

Klagenævnet for Udbud

**RESUMÉER AF
KENDELSER
FRA
KLAGENÆVNET
FOR
UDBUD
2001**

2002

(senere mindre revisioner kan have fundet sted)

Efter indholdsfortegnelsen indeholdes nedenfor resuméer af de kendelser, som Klagenævnet for Udbud har afsagt i 2001. 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

Tilbud var ikke unormalt lavt. Tilbud fra et interessentskab, som udbyderen var interessant i, kunne tages i betragtning. Der kunne lægges vægt på fordelene ved kun at have én entreprenør for hele entreprisen. Ikke opsættende virkning.....	5
Mistanke om inhabilitet hos udbyders indkøbschef udgjorde saglig begrundelse for annullation af udbudet. Ikke opsættende virkning.....	6
Forholdet mellem udvælgelseskriterier og tildelingskriterier. Udbyder måtte lægge vægt på dårlige erfaringer med en tilbudsgivers tidligere anpartsselskab, men måtte ikke lægge vægt på anpartsselskabets nuværende økonomiske forhold. Forskellige formelle overtrædelser af udbudsreglerne	6
Sømændenes Forbund var ikke klageberettiget efter Lov om færgefart	7
Tvivlsomt, om ligebehandlingsprincippet gælder mellem en udbyder og en afdeling hos udbyderen, men ikke anledning til at tage stilling til spørgsmålet. Forskellig angivelse af et underkriterium i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne m.m. Ikke annullation.....	8
En bestemmelse i udbudsbetingelserne om, at der kunne tages forbehold over for samtlige elementer i udbudsbetingelserne, var i strid med gennemsigtighedsprincippet. Det var i strid med udbudsreglerne, at udbyder forbeholdt sig at afvise alle tilbud. Annullation og pålæg om nyt udbud. Ikke opsættende virkning.....	9
Fejlagtigt anført i udbudsbetingelserne, at underkriterierne var ikke-prioriterede. Forudsætning om, at der skal lægges vægt på tilbudsprisen. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation.....	10
Annullation af udbud af projektkonkurrence, fordi der ikke kunne prækvalificeres et tilstrækkeligt antal udenlandske ansøgere, var sagligt begrundet. Den meddelte begrundelse var dog ikke tilstrækkelig tydelig. Ikke opsættende virkning	11
Udbyder var berettiget og forpligtet til ikke at tage tilbud, der overskred et fastsat sidetal, i betragtning. Det var i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, at udbyderen havde prækvalificeret flere tilbudsgivere end det angivne maksimale antal. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation	13
Tilbud, der ikke opfyldte Arbejdstilsynets krav, var ukonditionsmæssigt. Udbyder kunne iværksætte et udbud efter forhandling, men overtrådte direktivet og generelle principper ved gennemførelsen. Under udbud efter forhandling må tilbudsgiverne ikke spilles prismæssigt ud mod hinanden	15
Uklarhed i udbudsbetingelserne i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Henvendelse til tilbudsgivere i strid med ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbudet. Underkriterium ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Udbyder skulle have prissat forbehold om dagbøder. En evalueringsmodel var i strid med gennemsigtighedsprincippet. Annullation og påbud om lovliggørelse. Ikke opsættende virkning	16
En tilbudsgiver, der var koncerndeltager, havde på grund af uklare og ufuldstændige redegørelser til udbyder ikke bevist, at man rådede over de nødvendige ressourcer. Udbud efter forhandling var uberettiget, da tilbudene ikke var uegnede. Ikke taget stilling til, om Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, a er subsidiær i forhold til stk. 2. Rapport skal forelægges Kommissionen straks efter beslutningen om udbud efter forhandling. Fejl ad antallet af prækvalificerede. Forskellig angivelse af underkriterier i udbudsbekendtgørelse og udbudsbetingelser. Annullation. Ikke opsættende virkning. Ikke sagsomkostninger.....	18

Klagenævnet for Udbud, Danmark

Udbyder pålagt at betale erstatning ca. 200.000 kr. til potentiel tilbudsgiver som følge af uklarhed i udbud. Klageren havde ikke tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt ved at arbejde med udbudssagen. Sagsomkostninger 19

Resuméer af kendelser fra Klagenævnet for Udbud afsagt 2001

30. januar 2001. Dansk Transport og Logistik mod Haderslev Kommune

Tilbud var ikke unormalt lavt. Tilbud fra et interessentskab, som udbyderen var interessent i, kunne tages i betragtning. Der kunne lægges vægt på fordelene ved kun at have én entreprenør for hele entreprisen. Ikke opsættende virkning.

En kommune udbød indsamling og transport m.m. af affald som offentligt udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet. I henhold til udbudet kunne der bydes på den samlede entreprise eller på dele af den. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle underkriterier med nærmere angiven indbyrdes vægt.

Der indkom tilbud fra syv virksomheder, hvorefter kommunen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, et interessentskab, om hele entreprisen. Den pågældende tilbudsgiver havde afgivet det prismæssigt laveste tilbud, ca. 6,2 mio. kr., hvilket var ca. 24% lavere end det næstlaveste tilbud.

En organisation havde forinden klaget til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge. Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at det var angivet forskelligt i udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen, hvilke dele af entreprisen tilbudene kunne angå: Ikke taget til følge. Henvist til, at de forskellige formuleringer ikke indbar nogen reel risiko for at bringe tilbudsgiverne i tvivl.

2) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 37 (om unormalt lave tilbud) ved ikke at have anmodet den valgte tilbudsgiver om en redegørelse for dennes tilbud, der var unormalt lavt: Ikke taget til følge, allerede fordi den valgte tilbudsgivers tilbud ikke kunne karakteriseres som unormalt lavt.

3) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom det var unormalt lavt: Ikke taget til følge med begrundelse svarende til begrundelsen ad punkt 2.

4) Klage over, at tilbudene ifølge udbudsbetingelserne skulle vedlægges oplysning om bopæl og lokalkendskab for det anvendte mandskab: Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde overtrådt EU's udbudsregler på dette punkt.

5) Klage over, at udbyderen havde taget tilbudet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, uanset at udbyderen var interessent i det interessentskab, som den valgte tilbudsgiver bestod af: Ikke taget til følge. Bl.a. henvist til, at interessentskabet ikke havde retlig mulighed for at påvirke udbyderens afgørelser i forbindelse med udbudet. Dog henvist til, at interessensammenfaldet som følge af udbyderens deltagelse i interessentskabet skulle tages i betragtning ved vurderingen af, om udbyderen havde forskelsbehandlet tilbudsgiverne, og at Klagenævnet ved sine øvrige afgørelser i sagen havde taget dette forhold i betragtning.

6) Klage over, at udbyderen ved sit valg af den samme tilbudsgiver for hele entreprisen havde lagt vægt på administrative besparelser ved kun at

have én entreprenør, uanset at dette hensyn ikke var angivet som underkriterium til tildelingskriteriet: Ikke taget til følge. Udtalt at udbyderen havde været berettiget og forpligtet til at tage de nævnte administrative besparelser i betragtning ved sin vurdering af, hvilket tilbud, der var det økonomisk mest fordelagtige.

Klagerens påstand om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge med henvisning til, at der intet grundlag var for en sådan annullation.

19. februar 2001. Zealand Care A/S mod Frederikshavn Kommune

Mistanke om inhabilitet hos udbyders indkøbschef udgjorde saglig begrundelse for annullation af udbudet. Ikke opsættende virkning

En kommune udbød som begrænset udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet en drifts- og administrationsaftale for genbrugshjælpemidler. Der prækvalificeredes to virksomheder, der begge afgav tilbud. På et tidspunkt derefter annullerede kommunen udbudet med henvisning til følgende: Kommunens indkøbschef, der skulle fratæde sin stilling, og som havde deltaget i vurderingen af de to tilbud, havde haft drøftelser med den ene tilbudsgiver om ansættelse hos denne.

Den pågældende tilbudsgiver klagede til Klagenævnet over annullationen. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klageren fik ikke medhold i klagen. Klagenævnet henviste til, at mistanken om inhabilitet ved bedømmelsen af tilbudene var en saglig begrundelse for annullationen. Også henvist til, at der ellers kunne befrygtes overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

23. februar 2001. Kæmpes Taxi og Nordfyns Busser ved Hans Kæmpe mod Sønderø Kommune

Forholdet mellem udvælgelseskriterier og tildelingskriterier. Udbyder måtte lægge vægt på dårlige erfaringer med en tilbudsgivers tidligere anpartsselskab, men måtte ikke lægge vægt på anpartsselskabets nuværende økonomiske forhold. Forskellige formelle overtrædelser af udbudsreglerne

En kommune udbød skolebuskørslen i kommunen som begrænset udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle underkriterier. Der prækvalificeres syv virksomheder, og fem af disse afgav tilbud. Udbyderen indgik derefter kontrakter med nogle af tilbudsgiverne om kørslen i forskellige distrikter.

En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over en række forhold i forbindelse med udbudet, og Klagenævnet tog nogle yderligere forhold op ex officio.

Klageren drev personlig virksomhed, men var anpartshaver i et anpartsselskab, der tidligere havde udført kørsel for udbyderen. Anpartsselskabets udførelse af denne kørsel havde givet anledning til klager og måtte ophøre før kontraktperiodens udløb, og anpartsselskabet var under konkurs.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Det var i strid med EU's udbudsregler, at udbyderen havde fastsat »Økonomi, herunder bydernes soliditet« som underkriterium til tildelingskriteriet. Henvist til, at forhold af den pågældende karakter var indgået i prækvalifikationen, og at det nævnte underkriterium ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud ved en tjenesteydelse

som den aktuelle. Udbyderen havde ligeledes handlet i strid med EU's udbudsregler ved at lægge vægt på det omtalte underkriterium ved tildelingsbeslutningen og havde tilsvarende handlet i strid med udbudsreglerne ved at lægge vægt på et underkriterium om »Materialets beskaffenhed«.

2) Et underkriterium om »Referencer fra lignende kørsel, herunder overholdelse af leverings- og afhentningstider« var ikke indholdsmæssigt sammenfaldende med et udvælgelseskrITERIUM om oplysning om referencer. Det nævnte underkriterium var endvidere egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og udbyderen havde derfor ikke handlet i strid med EU's udbudsregler ved at fastsætte det.

3) Udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 24, stk. 1, 2. punktum (om alternative tilbud) ved ikke at fastsætte de mindstekrav, som alternative tilbud skulle opfylde, uanset at der ved udbudet var givet mulighed for alternative tilbud.

4) Udbyderen var ved sin vurdering af, om klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige, berettiget til at lægge vægt på oplysningerne om det omtalte anpartsselskabs tidligere udførelse af kørsel. Udbyderen var derimod uberettiget til at lægge vægt på anpartsselskabets nuværende økonomiske forhold både ved afgørelsen af, om klageren skulle prækvalificeres, og ved vurderingen af klagerens tilbud.

5) Udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 (om tildelingskrITERIER) ved at angive, at der ville blive lagt »særlig« vægt på det økonomisk mest fordelagtige tilbud og ved at angive, at tildelingen »især« ville ske på grundlag af underkriterierne. Udbyderen havde desuden handlet i strid med bestemmelsen ved ikke at angive tildelingskrITERIET i udbudsbetingelserne, men kun i udbudsbekendtgørelsen.

6) Udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at man forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem tilbudene og til frit at forkaste alle tilbud.

7) Udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at prækvalificere en virksomhed, der ikke ved anmodningen om prækvalifikation havde afgivet forskellige krævede oplysninger (soliditetserklæring, regnskaber, erklæring om omsætning, liste over udførte opgaver og beskrivelse af teknisk udstyr). Tilbudsgiverens anmodning om prækvalifikation havde været af følgende indhold: »Vi vil gerne anmode om at få lov til at deltage i Licitationen«.

5. april 2001. Sømændenes Forbund i Danmark mod Nordjyllands Amt og Læsø Kommune

Sømændenes Forbund var ikke klageberettiget efter Lov om færgefart

I henhold til Lov om færgefart (lov nr. 398 af 2. juni 1999) kan afgørelser om udbud i henhold til loven indbringes for Klagenævnet for Udbud. Klageberettiget er enhver, der har retlig interesse i at klage.

Sømændenes Forbund i Danmark (Sømændenes Forbund) klagede over, at Nordjyllands Amt og Læsø Kommune har overtaget driften af færgeruten Frederikshavn-Læsø uden udbud. Forbundet gjorde gældende, at der skulle være foretaget udbud i henhold til en bestemmelse i loven, hvorefter der skal ske udbud af aftaler om at yde betaling for varetagelsen af samfundets behov for driften af en færgerute.

Amtet og kommunen gjorde i første række gældende, at Sømændenes Forbund ikke var klageberettiget.

Klagenævnet udtalte:

Af forarbejderne til loven om færgefart fremgår, at den omtalte regel om pligt til udbud er indsat i loven på følgende baggrund: Udbud kræves ikke efter EU's udbudsdirektiver. Almindelige EU-retlige principper om gennemsigtighed og forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet gælder imidlertid, og overholdelsen af disse principper skal efter Kommissionens opfattelse sikres ved udbud med offentliggørelse på passende måde.

Klagenævnet udtalte videre: Retlig interesse og dermed klageadgang i medfør af loven om færgefart forudsætter herefter, at klageren har en nogenlunde konkret begrundet interesse i, at der sker overholdelse af de EU-retlige principper om gennemsigtighed og forbud mod forskelsbehandling. Det var imidlertid ikke oplyst, at Sømændenes Forbund havde en sådan interesse, og forbundets interesse i at opnå overenskomst for det sejlene personale var klart ikke en retlig interesse, der er omfattet af loven. Det var uden betydning, at der ved bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud er givet klageadgang til nogle organisationer, som Sømændenes Forbund deltager i, allerede fordi denne klageadgang må antages at sigte til de pågældende organisationer selv og ikke underorganisationer.

Klagenævnet konstaterede herefter, at Sømændenes Forbund ikke var klageberettiget, og nævnet afviste derfor klagen.

27. april 2001. Dansk Transport og Logistik mod Nykøbing Falster Kommune

Tvivlsomt, om ligebehandlingsprincippet gælder mellem en udbyder og en afdeling hos udbyderen, men ikke anledning til at tage stilling til spørgsmålet. Forskellig angivelse af et underkriterium i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne m.m. Ikke annullation

En kommune udbød affaldsindsamlingen i kommunen som offentligt udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle nærmere angivne underkriterier.

Der blev afgivet tilbud fra tre eksterne tilbudsgivere og fra kommunens renovationsafdeling. Det var ikke ved udbudet blevet oplyst, at renovationsafdelingen ville give tilbud. Efter at kommunens rådgiver havde vurderet tilbudet fra renovationsafdelingen som det økonomisk mest fordelagtige bud, antog kommunen dette tilbud.

En organisation klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet. Klagenævnet tog i hovedtræk stilling til klagen således:

Klage over, at kommunen ikke ved udbudet havde oplyst, at der ville blive indhentet et kontroltilbud, og over, at kommunen ikke ved udbudet havde taget forbehold om annullation af udbudet, hvis kontroltilbudet viste sig at være det økonomisk mest fordelagtige: Ikke taget til følge bl.a. med henvisning til, at de påberåbte forhold ikke var en overtrædelse af EU's udbudsregler.

Klage over, at kommunen havde overtrådt EU's forhandlingsforbud og Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2 (om forbud mod forskelsbehandling) ved at have forhandlet med renovationsafdelingen om dennes tilbud: Ikke taget til følge med henvisning til, at det er tvivlsomt, om EU's forhandlingsforbud har betydning i forholdet mellem en udbyder og en afdeling hos udbyderen selv, og til, at der ikke var sket nogen favorisering af renovationsafdelingen.

Klage over, at kommunen ikke inden den frist, der foreskrives i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, havde givet en af de forbigåede tilbudsgivere begrundelse i overensstemmelse med bestemmelsen for, at den pågældende tilbudsgivers tilbud ikke var antaget: Erkendt af kommunen og taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede forholdet.

Klage over, at et af underkriterierne til tildelingskriteriet var beskrevet forskelligt i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne: Ikke taget til følge med henvisning til, at forholdet ikke havde medført nogen uklarhed, idet det var klart, at angivelsen i udbudsbekendtgørelsen havde karakter af et overbegræb i forhold til angivelsen i udbudsbetingelserne.

En påstand om annullation af kommunens beslutning om at tildele entreprisen til kommunens renovationsafdeling blev ikke taget til følge.

Klagenævnet udtalte i øvrigt:

De væsentligste klagepunkter gik ud på, at kommunen efter klagerens opfattelse havde favoriseret renovationsafdelingen på forskellig måde i strid med EU's ligebehandlingsprincip. Der var under Klagenævnets overvejelser om sagen fremkommet forskellige synspunkter med hensyn til, om dette princip kan anvendes i forholdet mellem en udbyder og en afdeling hos udbyderen selv, og spørgsmålet må karakteriseres som tvivlsomt. Klagenævnet havde imidlertid ikke anledning til at tage stilling til spørgsmålet, allerede fordi der efter nævnets vurdering ikke var sket nogen usaglig favorisering af renovationsafdelingen. Realiteten i kommunens antagelse af renovationsafdelingens tilbud var derfor, at kommunen annullerede udbudet, fordi den havde konstateret, at den selv kunne udføre opgaven til en lavere pris end de eksterne tilbudsgivere. En annullation af et udbud med en sådan begrundelse er saglig og dermed ikke i strid med EU's udbudsregler.

Det centrale i de pågældende klagepunkter syntes i øvrigt at være, at kommunen efter klagerens opfattelse var erstatningsansvarlig over for de eksterne tilbudsgivere, fordi kommunen ikke ved udbudet havde oplyst, at der ville blive indhentet tilbud fra renovationsafdelingen, således at de eksterne tilbudsgivere ikke havde haft lejlighed til at forholde sig til, om de desuagtet ville afholde udgifterne til udarbejdelse af tilbud. Klagenævnet kunne imidlertid ikke tage stilling til dette spørgsmål, i hvert fald ikke på grundlag af de nedlagte påstande og parternes procedure.

2. maj 2001. Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skattestyrelsen

En bestemmelse i udbudsbetingelserne om, at der kunne tages forbehold over for samtlige elementer i udbudsbetingelserne, var i strid med gennemsigtighedsprincippet. Det var i strid med udbudsreglerne, at udbyder forbeholdt sig at afvise alle tilbud. Annullation og pålæg om nyt udbud. Ikke opsættende virkning.

En statsmyndighed udbød som offentligt udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet leverancer i elektronisk form af domme og lovstof m.m. inden for sit område med henblik på optagelse på Internettet. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der var angivet i ikke prioriteret rækkefølge: Leveringstid, pris og kvalitet.

Et forlag, der overvejede at give tilbud, fandt det uklart, hvad udbudet nærmere gik ud på m.m., og stillede derfor udbyderen forskellige spørgsmål om udbudet. Da udbyderens svar på spørgsmålene efter forlagets opfattelse ikke afhjalp uklarheden, tilkendegav forlaget over for udbyderen,

at udbudet var i strid med EU's udbudsregler, og at forlaget overvejede at klage til Klagenævnet, hvis udbudet fastholdtes, med deraf følgende risiko for at udbudet måtte gå om.

Udbyderen fastholdt imidlertid udbudet. Det omtalte forlag afstod fra at afgive tilbud, og der indkom kun tilbud fra en enkelt tilbudsgiver, med hvem udbyderen indgik kontrakt.

Kort efter udbyderens tilkendegivelse om, at udbudet fastholdtes, indgav det omtalte forlag klage til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet og begærede klagen tillagt opsættende virkning. Klagenævnet tog ikke begæringen om opsættende virkning til følge ud fra en afvejning af klagerens interesse i opsættende virkning over for den samfundsmæssige interesse i, at leverancen af tjenesteydelsen blev iværksat i overensstemmelse med udbyderens planlægning.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

Klage over, at det i udbudsbetingelserne var angivet, at der kunne tages forbehold over for bestemmelserne i et kontraktsudkast, der indgik i udbudsbetingelserne: Taget til følge. Henvist til, at den pågældende angivelse sprogligt kunne forstås sådan, at der kunne tages forbehold over for samtlige elementer i udbudet. Det var herefter fuldstændig uklart, hvad der var udbudt, hvilket var i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip, herunder det krav, der må anses indeholdt i EU's udbudsregler om, at et udbud skal indeholde en klar og præcis angivelse af, hvad der er udbudt.

Klage over, at underkriterierne til tildelingskriteriet var angivet i ikke prioriteret rækkefølge: Klagenævnet fandt ikke anledning til at tage stilling til dette klagepunkt, bl.a. fordi det havde sammenhæng med forrige klagepunkt.

Klage over, at det i udbudsbetingelserne var angivet, at udbyderen kunne vælge at afvise alle tilbud: Taget til følge med henvisning til, at Klagenævnet i flere kendelser har fastslået, at udbyderen af et EU-udbud kun kan annullere udbudet, hvis der er saglig grund hertil, og at en bestemmelse i udbudet om, at udbyderen forbeholder sig ret til at forkaste alle tilbud, derfor er i strid med EU's udbudsregler.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutninger om at gennemføre udbudet i den foreliggende form og om at indgå kontrakt med tilbudsgiveren.

For det tilfælde, at udbyderen fortsat ønskede den omhandlede ydelse, pålagde Klagenævnet endvidere udbyderen at foretage et nyt udbud med en klar angivelse af, hvad der var udbudt.

Klagenævnet havde udsat behandlingen af en erstatningspåstand fra klageren på sin afgørelse vedrørende de øvrige klagepunkter, og Klagenævnet tilkendegav, at erstatningsspørgsmålet ville blive taget op særskilt efter kendelsens afsigelse.

22. juni 2001. Kommune og Amts Revision Danmark mod Ikast Kommune

Fejlagtigt anført i udbudsbetingelserne, at underkriterierne var ikke-prioriterede. Forudsætning om, at der skal lægges vægt på tilbudsprisen. Ikke opsættende virkning. Ikke annulation

En kommune udbød revisionsopgaven i kommunen som begrænset udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet. Tildelingskriteriet blev i udbudsbetingelserne angivet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grund-

lag af en længere række uprioriterede underkriterier, bl.a. medarbejdernes erfaring med revision af kommuners regnskaber og tilbudssummens størrelse.

Der prækvalificeredes 7 interesserede revisionsvirksomheder, hvoraf 6 afgav tilbud, og kommunen indgik derefter kontrakt med en af tilbudsgiverne. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over forskellige forhold. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

Klage over, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde vægtet underkriterierne til tildelingskriteriet, selvom underkriterierne var angivet i uprioriteret rækkefølge i udbudsbetingelserne: Taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde foretaget en procentuel indbyrdes vægtning af de enkelte underkriterier. Udbyderen havde herefter overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2 (om angivelse af underkriterier) ved ikke i udbudsbetingelserne at anføre, at underkriterierne var prioriterede, uagtet underkriterierne skulle anvendes prioriteret.

Klage over, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde set helt bort fra underkriteriet pris: Ikke taget til følge med henvisning til, at der ikke var grundlag for at fastslå, at udbyderen reelt havde set bort fra tilbudspriserne.

Klagenævnet udtalte endvidere, at underkriteriet om erfaring ikke kunne anvendes ved tildelingsbeslutningen, da kriteriet havde været anvendt ved prækvalifikationen. Kriteriet kunne dog fortolkes som særligt sigtende til erfaring med hensyn til socialområdet, men en præcisering havde været ønskelig.

Klagenævnet henviste desuden til, at et kriterium om »evne til sparing«, der havde været anvendt ved tildelingsbeslutningen, ikke havde været nævnt i udbudsbetingelserne og derfor ikke kunne anvendes som underkriterium, medmindre udbyderen havde opfattet kriteriet som selvfølgeligt. Også på dette punkt havde en præcisering været ønskelig.

Klagerens begæring om annullation af udbyderens tildelingsbeslutning blev ud fra en samlet vurdering ikke taget til følge.

12. juli 2001. Praktiserende Arkitekters Råd mod Kulturministeriet

Annulation af udbud af projektkonkurrence, fordi der ikke kunne prækvalificeres et tilstrækkeligt antal udenlandske ansøgere, var sagligt begrundet. Den meddelte begrundelse var dog ikke tilstrækkelig tydelig. Ikke opsættende virkning

Kulturministeriet udbød som begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet en projektkonkurrence vedrørende arkitekt- og ingeniørarbejdet ved opførelse af en tilbygning til et kunstmuseum.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgik bl.a.: Der var på forhånd udpeget tre deltagere i projektkonkurrencen, nemlig to udenlandske virksomheder og en dansk virksomhed, og der påtænkte herudover prækvalificeret fire virksomheder som deltagere. Deltagerne udvalgte på grundlag af deres faglige og økonomiske formåen ud fra reference til udførelse af lignende opgaver, revisorattesteret oplysning om omsætning og egenkapital og oplysning om virksomhedens medarbejderantal. Bedømmelseskomitéen kunne udvælge en til tre vindere af konkurrencen. Anmodningerne om prækvalifikation kunne udfærdiges på dansk eller engelsk.

30 danske og 11 udenlandske virksomheder anmodede om prækvalifikation. Ingen af de udenlandske virksomheder afgav tilstrækkelige oplysninger og dokumentation til, at de kunne prækvalificeres, og 13 af de danske virksomheder gjorde det heller ikke.

Udbyderen besluttede at annullere udbudet og iværksætte et nyt udbud. I et brev til ansøgerne begrundede udbyderen annullationen med, at kun 14 af ansøgningerne indeholdt fuldstændige oplysninger om ansøgernes formåen, at der således generelt manglede revisorattesteret oplysning om omsætning og egenkapitel og om medarbejderantal, og at mange ansøgninger især ikke indeholdt oplysning om ansøgernes formåen med hensyn til ingeniørarbejderne. Udbyderen udtalte videre, at 14 ansøgere ikke udgjorde et tilstrækkeligt stort udvælgelsesgrundlag for at sikre et tilfredsstillende konkurrencegrundlag, og at dette forhold forstærkedes af, at man i kraft af det store antal indkomne ansøgninger havde konstateret en betydelig interesse for at blive prækvalificeret til deltagelse i konkurrencen.

Den nye udbudsbekendtgørelse svarede til den tidligere, men indeholdt en tilføjelse om, at både arkitekten og ingeniøren skulle give oplysningerne om faglig og økonomisk formåen, og at ansøgninger uden den ønskede dokumentation herfor ikke ville blive taget i betragtning. Også ved det andet udbud var der på forhånd udpeget to udenlandske virksomheder og en dansk virksomhed.

Under det andet udbud anmodede 25 danske og 14 udenlandske virksomheder om prækvalifikation. 21 danske og 7 udenlandske virksomheder afgav tilstrækkelige oplysninger og dokumentation til, at de kunne prækvalificeres.

Det andet udbud var ved Klagenævnets behandling af sagen gennemført. Der blev under dette udbud prækvalificeret to udenlandske og to danske virksomheder, således at der i alt i projektkonkurrencen deltog fire udenlandske og tre danske virksomheder.

Det kunstmuseum, som sagen angår, har en betydningsfuld samling af kunst af franske impressionister, og museet mener at have potentiale til at blive drevet som et internationalt museum. Gennemførelsen af en international projektkonkurrence med hensyn til den omhandlede tilbygning havde til formål at give tilbygningen høj international standard og at bidrage til at befæste museets navn i udlandet. Museet har planer om internationale udstillinger og samarbejde med udenlandske museer i forbindelse med den udvidelse af museet, som tilbygningen medfører.

På denne baggrund ønskede udbyderen, at fire af deltagerne i projektkonkurrencen skulle være udenlandske virksomheder, dvs. at der skulle prækvalificeres mindst to udenlandske virksomheder ud over de to udenlandske virksomheder, der var udpeget på forhånd. Dette ønske kunne imidlertid ikke opfyldes ved det første udbud, da ingen af de udenlandske ansøgere havde givet tilstrækkelige oplysninger og dokumentation til at kunne prækvalificeres. Ønsket forventedes derimod at kunne opfyldes ved det andet udbud.

Kort efter annullationen af det første udbud og iværksættelsen af det andet udbud indgav en dansk arkitektorganisation klage til Klagenævnet. Klageren gjorde gældende, at annullationen af det første udbud ikke var sagligt begrundet og derfor var uberettiget. Klagerens påstand om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet udtalte: Udbyderens ønske om, at mindst fire af deltagerne i projektkonkurrencen skulle være udenlandske virksomheder, var på

baggrund af projektkonkurrencens karakter et lovligt hensyn. Udbyderen havde endvidere en berettiget forventning om, at der under et nyt udbud kunne prækvalificeres udenlandske virksomheder. Udbyderens annullation af det første udbud var således sagligt begrundet i udbyderens særlige ønsker med hensyn til opførelsen af tilbygningen og projektkonkurrencen.

Klageren fik således ikke medhold.

Klagenævnet påpegede dog, at den begrundelse for annullationen af det første udbud, som udbyderen meddelte ansøgerne, ikke var tilstrækkelig tydelig.

Indbragt for domstolene, men afgørelsen stadfæstet ved Østre Landsrets dom af 3. maj 2002 i sag 1. afd. B-2585-01.

6. august 2001. Oxford Research A/S mod Faaborg Kommune

Udbyder var berettiget og forpligtet til ikke at tage tilbud, der overskred et fastsat sidetal, i betragtning. Det var i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, at udbyderen havde prækvalificeret flere tilbudsgivere end det angivne maksimale antal. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation

En kommune udbød for 9 kommuner som begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet forskellige konsulenttydelser med henblik på at tiltrække arbejdspladser til kommunernes område. Der prækvalificeredes 11 virksomheder, hvoraf 9 indgav tilbud.

I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbud maksimalt måtte omfatte 15 sider eksklusive bilag, og at tilbud skulle udformes som en projektskrivelse, der indeholdt en række nærmere angivne punkter. Det var desuden angivet, at ressourcer og det tidsmæssige forløb skulle beskrives i et bilag 1.

Efter tilbudsfristens udløb meddelte udbyderen tre af tilbudsgiverne, at deres tilbud ikke ville blive taget i betragtning, fordi de indeholdt over 15 sider, og udbyderen indgik derefter kontrakt med en af de øvrige tilbudsgivere. En af de tre tilbudsgivere, hvis tilbud ikke var blevet taget i betragtning, klagede til Klagenævnet herover. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klageren, hvis tilbud havde omfattet 21 sider samt nogle bilag, gjorde gældende: Udbyderens begrænsning af tilbudenes sideantal til 15 var upræcis, da omfanget af en sides indhold afhænger af den typografiske opstilling, og der var ikke i udbudsbetingelserne fastsat et maksimalt sidetal for bilagene. Antallet af sider inklusive bilag i tilbudene var da også meget varierende fra ingen bilag til 49 sider bilag. Overskridelsen af det fastsatte sideantal i klagerens tilbud var herefter ikke en grundlæggende tilsidesættelse af udbudsbetingelserne, der kunne føre til, at tilbudet ikke skulle tages i betragtning.

Klagenævnet tog nogle yderligere spørgsmål op ex officio og udtalte:

En udbudsbetingelse, hvorefter et tilbud kun må omfatte et bestemt antal sider, har kun mening, hvis den forstås efter sit indhold, og dette gælder også, selvom der ikke til betingelsen er knyttet forskrifter om, hvor mange ord der må være på en side. Udbyderen havde herefter været berettiget og forpligtet til ikke at tage de tre tilbud, hvis sideantal oversteg 15, i betragtning, og det var uden mening at hævde, at udbyderen skulle have vurderet, om der var tale om en grundlæggende tilsidesættelse af udbudsbetingelserne. Klageren fik således ikke medhold i klagen.

Efter en gennemgang af samtlige tilbud kunne Klagenævnet konstatere, at de tilbud med bilag 1, som udbyderen havde taget i betragtning, alle

indeholdt de foreskrevne oplysninger med fordeling af oplysningerne mellem tilbudene og bilag 1 i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, samt at ingen af de pågældende tilbud var på mere end 15 sider.

Udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 27, stk. 2 ved at prækvalificere 11 virksomheder, uagtet det i udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at der maksimalt ville blive prækvalificeret 10 virksomheder.

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

20. august 2001. Svend B. Thomsen Varde A/S mod Blåvandshuk Kommune

En tilbudsgiver tillagt erstatning for forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbud. En virksomhed, der ikke havde givet tilbud, havde ikke retlig interesse i at klage. Klagenævnet har ikke hjemmel til at pålægge en ordregiver at gennemføre en udbudsforretning

Sagen angik tømning af kloakanke for en kommune. Ved kendelse af 27. september 2000 annullerede Klagenævnet kommunens beslutning i forbindelse med et offentligt udbud om at indgå kontrakt med en tilbudsgiver som følge af, at kommunen på nærmere angivne punkter havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet. Klagen var indgivet af en af de andre tilbudsgivere.

Ved udbudsbekendtgørelse af 2. maj 2001 udbød kommunen på ny opgaven som offentligt udbud. Klageren i den sag, der var afgjort ved kendelsen af 27. september 2000, klagede herefter atter til Klagenævnet.

Under den nye sag nedlagde klageren følgende påstande (litreringen nedenfor er anderledes end i kendelsen):

1) Klagenævnet skulle konstatere, at udbud nr. 2 ikke var gennemført hurtigt nok efter Klagenævnets afgørelse i den første sag.

2) Klagenævnet skulle annullere udbud nr. 2. Klageren gjorde herved gældende, at udbud nr. 2 var foretaget med en urimelig og unødvendig forsinkelse, og at det var behæftet med forskellige mangler.

3) Klagenævnet skulle pålægge kommunen at foretage et nyt udbud inden en nærmere fastsat frist. Klageren gjorde herved det samme gældende som anført under 2).

4) Klageren påstod sig tillagt erstatning i forbindelse med det første udbud.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

Ad 1) til 3): Klagen afvistes med henvisning til, at klageren ikke havde retlig interesse og derfor ikke havde klageadgang som følge af, at klageren ikke havde afgivet tilbud under udbud nr. 2. Desuden henvist til, at Klagenævnet ikke har hjemmel til at påbyde en ordregiver at gennemføre en udbudsforretning, hvorfor den under 3) nævnte påstand også af denne grund afvistes.

Ad 4): Det pålagdes kommunen til klageren at betale en erstatning på 8.500 kr. svarende til klagerens direkte forgæves afholdte udgifter til udfærdigelsen af klagerens tilbud under det første udbud.

14. september 2001. Judex A/S mod Århus Amt

Tilbud, der ikke opfyldte Arbejdstilsynets krav, var ukonditionsmæssigt. Udbyder kunne iværksætte et udbud efter forhandling, men overtrådte direktivet og generelle principper ved gennemførelsen. Under udbud efter forhandling må tilbudsgiverne ikke spilles prismæssigt ud mod hinanden

Et amt udbød som offentligt udbud i henhold til Indkøbsdirektivet levering og servicering af udstyr til iltbehandling af iltkrævende patienter i disses eget hjem.

Et sådant udstyr består traditionelt dels af en såkaldt koncentrator, der udvinder ilt fra luften til patienternes indånding gennem en slange, dels af iltflasker, som leveres regelmæssigt til patienterne i fyldt stand, og som patienterne kan bære på sig og indånde ilt fra, medens de færdes i og uden for hjemmet. Et udstyr af den beskrevne karakter er i sagen omtalt som en traditionel løsning.

Det fremgik imidlertid af udbudsbekendtgørelsen, at der kun ønskedes tilbud på en såkaldt kombinationsløsning. Et kombinationsløsning er en teknisk nydannelse. Den består af et apparat, der tjener både som koncentrator og som påfyldningsapparat for nogle særlige bærbare iltflasker.

Der indkom tilbud fra en enkelt virksomhed, Judex A/S (Judex). I overensstemmelse med udbudet angik tilbudet en kombinationsløsning. Det tilbudte udstyr krævede Arbejdstilsynets godkendelse. Denne godkendelse forelå imidlertid ikke ved tilbudets afgivelse, men blev først meddelt flere måneder senere. Endvidere opfyldte det tilbudte udstyr på et mindre væsentligt punkt ikke specifikationerne i udbudet.

Udbyderen iværksatte herefter et udbud efter forhandling efter Indkøbsdirektivets artikel 6. Udbyderen indkaldte Judex og nogle andre virksomheder til forhandling og besluttede efter forhandlingerne at indgå kontrakt med en af de andre virksomheder, i første række omfattende en traditionel løsning.

Judex klagede derefter til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet.

Udbyderen gjorde under sagen gældende, at man havde været berettiget til at iværksætte et udbud efter forhandling i henhold til Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, a (om udbud efter forhandling, hvis der ikke er indkommet egnede bud).

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klagenævnet henviste til, at den nødvendige godkendelse fra Arbejdstilsynet af det af Judex tilbudte udstyr ikke forelå ved tilbudets afgivelse, men først blev meddelt flere måneder senere. Som følge heraf, og da der ikke i udbudet var klare holdepunkter for noget andet, var Judex' tilbud ukonditionsmæssigt eller uantageligt, jfr. herved Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2 (om udbud efter forhandling, hvis der kun er indkommet ikke forskriftsmæssige eller uantagelige bud). Udbyderen var derfor forpligtet til ikke at tage tilbudet i betragtning.

2) Udbyderen havde herefter været berettiget til at iværksætte et udbud efter forhandling i henhold til Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2, og muligvis også som hævdet efter artikel 6, stk. 3, a. Udbyderen havde imidlertid ikke overholdt forskrifterne i disse bestemmelser, idet udbudsbetingelserne var blevet ændret fra kun at omfatte en kombinationsløsning til også at kunne omfatte en traditionel løsning. Dette var en væsentlig ændring i forhold til de oprindelige udbudsbetingelser, hvilket ikke må finde sted efter nogen af bestemmelserne. Endvidere havde udbyderen ikke over-

holdt forskriften i artikel 6, stk. 3, a om, at der skal forelægges Kommissionen en rapport.

3) Udbyderen havde overtrådt direktivets artikel 6 ved at have iværksat et udbud efter forhandling uden forinden at have givet Judex en klar og udtrykkelig meddelelse om, at det oprindelige offentlige udbud var annulleret, idet artikel 6, stk. 2, og stk. 3, a må forstås sådan, at procedurerne i henhold til dem først kan iværksættes, når der er givet de oprindelige tilbudsgivere en sådan meddelelse. Udbyderen havde desuden herved overtrådt direktivets artikel 7, stk. 2 (hvorefter en meddelelse om, at der ikke vil blive tildelt en ordre, skal gives hurtigst muligt).

4) Udbyderen havde tilsidesat det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved under udbudet efter forhandling at have givet de andre virksomheder, men ikke Judex, mulighed for at byde på en traditionel løsning i stedet for en kombinationsløsning.

5) Udbyderen havde overtrådt det EU-retlige gennemsigtighedsprincip som følge af, at det havde været uoverskueligt for Judex, hvad udbyderen foretog sig med hensyn til udbudet, efter at udbyderen havde besluttet at iværksætte et udbud efter forhandling.

6) Udbyderen havde overtrådt de EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling ved under udbudet efter forhandling at presse flere af tilbudsgiverne til at nedsætte tilbudsprisen med henvisning til, at den var højere end en af de andre tilbudsgiveres tilbudspris. Klagenævnet udtalte herved, at udbudsformen udbud efter forhandling i henhold til Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2, og stk. 3, har karakter af en snæver undtagelse, der har til formål at løse de problemer, der følger af, at ingen tilbudsgiver har tilbudt den ydelse, som udbyderen har udbudt, og at bestemmelserne efter deres indhold sigter på at give mulighed for en vis begrænset tilpasning af den udbudte ydelse, men at de ikke kan antages at give udbyderen adgang til at spille tilbudsgiverne prismæssigt ud mod hinanden. Klagenævnet udtalte videre, at også ved anvendelsen af de omtalte bestemmelser skal de grundlæggende principper bag EU's udbudsdirektiver overholdes, og selvom bestemmelserne muligvis i et vist omfang giver udbyderen adgang til at foretage prisforhandlinger, skal sådanne prisforhandlinger foregå under overholdelse af det EU-retlige gennemsigtighedsprincip.

Opretholdt ved Vestre Landsrets dom af 16. marts 2004 i sagerne B-2567-01 og B-1979-02.

24. oktober 2001. Eiland Electric A/S mod Vestsjællands Amt

Uklarhed i udbudsbetingelserne i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Henvendelse til tilbudsgivere i strid med ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbudet. Underkriterium ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Udbyder skulle have prissat forbehold om dagbøder. En evalueringsmodel var i strid med gennemsigtighedsprincippet. Annullation og påbud om lovliggørelse. Ikke opsættende virkning

Sagen angik el-entreprisen ved opførelsen af en nybygning til et offentligt sygehus. Entreprisen blev udbudt som begrænset udbud i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet. Der blev afgivet tilbud fra fem prækvalificerede virksomheder. En af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet over en række forhold i forbindelse med udbudet. En begæring fra Klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget tilbud, der ikke indeholdt en produktspecifikation, i betragtning: Ikke taget til følge med henvisning til, at det var uklart, i hvilket omfang udbudsbetingelserne stillede krav om angivelse af produkter i tilbudene, og at udbudsbetingelserne kunne forstås således, at der kun skulle gives oplysning om produkter, der ikke svarede til nogle referenceprodukter eller udbudsbetingelsernes angivelser om produkter i øvrigt.

Klagenævnet henviste imidlertid til, at den omtalte uklarhed i udbudsbetingelserne havde åbnet mulighed for vilkårlig forskelsbehandling af de bydende, hvilket var i strid med ligebehandlingsprincippet, og at uklarheden desuden var i strid med gennemsigtighedsprincippet, herunder det krav, der må anses indeholdt i EU's udbudsregler om, at udbud skal indeholde en klar og præcis angivelse af det udbudte.

2) Klage over, at udbyderen havde taget tilbud med angivelse af et bestemt produkt i betragtning: Ikke taget til følge, da der ikke var fremkommet oplysninger, der kunne begrunde dette.

3) Klage over, at udbyderen efter tilbudenes modtagelse havde anmodet nogle af tilbudsgiverne om at give oplysning om produkter: Taget til følge med henvisning til, at der var tale om grundlæggende elementer i tilbudene, og at udbyderens henvendelse til de pågældende tilbudsgivere derfor var i strid med ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbudet.

4) Klage over, at udbyderen havde anvendt »teknisk værdi« som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Taget til følge med henvisning til, at det nævnte underkriterium var uden mening som følge af, det ikke kunne fastslås, at udbudsbetingelserne stillede et ubetinget krav om oplysning af produkter i tilbudene. Underkriteriet havde herefter været uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, hvilket var i strid med de EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling.

5) Klage over, at udbyderen ikke havde prissat forbehold i nogle af tilbudene med hensyn til dagbødernes størrelse: Taget til følge med henvisning til, at forbehold om dagbødernes størrelse kan have væsentlig økonomisk værdi, og at udbyderen derfor enten må prissætte et sådant forbehold eller undlade at tage det pågældende tilbud i betragtning. Det var herefter i strid med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen havde taget de omtalte tilbud i betragtning uden at prissætte forbeholdene.

6) Klage over en evalueringsmodel, der var anvendt ved vurderingen af tilbudene: Taget til følge. Henvist til, at modellen efter sit indhold kunne føre til absurde resultater, og at den derfor var uden mening. Desuden henvist til, at modellen var i strid med en angivelse i udbudsbetingelserne af, at den tekniske værdi ville blive vægtet med 1/3 og prisen med 2/3, idet modellen reelt alene havde lagt vægt på tilbudsprisen. De omtalte forhold var i strid med gennemsigtighedsprincippet.

En klage over modellens konkrete anvendelse blev dog ikke taget til følge, da der ikke var grundlag for at gå ud fra, at udbyderens vurdering af de enkelte tilbuds tekniske værdi havde været usaglig.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at udbyde el-entreprisen i den foreliggende form og om at tildele entreprisen til en af tilbudsgiverne. Klagenævnet pålagde endvidere udbyderen at lovliggøre udbudsforretningen ved at udbyde el-entreprisen på ny.

Klagenævnet henviste herved til karakteren af udbyderens overtrædelse af EU's udbudsregler. Klagenævnet henviste desuden til, at klagen blev indgivet kort efter, at klageren blev gjort bekendt med de forhold, der begrundede klagen, og til, at klageren ved klagens indgivelse begærede opsættende virkning.

26. oktober 2001. Eterra A/S mod Esbjerg Kommune

En tilbudsgiver, der var koncerndeltager, havde på grund af uklare og ufuldstændige redegørelser til udbyder ikke bevist, at man rådede over de nødvendige ressourcer. Udbud efter forhandling var uberettiget, da tilbudene ikke var uegnede. Ikke taget stilling til, om Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, a er subsidiær i forhold til stk. 2. Rapport skal forelægges Kommissionen straks efter beslutningen om udbud efter forhandling. Fejl ad antallet af prækvalificerede. Forskellig angivelse af underkriterier i udbudsbekendtgørelse og udbudsbetingelser. Annullation. Ikke opsættende virkning. Ikke sagsomkostninger

En kommune udbød som begrænset udbud i henhold til Indkøbsdirektivet indkøb af programmel til en IT-løsning vedrørende en nærmere angivet funktion. Udbyderen prækvalificerede seks virksomheder, hvoraf fem afgav tilbud. Straks efter tilbudenes modtagelse besluttede udbyderen ikke at tage tre af tilbudene i betragtning som følge af, at de var ukonditionsmæssige.

Samtidig annullerede udbyderen udbudet med henvisning til, at de to resterende tilbud ikke var sammenlignelige, og iværksatte et udbud efter forhandling med de to tilbudsgivere i medfør af Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, a (om udbud efter forhandling, når der ikke er indkommet egnede bud).

Nogen tid efter meddelte udbyderen den ene af de to tilbudsgivere, Merkantildata Danmark A/S, at man alligevel ikke ville inddrage denne tilbudsgiver i udbudet efter forhandling. Udbyderen besluttede endvidere at indgå kontrakt med den anden af de tilbageblevne tilbudsgivere. Kontrakten er imidlertid ikke indgået, da den pågældende tilbudsgiver er gået konkurs.

Merkantildata Danmark A/S klagede til Klagenævnet over udbyderens beslutning om alligevel ikke at inddrage klageren i udbudet under forhandling. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet konstaterede under sagen, at klagerens rette betegnelse var Eterra A/S.

Klagenævnet tog ved kendelsen stilling til klagen (punkt 1) og til en række yderligere spørgsmål, som Klagenævnet tog op ex officio (punkt 2-5). Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Ad klagen, dvs. klagen over, at klageren alligevel ikke var inddraget i udbudet efter forhandling: Ikke taget til følge. Herved henvist til (kort gengivet), at klageren indgik i en koncern, og at det havde været uklart, med hvilket selskab i koncernen der skulle indgås kontrakt, og hvilket eller hvilke selskaber i koncernen, der skulle opfylde kontrakten. Bl.a. udtalt, at klageren ikke havde bevist, at klageren virkelig rådede over de virksomheders ressourcer, der var nødvendige for at opfylde kontrakten. Klagenævnet henviste herved til EF-domstolens dom af 2. december 1999 i sagen Holst Italia.

2) Udtalt, at udbyderen ikke havde været berettiget til at annullere udbudet og iværksætte et udbud efter forhandling i medfør af Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, a, idet de to konditionsmæssige tilbud ikke kunne karakteriseres som »ikke egnede«, jfr. bestemmelsen. Udbyderen havde alene gjort gældende, at man havde anset de to tilbud som ikke egnede, fordi de ikke var sammenlignelige.

Klagenævnet udtalte herved, at nævnet ikke havde taget stilling til, om artikel 6, stk. 3, a kun kan anvendes, når samtlige bud er uforskriftsmæssige eller uantagelige, jfr. direktivets artikel 6, stk. 2.

3) Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, a ved ikke at have forelagt Kommissionen en rapport straks efter sin beslutning om at iværksætte et udbud efter forhandling i medfør af bestemmelsen.

4) Udtalt, at udbyderen havde handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 2, (om tildelingskriterier) som følge af, at udbudsbetingelsernes angivelse af, hvor mange virksomheder, der ville blive prækvalificeret, var upræcis, og som følge af, at udbyderen havde prækvalificeret seks virksomheder, selvom udbudsbetingelserne måtte forstås således, at der maksimalt ville blive prækvalificeret fem virksomheder.

5) Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 2, (om tildelingskriterier) som følge af, at udbudsbetingelsernes angivelse af underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« indeholdt flere underkriterier end den tilsvarende angivelse i udbudsbekendtgørelsen. Herved udtalt, at når en udbyder vælger at angive underkriterierne allerede i udbudsbekendtgørelsen, er udbyderen som udgangspunkt ikke berettiget til senere at ændre underkriterierne.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at iværksætte et udbud efter forhandling.

Det pålagdes ikke udbyderen at betale sagsomkostninger til klageren.

22. november 2001. Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skattestyrelsen (erstatning)

Udbyder pålagt at betale erstatning ca. 200.000 kr. til potentiel tilbudsgiver som følge af uklarhed i udbud. Klageren havde ikke tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt ved at arbejde med udbudssagen. Sagsomkostninger

Kendelsen er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 2. maj 2001 i samme sag.

Sagen angik et udbud af leverancer i elektronisk form af domme og lovstof m.m. inden for skatteområdet.

Efter en klage fra en virksomhed, der ikke havde afgivet tilbud, annullerede Klagenævnet ved kendelsen af 2. maj 2001 udbyderens beslutninger om at foretage udbudet i den foreliggende form og om at indgå kontrakt med en tilbudsgiver. Baggrunden herfor var, at udbudsbetingelserne havde været udformet på en sådan måde, at det havde været fuldstændigt uklart, hvad der var udbudt, hvilket var i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Den efterfølgende kendelse angik klagerens erstatningskrav på ca. 228.000 kr. i anledning af udbudet. Beløbet bestod dels af interne udgifter på ca. 103.000 kr., dvs. arbejds løn til klagerens medarbejdere for arbejde med udbudssagen, dels eksterne udgifter på ca. 125.000 kr., dvs. udgifter til advokat og et sagkyndigt responsum.

Klagenævnet fremsatte nogle generelle bemærkninger om de erstatningsregler, der er gældende for ordregivernes erstatningsansvar for overtrædelse af EU's udbudsregler. Klagenævnet udtalte herunder, at dansk rets almindelige erstatningsregler skal følges inden for disses sædvanlige rammer, men tillige således, at der ved erstatningsafgørelserne skal varetages præventive hensyn, således at afgørelserne kan bidrage til at motivere ordregiverne til at overholde EU's udbudsregler.

Om den konkrete sag bemærkede Klagenævnet:

På baggrund af de generelle bemærkninger fandt Klagenævnet det tilstrækkeligt godtgjort, at de påberåbte eksterne udgifter på ca. 125.000 kr. var påført klageren ved udbyderens væsentlige overtrædelse af udbudsreglerne. Udbyderen skulle derfor erstatte dette beløb.

På baggrund af de generelle bemærkninger fandtes det endvidere tilstrækkeligt godtgjort, at de påberåbte interne udgifter på ca. 103.000 kr. angik klagerens arbejde med udbudssagen. Arbejdet havde været spildt, og dette spild måtte som udgangspunkt anses for påført klageren ved udbyderens væsentlige overtrædelse af udbudsreglerne.

Klagenævnet henviste imidlertid til, at de pågældende medarbejdere hos klageren var fastansatte, og til, at enhver potentiel tilbudsgiver må være indstillet på at afholde forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud. Klagenævnet fastsatte herefter en skønsmæssig erstatning på 75.000 kr. vedrørende klagerens interne udgifter.

Klagenævnet pålagde således udbyderen at betale en erstatning til klageren på ca. 200.000 kr.. Det pålagdes desuden udbyderen at betale 20.000 kr. i sagsomkostninger vedrørende den mundtlige forhandling for Klagenævnet af erstatningsspørgsmålet.

Udbyderen havde gjort gældende, at klageren havde tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt ved at arbejde med udbudssagen på trods af, at klageren havde anset udbudet for uklart, men Klagenævnet fandt ikke grundlag for at tilslutte sig dette synspunkt.