

Klagenævnet for Udbud

**RESUMÉER AF  
KENDELSER  
FRA  
KLAGENÆVNET  
FOR  
UDBUD  
2002**

2003

(senere mindre revisioner kan have fundet sted)

Efter indholdsfortegnelsen indeholdes nedenfor resuméer af de kendelser, som Klagenævnet for Udbud har afsagt i 2002. 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

Procentvis vægtning og pointskala skulle ikke oplyses. Et underkriterium kunne anvendes både som udvælgelses- og tildelingskriterium, men var uklart. Et andet underkriterium var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Et aktieselskab under stiftelse kunne give tilbud, men udbyder måtte ikke lægge vægt på stifternes økonomi. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation .....	5
Anvendelse af finansieringsformen »sale and lease back« fritog ikke en ordregivende myndighed for udbudspligten .....	6
Angår loven om tilbudsindhentning. Udbyderens forkastelse af et tilbud efter lovens § 8, stk. 3, var uberettiget. Nogle underkriterier var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Annullation. Ikke opsættende virkning .....	7
Om lovligheden af kontraktsbestemmelser om gensidig prøvetid. Tærskelværdien for en tjenesteydelse skal beregnes efter værdien af den tjenesteydelse, der udbydes ved det pågældende udbud. Udbyder havde ikke pligt til at undersøge, om en tilbudsgiver opfyldte en specifik dansk lovregel. Ulovligt tildelingskriterium .....	8
Udbyders adgang til at annullere udbudet ophører ikke med meddelelsen om kontraktstildelingen .....	9
Påbud i en tidligere kendelse tilbagekaldt .....	10
Prioritering af underkriterier skal oplyses straks. Evalueringsmodel var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, da modellen reelt kun lagde vægt på laveste pris. Udbudsbetingelserne var ikke klare. En europæisk standard skulle ikke anvendes, allerede fordi den var offentliggjort samtidig med udbudsbetingelserne. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation .....	10
Bestemmelse under udbud om, at tilbud kunne gives af lokale tilbudsgivere, var en overtrædelse af forbudet mod forskelsbehandling .....	11
Udbyder havde accepteret, at en virksomhed indtrådte som prækvalificeret i stedet for en anden virksomhed, der oprindeligt var prækvalificeret, og virksomheden var herefter klageberettiget. Udbyder var uberettiget til at indgå kontrakt med virksomhed, der i anmodningen om prækvalifikation og i tilbudet var angivet som underleverandør til en anden virksomhed. Forskellig angivelse af underkriterier i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Annullation .....	12
Indkøbsdirektivets artikel 6 og ligebehandlingsprincippet overtrådt ved, at udbyder havde indgået kontrakt om leasing, selvom det var indkøb, der var udbudt. Udbyder pålagt at betale 2 mio. kr. i erstatning til tilbudsgiver som følge af overtrædelser af udbudsreglerne .....	13
Værdien af administrationen af et boligselskabs forskellige afdelinger skulle ikke sammenlægges ved beregningen af forholdet til tærskelværdien. Boligselskabets vurdering, hvorefter værdien af administrationen af en afdeling var under tærskelværdien, var ikke i strid med Tjenesteydelsesdirektivet .....	14
Nogle byggerier foretaget af en kommune overskred tærskelværdien .....	15
Overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, ved ikke at angive underkriterier prioriteret. Ikke annullation .....	15
Udbyders annullation af udbud var uberettiget. Udbyders beslutning herom blev annulleret. Ikke opsættende virkning .....	16
Klagenævnet kan tage stilling til klager over overtrædelse af EU's udbudsregler ved udbud af jernbanedrift. Nævnet kunne derimod ikke tage stilling til Trafikministeriets afgørelse som tilsynsmyndighed med et dansk jernbaneselskab, der havde afgivet tilbud .....	17

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

Forhandling var ikke i strid med forhandlingsforbudet. Et tilbud opfyldte udbudsbetingelserne. Udbyders begrundelsespligt vedrørende tildelingsbeslutningen omfatter ikke oplysninger til vurdering af beslutningens lovlighed. Ikke opsættende virkning .....	18
Erstatning ca. 94.000 kr. til tilbudsgiver, hvis tilbud med urette var blevet forkastet i medfør af § 8, stk. 3, i loven om tilbudsindhentning. Tilbudsgiveren havde pligt til at begrænse sit tab ved at tage andet arbejde .....	19
Udbyder var berettiget til i medfør af tilbudslovens § 8, stk. 3, at forkaste et tilbud, der fremtrådte som afgivet af et selskab under konkurs .....	19
Udbyder var berettiget til i medfør af tilbudslovens § 8, stk. 3, at forkaste et tilbud, der fremtrådte som afgivet af et selskab under konkurs .....	20
Et alment boligselskabs enkelte afdelinger skulle anses som ordregivere med hensyn til boligselskabets indkøb af hårde hvidevarer til afdelingerne. Et indkøb skulle ikke udbydes i EU-udbud, selvom om det var budgetteret til et beløb over tærskelværdien, da indkøbets værdi faktisk var under tærskelværdien, og da udbyderens forhåndsvurdering herom var saglig .....	20
Udbud af forsikringsmægling. Den provision, som en forsikringsmægler ville modtage fra et forsikringsselskab, skulle medregnes i tilbudsprisen, hvilket skulle fremgå af udbudsbetingelserne. Underkriterierne skulle ikke angives prioriteret. Udbyder havde lagt vægt på nogle underkriterier, der ikke fremgik af udbudet, herunder et forhold i strid med ligebehandlingsprincippet. Udbyder havde ikke overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, om begrundelse for valget af tilbudsgiver. Annullation .....	21
Ikke pligt til at udforme og administrere et udbud i overensstemmelse med et tidligere annulleret udbud om samme ydelse. Forskellige klagepunkter ikke taget til følge med konkret begrundelse.....	23

## Resuméer

### 3. januar 2002. AC-Trafik ved Anders Bødker Christiansen mod Frederiksborg Amt

*Procentvis vægtning og pointskala skulle ikke oplyses. Et underkriterium kunne anvendes både som udvælgelses- og tildelingskriterium, men var uklart. Et andet underkriterium var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Et aktieselskab under stiftelse kunne give tilbud, men udbyder måtte ikke lægge vægt på stifternes økonomi. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation*

Et amt udbød nogle transportopgaver som offentligt udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud ud fra nogle underkriterier, der var angivet i prioriteret rækkefølge.

Der indkom tilbud fra otte virksomheder, hvorefter amtet indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne om alle de udbudte transportopgaver. Den valgte tilbudsgiver var et aktieselskab under stiftelse. Stifterne, dvs. aktionærerne, var nogle lokale vognmænd, der foretog stiftelsen som følge af udbudet, og stiftelsen af selskabet var betinget af, at selskabet fik en kontrakt i henhold til udbudet.

En anden virksomhed klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet. Klagenævnet tog ikke klagerens begæring om opsættende virkning til følge, bl.a. med henvisning til, at klagen først var indgivet ca. fem uger efter, at klageren var blevet bekendt med udbydere ns beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at den indbyrdes procentvise vægtning af underkriterierne ikke var angivet i udbudsbekendtgørelsen: Ikke taget til følge. Henvist til, at der ikke efter de EU-udbudsretlige regler er krav om, at en udbyder, der har angivet underkriterierne til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud i prioriteret rækkefølge, tillige skal fastsætte en procentvis vægtning af underkriterierne og oplyse om denne vægtning ved udbudet.

2) Klage over, at den pointskala, der ville blive anvendt ved vurderingen af de enkelte underkriterier, ikke var angivet i udbudsbekendtgørelsen: Ikke taget til følge med begrundelse svarende til begrundelsen vedrørende punkt 1).

3) Klage over, at der som underkriterier til tildelingskriteriet var anvendt »driftssikkerhed« og »erfaring med tilsvarende opgaver«, fordi disse underkriterier efter deres indhold var udvælgelseskriterier: Ikke taget til følge. Udtalt, at underkriteriet »driftssikkerhed«, der sigtede til tilbudsgivernes økonomiske soliditet, var et udvælgelseskriterium, men at kriteriet også kunne indgå som underkriterium ved den efterfølgende vurdering af tilbudene. Herved henvist til den udbudte tjenesteydelses beskaffenhed og til, at det var muligt at give tilbud på dele af tjenesteydelsen, selv mindre dele af den. Endvidere udtalt, at underkriteriet »erfaring med tilsvarende opgaver« var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

4) (subsidiært i forhold til punkt 3): Klage over, at underkriteriet »driftssikkerhed« var uklart, fordi dette underkriterium i realiteten vedrørte tilbudsgivernes økonomiske formåen, uden at dette fremgik af udbudet:

Taget til følge med henvisning til, at det ikke tilstrækkelig klart fremgik af udbudet, hvad det pågældende underkriterium dækkede.

5) Klage over, at udbyderen havde taget tilbudet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, uanset at den valgte tilbudsgiver var et aktieselskab under stiftelse og derfor ikke kunne give nogle krævede oplysninger om soliditet og organisation: Ikke taget til følge. Henvist til, at EU's udbudsregler ikke udelukker, at tilbud fra et aktieselskab under stiftelse skal tages i betragtning, og at udbyderen må acceptere, at en sådan tilbudsgivers dokumentation vedrørende soliditet og organisation har et andet indhold end den tilsvarende dokumentation fra tilbudsgivere, der allerede driver virksomhed. Endvidere henvist til, at den valgte tilbudsgiver opfyldte udbudsbetingelserne.

6) (subsidiært i forhold til punkt 5): Klage over, at udbyderen ved sin vurdering af, om den valgte tilbudsgiver opfyldte underkriteriet »driftssikkerhed«, havde lagt vægt på oplysninger om den finansielle og økonomiske formåen hos de aktionærer, der var i færd med at stifte den valgte tilbudsgiver, uagtet aktionærerne ikke hæftede for tilbudsgiverens forpligtelser: Taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at have lagt vægt på stifternes økonomiske forhold på en måde, der ikke svarede til de juridiske realiteter.

Klagerens påstand om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge, da de overtrædelser, der var konstateret vedrørende punkterne 4) og 6), ikke gav grundlag for annullation.

## **29. januar 2002. Økonomi- og Erhvervsministeriet mod Farum Kommune**

*Anvendelse af finansieringsformen »sale and lease back« fritog ikke en ordregivende myndighed for udbudspligten*

I gengivelsen nedenfor af sagens faktum er udeladt forskellige enkeltheder, der er uden realitetsbetydning i sammenhængen.

I forbindelse med opførelse af et stadion og en sportshal gjorde en kommune brug af den særlige finansieringsform »sale and lease back«, hvilket nærmere gik ud på følgende: Kommunen solgte de pågældende ejendomme til et finansieringsinstitut og lejede samtidig ejendommene af finansieringsinstituttet for en periode. Finansieringsinstituttet foretog de forudsatte byggerier på ejendommene, og kommunen fik som lejer rådighed over de opførte bygninger. Det var et led i lejeaftalerne, at kommunen kunne foretage ændringer og udbygninger på ejendommene, og finansieringsinstituttet kunne ikke foretage bygningsændringer uden kommunens godkendelse. Kommunen havde ret til at tilbagekøbe ejendommene efter udløbet af lejeperioden, der i hvert fald for den ene ejendoms vedkommende var 20 år. Kommunen kunne også før udløbet af lejeperioden ophæve lejemålene og tilbagekøbe ejendommene på nogle særlige vilkår.

Et ministerium, der har klageadgang i henhold til Bekendtgørelse om Klagenævnet for udbud, klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at byggerierne skulle have været udbudt i EU-udbud i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet under forudsætning af, at byggeriernes værdi mindst svarede til direktivets tærskelværdi. Kommunen henviste heroverfor til, at den ikke havde været bygherre, og at der var sket overgang af ejendomsretten over ejendommene til finansieringsinstituttet. Kommunen bestred ikke, at der var tale om en finansieringsform.

Klagenævnet udtalte: I overensstemmelse med EF-domstolens tilkendegivelser skal udbudsdirektiverne fortolkes ud fra deres formål, sådan at deres effektive virkning tilgodeses. Kommunen var endvidere stadig den reelle ejer af ejendommene. Da kommunen er en ordregivende myndighed i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet, skulle der herefter være sket EU-udbud af byggerierne i det omfang deres værdi mindst svarede til tærskelværdien. Kommunens opfyldelse af udbudspligten kunne være sket ved, at kommunen havde sikret sig, at finansieringsinstituttet udbød byggerierne som befuldmægtiget for kommunen, eller ved, at kommunen havde sørget for, at den selv blev bygherre, således at den kunne udbyde byggerierne i EU-udbud.

Klagenævnet fastslog herefter, at kommunen havde overtrådt Bygge- og anlægsdirektivet, i det omfang byggeriernes værdi nåede op på tærskelværdien, som følge af, at kommunen ikke havde foretaget sig det beskrevne.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

### **27. februar 2002. Vindtek Ventilation ved Bjarne Munksgaard mod Holstebro Kommune**

*Angår loven om tilbudsindhentning. Udbyderens forkastelse af et tilbud efter lovens § 8, stk. 3, var uberettiget. Nogle underkriterier var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Annullation. Ikke opsættende virkning*

Sagen angik ventilationsentreprisen ved en kommunes om- og tilbygning af en skole. Kommunen udbød om- og tilbygningen som offentlig licitation i henhold til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Som tildelingskriterium var fastsat det økonomisk mest fordelagtige bud med følgende underkriterier: Pris, delpriser, bemanning og overholdelse af fastsat tid. Tilbudene skulle ikke indeholde andre oplysninger end angivelse af den samlede tilbudspris og nogle delpriser.

En af tilbudsgiverne, der havde afgivet tilbudet med den laveste samlede tilbudspris, klagede til Klagenævnet over nogle forhold i forbindelse med licitationen. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge. Klagenævnet tog stilling til klagen således:

Klage over, at udbyderen havde forkastet klagerens tilbud i medfør af lovens § 8, stk. 3 (hvorefter udbyder kan forkaste et tilbud, hvis det findes overvejende sandsynligt, at den bydende er ude af stand til at gennemføre arbejdet »tilfredsstillende«): Taget til følge, idet udbyderen ikke havde bevist, at det var overvejende sandsynligt, at klageren ville være ude af stand til at udføre entreprisen i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig måde eller i rette tid. Herved henvist til sagens konkrete omstændigheder, bl.a. at udbyderen før sin afgørelse om at forkaste klagerens tilbud blot havde indhentet telefoniske oplysninger fra klageren, samt til en vurdering af arbejdets karakter og klagerens oplysninger om sin virksomhed m.m.

Klage over, at udbyderen som underkriterier til tildelingskriteriet havde anvendt bemanning og overholdelse af fastsat tid: Taget til følge. Herved bl.a. henvist til, at et underkriterium kun er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud og derfor kun lovligt kan anvendes, hvis underkriteriet har relation til oplysninger, som efter licitationsbetingelserne skal være indeholdt i tilbudene, og at tilbudene ikke skulle indeholde oplysninger om mandskab eller tilbudsgiverens overholdelse af den

fastsatte tid. De nævnte underkriterier var herefter i strid med § 10 i bekendtgørelsen om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (om tildelingskriterier).

Endvidere udtalt, at også underkriteriet delpriser var i strid med bekendtgørelsens § 10, idet tilbudenes angivelse af delpriser alene var en beskrivelse af, hvorledes den samlede tilbudssum fremkom, hvorfor oplysningerne om delpriser ikke, således som licitationen var gennemført, var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Klagenævnet konkluderede med hensyn til tildelingskriteriet, at udbyderen ikke havde fastsat andre lovlige underkriterier end prisen, og at tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud derfor ikke kunne anvendes.

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

## **21. marts 2002. Holsted Minibus ved vognmand Keld T. Hansen mod Næstved Kommune**

*Om lovligheden af kontraktsbestemmelser om gensidig prøvetid. Tærskelværdien for en tjenesteydelse skal beregnes efter værdien af den tjenesteydelse, der udbydes ved det pågældende udbud. Udbyder havde ikke pligt til at undersøge, om en tilbudsgiver opfyldte en specifik dansk lovregel. Ulovligt tildelingskriterium*

Sagen angik et begrænset udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet foretaget af en kommune vedrørende taxikørsel med visse grupper borgere. Som tildelingskriterium var angivet »det som helhed for kommunen mest fordelagtige tilbud«. Opgaven var opdelt i forskellige kategorier, og en af disse kategorier, handicapkørsel med centerklasseelever, var yderligere opdelt i et antal ruter, således at der kunne gives tilbud både på den samlede tjenesteydelse og de enkelte ruter. På grundlag af udbudet indgik kommunen kontrakter med forskellige vognmænd.

Med hensyn til kategorien handicapkørsel med centerklasseelever blev der indgået kontrakter med seks vognmænd. Disse kontrakter indeholdt en klausul om, at hver af parterne kunne opsige kontrakten i en prøvetid på fire måneder. Vedrørende en nærmere angivet rute blev kontrakten indgået med vognmand A.

I henhold til den nævnte klausul opsagde vognmand A inden for prøvetiden kontrakten om handicapkørsel med centerklasseelever på den omtalte rute. Kommunen spurgte derefter den vognmand, der havde afgivet det næstlaveste tilbud vedrørende den pågældende rute, vognmand B, om han ville påtage sig opgaven i henhold til sit tilbud, hvilket han imidlertid afslog. Kommunen anmodede derefter de vognmænd, der havde givet tilbud om handicapkørsel med centerklasseelever, om at give nyt tilbud med hensyn til den pågældende rute. Der indkom to tilbud, og kommunen indgik derefter kontrakt med en af de pågældende tilbudsgivere, i øvrigt vognmand A.

Vognmand B klagede på et tidspunkt i forløbet til Klagenævnet over forskellige forhold. Klagenævnet tog stilling til sagen således (nogle af klagepunkterne omtales ikke, da de skønnes uden offentlig interesse):

1) Tjenesteydelsesdirektivet regulerer i princippet ikke indholdet af de kontrakter, der er omfattet af direktivet. En ordregiver må imidlertid ikke fastsætte kontraktsvilkår, som sigter til at modarbejde hensynene bag udbudsreglerne, eller som faktisk vil modarbejde disse hensyn. Det havde

været sagligt velbegrunder, at kommunen efter kontrakterne om handicapkørsel med centerklasseelever havde mulighed for opsigelse i en prøvetid på 4 måneder. Dette var imidlertid ikke i sig selv en saglig begrundelse for, at der også var tillagt kontraktsparterne opsigelsesadgang i en prøvetid, og sådanne bestemmelser medfører risiko for, at der senere skal indgås kontrakt uden EU-udbud. Der var imidlertid ikke grundlag for at fastslå, at bestemmelserne om opsigelsesadgang for vognmændene i en prøvetid havde modarbejdet hensynene bag Tjenesteydelsesdirektivet i en sådan grad, at der var tale om en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet.

2) Den tjenesteydelse, der var udbudt som handicapkørsel med centerklasseelever, vedrørte kørsel med elever, der gik på samme skole, og formålet med at opdele kørslen i flere ruter havde været at sikre den økonomisk mest fordelagtige kontraktindgåelse. Der havde således været tale om én tjenesteydelse, og den samlede værdi af handicapkørslen med centerklasseeleverne oversteg Tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi. Både den samlede tjenesteydelse og de enkelte ruter skulle derfor udbydes efter Tjenesteydelsesdirektivet (hvilket også var sket). Den senere nye kontrakt om kørsel på den rute, hvor kontrakten var opsagt, var derimod ikke omfattet af udbudspligten, da værdien af denne kørsel i sig selv var under tærskelværdien.

3) Det var ikke en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet, at kommunen havde undladt at undersøge, om vognmand A opfyldte en meget specifik bestemmelse i den danske bekendtgørelse om taxikørsel mv.

4) Anvendelsen af tildelingskriteriet »det i sin helhed for kommunen mest fordelagtige tilbud« var en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1 (om tildelingskriterier).

## **22. marts 2002. Johs. Sørensen & Sønner Århus A/S mod Århus Kommunale Værker**

*Udbyders adgang til at annullere udbudet ophører ikke med meddelelsen om kontraktstildelingen*

En kommune udbød som begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet indsamling af glas og papir m.m. Tildelingskriteriet var laveste pris. Der indkom tilbud fra fire prækvalificerede virksomheder, hvorefter kommunen meddelte tilbudsgiverne, at man ville tage kontakt til en nærmere angivet tilbudsgiver, hvis tilbudspris var den laveste, med henblik på indgåelse af kontrakt.

Få dage derefter blev kommunen opmærksom på, at udbudsbetingelserne som følge af en fejl indeholdt modstridende angivelser om tjenesteydelsens omfang. Kommunen annullerede derefter udbudet og iværksatte et nyt udbud. Den tilbudsgiver, der havde haft laveste tilbudspris ved det første udbud, afgav også tilbud ved det nye udbud, men fik ikke tildelt kontrakten.

Den pågældende tilbudsgiver klagede herefter til Klagenævnet og gjorde gældende, at kommunen havde været afskåret fra at annullere det første udbud, efter at man havde givet tilbudsgiverne underretning om, at man ville tildele klageren ordren. Klageren gjorde herved gældende, at en udbyders adgang til at annullere et udbud ophører, når udbudet er afsluttet ved, at udbyderen har underrettet de bydende om kontraktstildelingen i medfør af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12 (hvorefter ordregiveren snarest skal underrette de bydende om kontraktstildelingen m.m.).

Klageren fik ikke medhold. Klagenævnet henviste herved til: Kommunen havde haft saglig grund til at annullere udbudet. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12 indeholder ikke en regel om, at en udbyders annullation af et udbud ikke kan finde sted efter den underretning om kontraktstildelingen, der er foreskrevet i bestemmelsen, og der kan heller ikke indfortolkes en sådan regel i artikel 12. Klagenævnet henviste herved til det fortolkningsprincip, der er fastsat af EF-domstolen, og hvorefter udbudsdirektiverne skal fortolkes sådan, at deres effektive virkning tilgodeses.

Det var uden betydning for sagens afgørelse, om kommunens meddelelse om kontraktstildelingen skulle anses for en bindende accept af klagerens tilbud, da dette spørgsmål vedrører dansk entrepris- og aftaleret, som Klagenævnet ikke kunne beskæftige sig med.

## **25. marts 2002. Farum Industrirenovation A/S mod Københavns Kommune**

### *Påbud i en tidligere kendelse tilbagekaldt*

Kendelsen er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 21. oktober 1998 i samme sag.

I kendelsen af 21. oktober 1998 gav Klagenævnet på baggrund af en klage fra en virksomhed en kommune påbud om at foretage EU-udbud af sin renovationsordning vedrørende husholdningsaffald mv. og af nogle aftaler vedrørende transport og modtagelse af erhvervsaffald. Klagenævnet gav desuden kommunen påbud om at foretage anmeldelse i overensstemmelse med traktatens artikel 93 (om støtteordninger, nu artikel 88 EF).

Kommunen indbragte sagen for domstolene ved et sagsanlæg mod klageren og Klagenævnet. Desuden anlagde den virksomhed, der udførte renovationsopgaver for kommunen, retssag mod klageren og Klagenævnet. De to retssager blev behandlet sammen.

Under behandlingen af retssagerne indgik parterne bortset fra Klagenævnet et forlig, der var betinget af tilbagekaldelse af de påbud, som Klagenævnet havde givet kommunen ved kendelsen af 21. oktober 1998.

I den her resumerede kendelse henviste Klagenævnet til, at Højesteret havde tillagt retssagerne opsættende virkning, og til, at der under retssagerne var fremkommet nye oplysninger og nye anbringender og var fremkommet en række juridiske synspunkter vedrørende disse anbringender og vedrørende anbringenderne under klagesagen.

På denne baggrund tilbagekaldt Klagenævnet de påbud, som Klagenævnet havde givet kommunen ved kendelsen af 21. oktober 1998.

## **2. april 2002. ISS Danmark A/S mod H:S Rigshospitalet**

*Prioritering af underkriterier skal oplyses straks. Evalueringsmodel var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, da modellen reelt kun lagde vægt på laveste pris. Udbudsbetingelserne var ikke uklare. En europæisk standard skulle ikke anvendes, allerede fordi den var offentliggjort samtidig med udbudsbetingelserne. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation*

Sagen angik et begrænset udbud af rengøring m.m., foretaget af et offentligt sygehus i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af forskellige underkriterier, dvs. pris, kvalitet og leveringssikkerhed m.m.

En tilbudsgiver, der ikke fik tildelt nogen del af opgaven, klagede 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 udbyderen ikke i udbudsbetingelserne havde angivet den indbyrdes vægtning af underkriterierne til tildelingskriteriet, men først havde gjort dette i et senere udsendt bilag (som klageren bestred at have modtaget): Taget til følge med henvisning til, at det må følge direkte af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2 (om angivelse af underkriterier), at en udbyder, der prioriterer underkriterierne til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, skal oplyse prioriteringen enten i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne.

2) Klage over, at udbyderens prioritering af underkriterierne ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, men alene lagde vægt på den laveste pris: Taget til følge med henvisning til, at den evalueringsmodel, som udbyderen havde anvendt, kun i marginale tilfælde kunne føre til valg af andet end tilbud med den laveste pris. Modellens udformning og anvendelse var herefter i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 (om tildelingskriterier).

3) Klage over, at udbudsbetingelsernes angivelser om kvalitetskontrol var uklare og skabte tvivl om kravene til den udbudte ydelse: Ikke taget til følge med henvisning til, at de nævnte angivelser efter Klagenævnets vurdering ikke var uklare, hvilket bestyrkedes af, at ingen af tilbudsgiverne, heller ikke klageren, før tilbuden afgivelse havde gjort gældende, at angivelserne var uklare.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 14 (om tekniske standarder), jf. direktivets bilag II, som artikel 14 henviser til, ved at have fraveget en europæisk standard for måling af rengøringskvalitet: Ikke taget til følge, idet Klagenævnet bl.a. henviste til følgende: Uanset om direktivets bilag II omfatter tjenesteydelser, kan artikel 14 ikke forstås sådan, at bestemmelsen foreskriver anvendelse af en standard, der først er offentliggjort samtidig med udbudsbetingelsernes udsendelse, hvilket var tilfældet for den omhandlede europæiske standard.

Klagerens påstand om annullation af udbyderens tildelingsbeslutning blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste herved til: De konstaterede overtrædelser, jf. punkterne 1) og 2), var af formel karakter, og overtrædelserne var ikke udtryk for tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet eller andre grundlæggende hensyn bag EU's udbudsregler. Endvidere var evalueringsmodellen blevet oplyst i bilaget til udbudsbetingelserne, der blev udsendt godt 14 dage før tilbudsfristens udløb. Det gjorde ingen forskel, at klageren eventuelt ikke havde modtaget bilaget, idet det var klagerens egen risiko, at man i så fald havde valgt at afgive tilbud uden at have spurgt til bilaget, hvis udsendelse udbyderen havde varslet flere gange.

### **3. april 2002. Restauratør Villy Antonsen mod Aars Kommune**

*Bestemmelse under udbud om, at tilbud kunne gives af lokale tilbudsgivere, var en overtrædelse af forbudet mod forskelsbehandling*

Sagen angik en kommunes udbud af produktion af mad til ældre m.m. Klagenævnet statuerede, at kommunen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2 (om forbud mod forskelsbehandling) ved at have angivet i udbudet, at tilbud (kun) kunne gives af restauranter m.m., som ligger i kommunen.

Overtrædelsen var erkendt af kommunen.

### **10. maj 2002. Ementor Danmark A/S mod Århus Amt**

*Udbyder havde accepteret, at en virksomhed indtrådte som prækvalificeret i stedet for en anden virksomhed, der oprindeligt var prækvalificeret, og virksomheden var herefter klageberettiget. Udbyder var uberettiget til at indgå kontrakt med virksomhed, der i anmodningen om prækvalifikation og i tilbudet var angivet som underleverandør til en anden virksomhed. Forskellig angivelse af underkriterier i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbestemmelserne. Annullation*

Sagen angik et begrænset udbud af nogle IT-ydelser i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet. Tildelingskriteriet blev i udbudsbekendtgørelsen angivet som det mest fordelagtige tilbud grundlag af nogle underkriterier.

Et aktieselskab E (Ementor Danmark A/S) klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet.

Med hensyn til de tjenesteydelser, som sagen drejede sig om, havde udbyderen bl.a. prækvalificeret selskabet Y (Ernst og Young Statsautoriseret Revisionsaktieselskab). De aktiviteter i dette selskab, som prækvalifikationen refererede til, blev kort efter prækvalifikationen udskilt og overdraget til et andet aktieselskab, K. Dette selskab ændrede navn til A (Avenir Management Consulting A/S), og selskabet A afgav tilbud i henhold til prækvalifikationen af Y. Senere ændrede A navn til klagerens navn, E.

I både Y's anmodning om prækvalifikation og i A's tilbud var nævnt et selskab S (Systematic Software Engineering A/S). Efter nogle forhandlinger indgik udbyderen kontrakter med S på grundlag af A's tilbud.

Udbyderen påstod bl.a. klagen afvist med begrundelse, at E hverken var prækvalificeret eller havde afgivet tilbud, og at E derfor var ikke klageberettiget, jf. § 4, stk. 1, nr. 1 i Lov om Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnet udtalte:

1) Udbyderen blev gjort bekendt med den omtalte udskillelse af den afdeling i det prækvalificerede selskab Y, som prækvalifikationen refererede til. Udbyderen havde endvidere accepteret, at A indtrådte som prækvalificeret i stedet for Y, og at A afgav tilbud i henhold til prækvalifikationen. Klageren E, der var identisk med A, havde herefter retlig interesse i at få klagen behandlet, hvorfor udbyderens afvisningspåstand ikke blev taget til følge.

2) Anmodningen fra selskabet Y om prækvalifikation gik ud på, at Y skulle prækvalificeres som totalleverandør, og at selskabet S skulle være underleverandør. Udbyderens prækvalifikation var herefter en prækvalifikation af Y som tilbudsgiver og ikke af S, og det var uden betydning, at udbyderen havde anvendt en upræcis og ukorrekt betegnelse med angivelse både af Y og S. Tilsvarende fremgik det af tilbudet fra selskabet A, der som nævnt var indtrådt som prækvalificeret i stedet for Y, at A skulle være totalleverandør og S underleverandør, og S havde således ikke afgivet tilbud. Udbyderen havde herefter overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet ved at indgå kontrakter med S, idet det følger af EU's udbudsregler, at en ordregiver under et begrænset udbud ikke må indgå kontrakt med en virksomhed, der ikke er prækvalificeret, og som ikke har afgivet tilbud.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutninger om at indgå kontrakter med S. Klagenævnet fandt ikke anledning til at tage stilling til nogle forhandlinger mellem udbyderen og S.

3) Udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at angive underkriterierne til tildelingskriteriet forskelligt i udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen. Udbyderen havde erkendt forholdet.

4) Klagenævnet fandt ikke anledning til tage stilling til en klage over tildelingskriteriets udformning og anvendelse. Klagenævnet henviste herved til, at udbyderen ved sin vurdering af tilbudene havde anvendt tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne i udbudsbetingelserne. Klagenævnet henviste videre til, at udbyderen havde vurderet klagerens tilbud (dvs. tilbudet fra A) som det økonomisk mest fordelagtige.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

Ved kendelse af 7. april 2003 tog Klagenævnet stilling til erstatningsspørgsmålet i sagen.

### **3. juli 2002. Judex A/S mod Århus Amt**

*Indkøbsdirektivets artikel 6 og ligebehandlingsprincippet overtrådt ved, at udbyder havde indgået kontrakt om leasing, selvom det var indkøb, der var udbudt. Udbyder pålagt at betale 2 mio. kr. i erstatning til tilbudsgiver som følge af overtrædelser af udbudsreglerne*

Sagen angik et udbud af iltbehandlingsudstyr i henhold til Indkøbsdirektivet, og klagen var indbragt af en tilbudsgiver, der ikke havde fået ordren. Udbudet blev fra begyndelsen gennemført som offentligt udbud, men overgik senere til at være et udbud efter forhandling.

Kendelsen er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 14. september 2001 i samme sag. Ved denne kendelse statuerede Klagenævnet, at klagerens tilbud i henhold til det oprindelige offentlige udbud var ukonditionsmæssigt, men at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på nærmere angiven måde i forbindelse med det senere udbud efter forhandling.

Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav i anledning af udbyderens tilsidesættelse af udbudsreglerne.

Under behandlingen af klagerens erstatningskrav konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde begået endnu en overtrædelse af udbudsreglerne i forbindelse med udbudet under forhandling ud over de overtrædelser, der omtales i kendelsen af 14. september 2001. Den nu konstaterede yderligere overtrædelse gik ud på, at udbyderen havde indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver om leje eller leasing, selvom det var indkøb, der var udbudt. Dette var en væsentlig ændring i forhold til de oprindelige udbudsbetingelser og var derfor en overtrædelse af Indkøbsdirektivets artikel 6 (hvorefter et udbud efter forhandling kun kan gennemføres på visse betingelser, herunder at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt). Forholdet var desuden en overtrædelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, idet der ikke var givet klageren mulighed for at afgive tilbud på leje eller leasing.

Om erstatningsspørgsmålet udtalte Klagenævnet:

Klagerens tilbud i henhold til det oprindelige offentlige udbud var som nævnt ukonditionsmæssigt. Udbyderen handlede derfor ikke erstatningspådragende over for klageren ved ikke at antage dette tilbud, og en erstatningspligt kunne således kun omfatte klagerens tab i forbindelse med det senere udbud under forhandling.

I forbindelse med udbudet under forhandling begik udbyderen adskillige overtrædelser af EU's udbudsregler og forskelsbehandlede herunder

på flere punkter klageren i strid med ligebehandlingsprincippet. Udbyderen var erstatningsansvarlig over for klageren i den anledning.

Klagenævnet fandt herefter, at udbyderen skulle erstatte klagerens positive opfyldelsesinteresse, dvs. klagerens tab ved ikke at have fået ordren. Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 2 mio. kr.

Klagenævnet udtalte herved bl.a., at det ikke var muligt at vurdere sandsynligheden for, at klageren ville have fået ordren, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne i forbindelse med udbudet under forhandling. Dette hang sammen med udbyderens overtrædelser af udbudsreglerne og måtte derfor komme udbyderen bevismæssigt til skade. Klagenævnet henviste herved til en højesteretsdom, i hvilken Højesteret i en erstatningssag lempede beviskravene vedrørende tabets størrelse med henvisning til grovheden af den erstatningsansvarliges fejl.

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

### **17. juli 2002. Lyngby-Taarbæk Kommune mod Den selvejende almene boligorganisation Carlshøj**

*Værdien af administrationen af et boligselskabs forskellige afdelinger skulle ikke sammenlægges ved beregningen af forholdet til tærskelværdien. Boligselskabets vurdering, hvorefter værdien af administrationen af en afdeling var under tærskelværdien, var ikke i strid med Tjenesteydelsesdirektivet*

Sagen angik administrationen af en afdeling (afdeling B) under et alment boligselskab. Efter at have indhentet et underhåndsbud og senere fire vejledende tilbud indgik boligselskabet kontrakt med en af de virksomheder, der havde afgivet vejledende tilbud, om den pågældende administration. Den kommune, der førte tilsyn med boligselskabet, klagede til Klagenævnet over, at boligselskabet ikke havde udbudt tjenesteydelsen i medfør af Tjenesteydelsesdirektivet. Et alment boligselskab er et offentligt organ og dermed en ordregivende myndighed i medfør af direktivets artikel 1, b.

Boligselskabet omfattede flere afdelinger og administrerede desuden afdelingernes ventelister.

Den tjenesteydelse, som sagen angik, var i boligselskabets budget ansat til et beløb, der oversteg Tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi. Det omtalte underhåndsbud og to af de fire vejledende tilbud lå under tærskelværdien, og kontraktsbeløbet i den indgåede kontrakt lå ligeledes under tærskelværdien.

Klageren gjorde gældende:

1) I første række: Ved vurderingen af forholdet til tærskelværdien skulle der ske sammenlægning af værdien for administrationen af alle boligselskabets afdelinger, idet den samlede administration skulle anses for én tjenesteydelse. Den samlede værdi oversteg tærskelværdien, og den tjenesteydelse, der skulle indgås kontrakt om, skulle derfor have været udbudt i henhold til direktivet, selvom værdien af den pågældende tjenesteydelse (administrationen af afdeling B) muligvis ikke oversteg tærskelværdien.

2) I anden række: Værdien af den tjenesteydelse, som sagen drejede sig om, oversteg i sig selv tærskelværdien.

Klagenævnet udtalte:

Ad 1): Som udgangspunkt er det alene værdien af den tjenesteydelse, der skal indgås kontrakt om, der er afgørende. Administrationen af vente-

listerne havde ikke nogen nødvendig funktionel sammenhæng med administrationen af afdelingerne i øvrigt, og boligselskabet havde allerede herefter ikke været forpligtet til at tage værdien af administrationen af ventelisterne i betragtning. Afdelingerne havde selvstændigt regnskab og (bortset fra en varmecentral) selvstændige bestyrelser. Den tjenesteydelse, som sagen drejede sig om, vedrørte endvidere alene en af afdelingerne. Det var alene den pågældende afdeling, der skulle betale for tjenesteydelsen, og det var alene afdelingens bestyrelse, der traf afgørelse om, hvem der skulle indgå kontrakt med. Under disse omstændigheder skulle boligselskabet ikke efter direktivets regler om tærskelværdi tage hensyn til værdien af administrationen af de øvrige afdelinger (foretage »sammenlægning«).

Ad 2): Boligselskabet skulle før indgåelsen af kontrakten om den tjenesteydelse, som sagen drejede sig om, foretage en vurdering af, om værdien oversteg Tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi. »Budgettal« er ikke nødvendigvis egnede til at danne grundlag for en sådan vurdering, og den fremgangsmåde, som boligselskabet havde fulgt, var ikke i strid med Tjenesteydelsesdirektivet.

Klageren fik således ikke medhold.

### **18. juli 2002. Økonomi- og Erhvervsministeriet mod Farum Kommune**

*Nogle byggerier foretaget af en kommune overskred tærskelværdien*

Kendelsen er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 29. januar 2002 i samme sag. I denne kendelse statuerede Klagenævnet, at en kommunes anvendelsen af finansieringsformen »sale and lease back« ved opførelse af nogle byggerier ikke fritog for udbudspligten i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet, hvis byggeriernes værdi var nået op på eller havde overskredet direktivets tærskelværdi.

Den her resumerede kendelse angik byggeriernes forhold til tærskelværdien. I kendelsen konstaterede Klagenævnet, at byggeriernes værdi havde overskredet tærskelværdien, og at kommunen derfor havde overtrådt Bygge- og anlægsdirektivet som følge af, at byggerierne ikke havde været udbudt i henhold til direktivet.

Kommunen havde ikke inden en fastsat frist givet Klagenævnet nogen form for oplysning om byggeriernes værdi, idet kommunen hævdede, at man af forskellige grunde var afskåret fra dette. Klagenævnets konstatering af byggeriernes overskridelse af tærskelværdien var en konsekvens af en tidligere tilkendegivelse fra nævnet om, at man ville foretage en sådan konstatering, hvis kommunen ikke inden fristens udløb havde givet forskellige udbedte oplysninger om byggeriernes værdi.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

### **9. august 2002. Kommunernes Revision mod Arbejdsmarkedsstyrelsen**

*Overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, ved ikke at angive underkriterier prioriteret. Ikke annullation*

En statsmyndighed udbød som begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet revisionsopgaven vedrørende administrationen af tilskud fra Den Europæiske Socialfond. Der blev afgivet tilbud fra seks prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen tildelte en af tilbudsgiverne opgaven. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet.

I udbudsbetingelserne var tildelingskriteriet fastsat som det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier (til dels kort gengivet):

- a) pris
- b) kvalitet og omfang af revision
- c) kvalitet og omfang af vejledning
- d) kvalitet og omfang af uddannelse af udbyderens medarbejder
- e) leveringstid

I udbudsbetingelserne anførtes videre, at kriteriet under e) tillagdes mindre vægt end de øvrige kriterier, og at det bortset herfra ikke havde været muligt at angive kriterierne i prioriteret rækkefølge.

Af en redegørelse fra udbyderens rådgiver fremgik, at tilbudene var blevet vurderet ved tildeling af points med hensyn til de enkelte underkriterier, og at en række enkeltelementer herunder var blevet vægtet efter deres betydning for opgaveløsningen som helhed

Klagenævnet fastslog, at der ved den anvendte evalueringsmodel således var sket en vis prioritering af underkriterierne, og at udbyderen havde haft mulighed for at prioritere underkriterierne i udbudsbetingelserne. Ved ikke at gøre dette havde udbyderen overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2 (hvorefter underkriterierne til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud så vidt muligt skal angives efter den betydning, de tillægges).

Ud fra en samlet vurdering fandt Klagenævnet ikke grundlag for at annullere udbyderens beslutning om valg af tilbudsgiver.

## **12. august 2002. Milana A/S mod Vestsjællands Amt**

*Udbyders annullation af udbud var uberettiget. Udbyders beslutning herom blev annulleret. Ikke opsættende virkning*

Et amt foretog et begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets af udførelse af laboratorieanalyser af vand- og jordprøver fra forskellige typer områder i amtet. I henhold til udbudsbekendtgørelsen kunne der afgives tilbud på analyser af prøver fra alle de pågældende områder eller fra nogle af dem. I tilbudene skulle der angives dels en samlet tilbudspris, dels priser vedrørende de områder, som tilbudet angik.

Seks prækvalificerede virksomheder afgav tilbud. Udbyderen konstaterede, at der var forskellige fejl i tilbudene, bl.a. var der regnefejl i alle tilbud. Udbyderen annullerede derefter udbudet, og en af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet herover. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Udbyderen henviste over for Klagenævnet til, at de mange fejl i tilbudene gjorde det vanskeligt at bedømme tilbudene, og at fejlene desuden kunne skyldes, at udbudsbetingelserne eventuelt havde været uklare. Udbyderen havde derfor valgt at annullere udbudet og derved stille tilbudsgiverne frit.

Klageren fik imidlertid medhold. Klagenævnet udtalte, at regnefejl i tilbudene ikke kunne føre til annullation af udbudet, da tilbudsgiverne var bundet af den samlede tilbudspris. Klagenævnet udtalte videre, at udbyderen skulle have konstateret, hvilke tilbud der ikke var konditionsmæssige og have undladt at tage disse tilbud i betragtning, og at udbyderen derefter burde have taget stilling til de tilbageblevne tilbud.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at annullere udbudet.

#### **4. oktober 2002. Statsansattes Kartel mod Trafikministeriet**

*Klagenævnet kan tage stilling til klager over overtrædelse af EU's udbudsregler ved udbud af jernbanedrift. Nævnet kunne derimod ikke tage stilling til Trafikministeriets afgørelse som tilsynsmyndighed med et dansk jernbaneselskab, der havde afgivet tilbud*

Trafikministeriet udbød som begrænset udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet udførelsen af jernbanedriften på en nærmere angivet del af det statslige jernbanenet. Der prækvalificeredes fem virksomheder, der alle afgav tilbud. En af tilbudsgiverne var det danske statslige jernbaneselskab DSB.

Efter at have indhentet forskellige oplysninger fra DSB afviste Trafikministeriet DSB's tilbud med begrundelse, at tilbudet var i strid med de konkurrenceretlige retningslinjer for DSB, hvorefter DSB's forretningsområde for udbudt trafik skal udvise overskud over den samlede kontraktperiode. De omtalte konkurrenceretlige retningslinjer for DSB er fastsat af Trafikministeriet i henhold til loven om jernbanevirksomhed.

Af en senere redegørelse fra Trafikministeriet fremgik, at ministeriet også havde tillagt det betydning, at DSB ikke havde erfaringer fra tidligere udbudssager, og at DSB i andre sammenhænge havde foretaget upræcise skøn og havde haft problemer med at foretage præcise trafikale vurderinger.

En organisation, der er klageberettiget i henhold til Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud, klagede over afvisningen af DSB's tilbud, og Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Spørgsmål, om klagen faldt uden for Klagenævnets kompetence, fordi der i henhold til loven om jernbanevirksomhed er nedsat et særligt klagenævn, herunder om det havde betydning, at klagen var indgivet af en organisation og ikke af en tilbudsgiver eller en potentiel tilbudsgiver: Efter en gennemgang af forarbejderne til loven om jernbanevirksomhed anså Klagenævnet sig kompetent til at tage stilling til klager over overtrædelse af EU's udbudsregler også ved udbud af jernbanevirksomhed, uanset hvem der indgiver klagen.

2) Spørgsmål, om Trafikministeriet havde tilsidesat det udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at afvise DSB's tilbud med henvisning til de konkurrenceretlige retningslinjer for DSB: Klagenævnet udtalte, at Trafikministeriets beslutning om afvisning af tilbudet formelt var truffet i ministeriets egenskab af udbyder og derfor var omfattet af Klagenævnets kompetence. Det, som klageren ønskede Klagenævnets vurdering af, var imidlertid, om ministeriet som tilsynsmyndighed med DSB havde været berettiget til at pålægge DSB at tilbagekalde tilbudet eller til at foranledige tilbudet afvist under udbudet. Disse spørgsmål faldt uden for Klagenævnets kompetence, hvorfor klagen afvistes på det pågældende punkt.

3) Spørgsmål, om Trafikministeriet havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at lægge vægt på de forhold om DSB's manglende erfaring med udbud m.m., der var omtalt i ministeriets senere redegørelse: Klagenævnet udtalte, at det, som klageren i denne forbindelse ønskede Klagenævnets stillingtagen til, var om Trafikministeriet som udbyder ved vurderingen af DSB's tilbud havde taget hensyn til forhold, som alene kan tages i betragtning ved prækvalifikatio-

nen. Da DSB's tilbud som følge af ministeriets afgørelse som tilsynsmyndighed imidlertid blev afvist og derfor ikke indgik i den udbudsretlige vurdering af tilbudene, afviste Klagenævnet klagen på dette punkt.

Spørgsmål om Trafikministeriet havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at iværksætte en procedure efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 37 om unormalt lave bud med henblik på at vurdere, om DSB's tilbud opfyldte de konkurrenceretlige retningslinjer for DSB: Klagenævnet udtalte, at nævnet ikke havde tilstrækkelige oplysninger til at tage stilling til dette spørgsmål, herunder om spørgsmålet faldt inden for Klagenævnets kompetence, og Klagenævnet udsatte derfor behandlingen af dette spørgsmål.

Sagen afgjordes endeligt ved Klagenævnets kendelse af 10. oktober 2003.

#### **14. oktober 2002. Informationsteknik Scandinavia A/S mod Udenrigsministeriet**

*Forhandling var ikke i strid med forhandlingsforbudet. Et tilbud opfyldte udbudsbetingelserne. Udbyders begrundelsespligt vedrørende tildelingsbeslutningen omfatter ikke oplysninger til vurdering af beslutningens lovlighed. Ikke opsættende virkning*

Udenrigsministeriet udbød som begrænset udbud efter Indkøbsdirektivet anskaffelse og betjening m.m. af tolke- og konferenceudstyr til brug under Danmarks formandskab for Den Europæiske Union i 2. halvår af 2002. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle underkriterier, der var angivet i prioriteret rækkefølge.

Der prækvalificeredes tre virksomheder, der alle afgav tilbud, hvorefter udbyderen tildelte en af tilbudsgiverne opgaven. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at den valgte tilbudsgivers tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelserne: Ikke taget til følge efter en gennemgang af udbudsbetingelserne og det pågældende tilbud.

2) Klage over, at der var forhandlet med den valgte tilbudsgiver: Efter de forelagte oplysninger om en forhandling mellem udbyderens rådgiver og den valgte tilbudsgiver før tildelingsbeslutningen sammenholdt med, at den valgte tilbudsgivers tilbud var helt i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, havde Klagenævnet intet grundlag for at antage, at rådgiverens kontakt med tilbudsgiveren var gennemført i strid med forhandlingsforbudet. Det fremgik, at den omtalte kontakt havde bestået af en telefonsamtale med den pågældende tilbudsgiver vedrørende en detalje i tilbudet og et møde med hver af tilbudsgiverne med henblik på at sikre, at de havde forstået opgaven. Klagepunktet toges således ikke til følge.

3) Klage over, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde anvendt underkriterierne til tildelingskriteriet i strid med den prioriteringsrækkefølge, der var angivet i udbudsbetingelserne: Ikke taget til følge.

4) Klage over, at den begrundelse for valget af tilbudsgiver, som udbyderen havde givet klageren, ikke var fyldestgørende, jf. Indkøbsdirektivets artikel 7, stk. 1: Ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at udbyderens begrundelse havde indeholdt oplysninger om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele, sådan som det er foreskrevet i bestemmelsen. Klagenævnet henviste videre til, at en udbyder ikke (som hævdede af

klageren) efter artikel 7, stk. 1, skal give oplysninger, som kan danne grundlag for en vurdering af tildelings beslutningens lovlighed.

**18. oktober 2002. Vindtek Ventilation ved Bjarne Munksgaard mod Holstebro Kommune**

*Erstatning ca. 94.000 kr. til tilbudsgiver, hvis tilbud med urette var blevet forkastet i medfør af § 8, stk. 3, i loven om tilbudsindhentning. Tilbudsgiveren havde pligt til at begrænse sit tab ved at tage andet arbejde*

Sagen angik ventilationsentreprisen ved en kommunes om- og tilbygning af en skole. Entreprisen blev udbudt i offentlig licitation i henhold til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

Den her resumerede kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 27. februar 2002 i samme sag.

Ved kendelsen af 27. februar 2002 statuerede Klagenævnet, at udbyderen ikke havde været berettiget til at forkaste klagerens tilbud i medfør af lovens § 8, stk. 3. Endvidere annullerede Klagenævnet udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Den her resumerede kendelse angår klagerens erstatningskrav. Udbyderen bestred ikke at være erstatningsansvarlig over for klageren, og parterne var enige om, at erstatningen skulle fastsættes som svarende til klagerens tab ved ikke at have fået opgaven. Kendelsen drejer sig om erstatningens størrelse.

Klagenævnet fastsatte erstatningen til ca. 94.000 kr. Beløbet blev fastsat dels som et skønsmæssigt beløb til dækningsbidrag, benævnt driftsherregævinst, til klagerens personligt drevne firma, dels som et beløb til dækning af mistet arbejdsløn for klageren, der selv skulle have udført en væsentlig del af det pågældende monteringsarbejde. Det sidstnævnte beløb blev fastsat for en begrænset periode, idet klageren havde haft pligt til at begrænse sit tab ved at tage andet arbejde, efter at Klagenævnet havde truffet beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, og udbyderen derefter havde indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

**1. november 2002. JN-Entreprise ApS mod Boligforeningen Lolland**

*Udbyder var berettiget til i medfør af tilbudslovens § 8, stk. 3, at forkaste et tilbud, der fremtrådte som afgivet af et selskab under konkurs*

Sagen angik en offentlig licitation i henhold til loven om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tilbudsloven) vedrørende entreprisen for et byggeri. Tildelingskriteriet var laveste pris. Der indkom et antal tilbud.

Tilbudet med den laveste pris blev indgivet af et anpartsselskab X. Udbyderen forkastede imidlertid dette tilbud med henvisning til, at man havde fået oplyst, at anpartsselskabet var under konkurs. Udbyderen henviste herved bl.a. til tilbudslovens § 8, stk. 3, hvorefter et tilbud kan forkastes, hvis det er overvejende sandsynligt, at tilbudsgiveren er ude af stand til at gennemføre arbejdet tilfredsstillende m.m.

Et anpartsselskab Y klagede til Klagenævnet herover og gjorde gældende, at tilbudsgiveren ikke var det anpartsselskab X, der var under konkurs, men derimod anpartsselskabet Y, der havde overtaget det konkursramte selskabs erhvervsmæssige aktiviteter.

Klageren fik imidlertid ikke medhold. Klagenævnet henviste til, at tilbudet fremtrådte som afgivet af det konkursramte selskab, hvorfor udbyderen havde været berettiget til at forkaste tilbudet i medfør af tilbudslo-

vens § 8, stk. 3. Det var uden betydning, at Y's navn og registreringsnummer tillige var angivet på det brev, hvormed tilbudet blev fremsendt.

**4. november 2002. JN-Entreprise ApS mod Boligforeningen Lolland**  
*Udbyder var berettiget til i medfør af tilbudslovens § 8, stk. 3, at forkaste et tilbud, der fremtrådte som afgivet af et selskab under konkurs*

Sagen havde samme klager og samme indklagede som den sag, der blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 1. november 2002. Bortset fra, at de to sager angik hver sit byggeri, havde de ens faktum og blev afgjort på samme måde. Der henvises derfor til resuméet umiddelbart ovenfor af kendelsen af 1. november 2002.

**25. november 2002. Skousen Husholdningsmaskiner A/S mod Arbejdernes Andels Boligforening**

*Et alment boligselskabs enkelte afdelinger skulle anses som ordregivere med hensyn til boligselskabets indkøb af hårde hvidevarer til afdelingerne. Et indkøb skulle ikke udbydes i EU-udbud, selvom om det var budgetteret til et beløb over tærskelværdien, da indkøbets værdi faktisk var under tærskelværdien, og da udbyderens forhåndsvurdering herom var saglig*

En forhandler af hårde hvidevarer klagede til Klagenævnet over et alment boligselskabs administration af indkøb af hårde hvidevarer til boligselskabets afdelinger.

Klagerens anbringender kan i det væsentligste sammenfattes således:

1) Boligselskabet skulle anses som ordregiver i henhold til Indkøbsdirektivet med hensyn til indkøb af hårde hvidevarer til boligselskabets afdelinger.

2) Hårde hvidevarer skal anses for ensartede varer i henhold til Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 4, hvorfor der ved beregningen af forholdet mellem Indkøbsdirektivets tærskelværdi og boligselskabets indkøb af hårde hvidevarer til boligselskabets afdelinger skulle foretages sammenlægning af værdien af de indkøb, der blev foretaget i en passende periode, fx et år.

3) Et bestemt indkøb af komfurer til en af boligselskabets afdelinger havde i sig selv haft en sådan værdi, at indkøbet skulle have været udbudt som EU-udbud. Klageren henviste herved til, at indkøbet havde været budgetteret med et beløb, der oversteg tærskelværdien, og at tilbudsprisen i et af tilbudene ligeledes havde oversteget denne.

4) Boligselskabets tildeling af ordren vedrørende det under 3) omtalte indkøb af komfurer var sket på usagligt grundlag.

Klageren fik imidlertid ikke medhold. Klagenævnet udtalte:

Ad 1) Det var boligselskabets enkelte afdelinger og ikke boligselskabet, der skulle anses for ordregiver med hensyn til indkøb af hårde hvidevarer til afdelingerne. Klagenævnet henviste herved til følgende: I overensstemmelse med den danske lovgivning om almene boligselskaber har forholdet mellem boligselskabet og afdelingerne karakter af en særegen retlig konstruktion, der i hovedtræk går ud på, at de enkelte afdelinger er selvstændige økonomiske enheder med egen beslutningskompetence, således at boligselskabets rolle i sammenhængen blot er at føre afdelingernes beslutninger ud i livet på afdelingernes vegne.

Ad 2) Der opstod herefter kun spørgsmål om sammenlægning af værdien af indkøb af hårde hvidevarer med hensyn til indkøb foretaget af den enkelte afdeling. Det var imidlertid ikke gjort gældende, at der var und-

ladt sådanne sammenlægninger, og Klagenævnet havde herefter ikke anledning til at tage stilling til, om og i hvilket omfang hårde hvidevarer skal anses for ensartede varer, eller for hvilken periode der skal ske sammenlægning af værdien af ensartede varer.

Ad 3) Tilbudspriserne i 3 af 4 afgivne tilbud, herunder det valgte tilbud, vedrørende den pågældende leverance lå under Indkøbsdirektivets tærskelværdi, hvorfor Klagenævnet lagde til grund, at indkøbets værdi ikke nåede op på tærskelværdien. Der var endvidere ikke grundlag for at karakterisere det som usagligt, at boligselskabet før indkøbet havde vurderet dets værdi til ikke at nå op på tærskelværdien. Det var uden betydning, at indkøbet var budgetteret til et beløb over tærskelværdien, da budgetposter fastsættes ud fra en budgetmæssig og styringsmæssig vurdering, der ikke har forbindelse med den forhåndsvurdering, der skal foretages med hensyn til en anskaffelses forhold til udbudsdirektivernes tærskelværdi.

Ad 4) Det pågældende indkøb skulle således ikke have været udbudt i EU-udbud og var dermed ikke var omfattet af Indkøbsdirektivet. Indkøbet var heller ikke omfattet af andre regler, der hører under Klagenævnets kompetence. Klagenævnet havde herefter ikke kompetence til at beskæftige sig med indkøbet, og klagen afvist derfor på dette punkt.

## **27. november 2002, Aon Danmark A/S mod Odense Kommune**

*Udbud af forsikringsmægling. Den provision, som en forsikringsmægler ville modtage fra et forsikringsselskab, skulle medregnes i tilbudsprisen, hvilket skulle fremgå af udbudsbetingelserne. Underkriterierne skulle ikke angives prioriteret. Udbyder havde lagt vægt på nogle underkriterier, der ikke fremgik af udbudet, herunder et forhold i strid med ligebehandlingsprincippet. Udbyder havde ikke overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, om begrundelse for valget af tilbudsgiver. Annullation*

En kommune udbød som begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet konsulentvirksomhed i forbindelse med forsikring og pension, dvs. ydelse som forsikringsmægler ved kommunens tegning af forsikringer. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende ikke prioriterede underkriterier: Pris, betalingsbetingelser og serviceniveau.

Tre prækvalificerede virksomheder afgav tilbud, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over en lang række forhold i forbindelse med udbudet, og Klagenævnet tog stilling til sagen som følger.

1) Den valgte tilbudsgiver havde i sit tilbud angivet, at tilbudsgiveren ville modtage provision fra et bestemt forsikringsselskab, hvis der blev indgået forsikringsaftaler med dette selskab, og at udbyderen i så fald ikke skulle betale for tilbudsgiverens udførelse af denne del af den udbudte tjenesteydelse. Dette stod i modsætning til de øvrige tilbud, i hvilke der var angivet priser for tjenesteydelsens udførelse, uanset hvilket forsikringsselskab der blev truffet aftale med. De centrale spørgsmål i sagen angik disse forhold. Klagenævnet udtalte om dem:

Ved vurderingen af den udbudte tjenesteydelses værdi skulle der tages udgangspunkt i tjenesteyderens samlede forventede honorar. Det var uden betydning, på hvilken måde tjenesteyderen modtog honoraret, og de provisionsbeløb, som visse forsikringsselskaber udbetaler til forsikringsmæglere, skulle således medregnes. Den udbudte tjenesteydelses værdi oversteg herefter Tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi, hvorfor Tjeneste-

ydellesdirektivet fandt anvendelse på udbudet. Også EU-rettens ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip fandt som følge heraf anvendelse.

I henhold til Tjenesteydelsesdirektivet havde det påhvilet udbyderen at sikre, at alle tilbudsgivere blev stillet lige. Udbudsbetingelserne skulle derfor klart have angivet, at der skulle ses bort fra, at nogle forsikringselskaber betaler provision til forsikringsmæglere, og at tilbudspriserne således skulle svare til den reelle betaling for tjenesteydelsen. Udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet ved ikke at medtage en sådan angivelse i udbudsbetingelserne.

Udbyderen havde vurderet tilbudene uden at være opmærksom på, at der kun kunne foretages en reel vurdering på lige vilkår, hvis der blev set væk fra, at visse forsikringselskaber betaler honorar til forsikringsmæglere, og denne fejltagelse havde bevirket, at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med en tilbudsgiver, der ikke havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

2) Ad en klage over, at underkriterierne til tildelingskriteriet ikke var angivet prioriteret: Efter den udbudte tjenesteydelses beskaffenhed havde Klagenævnet ikke grundlag for at fastslå, at udbyderen kunne have prioriteret underkriterierne pris og serviceniveau. Da en udbyder efter Tjenesteydelsesdirektivet kun har pligt til at prioritere underkriterier, når alle underkriterierne kan prioriteres, havde udbyderen ikke handlet i strid med direktivets artikel 36, stk. 2 (om underkriterier) ved ikke at prioritere underkriterierne. Klagepunktet toges således ikke til følge.

3) Statueret, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 (om tildelingskriterier) som følge af, at udbyderen ved vurderingen af tilbudene havde lagt vægt på nogle kriterier, der ikke havde været fastsat som underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud (erfaring, den valgte tilbudsgivers hidtidige samarbejde med udbyderen og den nære beliggenhed af den valgte tilbudsgivers forretningssted m.m.).

4) Statueret, at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 23, jf. artikel 36, stk. 1 (om tildeling og tildelingskriterier) og i strid med ligebehandlingsreglen i direktivets artikel 3, stk. 2, ved at lægge vægt på den nære beliggenhed af den valgte tilbudsgivers forretningssted. Det var herefter uforholdsmæssigt at tage stilling til, om forholdet yderligere var i strid med Traktatens artikel 49.

5) Ad en klage over, at udbyderen ikke havde givet tilstrækkelig begrundelse for valget af tilbudsgiver og derfor havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1 (om begrundelse på forespørgsel fra en ikke valgt tilbudsgiver): Ikke taget til følge. Udtalt, at det ikke som hævdet af klageren følger af artikel 12, stk. 1, at udbyderen skal give oplysning om vurderingen af det antagne tilbud og klagerens tilbud i forhold til de fastsatte underkriterier eller oplyse den indbyrdes vægtning af underkriterierne.

6) Konstateret, at udbyderen ikke havde medtaget de foreskrevne oplysninger i sin meddelelse til EF-Tidende om tildelingen af ordren.

7) På baggrund af de overtrædelser, der er beskrevet under 1) ovenfor, annullerede Klagenævnet udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

**19. december 2002. Joca Trading A/S mod Haslev Kommune**

*Ikke pligt til at udforme og administrere et udbud i overensstemmelse med et tidligere annulleret udbud om samme ydelse. Forskellige klagepunkter ikke taget til følge med konkret begrundelse*

Sagen angik et offentligt udbud af indkøb af affaldsbeholdere i henhold til Indkøbsdirektivet foretaget af en kommune. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud i henhold til nogle underkriterier, der skulle vægtes på nærmere angiven måde. Der indkom tilbud fra 2 virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med den ene af tilbudsgiverne. Den anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet over forskellige forhold, og Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde lagt vægt på andre forhold end ved et tidligere udbud om samme ydelse. (Det tidligere udbud var blevet annulleret efter tildelingsbeslutningen som følge af fejl): Ikke taget til følge, allerede fordi EU's udbudsregler ikke fører til en pligt for udbyderen til at udforme og administrere et udbud i overensstemmelse med et tidligere annulleret udbud om samme ydelse.

2) Klage over, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde lagt vægt på at den valgte tilbudsgiver havde givet 10 års garanti for de tilbudte affaldsbeholdere: Ikke taget til følge, allerede fordi udbudsbetingelserne måtte forstås sådan, at tilbudsgiverne skulle give garanti for, at de tilbudte affaldsbeholdere havde mindst 10 års holdbarhed.

3) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved en kontakt med den valgte tilbudsgiver efter tilbudsafgivningen: Ikke taget til følge, da den pågældende kontakt havde fundet sted efter udbyderens tildelingsbeslutning. Endvidere udtalt, at der ikke var grundlag for at gå ud fra, at udbyderen havde evalueret tilbudene i strid med udbudsbetingelserne eller på anden måde havde favoriseret den valgte tilbudsgiver.