.

Det var endvidere i strid med EU's udbudsregler, at udbyderen på et tidspunkt havde annulleret udbudet med hensyn til sengestuepaneler, fordi udbyderen som følge af bl.a. den valgte tilbudsgivers tilbud var blevet opmærksom på, at der var ved at komme et nyt fabrikat på markedet, dvs. fabrikatet Aluflex. Klagenævnet henviste herved til, at annulationen var sket i henhold til udbudsbetingelsernes bestemmelse om, at udbyderen forbeholdt sig ret til at lade entreprisen helt eller delvis udgå, og at denne bestemmelse var i strid med EU's udbudsregler, jf. ovenfor. Også bortset herfra var annulationen imidlertid i strid med EU's udbudsregler. Klagenævnet udtalte herved, at hvis en udbyder har saglig grund til at annullere et udbud, må udbyderen annullere hele udbudet og kan ikke nøjes med at annullere en del af det, og at dette i hvert fald måtte gælde i et tilfælde som det foreliggende, hvor den delvise annulation sker efter tilbudenes afgivelse, idet tilbud afgives på grundlag af vedkommende udbud i dets helhed, og idet en senere delvis annulation derfor forrykker konkurrencegrundlaget mellem tilbudsgiverne.

Det var endvidere i strid med EU's ligebehandlingsprincip, at udbyderen trods annulationen af udbudet med hensyn til sengestuepaneler desuagtet havde indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver også omfattende sengestuepaneler. Klagenævnet udtalte herved: Når et EU-udbud er annulleret, er det bortfaldet, og udbyderen må derfor foretage et nyt EU-udbud, hvis udbyderen ønsker den pågældende ydelse alligevel. Dette må også gælde, selvom annulationen har været i strid med EU's udbudsregler, idet der i modsat fald ville blive givet mulighed for en helt uigennemsigtig administration af EU's udbudsregler i strid med det almindelige EU-retlige princip om gennemsigtighed.

Det var udtryk for en forskelsbehandling i strid med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen havde valgt et tilbud omfattende fabrikatet Aluflex, der var omfattet af nogle af tilbudene, men ikke dem alle, efter at udbyderens rådgiver gennem længere tid havde indhentet oplysninger om og foretaget undersøgelser af dette fabrikat. Klagenævnet henviste herved til, at indkomne tilbud i henhold til et EU-udbud principielt skal bedømmes efter deres indhold og på det grundlag, der foreligger ved tilbudenes modtagelse.

Klagenævnet konkluderede, at udbyderen ved udformningen af udbudsbetingelserne og sin administration af udbudet havde overtrådt EU's udbudsregler på en række punkter. Udbudet havde derfor ikke udgjort et fyldestgørende grundlag for en kontraktsindgåelse, hvorfor det havde væ-

Klagenævnet for Udbud, Danmark

ret i strid med EU's udbudsregler, at udbyderen i det hele taget indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne på grundlag af udbudet.

Klageren havde bl.a. nedlagt påstand om, at Klagenævnet skulle fastslå, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige. Denne påstand blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste herved til, at en udbyders vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud nødvendigvis må bero på et skøn, og at der ikke var fremkommet noget, der tydede på, at udbyderen havde forfulgt usaglige hensyn ved valget af tilbudsgiver.

Klageren havde desuden bl.a. nedlagt påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at klageren havde krav på at få tildelt kontrakten. Denne påstand blev afvist med begrundelse, at Klagenævnet ikke har kompetence til at træffe afgørelse om spørgsmålet.

27. september 2000. Svend B. Thomsen A/S mod Blåvandshuk Kommune

Underkriterier skulle angives prioriteret, da der ikke var saglig grund til at undlade dette. Forholdet mellem kvalifikationskriterier og tildelingskriterier. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved favorisering af den hidtidige tjenesteyder. Annullation af tildelingsbeslutningen. Ikke opsættende virkning

En kommune udbød som begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet tømninger af spildevandstanke i kommunens område. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier, der var angivet i ikke prioriteret rækkefølge: Relevant erfaring, arbejdsmiljø, kvalitet, pris og service.

I henhold til udbudsbetingelserne skulle der i tilbudene angives dels en pris for ordinære tømninger, dvs. tømninger efter en forud fastlagt plan, dels en pris for ekstraordinære tømninger, dvs. tømninger efter særlig rekvirition i det enkelte tilfælde.

Der prækvalificeredes syv virksomheder, der alle afgav tilbud. Udbyderen tilkendegav derefter, at man ville indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne.

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

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at underkriterierne til tildelingskriteriet var angivet i ikke prioriteret rækkefølge: Taget til følge. Henvist til, at en udbyder i medfør af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, a så vidt muligt skal angive underkriterierne i prioriteret orden. Udtalt, at udbyderen herefter ud fra en saglig vurdering af den udbudte ydelse må tage stilling til, om underkriterierne kan opstilles prioriteret. Under hensyn til den omhandlede tjenesteydelses beskaffenhed og sagens oplysninger i øvrigt lagde Klagenævnet videre til grund, at udbyderen efter en saglig vurdering havde haft mulighed for at angive underkriterierne i prioriteret orden.

2) Klage over, at underkriterierne til tildelingskriteriet, bortset fra underkriteriet om pris, var uegnede som tildelingskriterier og hørte hjemme under prækvalifikationen: Taget til følge med hensyn til underkriteriet »relevant erfaring«. Udtalt, at dette underkriterium hørte hjemme under prækvalifikationen, og at anvendelsen af kriteriet som underkriterium til tildelingskriteriet var i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 (om tildelingskriterier). Ikke taget til følge med hensyn til de øvrige af de på-

gældende underkriterier, dvs. »arbejds miljø, kvalitet og service«. Herved bl.a. udtalt, at der ikke var tilstrækkeligt grundlag for at udelukke, at disse underkriterier kunne være egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

3) Klage over, at kommunen havde handlet i strid med EU's ligebehandlingsprincip og Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2 (om forbud mod forskelsbehandling) ved ikke at angive, hvor mange ekstraordinære tømninger, der ville blive tale om: Taget til følge. Henvist til, at både kommunen og den hidtidige entreprenør havde viden om antallet af ekstraordinære tømninger, uden at antallet var blevet oplyst ved udbudet, og at kommunen derved havde favoriseret den hidtidige entreprenør i forhold til de øvrige tilbudsgivere. (Det fremgår, at priserne i klagerens tilbud kunne være blevet lavere, hvis klageren havde haft oplysning om det tilnærmelsesvis antal ekstraordinære tømninger, idet klageren i så fald havde haft et bedre grundlag for tilrettelægge udførelsen af den samlede tjenesteydelse.)

Udbyderen havde ved sin tildelingsbeslutning lagt vægt på den samlede pris for ordinære og ekstraordinære tømninger, men dette var ikke oplyst ved udbudet. Udbyderen havde således anvendt et tildelingskriterium, der ikke var blevet angivet ved udbudet, og Klagenævnet udtalte, at dette var en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2.

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

9. oktober 2000. Dapa ApS mod Kolding Kommune mfl.

Afvisning af anmodning om prækvalifikation var berettiget, men der var givet en forkert begrundelse herfor. Erstatningsspørgsmålet udsat og bortfaldet, da klagen ikke blev taget til følge. Ikke opsættende virkning

Nogle kommuner udbød i fællesskab som begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet oparbejdning af elektronisk skrot. Senere annullerede udbyderne udbudet som følge af fejl i udbudsproceduren.

Udbyderne udbød derefter som offentligt udbud den samme tjenesteydelse, nu beskrevet som oparbejdning af elektriske og elektroniske produkter. På grundlag af udbudet indgik udbyderne kontrakt med virksomheden Elektro Miljø A/S. En af tilbudsgiverne var et konsortium, der bestod af en dansk og en tysk virksomhed. Den danske virksomhed klagede til Klagenævnet med henvisning til, at tildelingsbeslutningen var sket i strid med tildelingskriterierne i udbudsbetingelserne. Udbyderne besluttede derefter at opsigte kontrakten med Elektro Miljø A/S, fordi denne tilbudsgivers tilbud havde været ukonditionsmæssigt, og fordi udbyderne havde ført forhandlinger med tilbudsgiveren i strid med EU's ligebehandlingsprincip. Klageren tilbagekaldt herefter klagen til Klagenævnet.

Udbyderne udbød derefter på ny, nu som begrænset udbud, den omhandlede tjenesteydelse, denne gang beskrevet som transport, bearbejdelse og bortskaffelse m.m. af elektronisk affald.

Bl.a. det omtalte konsortium, bestående af en dansk og en tysk virksomhed anmodede om at blive prækvalificeret. Udbyderne meddelte imidlertid konsortiet, at det ikke var blevet prækvalificeret, fordi det ikke havde givet nogle nærmere angivne oplysninger, se herom nedenfor. Udbyderen indgik senere på ny kontrakt med Elektro Miljø A/S.

Klagenævnet for Udbud, Danmark

Den danske virksomhed, der indgik i det omtalte konsortium, klagede til Klagenævnet over, at konsortiet ikke var kommet i betragtning ved prækvalifikationen. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Parternes procedure for Klagenævnet drejede sig om, hvorvidt konsortiet på en række punkter havde givet tilstrækkelige oplysninger ved anmodningen om prækvalifikation, og Klagenævnet tog stilling til sagen således:

Om anmodningen om prækvalifikation indeholdt en erklæring fra den tyske deltager i konsortiet om, at der ikke var forfalden gæld til det offentlige: Udtalt, at udbudsbetingelsernes krav på dette punkt var opfyldt, da konsortiets erklæring om spørgsmålet utvetydigt angik hele konsortiet og dermed opfyldt udbudsbetingelsernes krav. Udbyderne havde derfor handlet i strid med EU's udbudsregler ved at undlade at tage konsortiets anmodning om prækvalifikation i betragtning med begrundelse, at der ikke var afgivet en erklæring som omtalt for den tyske deltager.

Om anmodningen om prækvalifikation indeholdt en tilstrækkelig beskrivelse af kvalitetssikringssystem: Udtalt, at udbudsbetingelsernes krav om en sådan beskrivelse måtte antages ikke at angå den del af tjenesteydelsen, som den danske deltager i konsortiet skulle udføre. Udbyderne havde derfor handlet i strid med EU's udbudsregler ved at undlade at tage konsortiets anmodning om prækvalifikation i betragtning med begrundelse, at der ikke var fremsendt en beskrivelse af kvalitetssikringssystem for den danske deltager.

Om anmodningen om prækvalifikation indeholdt en tilstrækkelig beskrivelse med hensyn til miljøhandlingsplan, arbejdsmiljø og sikkerhed: Udtalt, at udbudsbetingelsernes krav om sådanne beskrivelser måtte antages ikke at angå den danske deltager i konsortiet. Efter Klagenævnets vurdering gav det materiale, som konsortiet havde fremsendt, imidlertid ikke udbyderne et tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, om den tyske deltager i konsortiet opfyldt udbudsbetingelsernes mindstekrav på de omhandlede punkter. Udbyderne havde derfor ikke handlet i strid ved Tjenesteydelsesdirektivet ved med denne begrundelse at undlade at tage konsortiets anmodning om prækvalifikation i betragtning.

Om anmodningen om prækvalifikation indeholdt oplysning om navn og faglige kvalifikationer på de ledende medarbejdere, der skulle udføre tjenesteydelsen, således som det var krævet i udbudsbetingelserne: Da konsortiet ikke havde givet disse oplysninger ved anmodningen om prækvalifikation, havde udbyderne været afskåret fra at konstatere, om konsortiet opfyldt betingelserne for prækvalifikation, og det havde derfor påhvilet udbyderne med denne begrundelse at beslutte, at konsortiets anmodning om prækvalifikation ikke skulle tages i betragtning.

Klagen blev således ikke taget til følge.

Klagenævnet pålagde imidlertid udbyderne at betale sagsomkostninger til klageren og henviste herved til: Udbydernes meddelelse til konsortiet om, at det ikke var kommet i betragtning ved prækvalifikationen, var begrundet med, at konsortiet ikke havde givet oplysninger om erklæring om konsortiets gæld til det offentlige og kvalitetsstyringssystem vedrørende den danske deltager. Disse forhold kunne imidlertid ikke begrunde, at konsortiet ikke kom i betragtning, jf. ovenfor. På den anden side havde udbyderne ikke givet den holdbare begrundelse, dvs. at konsortiet ikke

havde givet oplysning om ledende medarbejdere og om miljøhandlingsplan m.m. for den tyske deltager, jf. ligeledes ovenfor.

Klageren havde nedlagt påstand om erstatning, men Klagenævnet havde udsat sin afgørelse om erstatningsspørgsmålet på sin afgørelse af selve klagen. Spørgsmålet om erstatning bortfaldt, fordi klagen ikke blev taget til følge.

8. november 2000. H. Friedmann og Søn A/S mod Forskningsministeriet

Prissætning af forbehold i overensstemmelse med almindeligt kendte standardprincipper var korrekt. Erstatningsspørgsmålet udsat og bortfaldet, da klagen ikke blev taget til følge

Sagen angik malerentreprisen ved et byggeri i den nye københavnske bydel Ørestaden. Udbudet skete som begrænset udbud i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Der indkom syv tilbud. Seks af tilbudsgiverne tog forbehold om, at maling af vægge og lofter i nogle nærmere angivne rum ikke var medregnet. Den syvende tilbudsgiver tog et lignende forbehold for så vidt angår væggene, men ikke lofterne, i de pågældende rum.

Forbeholdene skyldtes usikkerhed med hensyn til de pågældende vægges og lofters arealer. Denne usikkerhed var blevet påpeget af en opmålingsvirksomhed, som alle tilbudsgivere havde benyttet, og som havde anbefalet tilbudsgiverne at tage forbehold med hensyn til væggene og lofterne i de omhandlede rum.

Som følge af, at alle tilbudene som omtalt indeholdt forbehold om væggene i de pågældende rum, undlod udbyderen at prissætte forbeholdene med hensyn til væggene.

Derimod prissatte udbyderen forbeholdene med hensyn til lofterne, da et af tilbudene som nævnt ikke tog forbehold vedrørende dem. Ved denne prissætning anvendte udbyderen nogle standardpriser, der er almindeligt kendt i byggebranchen. På grundlag af prissætningen konstaterede udbyderen, at den tilbudsgiver, der ikke havde taget forbehold med hensyn til lofterne, havde afgivet det laveste tilbud, og udbyderen indgik herefter kontrakt med denne tilbudsgiver.

En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at udbyderen ved prissætningen af forbeholdet med hensyn til lofter i klagerens tilbud ikke skulle have anvendt de omtalte standardpriser, men derimod skulle have anvendt nogle priser pr. m², som fremgik af klagerens tilbud med hensyn til nogle eventuelle yderligere arbejder. Det fremgår, at klagerens tilbud ville være blevet det laveste, hvis udbyderen havde foretaget prissætningen således.

Klageren fik imidlertid ikke medhold. Klagenævnet udtalte: Udbyderen skulle prissætte forbeholdet i klagerens tilbud på en objektiv og gennemskuelig måde. For at undgå, at klageren fik en fordel som følge af forbeholdet, skulle prissætningen endvidere ske sådan, at det arbejde, der var omfattet af forbeholdet, med sikkerhed kunne udføres i overensstemmelse med prissætningen. Udbyderens prissætning af klagerens forbehold var sket i overensstemmelse med disse forudsætninger.

Klagenævnet udtalte videre: Det var efter nævnets vurdering tvivlsomt, om udbyderen (som hævdede af klageren) havde kunnet forlange, at klageren udførte det arbejde, der var omfattet af forbeholdene, i overensstem-

Klagenævnet for Udbud, Danmark

melse med den prissætning, som klageren havde påberåbt sig. Allerede af denne grund ville udbyderen have handlet i strid med EU's udbudsregler, hvis man havde prissat klagerens forbehold således.

Klageren havde nedlagt påstand om erstatning, og Klagenævnet havde udsat sin afgørelse om erstatningsspørgsmålet på sin afgørelse af selve klagen. Spørgsmålet om erstatning bortfaldt, fordi selve klagen ikke blev taget til følge.

7. december 2000. Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Kulturministeriet

Forhandling med en tilbudsgiver var ikke en overtrædelse af forhandlingsforbudet som følge af helt særegne omstændigheder

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet af bygherrerådgivningen i forbindelse med opførelsen af et nyt rigsarkiv m.m. i den nye københavnske bydel Ørestaden. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle nærmere angivne underkriterier. Der prækvalificeredes fem virksomheder.

I udbudsbetingelserne var anført, at der ikke måtte tages forbehold. Det udtaltes videre, at Foreningen af Rådgivende Ingeniører's standardforbehold var indarbejdet i udbudsbetingelserne, i det omfang udbyderen kunne acceptere dem.

Foreningen af Rådgivende Ingeniører (F.R.I.), der fik kendskab til udbudet, indkaldte alle de prækvalificerede til et møde og pålagde dem under mødet at tage F.R.I.'s standardforbehold ved afgivelse af tilbud i henhold til udbudet.

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

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

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

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

Klagenævnet udtalte:

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

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

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

Indbragt for domstolene, men afgørelsen reelt stadfæstet ved Østre Landsrets dom af 7. oktober 2002 i sag 15. afdeling B 303-01.

14. december 2000. Renoflex A/S mod I/S Vestforbrænding

Udbyders evalueringsmodel for tilbudene var uigennemsigtig og konkret fejlanvendt. Tildelingsbeslutning annulleret, og udbyder pålagt at foretage ny evaluering. Opsættende virkning

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets af tømning af opsamlingsmateriel til glas og papir i et antal kommuner i det storkøbenhavnske område og transport af det indsamlede til genanvendelse. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra en helhedsvurdering af pris, kvalitet, service og opsamlingsmaterialets miljøstandard. Der indkom fire tilbud. Udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, en vognmandsvirksomhed, der havde udført opgaven hidtil, og der blev på et tidspunkt indgået kontrakt med denne tilbudsgiver.

En af de øvrige tilbudsgivere klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at udbyderen ikke havde meddelt klageren en fyldestgørende grundelse for, at klagerens tilbud ikke var antaget, og at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige. Klagerens begæring om opsættende virkning blev taget til følge.

Det fremgår af sagen, at klagerens tilbud var det laveste og den valgte tilbudsgivers tilbud det næstlaveste, men at udbyderens rådgiver havde tillagt klagerens tilbud nogle beløb for "miljøstandard", "kvalitet" og "service", hvorved klagerens tilbud blev lidt højere end den valgte tilbudsgivers.

Klagenævnet for Udbud, Danmark

Efter at klageren havde fået underretning om, at udbyderen ikke ville indgå kontrakt med klageren, afholdtes et møde mellem klageren og repræsentanter for udbyderen. På mødet redegjorde udbyderens rådgiver for evalueringen af tilbudene. Efter mødet sendte udbyderen klageren et mødereferat, som klageren ikke fremsatte bemærkninger til.

Klagenævnet statuerede, at udbyderen havde meddelt klageren tilstrækkelig begrundelse for udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Klagenævnet udtalte videre: Nævnet havde ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at den valgte tilbudsgiver ikke havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Den anvendte model for evaluering af tilbudene indebar imidlertid uigennemsigtighed i bedømmelsen og dermed risiko for forskelsbehandling af de bydende. Desuden havde den konkrete anvendelse af modellen været behæftet med fejl i et sådant omfang, at resultatet var helt usikkert.

På denne baggrund annullerede Klagenævnet udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Klagenævnet pålagde videre udbyderen at lovliggøre udbudet ved at gennemføre en objektivt uangribelig evaluering af de modtagne tilbud.