

Klagenævnet for Udbud

**RESUMÉER AF  
KENDELSER  
FRA  
KLAGENÆVNET  
FOR  
UDBUD  
2004**

2005

(mindre senere revisioner kan have fundet sted)

Efter indholdsfortegnelsen indeholdes nedenfor resuméer af de kendelser, som Klagenævnet for Udbud har afsagt i 2004. 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

Prækvalifikation af en tilbudsgiver var i strid med ligebehandlingsprincippet, da tilbudsgiverens forudgående rådgivning dannede grundlag for udbudet. Klage vedrørende prissætninger taget delvis til følge. Vurderingen af, om et tilbud er unormalt lavt, skal angå den samlede tilbudspris. Udbyder havde pligt til at annullere udbudet som følge af, af en beregningsmodel, der var oplyst i udbudsbetingelserne, viste sig sagligt uanvendelig. Ikke opsættende virkning. Annullation .....	7
Udbyder var forpligtet til at afvise et tilbud fra en tilbudsgiver, der ikke inden tilbudsfristens udløb havde indsendt en krævet dokumentation.....	9
Udbyder var forpligtet til at afvise et tilbud fra en tilbudsgiver, der ikke inden tilbudsfristens udløb havde indsendt en krævet dokumentation.....	9
Galvaniseret jern opfyldte ikke udbudsbetingelsernes krav om rustfrit metal. Udbyder måtte ikke lade medarbejdere fra en tilbudsgivers underleverandør deltage i evalueringen af tilbudene. En pligt for udbyder til at antage det eneste konditionsmæssige tilbud måtte i hvert fald forudsætte, at udbyder ikke havde været berettiget til at annullere udbudet. Ikke opsættende virkning .....	10
Udbyder var forpligtet til at afvise et tilbud fra en tilbudsgiver, der ikke inden tilbudsfristens udløb havde indsendt en krævet dokumentation.....	11
Udbyder frifundet for erstatningskrav, da et eventuelt erstatningsansvar ikke var forårsaget af udbyderens overtrædelse af udbudsreglerne .....	11
Tilbudsloven overtrådt ved, at der ikke var fastsat underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, og ved at licitationen desuagtet var gennemført med dette som tildelingskriterium. Udbyderen skulle have annulleret licitationen. Udbyderens forhandling med tilbudsgivere var i strid med Tilbudsloven. Annullation trods klage efter 10 måneder .....	12
Klage mod en udbyder, der er omfattet af Tilbudsloven, over annullation af en licitation. Klagen ikke taget til følge, da udbyderen ikke var udbyder af den pågældende licitation. Udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven og gennemsigtighedsprincippet, fordi licitationsbetingelserne vedrørende udbyderens egne licitationer kunne forstås således, at udbyderen også var udbyder af den omtalte licitation, og da udbyderen ved sine egne licitationer havde forbeholdt sig frit at vælge mellem tilbudene .....	13
Udbyders beslutning om ikke at prækvalificere en ansøger som følge af dårlige erfaringer med denne var saglig og stred ikke mod EU-rettens grundlæggende principper, men udbyder havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke efter anmodning at have oplyst begrundelsen. Ikke annullation.....	14
Erstatningskrav ikke taget til følge, da klagerens tilbud skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, og da der derfor ikke var årsagssammenhæng mellem klagerens påståede tab og udbyderens fejl under licitationen .....	15
Erstatning til tilbudsgiver, der ville have fået tildelt kontrakten, hvis udbyderen ikke havde begået fejl, fastsat til 375.000 kr. til dækning af positiv opfyldelsesinteresse .....	15
Udbyder ikke erstatningsansvarlig trods urigtig oplysning til en tilbudsgiver, da oplysningen var givet under en uformel mundtlig kontakt, og da tilbudsgivere må indhente nødvendige oplysninger på en professionel måde .....	16
Klage ikke taget til følge.....	16
Når tildelingskriteriet er laveste pris, kan udbyder ikke »prissætte« særlige fordele ved et tilbud og trække denne» prissætning« fra tilbudsprisen. Prissætning af forbehold skal ske sådan, at tilbudsgivere ikke tiltager sig fordele ved at tage forbehold.....	17

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

Tilbud afvist med rette, da tilbudet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav på en række punkter .....	18
En mulig dansk praksis om, at der tages standardforbehold, som derefter frafalder ved kontraktsindgåelsen, er uden betydning ved fortolkningen af EU's udbudsregler. Udbyder havde ikke prissat to forbehold og havde ikke angivet tildelingskriteriet tilstrækkeligt klart.....	19
Udbud efter forhandling i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Mindstekrav for alternative tilbud var ikke angivet tilstrækkeligt præcist. Et underkriterium var for uklart og var derfor uegnet. Frist for revideret tilbud var ikke for kort, og udbyder havde ikke pligt til at indkalde til forhandling om et revideret tilbud .....	20
Begrænset licitation efter Tilbudsloven. Ikke pligt til at angive tildelingskriteriet i licitationsbetingelserne. De fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud var uanvendelige, hvorfor tildelingskriteriet laveste bud skulle have været anvendt. Forhandling med andre tilbudsgivere end lavestbydende var derfor overtrædelse af lovens § 10. Forbehold om frit at vælge mellem tilbudene og forkaste alle tilbud var i strid med § 8 og § 12. Desuden overtrædelse af § 12 ved for sen underretning om ordretildelingen.....	21
Erstatning til forbigået tilbudsgiver, hvis tilbud var det eneste konditionsmæssige, fastsat til positiv opfyldelsesinteresse. En tilbudsgiver er berettiget til at lægge udbudsbetingelserne til grund for sit tilbud.....	22
Vinterforanstaltninger skulle være indeholdt i tilbudene, og tilbudspriserne skulle være faste. Klausul i standardforbehold om vinterforanstaltninger angik et grundlæggende element og gjorde tilbudet ukonditionsmæssigt, hvorimod klausul om prisregulering ikke angik et grundlæggende element. Ukorrekt prissætning. Tilkendegivelse om, at tilbud med væsentlige forbehold ville blive afvist, var ikke tilstrækkelig præcis til at give udbyder pligt til at afvise et tilbud med et forbehold om et ikke grundlæggende element. Kontraktsforhandlinger efter tildelingsbeslutningen var ikke i strid med udbudsreglerne. Annullation. Ikke opsættende virkning .....	23
Byggefirma, der som bygherre opførte boliger for et alment boligselskab, var omfattet af Tilbudsloven. Forbehold om, at bygherren skulle stille sikkerhed, angik et grundlæggende element.....	25
Gennemsigtighedsprincippet overtrådt ved krav i udbudsbetingelserne om, at affaldscontainere skulle opfylde en angiven standard, da standarden ikke omfatter containere som de pågældende. Ligebehandlingsprincippet overtrådt ved, at udbyderen ikke havde afvist nogle tilbud, der ikke var vedlagt en krævet dokumentation .....	26
Erstatning 650.000 kr. til tilbudsgiver, der ikke fik kontrakten .....	27
Forskellig angivelse af tildelingskriterium i udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen. Herefter pligt til at bruge tildelingskriteriet laveste pris. Uklarhed i udbudsbetingelserne. Udbyder har ikke pligt til at sikre, at tilbudsgiverne har nødvendige autorisationer og godkendelser. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12 overtrådt ved forbehold om annullation af udbudet og ved for sen underretning til tilbudsgivere.....	27
Et udvælgelseskriterium kunne ikke anvendes som underkriterium, og da der herefter ikke var fastsat andre anvendelige underkriterier end pris, skulle udbyderen gennemføre licitationen ved anvendelse af tildelingskriteriet laveste bud .....	29
Tilbudene skulle vurderes ud fra den naturlige forståelse af licitationsbetingelserne, og udbyderens vurdering var til dels usaglig. Tilbudsgivere må ikke spilles ud mod hinanden. Tilbudslovens regler om forhandling omfatter ikke kontraktsforhandlinger, men der må ikke ske ændring af grundlæggende elementer. Om begrebet grundlæggende element. Et tilsagn om udførelse af merydelser var ikke et tilsagn om prisreduktion .....	30

Ethvert rende-graverarbejde er bygge- og anlægsarbejde efter Bygge- og anlægsdirektivet og er derfor omfattet af begrebet bygge- og anlægsarbejde i Tilbudsloven. Begrebet bygge- og anlægsarbejde skal forstås på samme måde efter direktivet og Tilbudsloven. Annullation .....	32
Udbyder havde end ikke sandsynliggjort, at den valgte tilbudsgivers tilbud opfyldte nogle krav i licitationsbetingelserne. Herefter lagt til grund, at tilbudet ikke opfyldte kravene, og der var efter en konkret vurdering tale om grundlæggende elementer. Tilbud fra en tilbudsgiver, der først efter tilbudsfristens udløb gav en krævet oplysning om ibrugtagningsdato, måtte ikke tages i betragtning. Tilbudslovens regler om forhandling gælder ikke for ukonditionsmæssige tilbud.....	33
Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, overtrådt ved ikke fuldt ud rigtig begrundelse og ved for sen begrundelse. En e-mail med spørgsmål om, hvad der gjorde udslaget, var tilstrækkelig skriftlig anmodning efter artikel 12, stk. 1. Artikel 36 overtrådt ved forbehold om frit at vælge mellem næsten ligeværdige tilbud og om at annullere udbudet. Udvælgelseskriterier kunne efter sagens omstændigheder benyttes som underkriterier. Ikke annullation.....	34
En tilbudsgiver havde retlig interesse i at klage over udbyderens fejl i forbindelse med et udbud, som udbyderen annullerede på grund af fejlene, selvom tilbudsgiveren ikke afgav tilbud under et nyt udbud, der trådte i stedet for det annullerede udbud. Udbyderen skulle have indgået kontrakt med klageren, hvis udbyderen ikke havde annulleret det første udbud. Forskellige erkendte overtrædelser af Tjenesteydelsesdirektivet og de EU-retlige udbudsregler i øvrigt.....	35
En ordregiver, der udbød en ikke udbudspligtig tjenesteydelse efter Tjenesteydelsesdirektivet, skulle gennemføre udbudet efter direktivets regler om udbudspligtige tjenesteydelser. Overtrædelse af direktivets artikel 3, stk. 2, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at lægge vægt på forhold, der ikke var omtalt i udbudsbetingelserne, og ved at vurdere forholdene usagligt. Overtrædelse af artikel 36 ved forbehold om at forkaste alle tilbud samt overtrædelse af artikel 12, stk. 2. Ikke annullation .....	37
Tildelingskriterium ikke i overensstemmelse med Tilbudsloven. Udbyder havde ikke godtgjort, at en kontakt med en tilbudsgiver ikke var forhandling. Tilbudslovens § 6 og gennemsigtighedsprincippet overtrådt ved, at udbyder lagde vægt på prisoplysninger fra en tilbudsgiver efter tilbudenes indgivelse, idet en tilbudssum skal kunne udledes umiddelbart af tilbudet. Tilbudslovens § 8 overtrådt ved valg af ukonditionsmæssigt tilbud. EF-traktatens artikel 28 overtrådt ved angivelse af produkt uden tilføjelse af »eller dermed ligestillet«. Annullation. Ikke opsættende virkning .....	38
Udbyder var forpligtet til at betale erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse til forbigået tilbudsgiver, men frifindelse, da tab ikke var sandsynliggjort.....	40
Angivelse af, at kontrakt ville blive indgået efter forhandling, var som følge af forhandlingsforbudet i strid med gennemsigtighedsprincippet. Tilbudsfristen var for kort. Overtrædelse af udbudsreglerne ved angivelse af, at tilbudene ville blive vurderet »bl.a.« på grundlag af underkriterierne. Tilbud fra tilbudsgiver, der ikke som krævet havde fremsendt regnskaber, måtte ikke tages i betragtning, selvom kravet kun var indeholdt i udbudsbekendtgørelsen. Hvis udbyder har taget et tilbud med et ikke grundlæggende forbehold i betragtning, er udbyder som følge af gennemsigtighedsprincippet afskåret fra at afvise tilbudet på grund af forbeholdet .....	41
En tilbudsgiver, der tager forbehold, har risikoen for, om forbeholdet er uklart. Et punkt i standardforbehold om garanti kunne ikke prissættes, hvorfor udbyders afvisning af tilbudet var sket med rette. Et forbehold om tidsplan angik et grundlæggende element, og efterfølgende kontakt om forbeholdet var overtrædelse af forhandlingsforbudet og ligebehandlingsprincippet. Udbudsbetingelsernes angivelser om vinterforanstaltninger var uklare, og et forbehold vedrørende vinterforanstaltninger angik derfor ikke et grundlæggende	

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

element. Generelle bemærkninger om forbehold. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation .....	42
Der kunne afgives tilbud på hver fagentreprise og på alle entrepriser under ét. Dette var ikke en sideordnet licitation, men udbyder skulle angive nøjagtigt, hvordan tilbudspriserne ville blive sammenlignet. Det var i strid med Tilbudslovens § 6 og gennemsigtighedsprincippet, at udbyder lagde et beløb til tilbudspriserne for fagentrepriserne for at gøre tilbudene sammenlignelige, da det ikke var oplyst, at udbyder ville gøre dette. Da tildelingskriteriet var laveste bud, skulle udbyder indgå kontrakt med de lavestbydende for hver fagentreprise, medmindre der var indkommet tilbud på alle entrepriser under ét med en lavere tilbudspris end summen af tilbudspriserne for fagentrepriserne. Tilbudslovens § 12 overtrådt .....	45
Tilbudsgivere har ikke pligt til at søge uklarheder i udbudsbetingelserne afklaret. Udbyder var erstatningsansvarlig over for forbigået tilbudsgiver i anledning af overtrædelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, men frifindelse, da overtrædelsen ikke havde haft betydning for denne tilbudsgivers tilbudsafgivelse. Forsyningsvirksomhedsdirektivets regel om angivelse af mindstekrav for alternative tilbud gælder ved udbud efter forhandling kun for den første tilbudsafgivelse .....	47
Ved fælles indkøb fra flere afdelinger under boligselskaber er den samlede værdi afgørende. Den ordregivende myndighed er den, der træffer tildelingsbeslutningen. Den skal være angivet ens i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2., sigter til, at der ikke er indkommet konditionsmæssige bud. Udbyder skal foretage prissætning på egen hånd og må ikke inddrage tilbudsgiveren i prissætningen. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet m.m. ved at give en tilbudsgiver lejlighed til at ændre sit tilbud med hensyn til et grundlæggende element. Hvis mindstekrav for alternative tilbud ikke er angivet, må alternative tilbud ikke tages i betragtning. Tilbudsforbehold om dagbøder og prisregulering kunne ikke prissættes med fornøden sikkerhed, hvorfor tilbudet ikke måtte tages i betragtning. Udbyders vurdering af, om et tilbud må tages i betragtning, skal ske på grundlag af tilbudets eget indhold. Vurdering af tilbudene i strid med udbudsbetingelserne. Som følge af uklarhed i udbudsbetingelserne havde udbyder pligt til at søge teknisk afklaring hos visse tilbudsgivere. Annullation .....	48

## Resuméer

### 13. januar 2004. E. Pihl & Søn mod Hadsund Kommune

*Prækvalifikation af en tilbudsgiver var i strid med ligebehandlingsprincippet, da tilbudsgiverens forudgående rådgivning dannede grundlag for udbudet. Klage vedrørende prissætninger taget delvis til følge. Vurderingen af, om et tilbud er unormalt lavt, skal angå den samlede tilbudspris. Udbyder havde pligt til at annullere udbudet som følge af, af en beregningsmodel, der var oplyst i udbudsbetingelserne, viste sig sagligt uanvendelig. Ikke opsættende virkning. Annullation*

En kommune udbød som begrænset udbud i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet en totalentreprise bestående af opførelse af en ny skole m.m. samt køb, ombygning og derefter salg af en gammel skole. Tilbudsgiverne skulle bestå af konsortier i henhold til partneringaftaler, og der skulle i første omgang kun indgås aftale om projektering, benævnt fase 1.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier: A. Forslagets kvaliteter, B. Tilbudspris for opførelsen af den nye skole m.m. og tilbudt salgspris for den gamle skole (fase 2), C. Pris for deltagelse i fase 1 og D. Tilbud på dækningsbidrag vedrørende ændringer eller tilføjelser under fase 2. I udbudsbetingelserne anførtes, at underkriterierne ville blive vægtet på nærmere angiven måde, og der blev gjort rede for en beregningsmodel, som vægtningen ville blive foretaget efter.

Der indkom tilbud fra to prækvalificerede konsortier. Udbyderen indgik aftale med den ene af tilbudsgiverne om udførelse af projekteringen, dvs. fase 1, og indgik senere aftale med denne tilbudsgiver om projektets udførelse.

Det andet prækvalificerede konsortium klagede til Klagenævnet over forskellige forhold. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at kommunen havde prækvalificeret det valgte konsortium, selvom dette konsortium omfattede en virksomhed, hvis rådgivning dannede grundlag for kommunens beslutning om at iværksætte udbudet: Taget til følge, bl.a. med henvisning til: Fristen for afgivelse af tilbud var kort, uanset at der var tale om et omfattende og kompliceret projekt med en række uklarheder i udbudsbetingelserne, og der var en formodning for, at det valgte konsortium havde kunnet sætte sig hurtigere ind i udbudsbetingelserne end klageren. Det valgte konsortium havde derfor haft en betydelig konkurrencemæssig fordel, hvorfor kommunen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at prækvalificere dette konsortium.

2) Klage over, at kommunen havde prissat forskellige angivelser i klagerens tilbud:

Taget til følge med hensyn til to af disse angivelser, nemlig

a) En bemærkning i klagerens tilbud om, at forsikring ikke omfattede udbud, af kommunen prissat svarende til en skønnet pris for projektafsvarsforsikring. Klagenævnet udtalte, at bemærkningen kun kunne forstås som hævdet af klageren, dvs. at den alene angik udbudsbetingelserne, og det var usandsynligt, at der kunne tegnes en forsikring vedrørende udbudsbetingelserne. Der var herefter ikke grundlag for prissætning.

b) En bemærkning i klagerens tilbud om, at fundering var baseret på nogle geotekniske undersøgelser, der var vedlagt udbudsbetingelserne, af

kommunen prissat svarende til en skønnet pris for ekstrarundering: Klagenævnet udtalte, at en tilbudsgiver skal kunne lægge udbudsbetingelserne til grund, og den valgte tilbudsgiver havde alene henvist til de geotekniske undersøgelser, der var vedlagt udbudsbetingelserne. Prissætningen var herefter uberettiget.

I øvrigt ikke taget til følge med konkrete begrundelser.

3) Klage over, at kommunen havde prissat forskellige angivelser i den valgte tilbudsgivers tilbud for lavt:

Taget til følge med hensyn til et enkelt punkt, dvs. at der i den valgte tilbudsgivers tilbud ikke var medregnet udgift til stole i en biograf, der indgik i projektet. Klagenævnet henviste til, at udbudsbetingelserne naturligt måtte forstås sådan, at tilbudsgiverne skulle medregne udgift til biografstole, og det var uden betydning, at kommunens rådgiver havde haft en fejlagtig opfattelse herom.

I øvrigt ikke taget til følge med forskellige begrundelser, navnlig at Klagenævnet ikke havde grundlag for at tilsidesætte kommunens skøn ved prissætning. På et enkelt punkt (varmeisolering af den gamle skole) henvist til, at kommunen ikke ved vurderingen af tilbudet skulle tage stilling til, hvorledes tilbudsgiveren ville opfylde bygningsreglementets krav om isolering.

4) Klage over, at kommunen havde taget de to tilbud fra den valgte tilbudsgiver (vedrørende henholdsvis projekteringen og udførelsen) i betragtning, selvom disse tilbud var unormalt lave med hensyn til underkriterium C til tildelingskriteriet, dvs. prisen for deltagelse i fase 1: Ikke taget til følge. Den valgte tilbudsgivers pris var ganske vist unormalt lav på det pågældende punkt. Dette var imidlertid uden betydning, da den valgte tilbudsgivers samlede tilbudspris ikke var unormalt lav, og da Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, nr. 4 om unormalt lave bud angår den samlede tilbudspris. Desuden bl.a. udtalt, at kommunen efter direktivets artikel 30 ikke som udgangspunkt havde pligt til at afvise et tilbud, selvom det var unormalt lavt.

5) Klage over, at kommunen havde vægtet både klagerens tilbud og den valgte tilbudsgivers tilbud i strid med den beregningsmodel, der var angivet i udbudsbetingelserne: Ikke taget til følge, således som klagen var formuleret på dette punkt, men konstateret, at kommunen havde haft pligt til at annullere udbudet som følge af fejl ved beregningsmodellen.

Fravigelsen af beregningsmodellen var erkendt af kommunen, der imidlertid bl.a. gjorde gældende: Fravigelsen skyldtes, at man ved evalueringen af tilbudene var blevet opmærksom på, at beregningsmodellen førte til u hensigtsmæssige resultater, og man havde ved fravigelsen netop rettet sagligt op på dette.

Klagenævnet udtalte bl.a.: Hvis en udbyder i udbudsbetingelserne har angivet en beregningsmodel for vægtingen af underkriterierne til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, er udbyderen bundet af denne beregningsmodel. Da det endvidere ved evalueringen af tilbudene stod klart for kommunen, at den oplyste beregningsmodel var uanvendelig, hvis evalueringen skulle være sagligt forsvarlig, havde kommunen haft pligt til at annullere udbudet.

Klagenævnet annullerede kommunens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver om projekteringen (fase 1).

**16. februar 2004. Eurofins Danmark A/S mod Ringkjøbing Amt**

*Udbyder var forpligtet til at afvise et tilbud fra en tilbudsgiver, der ikke inden tilbudsfristens udløb havde indsendt en krævet dokumentation*

Et amt udbød som offentligt udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet indsamling og laboratorieanalyse af forskellige vand- og luftprøver m.m. I udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at tilbud skulle vedlægges en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden fuldgyldig dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke befandt sig i nogle af de i direktivets artikel 29, stk. 1, a-c og e-f nævnte situationer, dvs. ikke var under konkurs el. lign.

En tilbudsgiver, hvis tilbud blev indgivet rettidigt, vedlagde ved en fejl ikke tilbudet en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, men vedlagde derimod tilbudet en attest fra det lokale skattevæsen om restancerforhold.

Kort efter tilbudsfristens udløb gjorde en medarbejder hos udbyderen telefonisk tilbudsgiveren opmærksom på, at der manglede serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, men at udbyderen ville acceptere en udsættelse i den tid, det ville tage at fremskaffe en sådan attest, dvs. ca. en uge.

Ca. en uge derefter indsendte tilbudsgiveren til udbyderen en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Nogen tid derefter afviste udbyderen imidlertid tilbudsgiverens tilbud med begrundelse, at tilbudsgiveren ikke rettidigt havde opfyldt udbudsbetingelsernes krav om indsendelse af serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Tilbudsgiveren klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at afvise klagerens tilbud. Klageren påberåbte sig herved bl.a. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 34, hvorefter en udbyder kan anmode om supplerende og uddybning af dokumentation.

Klageren fik ikke medhold. Klagenævnet udtalte, at udbyderen havde været forpligtet til at afvise klagerens tilbud som følge af, at tilbudet ikke som fastsat i udbudsbetingelserne var vedlagt den krævede dokumentation. Klagenævnet udtalte endvidere, at Tjenesteydelsesdirektivets artikel 34 ikke giver en udbyder ret til at undlade at afvise tilbud, som ikke opfylder de i udbudet fastsatte krav vedrørende kriterierne for kvalitativ udvælgelse, men at bestemmelsen alene giver udbyderen ret til at kræve yderligere oplysninger, hvis det viser sig, at de oplysninger, der er krævet i udbudet, ikke er tilstrækkelige.

**17. februar 2004. Analycen A/S mod Ringkjøbing Amt**

*Udbyder var forpligtet til at afvise et tilbud fra en tilbudsgiver, der ikke inden tilbudsfristens udløb havde indsendt en krævet dokumentation*

Et amt udbød som offentligt udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet indsamling og laboratorieanalyse af forskellige vand- og luftprøver m.m. I udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at tilbud skulle vedlægges en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden fuldgyldig dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke befandt sig i nogle af de i direktivets artikel 29, stk. 1, a-c og e-f nævnte situationer, dvs. ikke var under konkurs el. lign.

En tilbudsgiver, hvis tilbud blev indgivet rettidigt, vedlagde ikke tilbudet en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, men vedlagde ale-

ne erklæring fra tilbudsgiveren selv om, at tilbudsgiveren ikke befandt sig i nogle af de omhandlede situationer.

Udbyderen afviste tilbudsgiverens tilbud med begrundelse, at tilbudsgiveren ikke havde opfyldt udbudsbetingelsernes krav om indsendelse af serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden fuldgældig dokumentation.

Tilbudsgiveren klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at udbyderen ikke havde været berettiget til at afvise klagerens tilbud, blot fordi tilbudet ikke var vedlagt en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Klageren fik ikke medhold. Klagenævnet udtalte, at udbyderen havde været forpligtet til at afvise klagerens tilbud som følge af, at tilbudet ikke som fastsat i udbudsbetingelserne var vedlagt den krævede dokumentation.

## **20. februar 2004. Miri Stål A/S mod Esbjerg Kommune**

*Galvaniseret jern opfyldte ikke udbudsbetingelsernes krav om rustfrit metal. Udbyder måtte ikke lade medarbejdere fra en tilbudsgivers underleverandør deltage i evalueringen af tilbudene. En pligt for udbyder til at antage det eneste konditionsmæssige tilbud måtte i hvert fald forudsætte, at udbyder ikke havde været berettiget til at annullere udbudet. Ikke opsættende virkning*

En kommune udbød som offentligt udbud efter Indkøbsdirektivet indkøb af affaldsstativer af træ med visse dele af metal. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle underkriterier.

I udbudsbetingelserne var fastsat, at alle metaldele skulle være rustbeskyttede eller fremstillet af rustfrie metaller.

Det var desuden fastsat, at affaldsstativernes låg og krængningsgaffel (en anordning til ophængning af en affaldssæk) skulle være af rustfrit metal. Ifølge en forklaring afgivet for Klagenævnet af udbyderens tekniske rådgiver skyldtes denne formulering en fejl, idet rustbeskyttet metal ville være tilstrækkeligt også for de pågældende dele af affaldsstativerne.

Der indkom tilbud fra nogle tilbudsgivere, hvorefter kommunen indgik kontrakt med en af disse. En anden tilbudsgiver 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 havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom låg og krængningsgaffel i denne tilbudsgivers affaldsstativ var af galvaniseret jern og ikke af rustfrit metal: Taget til følge. Herved udtalt, at begreberne rustfrit metal og rustbeskyttet metal ikke er synonyme, og at udbudsbetingelserne kun kunne forstås således, at låg og krængningsgaffel skulle være af egentligt rustfrit metal.

2) Klage over, at udbyderen ikke havde antaget klagerens tilbud, selvom dette var det eneste konditionsmæssige tilbud: Udtalt, at en pligt for udbyderen til at antage klagerens tilbud i hvert fald måtte forudsætte, at udbyderen ikke havde været berettiget til at annullere udbudet, men at det ikke kunne udelukkes, at udbyderen havde været berettiget hertil. Da der ikke var procederet nærmere herom, kunne Klagenævnet ikke tage stilling til dette klagepunkt.

3) Klage over, at udbyderen havde ladet medarbejdere fra en virksomhed deltage i evalueringen af de tilbudte affaldsstativer, selvom den pågældende virksomhed som underleverandør til en tilbudsgiver var økonomisk interesseret i udbudssagens udfald: Taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom dette tilbud ikke som foreskrevet i udbudsbetingelserne var vedlagt forskellige oplysninger vedrørende en virksomhed, der indgik i et konsortium/joint venture med tilbudsgiveren: Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

Opretholdt ved Vestre Landsrets dom af 31. marts 2006 i sagerne B-0911-04 og B 2293-04.

Klagenævnet traf ved kendelse af 20. august 2004 afgørelse om erstatningsspørgsmålet i sagen. Denne kendelse blev ændret ved den nævnte dom fra Vestre Landsret.

### **8. marts 2004. Eurofins Danmark A/S mod Århus Amt**

*Udbyder var forpligtet til at afvise et tilbud fra en tilbudsgiver, der ikke inden tilbudsfristens udløb havde indsendt en krævet dokumentation*

Et amt udbød som offentligt udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet indsamling og laboratorieanalyse af forskellige vand- og luftprøver m.m. I udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at tilbud skulle vedlægges en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden fulgyldig dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke befandt sig i nogle af de i direktivets artikel 29, stk. 1, a-c og e-f nævnte situationer, dvs. ikke var under konkurs el. lign.

En tilbudsgiver, hvis tilbud blev indgivet rettidigt, vedlagde ikke tilbudet en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Udbyderen afviste tilbudsgiverens tilbud bl.a. med den begrundelse, at tilbudsgiveren ikke havde opfyldt udbudsbetingelsernes krav om indsendelse af serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden fulgyldig dokumentation med hensyn til konkurs etc.

Tilbudsgiveren klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at udbyderen ikke havde været berettiget til at afvise klagerens tilbud, fordi tilbudet ikke var vedlagt en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden fulgyldig dokumentation.

Klagenævnet udtalte, at udbyderen havde været forpligtet til at afvise klagerens tilbud som følge af, at tilbudet ikke som fastsat i udbudsbetingelserne var vedlagt den pågældende dokumentation.

Sagen omfattede også nogle andre klagepunkter, som tilbudsgiveren imidlertid tilbagekaldte, og som Klagenævnet ikke fandt anledning til at behandle.

### **9. marts 2004. Georg Berg A/S mod Køge Kommune**

*Udbyder frifundet for erstatningskrav, da et eventuelt erstatningsansvar ikke var forårsaget af udbyderens overtrædelse af udbudsreglerne*

Kendelsen er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 5. august 2003 i samme sag.

En kommune udbød som begrænset udbud i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet forskellige fagentrepriser ved opførelse af et skolebyggeri. Sagen angik tømmerentreprisen.

I udbudsbetingelserne var angivet, at visse tage som et led i tømmerentreprisen skulle isoleres med isolering »som« et nærmere angivet referen-

ceprodukt. Den tilbudsgiver, G, som udbyderen havde indgået kontrakt med om tømmerentreprisen, anvendte isolering af et andet fabrikat og en anden type end referenceproduktet, og der opstod uenighed mellem udbyderen og G med hensyn til, om den anvendte isolering var på højde med referenceproduktet. Sagen for Klagenævnet, der blev indbragt af G, var et udslag af denne uenighed.

Ved kendelsen af 5. august 2003 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, ved i udbudsbetingelserne at angive, at den omtalte isolering skulle være »som« referenceproduktet, idet bestemmelsen foreskriver anvendelse af formuleringen »eller dermed ligestillet«. Klagenævnet konstaterede videre, at udbyderen også bortset herfra havde overtrådt artikel 10, stk. 6, idet det fremgik af sagens oplysninger, at det ønskede isoleringsmateriale kunne beskrives ved nøjagtige og forståelige specifikationer uden henvisning til et referenceprodukt.

Kendelsen af 9. marts 2004 angik et erstatningskrav fra G mod udbyderen.

Klagenævnet frifandt udbyderen for erstatningskravet. Klagenævnet henviste til, at et eventuelt erstatningsansvar for udbyderen ikke var forårsaget af den overtrædelse af udbudsreglerne, som Klagenævnet havde konstateret ved kendelsen af 5. august 2003. Klagenævnet henviste videre til, at tvisten mellem parterne angik, hvilke krav udbyderen i henhold til entreprisekontrakten mellem parterne var berettiget til at stille til tagisoleringen. Dette afhang af entrepriseretlige vurderinger, herunder en fortolkning af entreprisekontrakten, hvilket Klagenævnet ikke har kompetence til at tage stilling til.

#### **10. marts 2004. Brd. Thybo A/S mod Arbejdernes Andelsboligforening af 1938**

*Tilbudsloven overtrådt ved, at der ikke var fastsat underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, og ved at licitationen desuagtet var gennemført med dette som tildelingskriterium. Udbyderen skulle have annulleret licitationen. Udbyderens forhandling med tilbudsgivere var i strid med Tilbudsloven. Annullation trods klage efter 10 måneder*

En udbyder iværksatte i november 2002 en begrænset licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende en entreprise om renovering af en bygning. Der indkom tilbud fra en række tilbudsgivere. Udbyderen forhandlede med nogle af tilbudsgiverne og indgik i januar 2003 kontrakt med en af dem.

I licitationsbetingelserne var angivet, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der var ikke angivet underkriterier.

I september 2003 klagede en af de tilbudsgivere, der ikke havde fået tildelt kontrakten, til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med licitationen. Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Konstateret, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 8, stk. 2 (om tildelingskriterier), ved ikke at have fastsat underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud forud for udsendelsen af licitationsbetingelserne og ved ikke at have anført underkriterier i licitationsbetingelserne.

2) Konstateret, at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven ved ikke at have annulleret licitationen, da udbyderen blev klar over, at der manglede

underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Herved udtalt, at udbyderen som følge af de manglende underkriterier havde haft saglig grund til at annullere licitationen.

3) Konstateret, at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven ved, når man valgte at gennemføre licitationen, ikke at have gennemført den ved anvendelse af tildelingskriteriet laveste pris som følge af, at der ikke var fastsat underkriterier til det angivne tildelingskriterium.

4) Konstateret, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 11, stk. 1, ved at forhandle med nogle af tilbudsgiverne, uagtet licitationen skulle gennemføres med tildelingskriteriet laveste pris.

(Af Tilbudslovens § 10 og § 11 fremgår, at udbyderen under visse forudsætninger kan forhandle med tilbudsgiverne, når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men at udbyderen kun må forhandle med tilbudsgiveren med den laveste tilbudspris, hvis tildelingskriteriet er laveste pris.)

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Som følge af beskaffenheden af udbyderens overtrædelser tillagde Klagenævnet det ikke afgørende betydning i denne forbindelse, at klagen først var indgivet ca. 10 måneder efter klagerens konstatering af, at der ikke var angivet underkriterier til tildelingskriteriet.

Klagenævnet tog stilling til erstatningsspørgsmålet i sagen ved kendelse af 13. september 2004.

## **22. marts 2004. J.A. Mortensen Inventar og Bygning A/S mod Kulturministeriet**

*Klage mod en udbyder, der er omfattet af Tilbudsloven, over annullation af en licitation. Klagen ikke taget til følge, da udbyderen ikke var udbyder af den pågældende licitation. Udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven og gennemsigtighedsprincippet, fordi licitationsbetingelserne vedrørende udbyderens egne licitationer kunne forstås således, at udbyderen også var udbyder af den omtalte licitation, og da udbyderen ved sine egne licitationer havde forbeholdt sig frit at vælge mellem tilbudene*

Et ministerium indgik aftale med en selvejende institution, der ikke er omfattet af Tilbudsloven, om udlejning af en bygning til den selvejende institution med henblik på, at denne skulle indrette et museum i bygningen. Som et led i aftalen skulle ministeriet foretage en ombygning og istandsættelse af bygningen, og ministeriets tekniske rådgiver iværksatte i den anledning licitationer efter Tilbudsloven vedrørende forskellige entrepriser.

Klagen angik en licitation vedrørende udstillingsinventar. Denne licitation var iværksat samtidig med de øvrige licitationer, men var ikke iværksat af ministeriet, men af den selvejende institution. Det var ikke i licitationsbetingelserne vedrørende denne licitation bestemt, at Tilbudsloven skulle finde anvendelse.

Der indkom forskellige tilbud vedrørende den pågældende entreprise. Efter at ministeriets tekniske rådgiver, der også var teknisk rådgiver for den selvejende institution, havde forhandlet med tilbudsgiveren med den laveste tilbudspris om mulige besparelser, tilkendegav den tekniske rådgiver, at den selvejende institution annullerede licitationen, idet der ikke kunne fremskaffes de nødvendige midler. Senere blev der indgået kontrakt vedrørende udstillingsinventar med en anden leverandør, der ikke havde afgivet tilbud under licitationen.

Den omtalte tilbudsgiver klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at der ikke havde været saglig begrundelse for annullationen.

Klageren blev ikke taget til følge, idet Klagenævnet henviste til, at det var den selvejende institution og ikke ministeriet, der havde iværksat licitationen vedrørende udstillingsinventar, og at det var uden betydning, at klageren troede, at licitationen var iværksat af ministeriet.

Klagenævnet udtalte ex officio, at ministeriet havde handlet i strid med Tilbudsloven og gennemsigtighedsprincippet ved at have udformet licitationsbetingelserne vedrørende ministeriets licitationer på en måde, der indicerede, at det også var ministeriet, der iværksatte licitationen vedrørende udstillingsinventar. Klagenævnet udtalte desuden ex officio, at ministeriet havde overtrådt Tilbudslovens § 8, stk. 1 (om tildelingskriterier), ved i licitationsbetingelserne for ministeriets licitationer at have forbeholdt sig frit at vælge mellem de indkomne tilbud.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 4. juli 2005.

Indbragt for domstolene.

### **23. marts 2004. Tolkeservice v/ Aso Hamid mod Viborg Amt**

*Udbyders beslutning om ikke at prækvalificere en ansøger som følge af dårlige erfaringer med denne var saglig og stred ikke mod EU-rettens grundlæggende principper, men udbyder havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke efter anmodning at have oplyst begrundelsen. Ikke annullation*

Et amt foretog et begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet af tolkebistand ved behandling af patienter med udenlandsk oprindelse. Det var angivet i udbudsbekendtgørelsen, at der ville blive prækvalificeret mindst 5 og højst 8 ansøgere. Det fremgik desuden, at ansøgere for at komme i betragtning skulle opfylde nogle nærmere angivne minimumskrav.

12 ansøgere, der opfyldte minimumskravene, anmodede om prækvalifikation, og udbyderen prækvalificerede 8 af de pågældende ansøgere.

En af de ansøgere, der opfyldte minimumskravene, men som ikke var blevet prækvalificeret, klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen ikke havde prækvalificeret klageren, selv om klageren opfyldte minimumskravene: Ikke taget til følge med henvisning til, at den enkelte tilbudsgiver ikke havde retskrav på at blive prækvalificeret.

2) Klage over, at udbyderen fra begyndelsen havde givet klageren en urigtig begrundelse for ikke at prækvalificere klageren: Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

3) Klage over, at udbyderen efter anmodning ikke havde givet klageren den egentlige begrundelse for ikke at prækvalificere klageren: Taget til følge. Henvist til, at udbyderens egentlige begrundelse for ikke at prækvalificere klageren var dårlige erfaringer med klageren. Det var en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1 (om pligt til efter skriftlig anmodning at give begrundelse for visse beslutninger), at udbyderen ikke havde oplyst dette, efter at klagerens advokat i et brev havde anmodet udbyderen om begrundelse for beslutningen om ikke at prækvalificere klageren.

4) Klage over, at udbyderens begrundelse for ikke at prækvalificere klageren, jf. punkt 3, var usaglig: Ikke taget til følge. Henvist til, at udbyderne må antages at være frit stillede med hensyn til, hvad de vil lægge vægt på ved en beslutning om udvælgelse af ansøgere til prækvalifikation, under forudsætning af, at beslutningen er saglig og ikke strider mod EU-rettens grundlæggende principper. Desuden udtalt, at en beslutning om ikke at prækvalificere en ansøger med den begrundelse, at man har dårlige erfaringer med ansøgeren, efter sit indhold er saglig og ikke strider mod EU-rettens grundlæggende principper, og at en sådan beslutning kun kan karakteriseres som usaglig, hvis udbyderen ikke kan sandsynliggøre begrundelsens rigtighed. Videre udtalt, at udbyderen i den foreliggende sag havde sandsynliggjort begrundelsens rigtighed.

En påstand fra klageren om annullation af udbyderens beslutning om gennemførelse af udbudet blev ikke taget til følge.

#### **24. marts 2004. M.J. Eriksson A/S mod Fuglebjerg Kommune**

*Erstatningskrav ikke taget til følge, da klagerens tilbud skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, og da der derfor ikke var årsagssammenhæng mellem klagerens påståede tab og udbyderens fejl under licitationen*

Kendelsen er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 27. maj 2003 i samme sag.

Sagen angik en licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende nogle entrepriser i forbindelse med en udvidelse af et rensningsanlæg m.m., og klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten. Ved kendelsen af 27. maj 2003 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven på nærmere angiven måde.

Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav.

Klagenævnet frifandt udbyderen for klagerens erstatningskrav med henvisning til, at klagerens tilbud af nærmere angivne grunde skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt. Der var derfor ikke årsagssammenhæng mellem klagerens påståede tab og udbyderens fejl under licitationen.

#### **14. april 2004. Nibe Entreprenør og Transport ApS mod Støvring Kommune**

*Erstatning til tilbudsgiver, der ville have fået tildelt kontrakten, hvis udbyderen ikke havde begået fejl, fastsat til 375.000 kr. til dækning af positiv opfyldelsesinteresse*

Kendelsen er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 19. december 2003 i samme sag.

Sagen angik en kommunes udbud af nogle entrepriser i henhold til Tilbudsloven. Tildelingskriteriet var laveste pris. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt nogen af entrepriserne. Klageren er en mindre entreprenørvirksomhed, der arbejder inden for et begrænset geografisk område.

Ved kendelsen af 19. december 2003 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven på forskellige punkter. Ved den her resumerede kendelse tog Klagenævnet stilling til erstatningsspørgsmålet.

Klagenævnet lagde til grund, at klageren havde afgivet tilbudet med den laveste tilbudspris vedrørende to af de udbudte entrepriser, og at klageren ville have fået tildelt kontrakten vedrørende disse entrepriser, hvis

udbyderen ikke havde overtrådt Tilbudsloven. Udbyderen var erstatningsansvarlig over for klageren, og erstatningen skulle fastsætte som positiv opfyldelsesinteresse. Erstatningen fastsattes til 375.000 kr.

Ved erstatningens fastsættelse henviste Klagenævnet til, at det var sandsynliggjort, at klageren ikke havde haft mulighed for at få andre arbejdsopgaver i klagerens geografiske område, samt til sagens oplysninger om klagerens virksomhed og branchens indtjeningsforhold.

Udbyderen havde ikke bestridt erstatningspligten og havde heller ikke bestridt, at klageren ville have fået tildelt de to entrepriser, hvis der ikke var begået fejl ved licitationen.

### **29. april 2004. KAS Transport ved Kim Schrøder mod Århus Kommune**

*Udbyder ikke erstatningsansvarlig trods urigtig oplysning til en tilbudsgiver, da oplysningen var givet under en uformel mundtlig kontakt, og da tilbudsgivere må indhente nødvendige oplysninger på en professionel måde*

Den her resumerede kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 7. august 2003 i samme sag.

Sagen angik et udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet af indsamling af klinisk risikoaffald fra hospitaler og klinikker m.m. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt ordren.

Indtil opgavens overgang til den tilbudsgiver, der fik tildelt ordren i henhold til udbudet, havde klageren udført indsamlingen af det pågældende affald som ansat hos den virksomhed, der havde opgaven da. I forbindelse hermed var der en løbende uformel mundtlig kontakt mellem klageren og ansatte hos udbyderen.

Ved kendelsen af 7. august 2003 fastslog Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt principperne om gennemsigtighed og ligebehandling ved under den omtalte uformelle mundtlige kontakt at have givet klageren en fejlagtig oplysning om, at Virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse ved en eventuel overgang af opgaven til en anden virksomhed end den hidtidige.

Den her resumerede kendelse angik et erstatningskrav fra klageren, der påstod udbyderen pålagt at betale knap 1,7 mio. kr. til dækning af positiv opfyldelsesinteresse. Ifølge klageren ville klageren have afgivet tilbudet med den laveste tilbudspris, hvis den omtalte fejlagtige oplysning ikke var blevet givet, således at klageren i så fald ville have fået tildelt ordren.

Klagenævnet henviste til, at en erhvervsvirksomhed, som påtænker at afgive tilbud i henhold til et EU-udbud, må tilvejebringe de nødvendige oplysninger på en professionel måde og ikke kan nøjes med at tilvejebringe oplysningerne ved uformelle mundtlige henvendelser til ansatte hos udbyderen. Udbyderen havde således ikke ved den begåede fejl pådraget sig et erstatningsansvar og blev derfor frifundet.

### **6. maj 2004. Sereno Nordic A/S mod Vejle Amt**

*Klage ikke taget til følge*

Et amt udbød som begrænset udbud i henhold til Indkøbsdirektivet indkøb af forskellige enheder af lægemidlet follikelstimulerende hormon, dvs. et præparat, der stimulerer kvinders ægproduktion. Der indkom til-

bud fra to prækvalificerede tilbudsgivere, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af disse.

Den anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet over forskellige forhold, og Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Principalt klage over, at udbyderen havde taget tilbudet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, uanset at tilbudspriserne i dette tilbud var priser ved salg til grossist, selvom udbudsbetingelserne måtte forstås således, at der skulle angives priser ved salg fra grossist, subsidiært klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke udtrykkeligt at anføre, at tilbudspriserne kunne være priser ved salg til grossist: Ikke taget til følge, da der ikke var oplyst grundlag for at forstå udbudsbetingelserne som hævdet af klageren.

2) Klage over, at udbyderen ikke havde taget hensyn til et tilbud fra klageren om støtte til udbyderens særlige fertilitetsklinik: Ikke taget til følge, da udbudsbetingelserne ikke omfattede mulighed for at give et sådant tilsagn, hvorfor det ville have været en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, hvis udbyderen ved sin evaluering af tilbudene havde lagt vægt på tilsagnet.

Klagenævnet tilføjede, at det omtalte tilsagn efter det foreliggende var fremkommet efter drøftelse mellem klageren og overlægen på fertilitetsklinikken, og at det derfor kunne have været en særlig overtrædelse af forhandlingsforbudet m.m., hvis klageren havde lagt vægt på tilsagnet.

### **13. maj 2004. Bravida Danmark A/S mod Rødovre almennyttige Boligselskab**

*Når tildelingskriteriet er laveste pris, kan udbyder ikke »prissætte« særlige fordele ved et tilbud og trække denne »prissætning« fra tilbudsprisen. Prissætning af forbehold skal ske sådan, at tilbudsgivere ikke tiltager sig fordele ved at tage forbehold*

Et alment boligselskab iværksatte en begrænset licitation i henhold Tilbudsloven vedrørende installation af fjernvarme i et antal rækkehuse m.m. Tildelingskriteriet var laveste pris. Der blev afgivet tilbud fra syv prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne.

En anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen ved vurderingen af, hvilket tilbud, der havde den laveste pris, havde trukket et beløb fra den valgte tilbudsgivers tilbudspris som følge af, at tilbudet gik ud på en hurtigere udførelse af arbejdet end foreskrevet i licitationsbetingelserne, hvilket udbyderen anså for en økonomisk fordel:

Taget til følge. Herved bl.a. udtalt, at det var en overtrædelse af Tilbudslovens § 8, stk. 1. nr. 1 (om tildelingskriteriet laveste pris), at udbyderen ikke havde vurderet den valgte tilbudsgivers tilbud udelukkende på grundlag af dets tilbudspris eventuelt med tillæg af et beløb til prissætning af forbehold vedrørende ikke grundlæggende elementer. Desuden bl.a. udtalt, at den omhandlede angivelse i den valgte tilbudsgivers tilbud var et forbehold om et ikke grundlæggende element, og at det havde påhvilet udbyderen at vurdere, om angivelsen skulle prissættes.

Endvidere udtalt, at hvis tildelingskriteriet i stedet havde været det økonomisk mest fordelagtige bud med tidlig færdiggørelse af projektet som et af underkriterierne, havde udbyderen været berettiget og forpligtet

til at tage angivelsen om tidlig færdiggørelse i den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning.

2) Klage over udbyderens prissætning af en angivelse i klagerens tilbud om udførelsen af fjernvarmerør i terræn: Taget til følge med henvisning til, at der af nærmere angivne grunde ikke var tale om et forbehold i forhold til licitationsbetingelserne.

3) Klage over udbyderens prissætning af en angivelse i klagerens tilbud vedrørende indførelsen af fjernvarmerør i de enkelte rækkehuse: Ikke taget til følge, da angivelsen af nærmere angivne grunde måtte anses som et forbehold, og da Klagenævnet kunne tiltræde prissætningsbeløbet. Herved udtalt, at det havde påhvilet udbyderen at foretage prissætningen sådan, at klageren ikke ved forbeholdet tiltog sig en fordel på de andre tilbudsgiveres bekostning.

**7. juni 2004. A/S Analycen mod Vestsjællands Amt mfl.**

*Tilbud afvist med rette, da tilbudet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav på en række punkter*

Nogle amter udbød i fællesskab som offentligt udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet udtagning og analyse af forskellige vandprøver. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle underkriterier. Der indkom tilbud fra et antal tilbudsgivere.

Udbyderne afviste tilbudet fra en af tilbudsgiverne og besluttede samtidig at indgå kontrakt med en anden af tilbudsgiverne.

Den tilbudsgiver, hvis tilbud var blevet afvist, klagede til Klagenævnet, der afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderne havde afvist klagerens tilbud med den begrundelse, at der ikke var vedlagt en plan for opnåelsen af akkreditering for parametre, og at der ikke var oplyst navnene på de laboratorier, der skulle være klagerens underleverandør: Ikke taget til følge med henvisning til, at klageren ikke havde opfyldt udbudsbetingelsernes krav på de pågældende punkter, hvorfor udbyderne havde været forpligtet til at afvise klagerens tilbud.

2) Klage over, at udbyderne havde afvist klagerens tilbud med den begrundelse, at tilbudet ikke indeholdt angivelse af en rabat: Ikke taget til følge med henvisning til, at klagerens tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelserne på det pågældende punkt, i hvert fald ikke klart. Udbyderne havde derfor været forpligtet til at afvise klagerens tilbud.

3) Klage over, at udbyderne havde afvist klagerens tilbud med den begrundelse, at klageren ikke havde udfyldt nogle skemaer vedrørende priser for nogle nærmere angivne ydelser: Ikke taget til følge med henvisning til, at klagerens tilbud ikke angav priser for de pågældende ydelser, selvom der efter udbudsbetingelserne skulle angives priser for dem. Udbyderne havde herefter været berettigede til at afvise klagerens tilbud. Klagenævnet havde ikke anledning til at tage stilling til, om de manglende priser kunne anses for forbehold, der muligt kunne prissættes.

**9. juni 2004. Per Aarsleff A/S mod Fyns Amt og Odense Kommune**

*En mulig dansk praksis om, at der tages standardforbehold, som derefter frafalder ved kontraktsindgåelsen, er uden betydning ved fortolkningen af EU's udbudsregler. Udbyder havde ikke prissat to forbehold og havde ikke angivet tildelingskriteriet tilstrækkeligt klart*

Sagen angik et offentligt udbud henhold til Bygge- og anlægsdirektivet vedrørende forskellige anlægsarbejder ved et vejanlæg. Udbudet blev foretaget af to offentlige ordregivere i fællesskab.

Tildelingskriteriet var laveste pris. I udbudsbetingelserne var dog yderligere anført, at alternative tilbud kunne accepteres, såfremt sådanne tilbud var de økonomisk mest fordelagtige i henhold til nogle nærmere angivne underkriterier.

Der indkom tilbud fra et antal virksomheder, hvorefter udbyderne besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderne ikke havde prissat et forbehold vedrørende forsikring i tilbudene fra den valgte tilbudsgiver og en anden tilbudsgiver (forbeholdet var taget ved, at de pågældende tilbudsgivere i deres tilbud havde henvist til Danske Entreprenørers Standardforbehold): Taget til følge.

2) Klage over udbyderne ikke havde afvist tilbudene fra den valgte tilbudsgiver og en anden tilbudsgiver, selvom disse tilbud indeholdt et forbehold vedrørende vinterforanstaltninger (også dette forbehold var taget ved henvisning til Danske Entreprenørers Standardforbehold): Ikke taget til følge, da der ikke var tale om et grundlæggende element.

3) Subsidiær klage over, at udbyderne ikke havde prissat det forbehold, der omhandles under punkt 2: Taget til følge.

4) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderne havde overtrådt Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, (om tildelingskriterier) ved ikke klart at have angivet, hvad der var tildelingskriteriet. Herved bl.a. henvist til, at udbudsbetingelsernes formulering kunne skabe en berettiget tvivl hos tilbudsgiverne med hensyn til, om en tilbudsgiver ved at afgive et alternativt tilbud kunne ændre tildelingskriteriet fra laveste pris til det økonomisk mest fordelagtige bud. Det var uden betydning, at der ikke var afgivet alternative tilbud.

Vedrørende punkt 1 – 3 havde udbyderne bl.a. gjort gældende, at det er fast dansk praksis, at entreprenører i tilbud henviser til Danske Entreprenørers Standardforbehold, men at deraf følgende forbehold som de omhandlede frafalder ved kontraktsindgåelsen, således at der derfor reelt ikke var tale om forbehold på de pågældende punkter.

Klagenævnet kunne ikke tiltræde dette synspunkt og henviste herved bl.a. til, at selvom en helt fast praksis i en branche kan have betydning som retskilde eller fortolkningsdatum, kan der ikke tillægges en sådan national praksis vægt ved fortolkningen af EU's udbudsregler.

Indbragt for domstolene.

**21. juni 2004. Banverket mod Nordjyske Jernbaner A/S**

*Udbud efter forhandling i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Mindstekrav for alternative tilbud var ikke angivet tilstrækkeligt præcist. Et underkriterium var for uklart og var derfor uegnet. Frist for revideret tilbud var ikke for kort, og udbyder havde ikke pligt til at indkalde til forhandling om et revideret tilbud*

Et jernbaneselskab udbød som udbud efter forhandling i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet renovering af sporet på en jernbanestrækning. Udbudet var et funktionsudbud, dvs. at detailprojekteringen m.m. var overladt til tilbudsgiverne. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

I udbudsbetingelserne var under overskriften »Alternative tilbud« angivet, at der gerne modtoges forslag til alternative løsninger, dog således at hovedidéen i planløsningen skulle bibeholdes, og således at forslaget skulle følge udbudsbetingelsernes generelle retningslinjer.

Efter at have forhandlet med tilbudsgiverne indgik udbyderen kontrakt med en af disse. Senere klagede en af de andre tilbudsgivere til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at mindstekravene for alternative tilbud ikke var angivet tilstrækkeligt præcist i udbudsbetingelserne: Taget til følge med henvisning til den ovenfor citerede bestemmelse i udbudsbetingelserne om alternative tilbud og til, at udbudsbetingelserne indeholdt detaljerede krav med hensyn til funktion, anlæg og kvalitet, uden at det var tydeliggjort, hvad der var krav til hovedtilbud, og hvad der var mindstekrav til alternative tilbud. Herefter udtalt, at udbyderen havde overtrådt Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 3 (om ordregivernes pligt til at angive mindstekrav for alternative tilbud) samt gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved ikke at have fastsat præcise mindstekrav for alternative tilbud i udbudsbetingelserne.

Dissens for ikke at tage dette klagepunkt til følge bl.a. med henvisning til, at tilbudsgiverne måtte antages at have en særlig sagkundskab i forhold til udbyderen.

2) Klage over, at udbyderen ikke under forhandlingerne havde fastsat præcise mindstekrav i forbindelse med, at udbyderen gav tilbudsgiverne lejlighed til at afgive et revideret, alternativt tilbud: Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

3) Klage over, at udbyderen under forhandlingerne havde fastsat en frist på tre dage for afgivelsen af nogle reviderede tilbud:

Klagepunktet sigtede til, at klageren ikke havde mulighed for at foretage undersøgelser af forskellige forhold inden for fristen. Dette var efter klagerens opfattelse en forskelsbehandling i forhold til den valgte tilbudsgiver, som ifølge klageren i forvejen kendte til de pågældende forhold.

Ikke taget til følge med henvisning til, at klageren havde haft samme adgang til at foretage undersøgelser som den valgte tilbudsgiver.

4) Klage over, at udbyderen ikke havde givet tilbudsgivere, der som led i forhandlingerne havde afgivet et revideret, alternativt tilbud, lejlighed til mindst én forhandling om dette tilbud, selvom det angik et projekt, der var stærkt ændret i forhold til udbudsbetingelserne:

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen efter udbudsbetingelserne ikke havde pligt til at indkalde tilbudsgiverne til mere end ét forhandlingsmøde, heller ikke selvom forhandlingerne førte til betydelige ændringer i forhold til udbudsbetingelserne.

5) Klage over, at udbyderen som underkriterium til tildelingskriteriet havde angivet »yderligere tiltag, som de bydende foreslår og som opfylder/underbygger funktionskravene«.

Taget til følge med henvisning til, at dette underkriterium var så uklart, at det ikke var egnet til at indgå i vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

6) Klage over, at udbyderen ikke havde anvendt det under punkt 5 nævnte underkriterium ved vurderingen af tilbudene: Klagenævnet fandt ikke anledning til at tage stilling til dette klagepunkt.

Klagenævnet tog stilling til erstatningsspørgsmålet i sagen ved kendelse af 2. december 2004.

### **9. juli 2004, H.O. Service A/S mod Boligforeningen 32**

*Begrænset licitation efter Tilbudsloven. Ikke pligt til at angive tildelingskriteriet i licitationsbetingelserne. De fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud var uanvendelige, hvorfor tildelingskriteriet laveste bud skulle have været anvendt. Forhandling med andre tilbudsgivere end lavestbydende var derfor overtrædelse af lovens § 10. Forbehold om frit at vælge mellem tilbudene og forkaste alle tilbud var i strid med § 8 og § 12. Desuden overtrædelse af § 12 ved for sen underretning om ordretildelingen*

En boligforening iværksatte begrænsede ved licitationer efter Tilbudsloven udførelse af forskellige entrepriser vedrørende etablering af et kabelformsystem m.m. i nogle boligblokke. Sagen angik en af entrepriserne, benævnt CTS-entreprisen, dvs. en entreprise, der gik ud på etablering af et centralt styringssystem for forskellige funktioner. I en udbudsannonce, i hvilken udbyderen indkaldte mulige tilbudsgivere, var anført, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. I licitationsbetingelserne, der blev sendt til de prækvalificerede, var anført, at der ved valg af tilbudsgiver ville blive lagt vægt på en vurdering af pris, kvalitet og bygherrens skøn over tilbudsgiverens evne til at gennemføre projektet. Desuden var anført, at udbyderen forbeholdt sig ret til at vælge frit mellem de indkomne tilbud og til eventuelt at forkaste alle tilbud.

Der indkom tilbud fra et antal prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet, der afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen ikke i licitationsbetingelserne havde angivet det fastsatte tildelingskriterium, dvs. det økonomisk mest fordelagtige bud: Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde angivet tildelingskriteriet i udbudsannoncen i overensstemmelse med § 7, stk. 2, jf. stk. 1 i Bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, der var gældende på det pågældende tidspunkt. (Den nugældende bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 indeholder tilsvarende bestemmelser.)

2) Klage over, at udbyderen ikke havde fastsat anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud og ikke havde prioriteret de fastsatte underkriterier: Taget til følge. Udtalt, at underkriteriet om bygherrens skøn over tilbudsgiverens evne til at gennemføre projektet var et udvælgelseskriterium. Desuden henvist til, at der ikke var fastsat parametre, der gjorde det muligt at bedømme tilbudene på baggrund af det tilbudtes kvalitet, ligesom tilbudene reelt alene blev vur-

deret på grundlag af tilbudspriserne. Videre henvist til, at de fastsatte underkriterier ikke var prioriterede.

3) Klage over, at udbyderen havde forhandlet med andre tilbudsgivere end klageren, hvis tilbudspris var den laveste: Taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde fastsat anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, jf. ovenfor under 2). Som følge heraf havde udbyderen været berettiget til at annullere licitationen, men da udbyderen ikke havde gjort dette, havde udbyderen haft pligt til at anvende tildelingskriteriet laveste bud. Ved at forhandle med andre tilbudsgivere end den lavestbydende havde udbyderen herefter overtrådt Tilbudslovens § 10 (hvorefter der ved tildelingskriteriet laveste bud ikke må forhandles med tilbudsgivere, hvis tilbud har højere tilbudspris end et andet tilbud).

4) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 8 og § 12 ved i licitationsbetingelserne at angive, at udbyderen forbeholdt sig ret til at vælge frit mellem tilbudene og til eventuelt at forkaste alle tilbud.

5) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 12, stk. 1 (om pligt til hurtigst muligt at underrette tilbudsgiverne om ordretildelingen) ved først at have givet klageren underretning om ordretildelingen mere end 7 uger efter indgåelsen af kontrakt med den valgte tilbudsgiver og efter, at klageren flere gange havde rykket for oplysning om starttidspunkt for entreprisens udførelse (idet klageren troede, at man som lavestbydende ville få tildelt ordren). Nogle oplyste forhold af ren intern karakter hos udbyderen, dvs. sygdom m.m., kunne ikke føre til andet resultat.

Klagenævnet traf afgørelse om erstatningsspørgsmålet i sagen ved kendelse af 1. november 2004.

## **20. august 2004. Miri Stål A/S mod Esbjerg Kommune**

*Erstatning til forbigået tilbudsgiver, hvis tilbud var det eneste konditionsmæssige, fastsat til positiv opfyldelsesinteresse. En tilbudsgiver er berettiget til at lægge udbudsbetingelserne til grund for sit tilbud*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 20. februar 2004 i samme sag.

Sagen angik en kommunes udbud efter Indkøbsdirektivet af indkøb af renovationsstativer. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Ved kendelsen af 20. februar 2004 fastslog Klagenævnet, at udbudsbetingelserne måtte forstås sådan, at visse dele af renovationsstativerne skulle være udført af rustfrit metal, og Klagenævnet konstaterede, at kommunen havde overtrådt direktivet ved at tage tilbudet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom dennes affaldsstativer ikke var udført i overensstemmelse hermed.

Klagen var indgivet af en af de andre tilbudsgivere. Dennes tilbud var det eneste tilbud, der var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, således som de måtte forstås på det omtalte punkt, og ved den her resume-rede kendelse pålagde Klagenævnet kommunen at betale erstatning til klageren svarende til den fortjeneste, som klageren ville have fået ved at få tildelt ordren, dvs. positiv opfyldelsesinteresse.

Kommunen gjorde gældende, at hvis den under udbudet var blevet opmærksom på, at udbudsbetingelserne skulle forstås som anført, ville den have annulleret udbudet og iværksat et nyt udbud med ændrede ud-

budsbetingelser. Kommunen gjorde videre gældende, at klageren under et sådant nyt udbud af nærmere angivne grunde ikke ville have fået ordren, og at klageren derfor ikke havde lidt noget tab.

Kommunen fik ikke medhold i dette synspunkt, idet Klagenævnet fandt det afgørende, at kommunen faktisk ikke havde annulleret udbudet og iværksat et nyt udbud, men i stedet havde tildelt ordren i strid med Indkøbsdirektivet.

Kommunen gjorde desuden bl.a. gældende, at klageren havde udvist egen skyld ved ikke under udbudet at stille spørgsmål om, hvorledes udbudsbetingelserne skulle forstås på det punkt, der var tale om.

Kommunen fik heller ikke medhold i dette synspunkt, idet Klagenævnet henviste til, at en tilbudsgiver er berettiget til at lægge udbudsbetingelserne til grund for sit tilbud.

Klageren påstod sig tilkendt en erstatning på ca. 1,7 mio. kr. og gjorde gældende, at klageren ville have opnået en bruttoavance på dette beløb ved at have fået tildelt ordren. Klageren henviste herved til, at der var tale om en særopgave ved siden af klagerens normale produktion, hvorfor nettofortjenesten ville have svaret til klagerens bruttoavance.

Klagenævnet fandt, at et erstatningsbeløb som angivet i påstanden ikke opfyldte den almindelige erstatningsretlige betingelse om påregnelighed og adækvans. Klagenævnet fastsatte erstatningen til 150.000 kr., svarende til den nettoavance, som klageren ville have opnået, hvis klageren havde fået ordren.

Ændret ved Vestre Landsrets dom af 31. marts 2006 i sagerne B-0911-04 og B 3392-04.

## **26. august 2004, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S**

*Vinterforanstaltninger skulle være indeholdt i tilbudene, og tilbudspriserne skulle være faste. Klausul i standardforbehold om vinterforanstaltninger angik et grundlæggende element og gjorde tilbudet ukonditionsmæssigt, hvorimod klausul om prisregulering ikke angik et grundlæggende element. Ukorrekt prissætning. Tilkendegivelse om, at tilbud med væsentlige forbehold ville blive afvist, var ikke tilstrækkelig præcis til at give udbyder pligt til at afvise et tilbud med et forbehold om et ikke grundlæggende element. Kontraktsforhandlinger efter tildelingsbeslutningen var ikke i strid med udbudsreglerne. Annullation. Ikke opsættende virkning*

En offentlig ordregiver udbød som begrænset udbud efter Bygge- og anlægsdirektivet en hovedentreprise vedrørende etablering af en strandpark. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle nærmere angivne underkriterier.

Der indkom tilbud fra et antal prækvalificerede tilbudsgivere, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne.

En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over forskellige forhold. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom dette tilbud henviste til nogle standardforbehold, i henhold til hvilke forskellige foranstaltninger som følge af vejrlig skal betales som ekstraudgift eller giver ret til tidsfristforlængelse m.m., og selvom det i udbudsbetingelserne var angivet, at udgift til vejrligsforanstaltninger skulle være indeholdt i tilbudene:

Taget til følge. Klagenævnet henviste til, at udbudsbetingelserne indeholdt et klart, bevidst og gennemtænkt krav om, at alle vejrligsforanstaltninger skulle være indeholdt i tilbudene, og at dette krav måtte anses for et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Klagenævnet henviste videre til, at de standardforbehold, der var vedlagt den valgte tilbudsgivers tilbud, indeholdt et entydigt forbehold om, at vejrligsforanstaltninger skulle betales som ekstraudgift eller gav ret til tidsfristforlængelse m.m. Udbyderen havde herefter været forpligtet til at se bort fra den valgte tilbudsgivers tilbud.

2) Subsidiær klage over, at udbyderen ikke havde prissat det under punkt 1) nævnte forbehold i den valgte tilbudsgivers tilbud korrekt:

Dette klagepunkt sigtede til, at udbyderen havde prissat forbeholdet i den valgte tilbudsgivers tilbud til ca. 1,7 mio. kr., medens klageren i sit tilbud havde indkalkuleret vinterforanstaltninger med ca. 12,4 mio. kr.

Klagepunktet bortfaldt som følge af, at klageren fik medhold i det klagepunkt, der omtales under punkt 1). Klagenævnet fandt imidlertid anledning til at bemærke, at udbyderens prissætning efter Klagenævnets vurdering ikke gav den nødvendige sikkerhed for, at den valgte tilbudsgivers tilbud var sammenligneligt med klagerens tilbud. Udbyderens prissætning gav således ikke sikkerhed for, at den valgte tilbudsgiver ikke havde opnået en økonomisk fordel ved at tage forbeholdet.

3) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, idet de omtalte standardbetingelser indeholdt en klausul om prisregulering, selvom udbudsbetingelserne foreskrev, at tilbudspriserne skulle være faste: Ikke taget til følge, da der ikke var tale om et grundlæggende element i udbudsbetingelserne.

4) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning uanset det under punkt 3) nævnte forbehold, selvom det i udbudsbetingelserne var angivet, at tilbud indeholdende væsentlige forbehold ikke ville blive taget i betragtning:

Ikke taget til følge, da udbudsbetingelsernes beskrivelse af de tilbud, der ikke ville blive taget i betragtning, ikke var så præcis, at udbyderen havde pligt til at afvise den valgte tilbudsgivers tilbud som følge af det omtalte forbehold, der ikke angik et grundlæggende element. (I udbudsbetingelserne var yderligere bl.a. angivet, at udbyderen selv afgjorde, hvilke forbehold, der var væsentlige.)

5) Klage over, at udbyderen ikke havde prissat det under punkt 3) nævnte forbehold korrekt: Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

6) Klage over, at udbyderen havde forhandlet med den valgte tilbudsgiver om dennes frafalden af de omtalte standardforbehold: Ikke taget til følge, da de pågældende forhandlinger var sket efter, at udbyderen havde truffet beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver og havde meddelt den valgte tilbudsgiver dette. Forhandlingerne var således forhandlinger om de endelige kontraktvilkår og var derfor ikke i strid med udbudsreglerne.

7) Klage over, at de nedennævnte underkriterier til tildelingskriteriet var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud:

Ikke taget til følge med hensyn til underkriterierne »Hovedtidsplan særligt med hensyn til forholdene for badegæster« og »Byggeriets gennemførelse«, da disse underkriterier var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Taget til følge med hensyn til underkriterierne »Organisationsplan for opgaven« og »Kvalitetsstyring af opgaven«, da disse underkriterier var udvælgelseskriterier. Herved henvist til, at tilbudsgiverne forud for prækvalifikationen skulle give detaljerede oplysninger om kapacitet og kvalitetsstyringssystem.

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

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 8. marts 2005.

Ændret ved Østre Landsrets dom af 8. februar 2008 i sager 9. afd. B-1329-05 og B-1330-05.

### **30. august 2004, Benny Hansens Tømrer- og Snedkerforretning ApS mod Vangsgade 6 ApS**

*Byggefirma, der som bygherre opførte boliger for et alment boligselskab, var omfattet af Tilbudsloven. Forbehold om, at bygherren skulle stille sikkerhed, angik et grundlæggende element*

Et alment boligselskab, der er omfattet af Tilbudsloven, indgik en aftale med et privat byggefirma, der ikke er omfattet af loven, om at byggefirmaet skulle levere en grund med opførte boliger (turn-key) til boligselskabet. Byggefirmaet købte en grund og iværksatte licitation vedrørende nogle entrepriser ved opførelsen af boligerne, og byggefirmaet solgte derefter ejendommen til boligselskabet. Byggeriet udførtes med byggefirmaet som bygherre, og der blev indgået en entreprisekontrakt mellem boligselskabet og byggefirmaet, om at byggefirmaet som totalleverandør skulle opføre et antal boliger på ejendommen.

Sagen angik tømrerentreprisen ved opførelsen af boligerne. En tilbudsgiver klagede til Klagenævnet over, at byggefirmaet havde afvist klagerens tilbud med begrundelse, at tilbudet indeholdt et forbehold, der indebar, at bygherren skulle stille sikkerhed.

Byggefirmaet påstod sagen afvist med henvisning til, at byggefirmaet ikke er omfattet af Tilbudsloven.

Klagenævnet henviste til, at byggefirmaets køb af ejendommen, opførelse af boligerne og salg af ejendommen til boligselskabet havde til hensigt at skaffe boligselskabet den pågældende ejendom, uden at boligselskabet selv behøvede at stå som bygherre. Den således valgte fremgangsmåde med hensyn til boligselskabets anskaffelse af den nye boligejendom indebar, at Tilbudsloven fandt anvendelse på opførelsen af boligerne på samme måde, som hvis boligselskabet selv havde stået som bygherre.

Klagenævnet konstaterede endvidere, at byggefirmaet havde overtrådt Tilbudsloven ved at gennemføre licitationen uden at tilsigte Tilbudsloven anvendt.

Klageren fik ikke medhold i klagen. Klagenævnet henviste til, at byggefirmaet i licitationsbetingelserne havde fastsat, at byggefirmaet ikke skulle stille sikkerhed som bygherre. Dette vilkår var efter sin beskaffenhed et grundlæggende element, hvorfor byggefirmaet var forpligtet til at afvise klagerens tilbud.

**2. september 2004, BN Produkter Danmark A/S mod Odense Renovationsselskab A/S**

*Gennemsigthedsprincippet overtrådt ved krav i udbudsbetingelserne om, at affaldscontainere skulle opfylde en angiven standard, da standarden ikke omfatter containere som de pågældende. Ligebehandlingsprincippet overtrådt ved, at udbyderen ikke havde afvist nogle tilbud, der ikke var vedlagt en krævet dokumentation*

Et renovationsselskab udbød som begrænset udbud efter Indkøbsdirektivet indkøb af a) affaldsbeholdere af plast og b) minicontainere af glasfiber. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud.

I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbudene både med hensyn til a) affaldsbeholderne og b) minicontainerne af glasfiber skulle være vedlagt en nærmere angiven dokumentation for opfyldelse af standarden DS/EN.

Udbyderen prækvalificerede et antal tilbudsgivere. Nogle af de prækvalificerede gjorde udbyderen opmærksom på, at DS/EN-standardens ikke omfatter minicontainere af glasfiber, men kun minicontainere af plast. Udbyderen sendte derefter et brev til de prækvalificerede, hvor man fastholdt, at minicontainerne skulle være udført af glasfiber.

Der indkom et antal tilbud. Udbyderen bad derefter de to tilbudsgivere, hvis tilbud man anså for mest relevante, dvs. klageren og den senere valgte tilbudsgiver, om nærmere dokumentation med hensyn til de tilbudte minicontaineres egenskaber. De to tilbudsgivere fik herefter foretaget forskellige tests hos prøveinstitutter.

På et tidspunkt i forløbet besluttede udbyderen at indgå kontrakt med en af de to tilbudsgivere, hvorefter den anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet vedrørende udbudet af b) minicontainere af glasfiber. Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivet og gennemsigthedsprincippet ved at stille krav om, at tilbudene vedrørende b) minicontainere af glasfiber skulle være vedlagt dokumentation for, at de tilbudte minicontainere opfyldte DS/EN-standardens: Taget til følge med henvisning til, at kravet ikke kunne opfyldes med hensyn til minicontainere af glasfiber. Desuden anført, at udbyderen havde påført klageren og den valgte tilbudsgiver omkostninger og besvær ved at pålægge dem at indhente yderligere oplysninger med henblik på, at tilbudene i tillempt form kunne opfylde udbudsbetingelserne.

2) Klage over, at udbyderen ikke havde afvist tilbudet fra den valgte tilbudsgiver vedrørende b) minicontainere af glasfiber som følge af, at dette tilbud ikke var vedlagt dokumentation for minicontainerens opfyldelse af den omtalte standard: Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde ændret kravene over for alle tilbudsgivere med hensyn tagen til ligebehandlingsprincippet.

3) Klage over, at udbyderen efter tilbudenes modtagelse havde bedt klageren, men ikke den valgte tilbudsgiver, om dokumentation vedrørende de tilbudte minicontaineres egenskaber: Ikke taget til følge. Det fremgår af kendelsen, at udbyderen også bad den valgte tilbudsgiver om dokumentation som omtalt.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 7, stk. 1, ved ikke efter anmodning at have givet klageren oplysning om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele vedrørende b) minicontainere af glasfiber: Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

5) Taget op ex officio vedrørende udbudet af a) affaldsbeholdere af plast: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivet og ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbudene fra den valgte tilbudsgiver og klageren i betragtning, selvom disse tilbud ikke var vedlagt den krævede dokumentation for, at de tilbudte affaldsbeholdere opfyldte DS/EN-standard.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 1. marts 2005.

### **13. september 2004, Bdr. Thybo A/S mod Arbejdernes Andelsboligforening af 1938**

*Erstatning 650.000 kr. til tilbudsgiver, der ikke fik kontrakten*

Kendelsen er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 10. marts 2004 i samme sag.

Sagen angik en licitation efter Tilbudsloven vedrørende en entreprise om renovering af en bebyggelse. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten. Klagerens tilbud havde den laveste tilbudspris.

Ved kendelsen af 10. marts 2004 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven på nogle punkter, og ved den her resumerede kendelse tog Klagenævnet stilling til erstatningsspørgsmålet i sagen.

Klagenævnet udtalte, at udbyderen havde pådraget sig erstatningsansvar over for klageren ved ikke at have fastsat underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« og ved ikke i konsekvens heraf at have gennemført licitationen med tildelingskriteriet »laveste pris«.

Erstatningen blev fastsat til 650.000 kr. svarende til positiv opfyldelsesinteresse. Ved erstatningsudmålingen lagde Klagenævnet vægt på forskellige forhold, bl.a. klagerens generelle omkostninger og projektrisiko, og på, at klageren måtte antages at have haft mulighed for at påtage sig andre opgaver i et vist omfang.

Udbyderen var ikke erstatningsansvarlig over for klageren i anledning af to andre overtrædelser af Tilbudsloven, dvs. forhandlinger med tilbudsgiverne i strid med Tilbudslovens regler om forhandling samt undladdelse af at annullere licitationen. Med hensyn til forhandlingerne henviste Klagenævnet til, at klageren selv havde deltaget i dem med viden eller burde-viden om, at de var i strid med Tilbudsloven.

### **23. september 2004. Sammenslutningen af Glatførebekæmpende vognmænd i Nordjyllands Amt ApS mod Nordjyllands Amt**

*Forskellig angivelse af tildelingskriterium i udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen. Herefter pligt til at bruge tildelingskriteriet laveste pris. Uklarhed i udbudsbetingelserne. Udbyder har ikke pligt til at sikre, at tilbudsgiverne har nødvendige autorisationer og godkendelser. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12 overtrådt ved forbehold om annullation af udbudet og ved for sen underretning til tilbudsgivere*

Et amt udbød som offentligt udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet tjenesteydelsen snerydning og glatførebekæmpelse på vejene i amtet. Tjenesteydelsen blev udbudt som delentrepriser for 170 ruter, således at tilbudsgiverne kunne afgive tilbud på en eller flere delentrepriser. Tildelingskriteriet var i udbudsbekendtgørelsen angivet som det økonomisk

mest fordelagtige bud, uden at der var angivet underkriterier. I udbuds-betingelserne var tildelingskriteriet angivet som laveste pris.

I udbudsbetingelserne var bl.a. angivet, at tilbudsgiverne skulle dokumentere deres ret til at udøve erhvervet og deres økonomiske og tekniske formåen ved at fremlægge en nærmere angiven dokumentation.

Der indkom tilbud fra et stort antal tilbudsgivere, hvorefter udbyderen indgik kontrakter med nogle af disse. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet, der afgjorde sagen således:

1) Udtalt ex officio: Udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1 (om tildelingskriterier) ved at have angivet tildelingskriteriet forskelligt i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, jf. ovenfor. Videre udtalt, at udbyderen var forpligtet til at gennemføre udbudet ved anvendelse af tildelingskriteriet laveste pris. Herved henvist til, at udbyderen havde haft til hensigt at gennemføre udbudet efter dette tildelingskriterium og derfor ikke havde fastsat underkriterier.

2) Klage over, at udbyderen havde afvist klagerens tilbud:

Afvisningen var sket med henvisning til, at klageren ikke havde været lavestbydende med hensyn til alle de delentrepriser, som klagerens tilbud havde angået, og til, at det i klagerens tilbud var anført, at tilbudet kun var bindende, hvis klageren fik tildelt alle de entrepriser, som tilbudet angik. Klageren henviste heroverfor til, at der efter udbudsbetingelserne kunne afgives tilbud på en eller flere entrepriser efter tilbudsgiverens valg.

Ikke taget til følge, idet Klagenævnet lagde til grund, at udbyderen havde taget klagerens tilbud i betragtning.

3) Klage over, at udbyderen havde vurderet tilbudene ud fra den laveste pris på hver enkelt delentreprise, selvom der kunne afgives tilbud på flere delentrepriser efter tilbudsgivernes valg: Ikke taget til følge, idet udbyderen havde haft pligt til at vurdere tilbudene på denne måde som følge af, at udbyderen havde haft pligt til at gennemføre udbudet efter tildelingskriteriet laveste pris, jf. ovenfor.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet og gennemsigtighedsprincippet ved at angive i udbudsbetingelserne, at udbyderen forbeholdt sig at indgå aftale på grundlag af de mest hensigtsmæssige kombinationer af de udbudte entrepriser:

Taget til følge. Henvist til, at udbyderen havde haft pligt til at gennemføre udbudet efter tildelingskriteriet laveste pris, jf. ovenfor. Endvidere bl.a. henvist til, at det i udbudsbetingelserne yderligere var angivet, at tilbudsgivere, der gav tilbud på flere delentrepriser, end de ønskede overdraget, skulle oplyse dette. Det havde herefter ikke været muligt for tilbudsgiverne at konstatere, hvorledes tildelingsbeslutningen ville blive truffet, eller ved åbningen af tilbudene at konstatere, hvilken tilbudsgiver udbyderen ville indgå kontrakt med for hver enkelt delentreprise, selvom tildelingskriteriet var laveste pris.

5) Klage over, at udbyderen ikke havde tildelt klageren de delentrepriser, som klageren havde givet tilbud på, selvom klageren var lavestbydende for disse delentrepriser set under ét: Ikke taget til følge med henvisning til, at klageren ikke var lavestbydende for alle de pågældende delentrepriser, og at det i klagerens tilbud var anført, at tilbudet alene var bindende, hvis klageren tildeltes alle de entrepriser, som tilbudet angik.

6) Klage over, at udbyderen havde indgået kontrakt om nogle af delentrepriserne med en tilbudsgiver, der ikke havde gyldig kørselstilladelse: Ikke taget til følge med henvisning til, at der ikke i udbudsbetingelserne

var fastsat specielle krav om dokumentation for gyldig kørselstilladelse, og til, at en udbyder ikke har pligt til at sikre, at tilbudsgivere, hvis tilbud umiddelbart fremstår som konditionsmæssige, har de nødvendige autorisationer og godkendelser.

7) Klage over, at udbyderen havde indgået kontrakt med nogle tilbudsgivere, der ikke som krævet i udbudsbetingelserne rådede over mindst to veluddannede chauffører: Ikke taget til følge ud fra en konkret fortolkning af udbudsbetingelserne.

8) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at have forbeholdt sig ret til at annullere udbudet helt eller delvist og foretage nyt udbud helt eller delvist, samt ved ikke hurtigst muligt at have underrettet samtlige tilbudsgivere om udbyderens beslutninger om indgåelse af kontrakter.

En påstand om annullation af udbyderens beslutninger om at indgå kontrakt vedrørende de delentrepriser, som klagerens tilbud havde angået, blev ikke taget til følge, allerede fordi klagen var indgivet 7½ måned efter tilbudsfristens udløb.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 3. februar 2005.

## **29. september 2004. Dansk Byggeri mod Sundby-Hvorup Boligselskab**

*Et udvælgelseskriterium kunne ikke anvendes som underkriterium, og da der herefter ikke var fastsat andre anvendelige underkriterier end pris, skulle udbyderen gennemføre licitationen ved anvendelse af tildelingskriteriet laveste bud*

Et alment boligselskab udbød nogle fagentrepriser i offentlig licitation efter Tilbudsloven. Tildelingskriteriet var angivet som det økonomisk mest fordelagtige bud »som vil være en afvejning af pris og dokumenterede håndværksmæssige kvalifikationer«.

En tilbudsgiver klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 2 (om tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud) ved ikke at have fastsat anvendelige underkriterier: Taget til følge. Bl.a. henvist til, at det fremgik, at tilbudene reelt alene skulle vurderes på grundlag af tilbudssummen, og at underkriteriet »håndværksmæssige kvalifikationer« alene kunne anvendes ved udvælgelsen af egnede tilbudsgivere.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 10 (om at der kun må forhandles med lavestbydende, når tildelingskriteriet er laveste bud) ved efter tilbudenens modtagelse at have opfordret alle tilbudsgiverne til at fremkomme med forslag til besparelser: Taget til følge. Henvist til, at udbyderen ikke havde fastsat anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet laveste bud ud over underkriteriet pris. Udtalt, at når udbyderen ikke valgte at annullere licitationen, var udbyderen herefter forpligtet til at gennemføre den ved anvendelse af tildelingskriteriet laveste bud.

Udbyderen erkendte under sagen begge overtrædelser.

**30. september 2004. Colas Danmark A/S mod Videbæk Kommune**

*Tilbudene skulle vurderes ud fra den naturlige forståelse af licitationsbetingelserne, og udbyderens vurdering var til dels usaglig. Tilbudsgivere må ikke spilles ud mod hinanden. Tilbudslovens regler om forhandling omfatter ikke kontraktsforhandlinger, men der må ikke ske ændring af grundlæggende elementer. Om begrebet grundlæggende element. Et tilsagn om udførelse af merydelser var ikke et tilsagn om prisreduktion*

En kommune udbød som begrænset licitation i henhold til Tilbudslovens vedligeholdelse af en del af kommunens vejnet i en periode. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle underkriterier, dvs. pris og service m.m. I udbudsbetingelserne var bl.a. angivet, at tilbudenes opfyldelse af underkriterierne bortset fra pris ville ske ved bedømmelse efter en karakterskala fastlagt ud fra skalatrinnene 10, 9, 7, 4 og 0.

Der indkom et antal tilbud, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 6 ved at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, selvom dennes tilbud ikke opfyldte licitationsbetingelsernes krav om, at tilbudet skulle indeholde en beskrivelse af den service, som tilbudsgiverne ville yde: Ikke taget til følge, da den valgte tilbudsgivers tilbud indeholdt en sådan beskrivelse.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6 og § 8 (om henholdsvis ligebehandling og tildelingskriterier) ved under sin vurdering af tilbudene at have anvendt karakteren 8: Taget til følge. Herved udtalt, at den naturlige sproglige forståelse af licitationsbetingelserne var, at den angivne karakterskala, jf. ovenfor, var udtømmende. Videre udtalt, at det fulgte af Tilbudslovens ligebehandlingsprincip, at udbyderen skulle vurdere tilbudene ud fra den naturlige forståelse af licitationsbetingelserne.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6 og § 8 ved ikke at tildele klageren ordren, selvom klageren havde opnået den højeste karaktersum efter licitationsbetingelserne:

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Klagerens tilbud opnåede den højeste karaktersum ved en vurdering af tilbudene, der blev foretaget af udbyderens rådgiver. Udbyderen forhøjede imidlertid den senere valgte tilbudsgivers karakter for service til 9, hvorved denne tilbudsgiver fik samme karakter for service som klageren og desuden fik den højeste karaktersum.

Udtalt, at Klagenævnet ikke ønskede at tage stilling til klagepunktet, som det var formuleret, men konstateret, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6 ved at give den valgte tilbudsgivers tilbud samme karakter for service som klagerens tilbud, idet der ikke havde været tilstrækkelig saglig begrundelse herfor. Herved henvist til, at angivelserne i klagerens tilbud om service var væsentligt mere omfattende og detaljerede end de tilsvarende angivelser i den valgte tilbudsgivers tilbud og var af klart højere kvalitet. Det var uden betydning, om tildelingen af karakter til den valgte tilbudsgiver byggede på udbyderens kendskab til denne, da det følger af ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 6, at tilbud skal bedømmes ud fra deres eget indhold.

4) Klage over, at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, uagtet denne tilbudsgivers tilbud gik ud på kvartalsvis betaling, selvom udbudsbetingelserne foreskrev årlig betaling: Ikke taget til følge, da den valgte tilbudsgivers tilbud ikke gik ud på kvartalsvis betaling.

5) Subsidiær klage i forhold til punkt 4) over, at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, selvom denne tilbudsgivers tilbud ikke opnåede den højeste karaktersum efter licitationsbetingelserne: Udtalt, at Klagenævnet ikke ønskede at tage stilling til dette klagepunkt.

6) Klage over, at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, selvom dennes endelige tilbud var fremkommet ved forhandling uden for tilbudets egne rammer:

Dette klagepunkt angik nogle forhandlinger, som udbyderen efter tilbudenes modtagelse havde holdt med klageren og den valgte tilbudsgiver i overensstemmelse med reglerne i Tilbudslovens § 11. Klagepunktet sigtede til, at udbyderen under forhandlingerne med den valgte tilbudsgiver efter klagerens opfattelse havde gjort brug af et oplæg om prisreduktion under visse forudsætninger, som klageren var fremkommet med under forhandlingerne med klageren. Klageren gjorde gældende, at dette var en overtrædelse af Tilbudsbekendtgørelsens § 11, stk. 5, 1. pkt., hvorefter forhandlinger om de enkelte bud skal føres inden for budets egne rammer.

Udtalt, at Tilbudsbekendtgørelsens § 11, stk. 5, 1. pkt., må antages først og fremmest at sigte til, at udbyderen under forhandlinger med tilbudsgivere ikke må spille tilbudsgiverne ud mod hinanden ved over for den enkelte tilbudsgiver at henvise til de andre tilbudsgivers tilbud eller prisreduktioner ol. Videre udtalt, at der ikke var fremkommet grundlag for at gå ud fra, at udbyderen havde gjort noget sådant, hvorfor klagepunktet ikke blev taget til følge.

7) Taget op ex officio: Udtalt at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6 (om ligebehandling) ved i kontrakten med den valgte tilbudsgiver at indarbejde et tilsagn fra denne om prisreduktion ved overgang til kvartårlig betaling.

Det pågældende tilsagn var fremsat under udbyderens forhandlinger med tilbudsgiverne efter tilbudenes indgivelse, og klageren havde under disse forhandlinger fremsat et tilsvarende tilsagn. Udbyderen havde imidlertid ikke taget hensyn til de pågældende tilsagn ved sin vurdering af tilbudene og valget af tilbudsgiver, idet udbyderen anså tilsagnene for ukonditions-mæssige, fordi licitationsbetingelserne foreskrev årlig betaling.

Klagenævnet henviste til, at indarbejdelsen af det omtalte tilsagn i kontrakten byggede på forhandlinger mellem udbyderen og den valgte tilbudsgiver efter udbyderens beslutning om at tildele denne tilbudsgiver kontrakten. Endvidere udtalt, at reglen om forhandling i Tilbudslovens § 11 ikke kan antages at sigte til kontraktsforhandlinger mellem udbyderen og den valgte tilbudsgiver efter tildelingsbeslutningen, men at det må følge af ligebehandlingsprincippet i lovens § 6, at der ikke ved sådanne kontraktsforhandlinger må ske ændringer i forhold til grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne.

Videre udtalt, at spørgsmålet, om en angivelse i licitationsbetingelser skal anses for et grundlæggende element, afhænger af en fortolkning af licitationsbetingelserne, og at der i denne fortolkning kan indgå alle om-

stændigheder i forbindelse med den pågældende licitation. I den foreliggende sag havde udbyderen anset de 2 tilbudsgiveres tilsagn om prisreduktion ved kvartårlig betaling som ukonditionsmæssige, hvilket måtte tages som udtryk for, at udbyderen selv havde anset licitationsbetingelsernes angivelse af årlig betaling som et grundlæggende element. Licitationsbetingelserne i den foreliggende sag måtte allerede derfor fortolkes således, at den pågældende angivelse var et grundlæggende element, uden at der var anledning til at tage stilling til, om en sådan angivelse generelt skal anses for et grundlæggende element.

8) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6 (om ligebehandling) ved under sin vurdering af tilbudene at fratække den valgte tilbudsgivers tilbudspris et beløb på 100.000 kr., svarende til værdien af nogle ekstraydelser, som denne tilbudsgiver havde tilbudt at udføre, hvis licitationsbetingelsernes krav til sikkerhedsstillelse blev lempet på nærmere angiven måde. Herved henvist til, at det omtalte tilsagn ikke gik ud på en prisreduktion, men på udførelse af nogle merydelser, der ikke var omfattet af licitationsbetingelserne.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet som forligt.

#### **6. oktober 2004. Leif Jørgensen ApS mod Nordborg Kommune**

*Ethvert rendegraverarbejde er bygge- og anlægsarbejde efter Bygge- og anlægsdirektivet og er derfor omfattet af begrebet bygge- og anlægsarbejde i Tilbudsloven. Begrebet bygge- og anlægsarbejde skal forstås på samme måde efter direktivet og Tilbudsloven. Annullation*

En kommune foretog en licitation vedrørende udførelse af forefaldende rendegraverarbejde. Licitationen blev ikke gennemført i henhold til Tilbudsloven, men blev foretaget ved indrykkelse af en annonce i pressen og ved udsendelse af licitationsbetingelser til mulige tilbudsgivere. Udbudets værdi var under Bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdi.

Efter at der var indkommet et antal tilbud, besluttede kommunen at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, hvorefter en anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet. Klageren fremsatte begæring om opsættende virkning, men Klagenævnet tog ikke stilling til begæringen som følge af, at kommunen efter klagens indgivelse tilkendegav, at kontraktindgåelsen med den valgte tilbudsgiver ville afvente Klagenævnets afgørelse.

Klagen gik først og fremmest ud på, at licitationen ikke var foretaget i henhold til Tilbudsloven. Klagen omfattede også nogle andre klagepunkter.

1) Ad klagen over, at licitationen ikke var foretaget i henhold til Tilbudsloven:

Klagenævnet fastslog, at licitationen skulle have været foretaget i henhold til Tilbudsloven, dog bortset fra en del af arbejdet, der skulle udføres for kommunens afdeling for forsyning, se nedenfor. Klagenævnet annullerede kommunens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Klagenævnet udtalte herved: Rendegraverarbejde er bygge- og anlægsarbejde, der er omfattet af Bygge- og anlægsdirektivet. Tilbudslovens § 1, stk. 2, må forstås sådan, at de bygge- og anlægsarbejder, som loven angår, svarer til de bygge- og anlægsarbejder, der er omfattet af Bygge- og anlægsdirektivet, således at begrebet bygge- og anlægsarbejde skal forstås ganske på samme måde efter Bygge- og anlægsdirektivet og efter Tilbudsloven. Det gør ingen forskel heri, at det i bemærkningerne til forsla-

get til Tilbudsloven udtales, at begrebet bygge- og anlægsarbejde skal forstås i overensstemmelse med hidtidig praksis, således at det afgørende er forståelsen efter licitationsloven og Bygge- og anlægsdirektivet. Denne udtalelse må forstås som en faktisk oplysning om, at begrebet bygge- og anlægsarbejde i det væsentlige svarer til den danske forståelse af begrebet før Tilbudsloven, man kan ikke forstås som en anvisning på, at begrebet skal fortolkes i overensstemmelse med dansk praksis frem for i overensstemmelse med direktivet.

En del af arbejdet, der skulle udføres for kommunens afdeling for forsyning, skulle dog ikke udbydes i henhold til Tilbudsloven, da Tilbudslovens § 1, stk. 2, ikke henviser til Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

(Dissens for ikke at tage klagepunktet til følge med den begrundelse, at begrebet bygge- og anlægsarbejde i Tilbudsloven må forstås i overensstemmelse med hidtidig dansk praksis, efter hvilken rendegraverarbejde som det omhandlede ikke anses for bygge- og anlægsarbejde).

2) Ad de andre klagepunkter: Et af dem blev ikke taget til følge, da der ikke var grundlag herfor. Klagenævnet fandt det ikke nødvendigt at tage stilling til de øvrige klagepunkter, da de angik kommunens gennemførelse af licitationen, som ikke var tilsigtet gennemført efter Tilbudsloven, og da kommunens tildelingsbeslutning i henhold til licitationen blev annulleret, jf. ovenfor.

#### **8. oktober 2004. Virklund Sport A/S mod Randers Kommune**

*Udbyder havde end ikke sandsynliggjort, at den valgte tilbudsgivers tilbud opfyldte nogle krav i licitationsbetingelserne. Herefter lagt til grund, at tilbudet ikke opfyldte kravene, og der var efter en konkret vurdering tale om grundlæggende elementer. Tilbud fra en tilbudsgiver, der først efter tilbudsfristens udløb gav en krævet oplysning om ibrugtagningsdato, måtte ikke tages i betragtning. Tilbudslovens regler om forhandling gælder ikke for ukonditionsmæssige tilbud*

En kommune udbød i form af begrænset licitation efter Tilbudsloven levering af en mobil skøjtebane og forskellige ydelser i tilknytning hertil. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle underkriterier.

Der indkom tilbud fra 3 tilbudsgivere, hvorefter kommunen indgik kontrakt med en af disse. En anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet over forskellige forhold, og Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at kommunen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte licitationsbetingelsernes krav med hensyn til driftsperiode og kølekapacitet: Taget til følge. Henvist til, at udbyderen uden videre var gået ud fra, at tilbudet opfyldte de pågældende krav, men at udbyderen end ikke havde sandsynliggjort, at tilbudet opfyldte kravene. Klagenævnet lagde herefter til grund, at den valgte tilbudsgivers tilbud ikke opfyldte de nævnte krav. Da der efter en konkret vurdering var tale om et grundlæggende element, havde udbyderen haft pligt til ikke at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning.

2) Klage over, at kommunen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte licitationsbetingelsernes krav med hensyn til skøjtebanens dimensioner: Taget til følge med begrundelse svarende til begrundelsen ad punkt 1).

3) Klage over, at kommunen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte licitationsbetingelsernes krav om, at der skulle angives en ibrugtagningsdato: Taget til følge med henvisning til, at tilbudet fra den valgte tilbudsgiver ikke indeholdt angivelse af ibrugtagningsdato, og at den valgte tilbudsgiver ikke havde givet oplysning om ibrugtagningsdato inden tilbudsfristens udløb. Udbyderen havde derfor haft pligt til ikke at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt reglerne om forhandling i Tilbudsloven og Tilbudsbekendtgørelsen ved efter tilbudenes modtagelse at henvende sig til den valgte tilbudsgiver om ibrugtagningsdato: Ikke taget til følge, da de omtalte regler kun angår den procedure, der skal følges ved forhandlinger med tilbudsgivere, hvis tilbud udbyderen har ret til at tage i betragtning, og da udbyderen som ovenfor nævnt havde haft pligt til ikke at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning.

5) Klage over, at udbyderen ikke havde anvendt nogle af de angivne underkriterier til tildelingskriteriet: Som følge af afgørelsen under punkterne 1)-3) fandt Klagenævnet ikke anledning til at tage stilling til dette klagepunkt.

#### **11. oktober 2004. Iver C. Weilbach og Co. A/S mod Kort- og Matrikelstyrelsen**

*Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, overtrådt ved ikke fuldt ud rigtig begrundelse og ved for sen begrundelse. En e-mail med spørgsmål om, hvad der gjorde udslaget, var tilstrækkelig skriftlig anmodning efter artikel 12, stk. 1. Artikel 36 overtrådt ved forbehold om frit at vælge mellem næsten ligeværdige tilbud og om at annullere udbudet. Udvælgelseskriterier kunne efter sagens omstændigheder benyttes som underkriterier. Ikke annullation*

Kort- og Matrikelstyrelsen udbød i form af begrænset udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet distribution og salg af søkort m.m. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle underkriterier.

Der indkom tilbud fra nogle tilbudsgivere, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af disse. En anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet, der afgjorde sagen således:

1) Det fremgår af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, at udbyderen efter skriftlig anmodning inden 15 dage skal give en tilbudsgiver, hvis tilbud er konditionsmæssigt, men som ikke er blevet valgt, oplysning om det valgte tilbuds egenskaber og relative fordele. Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde overtrådt bestemmelsen som følge af, at den begrundelse for valg af tilbudsgiver, som udbyderen efter anmodning havde givet klageren, ikke havde været fuldt ud rigtig.

2) Konstateret, at udbyderen yderligere havde overtrådt direktivets artikel 12, stk. 1, ved først at have givet de under punkt 1) nævnte oplysninger til klageren efter udløbet af bestemmelsens frist på 15 dage. Herved henvist til, at en e-mail fra klageren om at få oplyst, hvad der gjorde udslaget i valg af distributør, opfyldte bestemmelsens krav om skriftlig anmodning.

3) Klage over, at udbudsbetingelserne ikke indeholdt en præcis og fyldestgørende beskrivelse af den udbudte ydelse: Ikke taget til følge, da udbudsbetingelserne indeholdt en sådan beskrivelse.

4) Klage over, at udbyderen ikke havde anvendt underkriterierne til tildelingskriteriet sagligt og korrekt: Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

5) Klage over, at der blandt underkriterierne til tildelingskriteriet indgik erfaring med markedet og et net af forhandlere, idet disse forhold ifølge klageren var udvælgelseskriterier: Ikke taget til følge. Bl.a. udtalt, at et forhold efter sin beskaffenhed både kan være et minimumskrav for prækvalifikation og et underkriterium til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, under forudsætning af, at forholdet efter sin beskaffenhed er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. De 2 forhold var herefter og af nærmere angivne konkrete grunde relevante underkriterier til tildelingskriteriet.

6) Klage over, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde lagt vægt på andre forhold end underkriterierne til tildelingskriteriet: Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

7) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, (om tildelingskriterier) ved at angive i udbudsbetingelserne: a) udbyderen forbeholdt sig frit at vælge mellem tilbud, der efter pointtildeling ved tilbudsbedømmelsen havde en pointforskel på 10 % eller mindre. b) udbyderen forbeholdt sig ret til at annullere udbudet og forkaste de afgivne tilbud. Herved bl.a. henvist til, at et EU-udbud kun kan annulleres, hvis der foreligger en saglig begrundelse herfor.

Klagerens påstand om annullation af tildelingsbeslutningen blev ikke taget til følge, da der under hensyn til karakteren af udbyderens overtrædelser ikke var grundlag herfor.

## **12. oktober 2004. Køster Entreprise A/S mod Morsø Kommune**

*En tilbudsgiver havde retlig interesse i at klage over udbyderens fejl i forbindelse med et udbud, som udbyderen annullerede på grund af fejlene, selvom tilbudsgiveren ikke afgav tilbud under et nyt udbud, der trådte i stedet for det annullerede udbud. Udbyderen skulle have indgået kontrakt med klageren, hvis udbyderen ikke havde annulleret det første udbud. Forskellige erkendte overtrædelser af Tjenesteydelsesdirektivet og de EU-retlige udbudsregler i øvrigt*

En kommune udbød en entreprise bestående af spuling og tv-inspektion af nogle afløbssystemer. Udbudet skete ved annoncering i Dagbladet Licitation og en lokal avis. I annoncerne var anført, at udbudet skete under Tjenesteydelsesdirektivet.

I udbudsbetingelserne, der blev udsendt til nogle virksomheder, var angivet, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier: a) tilbudssummen, b) entreprenørens erfaring med tilsvarende opgaver og c) entreprenørens organisation og medarbejdere.

Der indkom tilbud fra et antal tilbudsgivere. Kommunen indkaldte derefter tilbudsgiverne til forhandlinger i henhold til Tilbudsloven. Efter at disse forhandlinger havde fundet sted, besluttede kommunen at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En anden tilbudsgiver, K, der havde afgivet tilbudet med den laveste tilbudspris, fremsatte derefter erstat-

ningskrav over for kommunen, hvorefter kommunen annullerede udbudet med henblik på lovliggørelse. K tilkendegav herefter, at K på baggrund af forløbet havde besluttet ikke at deltage i et nyt udbud. Kommunen iværksatte på et tidspunkt et nyt udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet, og K afgav ikke tilbud i henhold til dette udbud.

K indgav klage til Klagenævnet vedrørende det annullerede udbud og nedlagde samtidig en påstand om erstatning. Klagenævnet udsatte erstatningspåstanden til senere påkendelse, og det følgende referat angår således kun klagepunkterne i K's klage, nedenfor gengivet som punkterne 1) – 5).

Kommunen erkendte rigtigheden af de klagepunkter, der nedenfor er gengivet som punkterne 1) – 4), men påstod klagen på disse punkter afvist under påberåbelse af, at K ikke havde retlig interesse i at klage. Kommunen fik ikke medhold heri. Klagenævnet henviste herved til, at K havde retlig interesse i at få fastslået, i hvilket omfang kommunen havde overtrådt udbudsreglerne under det første udbud, idet Klagenævnets afgørelse herom var en forudsætning for Klagenævnets senere stillingtagen til erstatningspåstanden.

Klagenævnet tog stilling til klagepunkterne således:

1) Klage over, at kommunen i udbudsbekendtgørelsen havde forbeholdt sig ret til at vælge frit mellem tilbudene eller frit at forkaste dem alle: Erkendt af kommunen, jf. ovenfor, og taget til følge.

2) Klage over, at underkriterierne entreprenørens erfaring med tilsvarende opgaver og entreprenørens organisation og medarbejdere ikke var egnede til at fastlægge det økonomisk mest fordelagtige bud: Erkendt af kommunen, jf. ovenfor, og taget til følge.

3) Klage over, at kommunen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 18, stk. 3 og 4, (om udbudsbetingelser) og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have ændret i udbudsbetingelserne efter tilbudsfristens udløb: Erkendt af kommunen, jf. ovenfor, og taget til følge.

4) Klage over, at kommunen havde overtrådt det EU-retlige forhandlingsforbud: Erkendt af kommunen, jf. ovenfor, og taget til følge.

5) Klage over, at kommunen ikke havde indgået kontrakt med K, hvis tilbud havde den laveste tilbudspris, uanset at underkriterierne til tildelingskriteriet bortset fra underkriteriet pris ikke var egnede, således at tilbudene skulle vurderes efter tildelingskriteriet laveste pris.

Kommunen gjorde på dette punkt bl.a. gældende, at K's tilbud skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, fordi det indeholdt et forbehold om et grundlæggende element. Kommunen fik ikke medhold heri, idet Klagenævnet henviste til, at den pågældende angivelse ikke var et forbehold.

Klagenævnet udtalte videre (referatet er til dels sammentrængt og ombrudt): Da kommunen ikke havde fastsat andre anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet end tilbudssummen, havde kommunen haft pligt til at anvende tildelingskriteriet laveste pris og derfor indgå kontrakt med K, såfremt udbudet var blevet gennemført. Kommunens annullation af udbudet var sagligt velbegrunder, men virkningen af en udbyders sagligt korrekte annullation af et udbud på grund af egne fejl bør ikke afskære en stillingtagen til den erstatningsretlige konsekvens. Det omhandlede klagepunkt måtte forstås sådan, at det ønskedes fastslået, at kommunen hav-

de haft pligt til at indgå kontrakt med K, hvis kommunen havde valgt at gøre brug af de indkomne tilbud.

På denne baggrund blev klagepunktet taget til følge.

Opretholdt ved Østre Landsrets dom af 19. december 2005 i sag 4. afd. nr. B-3256-04.

#### **14. oktober 2004. SK Tolkeservice ApS mod Københavns Amt**

*En ordregiver, der udbød en ikke udbudspligtig tjenesteydelse efter Tjenesteydelsesdirektivet, skulle gennemføre udbudet efter direktivets regler om udbudspligtige tjenesteydelser. Overtrædelse af direktivets artikel 3, stk. 2, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at lægge vægt på forhold, der ikke var omtalt i udbudsbetingelserne, og ved at vurdere forholdene usagligt. Overtrædelse af artikel 36 ved forbehold om at forkaste alle tilbud samt overtrædelse af artikel 12, stk. 2. Ikke annullation*

Et amt udbød som begrænset udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet tjenesteydelsen tolkning for patienter og klienter. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle underkriterier, bl.a. pris og dækningsgrad.

Det var ikke anført i udbudsbetingelserne, hvilke sprog tolkningen skulle omfatte, og tilbudsgiverne skulle selv angive i deres tilbud, hvilke sprog de tilbød tolkning i. Tilbudsgiverne skulle endvidere angive dækningsgrad for hvert sprog, som tilbudet angik, dvs. graden af sandsynlighed for, at tilbudsgiveren efter bestilling kunne levere en tolk til det pågældende sprog. Dækningsgrad indgik som et af underkriterierne til tildelingskriteriet, jf. ovenfor.

Efter tilbuden indgivelse konstaterede udbyderen, at de fleste tilbud var ligeværdige med hensyn til underkriterierne til tildelingskriteriet bortset fra underkriteriet dækningsgrad. Udbyderen blev endvidere opmærksom på, at nogle sprog havde større betydning end andre. Udbyderen sammenlignede de i tilbudene oplyste dækningsgrader for de vigtigste sprog, i sagen omtalt som prioriterede sprog, og indgik derefter kontrakt med 2 tilbudsgivere, der udbyderens opgørelse havde de samlede højeste dækningsgrader for disse sprog.

En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet.

Udbyderen påstod klagen afvist og gjorde til støtte herfor gældende, at Klagenævnet ikke var kompetent til at behandle sagen, fordi tolkeydelser ikke er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets udbudspligt. Klageren gjorde heroverfor gældende, at sagen var omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet, fordi udbudet var foretaget i henhold til dette direktiv, og at sagen under alle omstændigheder var omfattet af almindelige EU-retlige principper.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Vedrørende afvisningspåstanden og spørgsmålet, om sagen var omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet, henviste Klagenævnet til: Det almindelige EU-retlige gennemsigtighedsprincip var gældende for udbyderen, og udbyderen er en offentlig ordregiver, der er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets udbudspligt. Udbyderen havde valgt at foretage udbudet i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet, selvom tolkeydelser ikke er omfattet af direktivets bilag I A og dermed af direktivets udbudspligt. Tilbudsgivere og potentielle tilbudsgivere havde herefter været sagligt berettiget til at

forvente, at udbudet ville blive gennemført i overensstemmelse med Tjenesteydelsesdirektivets regler om udbudspligtige ydelser, og det fulgte derfor af gennemsigtighedsprincippet, at udbyderen havde pligt til at gennemføre udbudet således. Udbudet var herefter omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets regler om udbudspligtige ydelser, og Klagenævnet var kompetent til at behandle sagen.

2) Klage over, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde lagt vægt på dækningsgrad for prioriterede sprog, selvom det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at udbyderen ville gøre dette, eller hvorledes prioriteringen ville blive foretaget og begrundet:

Taget til følge. Klagenævnet henviste herved til, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde lagt vægt på dækningsgrader for visse sprog, selvom det ikke i udbudsbetingelserne var angivet, at udbyderen ville gøre dette. Klagenævnet henviste videre til, at udbyderen herved havde lagt vægt på dækningsgrader for nogle sprog, der ikke eksisterer, og for nogle sprog, med hensyn til hvilke der i hvert fald kan rejses saglig tvivl med hensyn til, om de eksisterer. Disse forhold var i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2 (om forbud mod forskelsbehandling) og med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

3) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 (om tildelingskriterier) ved i udbudsbetingelserne at forbeholde sig ret til at forkaste alle tilbud.

4) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, ved ikke hurtigst muligt at have underrettet klageren om sine afgørelser med hensyn til kontraktstildelingen.

5) Taget op ex officio: Udtalt at udbyderen havde handlet i strid med det EU-retlige forhandlingsforbud ved at have forhandlet med tilbudsgiverne efter tilbudenens modtagelse.

De pågældende forhandlinger havde angået tilbudsgivernes transportomkostninger ved tolkning, og alle tilbudsgivere nedsatte under forhandlingerne deres krav til betaling herfor. Klagenævnet henviste til, at tilbudsgivernes transportomkostninger reelt var en del af tilbudspriserne.

Nogle påstande fra klageren om annullation af udbyderens beslutning om kontraktsindgåelse og om pålæg til udbyderen om at foretage nyt EU-udbud blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste herved til, at tolkeydelser ikke er udbudspligtige efter Tjenesteydelsesdirektivet, og at udbyderen derfor kunne indgå ny kontrakt uden EU-udbud.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 6. april 2005.

## **29. oktober 2004. Flemming Damgaard ApS mod Helle Kommune**

*Tildelingskriterium ikke i overensstemmelse med Tilbudsloven. Udbyder havde ikke godtgjort, at en kontakt med en tilbudsgiver ikke var forhandling. Tilbudslovens § 6 og gennemsigtighedsprincippet overtrådt ved, at udbyder lagde vægt på prisoplysninger fra en tilbudsgiver efter tilbudenens indgivelse, idet en tilbudssum skal kunne udledes umiddelbart af tilbudet. Tilbudslovens § 8 overtrådt ved valg af ukonditionsmæssigt tilbud. EF-traktatens artikel 28 overtrådt ved angivelse af produkt uden tilføjelse af »eller dermed ligestillet«. Annullation. Ikke opsættende virkning*

En kommune foretog en licitation efter Tilbudsloven vedrørende en række fagentrepriser ved en om- og tilbygning. Sagen angik tømrer- og

snedkerentreprisen. Tildelingskriteriet var angivet som »billigste tilbud«. I udbudsbetingelserne var anført, at parketgulve skulle udføres med parketgulvet Juncker's Harmony, og at der som alternativ skulle afgives tilbud på parketgulvet Evers Tarket eller et tilsvarende produkt. En tilbudsliste, der indgik i licitationsbetingelserne, og som tilbudsgiverne skulle udfylde, var ikke udformet sådan, at der kunne angives priser på begge typer parketgulv. I licitationsbetingelserne anførtes, at tilbudsgiverne kunne afgive alternative tilbud, og at et alternativt tilbud skulle indeholde en tilbudsliste, der i videst muligt omfang var parallel med tilbudslisten i licitationsbetingelserne.

Klageren, D, afgav tilbud på tømrer- og snedkerentreprisen og angav i tilbudet kun pris for parketgulvet Juncker's Harmony. Klagerens tilbud havde den laveste tilbudspris. Den tilbudsgiver, H, hvis tilbud havde den næstlaveste tilbudspris, angav i sit tilbud med håndskrift et fradrag pr. m<sup>2</sup> ved brug af parketgulvet Evers Tarket.

Efter tilbudenes modtagelse opmålte udbyderens rådgiver arealet for de gulve, der skulle beklædes med parketgulv, og beregnede på grundlag heraf størrelsen af H's prisreduktion ved brug af parketgulvet Evers Tarket. Rådgiveren henvendte sig derefter til H og fik dennes bekræftelse på, at prisreduktionen var som beregnet. Udbyderen indgik herefter kontrakt med H.

D klagede til Klagenævnet. D's begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge. Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 8 ved ikke at fastsætte et tildelingskriterium i overensstemmelse med bestemmelsen, dvs. enten laveste bud eller det økonomisk mest fordelagtige bud: Taget til følge, dog med bemærkning, at der ikke kunne være tvivl for tilbudsgiverne om, at tildelingskriteriet var laveste bud.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 10 (om at der kun må forhandles med lavestbydende, når tildelingskriteriet er laveste pris) ved at forhandle med H, selvom dennes tilbud ikke havde laveste tilbudspris: Taget til følge. Klagenævnet henviste til, at størrelsen af det gulvareal, der skulle belægges med parketgulv, ikke nøjagtigt og entydigt kunne udledes af licitationsbetingelserne. Klagenævnet henviste videre til, at udbyderen ikke havde godtgjort, at der ikke under rådgiverens kontakt med H var sket forhandling om den nøjagtige pris for H's udførelse af opgaven under anvendelse af Evers Tarket.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet ved under sin vurdering af H's tilbud at tage hensyn den af udbyderens rådgiver beregnede fradragspris ved H's anvendelse af Evers Tarket: Taget til følge, idet Klagenævnet henviste til: Ifølge Tilbudslovens § 7 skal udbyderen ved åbningen af tilbudene gøre de tilstedeværende tilbudsgivere bekendt med tilbudssummerne. Heraf følger, at tilbudssummen umiddelbart skal kunne udledes af hvert tilbud, eventuelt ved en simpel sammenlægning af flere delpriser. Dette var imidlertid ikke tilfældet for H's tilbud, idet det som ovenfor nævnt ikke var muligt at udlede arealet for parketgulv nøjagtigt og entydigt af licitationsbetingelserne, hvorfor udbyderens rådgiver da også havde været nødt til at henvende sig til H for at få fastlagt H's nøjagtige fradragspris ved anvendelse af Evers Tarket.

4) Klage over, at udbyderen havde taget H's tilbud i betragtning, selvom H's tilbud med hensyn til anvendelsen af Evers Tarket ikke som kræ-

vet i licitationsbetingelserne indeholdt en tilbudsliste, der i videst muligt omfang var parallel med tilbudslisten i licitationsbetingelserne: Ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at licitationsbetingelserne måtte forstås således, at der var tale om en sideordnet licitation med hensyn til parketgulvene med mulighed for at afgive tilbud vedrørende både Juncker's Harmony og Evers Tarket, således at tilbud vedrørende Evers Tarket ikke var alternative tilbud.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1 (om tildelingskriteriet laveste bud) ved at have indgået kontrakt med H, selvom H ikke var lavestbydende: Taget til følge. Klagenævnet henviste til, at licitationsbetingelserne måtte forstås sådan, at tilbudsgiverne ikke havde pligt til at afgive tilbud vedrørende begge typer parketgulve, og D's tilbud var således laveste konditionsmæssige bud.

8) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt EF-traktatens artikel 28 (om kvantitative indførselsrestriktioner) ved i licitationsbetingelserne at angive Juncker's Harmony uden at tilføje »eller dermed ligestillet« eller en tilsvarende bemærkning. Udbyderen havde derimod ikke overtrådt artikel 28 ved sin angivelse af Evers Tarket, da denne angivelse var ledsaget af bemærkningen »eller et tilsvarende produkt«.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med H og henviste herved til grovheden af udbyderens overtrædelser af Tilbudsloven.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 7. marts 2005.

Opretholdt ved Vestre Landsrets dom af 11. april 2006 i sag V.L. B-2855-04.

### **1. november 2004. H.O. Service A/S mod Boligforeningen 32**

*Udbyder var forpligtet til at betale erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse til forbigået tilbudsgiver, men frifindelse, da tab ikke var sandsynliggjort*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 9. juli 2004 i samme sag. Sagen drejede sig om en licitation foretaget af et alment boligselskab i henhold til Tilbudsloven vedrørende udførelse af et CTS-system, dvs. et system til central styring af forskellige funktioner. Klageren var en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten.

Ved kendelsen af 9. juli 2004 fastslog Klagenævnet bl.a., at tildelingskriteriet var laveste bud, og at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 10 (om at der kun må forhandles med lavestbydende, når tildelingskriteriet er laveste pris) ved at forhandle med andre tilbudsgivere end klageren, der var lavestbydende.

Den her resumerede kendelse angik et erstatningskrav fra klageren mod udbyderen. Klagenævnet udtalte, at udbyderen havde handlet erstatningspådragende over for klageren ved de overtrædelser af Tilbudsloven, der er nævnt ovenfor. Klagenævnet udtalte videre, at klagerens tab måtte opgøres som den positive opfyldelsesinteresse som følge af, at udbyderen havde været forpligtet til at indgå kontrakt med klageren, når udbyderen valgte at gøre brug af de indkomne tilbud.

Udbyderen blev imidlertid frifundet. Klagenævnet henviste herved til, at udbyderens erstatningskrav ikke på mindste måde var nærmere belyst, ligesom der ikke var fremlagt materiale, der på nogen måde blot sandsynliggjorde det påståede tab. Klagenævnet henviste videre til, at klageren

ikke trods udbyderens opfordring havde sandsynliggjort, at klageren ikke havde kunnet minimere tabet ved at udnytte arbejdskraft og materiel til andre entrepriser. Endelig henviste Klagenævnet til, at klagerens ikke trods udbyderens opfordring var fremkommet med en opgørelse over den negative kontraktsinteresse.

Ændret ved Esbjerg rets dom af 30. april 2007 i sag BS 49-1922/04.

## **22. november 2004. Dansk Restprodukt håndtering A.m.b.a. mod Århus Kommune**

*Angivelse af, at kontrakt ville blive indgået efter forhandling, var som følge af forhandlingsforbudet i strid med gennemsigtighedsprincippet. Tilbudsfristen var for kort. Overtrædelse af udbudsreglerne ved angivelse af, at tilbudene ville blive vurderet »bl.a.« på grundlag af underkriterierne. Tilbud fra tilbudsgiver, der ikke som krævet havde fremsendt regnskaber, måtte ikke tages i betragtning, selvom kravet kun var indeholdt i udbudsbekendtgørelsen. Hvis udbyder har taget et tilbud med et ikke grundlæggende forbehold i betragtning, er udbyder som følge af gennemsigtighedsprincippet afskåret fra at afvise tilbudet på grund af forbeholdet*

En kommune udbød som offentligt udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet fjernelse af restprodukter ved affaldsforbrænding. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud.

I udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at tilbudene skulle være vedlagt bl.a. tilbudsgiverens seneste 3 års regnskaber. I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbudspriserne skulle være faste i kontraktsperioden, og at der ikke ville finde regulering sted.

Der indkom 3 tilbud, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne, dvs. med den virksomhed, der havde udført opgaven hidtil. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet.

Klagerens tilbud havde ikke været vedlagt de seneste 3 års regnskaber, og klagerens tilbud indeholdt en indeksering af tilbudsprisen. Klagerens tilbud var derfor i strid med de bestemmelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, der er nævnt ovenfor. Af forskellige grunde havde udbyderen desuagtet taget klagerens tilbud i betragtning.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen ikke havde forhandlet med klageren, selvom det i udbudsbetingelserne var angivet, at kontrakt ville blive indgået efter forhandling af tilbudene: Ikke taget til følge med henvisning til, at der var tale om et offentligt udbud, hvor der gælder et forbud mod forhandling.

2) Subsidiær klage over, at det i udbudsbetingelserne var angivet, at kontrakt ville blive indgået efter forhandling af tilbudene: Taget til følge. Henvist til det under 1) nævnte forhandlingsforbud og til, at den pågældende angivelse som følge af forhandlingsforbudet var i strid med gennemsigtighedsprincippet. Udbyderen havde erkendt overtrædelsen.

3) Klage over, at fristen for indgivelse af tilbud var fastsat til et tidspunkt, der lå så kort før begyndelsen af kontraktperioden i henhold til udbudet, at det ikke var praktisk muligt for andre end den virksomhed, der havde udført opgaven hidtil, at opnå nødvendige tilladelser til transport af farligt affald: Udtalt, at det var en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet, at fristen for indgivelse af tilbud var fastsat således, at det ikke var

praktisk muligt for nogen tilbudsgivere at indhente nødvendige tilladelser til transport af farligt affald inden kontraktperiodens begyndelse.

4) Klage over, at udbyderen ikke havde anvendt underkriterierne til tildelingskriteriet sagligt og korrekt: Ikke taget til følge, da der intet grundlag var herfor.

5) Klage over, at udbyderen havde taget tilbudet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom denne tilbudsgivers tilbud ikke opfyldte et krav i udbudsbetingelserne om dokumentation for, at den i tilbudet angivne metode kunne anvendes i 3 år: Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

6) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2 (om tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud) og gennemsigtighedsprincippet ved i udbudsbetingelserne at angive, at tilbudene ville blive vurderet »bl.a.« på grundlag af de fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet. Overtrædelsen var erkendt af udbyderen.

7) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet ved ikke at afvise klagerens tilbud, selvom klageren ikke som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen inden tilbudsfristens udløb havde fremsendt regnskaber for de seneste 3 år. Klagenævnet udtalte herved, at det havde været hensigtsmæssigt, at kravet om regnskaber for de seneste 3 år også havde været nævnt i udbudsbetingelserne. Klagenævnet henviste imidlertid videre til, at Tjenesteydelsesdirektivet ikke stiller krav om, at et vilkår som det omhandlede skal medtages både i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, og til, at tilbudsgivere forud for afgivelsen af tilbud må gøre sig bekendt både med udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Overtrædelsen var erkendt af udbyderen.

8) Taget følgende spørgsmål op ex officio: Om udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet ved at tage klagerens tilbud i betragtning, selvom tilbudet indeholdt en indeksering af prisen.

Klagenævnet fremsatte nogle bemærkninger om en udbyders forpligtelser med hensyn til tilbudsforbehold. Klagenævnet udtalte herved bl.a., at hvis en udbyder beslutter at tage et tilbud med et forbehold om et ikke grundlæggende element i betragtning, og tilkendegiver dette over for tilbudsgiveren, er udbyderen som følge af gennemsigtighedsprincippet afskåret fra senere at afvise tilbudet på grund af forbeholdet.

Klagenævnet besluttede ikke at tage stilling til spørgsmålet.

## **26. november 2004. E. Pihl & Søn A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen**

*En tilbudsgiver, der tager forbehold, har risikoen for, om forbeholdet er uklart. Et punkt i standardforbehold om garanti kunne ikke prissættes, hvorfor udbyders afvisning af tilbudet var sket med rette. Et forbehold om tidsplan angik et grundlæggende element, og efterfølgende kontakt om forbeholdet var overtrædelse af forhandlingsforbudet og ligebehandlingsprincippet. Udbudsbetingelsernes angivelser om vinterforanstaltninger var uklare, og et forbehold vedrørende vinterforanstaltninger angik derfor ikke et grundlæggende element. Generelle bemærkninger om forbehold. Ikke opsættende virkning. Ikke annulation*

Direktoratet for Kriminalforsorgen udbød som begrænset udbud efter Bygge- og anlægsdirektivet en række entrepriser ved opførelsen af et fængsel. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Sagen angik to af entrepriserne, benævnt henholdsvis råhusentreprisen og kompletteringsentreprisen. Der kunne afgives tilbud på de to entrepriser hver for sig og på begge entrepriser under ét. En tilbudsgiver, P, og en tilbudsgiver, N, afgav begge tilbud på hver af de to entrepriser for sig og på begge entrepriser under ét. Med hensyn til samtlige tilbud var P lavestbydende og N næstlavestbydende.

Udbyderen indgik kontrakt med P om kompletteringsentreprisen og kontrakt med N om råhusentreprisen. P klagede til Klagenævnet. En begæring fra P om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Sagen angik for det første betydningen af, at P i alle sine tilbud havde henvist til Danske Entreprenørers standardforbehold. Sagen drejede sig nærmere om følgende punkter i disse standardforbehold:

- Punkt 3, hvorefter det er en forudsætning, at bygherren stiller den i AB 92 § 7 nævnte sikkerhed. (Efter AB 92 § 7 skal bygherren ved private arbejder stille en nærmere angiven sikkerhed, hvis entreprenøren kræver det.)
- Punkt 5, hvorefter snerydning og ikke overenskomstmæssige vinterforanstaltninger skal betales som ekstraarbejde.
- Punkt 8, hvorefter entreprenøren kun er forpligtet af et krav om garanti for materialeegenskaber, bl.a. hvis leverandøren stiller samme garanti over for entreprenøren og kan opfylde sin forpligtelse.

For det andet angik sagen betydningen af, at P i sit tilbud vedrørende råhusentreprisen og i sit tilbud vedrørende begge entrepriser under ét havde taget et forbehold om, at der forudsattes enighed om en nærmere angivet justering af tidsplanen. P havde ikke taget dette forbehold i sit tilbud om kompletteringsentreprisen alene.

Grunden til, at udbyderen kun indgik kontrakt med P om kompletteringsentreprisen, selvom P som anført var lavestbydende også med hensyn til råhusentreprisen og begge entrepriser under ét, var følgende:

a) P's henvisning til Danske Entreprenørers standardforbehold. Udbyderen anså det ikke muligt at prissætte punkterne 5 og 8 i disse standardforbehold med fornøden sikkerhed med hensyn til råhusentreprisen og dermed heller ikke med hensyn til begge entrepriser under ét.

(Derimod prissatte udbyderen punkterne 5 og 8 i standardforbeholdene til 0 vedrørende kompletteringsentreprisen, og punkt 3 blev prissat til 0 vedrørende begge entrepriser. P's henvisning til standardforbeholdene spillede således ingen rolle med hensyn til kompletteringsentreprisen.)

b) P's forbehold om justering af tidsplanen vedrørende råhusentreprisen og begge entrepriser under ét. Udbyderen fandt det ikke muligt at foretage en betryggende prissætning af dette forbehold.

I forbindelse med indgåelsen af kontrakterne meddelte udbyderen derfor P, at P's tilbud vedrørende råhusentreprisen og begge entrepriser under ét ikke kunne tages i betragtning. Udbyderen henviste herved til alle de tre omtalte punkter i standardforbeholdene og til P's forbehold om tidsplanen vedrørende råhusentreprisen og begge entrepriser under ét.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde betragtet P's henvisning til standardforbeholdene som forbehold vedrørende standardforbeholdenes punkt 3, 5 og 8, selvom P's henvisning til standardforbeholdene som følge af udbudsbetingelsernes udformning ikke kunne fortolkes som forbehold på

disse punkter: Ikke taget til følge. Udtalt, at en tilbudsgiver, der tager forbehold, bærer risikoen for, om forbeholdet er uklart, og udbyderen havde på denne baggrund ikke med fornøden sikkerhed kunnet fastslå, at P's henvisning til standardforbeholdene ikke var forbehold med hensyn til disses punkt 3, 5 og 8.

2) Subsidiær klage over, at udbyderen havde anset P's henvisning til standardforbeholdene som et forbehold med hensyn til disses punkt 3, selvom punkt 3 som følge af dets henvisning til AB 92 § 7, jf. ovenfor, kun gælder for private byggerier: Taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde henvist også til standardforbeholdenes punkt 3 i sin meddelelse til P om, at dennes tilbud ikke kunne komme i betragtning med hensyn til råhusentreprisen og begge entrepriser under ét.

3) Subsidiær klage over, at udbyderen havde anset P's henvisning til standardforbeholdene som et forbehold med hensyn til disses punkt 5: Ikke taget til følge. Udtalt, at udbudsbetingelsernes angivelser om vinterforanstaltninger var uklare, men at punkt 5 trods disse uklarheder på visse punkter udgjorde et forbehold.

4) Subsidiær klage over, at udbyderen havde anset P's henvisning til standardforbeholdene som et forbehold med hensyn til disses punkt 8: Ikke taget til følge, idet punkt 8 udgjorde et forbehold i forhold til udbudsbetingelserne.

5) Subsidiær klage over, at udbyderen havde undladt at tage P's tilbud vedrørende råhusentreprisen og begge entrepriser under ét i betragtning som følge af standardforbeholdenes punkt 5, selvom der ikke var tale om en grundlæggende afvigelse fra udbudsbetingelserne: Taget til følge, idet dette punkt i standardforbeholdene på baggrund af udbudsbetingelsernes uklare angivelser om vinterforanstaltninger ikke kunne anses for at vedrøre et grundlæggende element.

6) Subsidiær klage over, at udbyderen havde undladt at tage P's tilbud vedrørende råhusentreprisen og begge entrepriser under ét i betragtning som følge af standardforbeholdenes punkt 8, selvom der ikke var tale om en grundlæggende afvigelse fra udbudsbetingelserne: Ikke taget til følge. Udtalt, at dette punkt i standardforbeholdene ikke kunne prissættes, hvorfor udbyderen var berettiget til at afvise tilbudet som følge af dette punkt. Det var herefter ikke nødvendigt for Klagenævnet at tage stilling til, om der var tale om et grundlæggende element.

7) Klage over, at udbyderen havde undladt at tage P's tilbud vedrørende råhusentreprisen og begge entrepriser under ét i betragtning som følge af forbeholdet om justering af tidsplanen, selvom der ikke var tale om en grundlæggende afvigelse fra udbudsbetingelserne: Ikke taget til følge med henvisning til, at ethvert forbehold over for en tidsplan som udgangspunkt vedrører grundlæggende elementer, og at vigtigheden af, at tidsplanen overholdtes, var understreget flere gange i udbudsbetingelserne. Der var således utvivlsomt tale om et grundlæggende element, hvorfor udbyderen havde haft pligt til at afvise P's tilbud som følge af forbeholdet.

Klagenævnet bemærkede, at det var en overtrædelse af forhandlingsforbudet, at udbyderen efter modtagelsen af tilbudene havde taget telefonisk kontakt til P med henblik på drøftelse af forbeholdet vedrørende tidsplanen. Det var endvidere en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, at udbyderen havde taget et supplerende brev fra P om dette forbehold i betragtning, idet brevet var fremkommet efter tilbudsfristens udløb og ikke alene indeholdt en afklaring eller teknisk præcisering.

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Bygge- og anlægsdirektivet artikel 6, stk. 6 (om forbud mod forskelsbehandling) samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed som følge af uklarheder i udbudsbetingelserne med hensyn til Danske Entreprenørers standardforbehold og tidsplan: Klagenævnet fandt ikke anledning til at tage stilling til denne påstand.

En påstand fra P om annullation af udbyderens beslutning om at tildele N råhusentreprisen blev ikke taget til følge, da de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne ikke var af en sådan karakter, at der var grundlag herfor.

Klagenævnet fandt anledning til i kendelsen at fremsætte nogle generelle bemærkninger om en udbyders rettigheder og forpligtelser med hensyn til forbehold i tilbud. Bl.a. udtalt, at en udbyder i udbudsbetingelserne vil kunne forpligte sig til at afvise alle tilbud, der indeholder forbehold, eller omvendt vil kunne forpligte sig til at tage alle tilbud med forbehold om ikke grundlæggende elementer i betragtning, såfremt der kan ske en sagligt korrekt prissætning. I øvrigt henvises til de pågældende bemærkninger i kendelsen (s. 31-32).

### **30. november 2004. Murermester Finn F. Hansen mod Boligselskabet Vendersbo**

*Der kunne afgives tilbud på hver fagentreprise og på alle entrepriser under ét. Dette var ikke en sideordnet licitation, men udbyder skulle angive nøjagtigt, hvordan tilbudspriserne ville blive sammenlignet. Det var i strid med Tilbudslovens § 6 og gennemsigtighedsprincippet, at udbyder lagde et beløb til tilbudspriserne for fagentrepriserne for at gøre tilbudene sammenlignelige, da det ikke var oplyst, at udbyder ville gøre dette. Da tildelingskriteriet var laveste bud, skulle udbyder indgå kontrakt med de lavestbydende for hver fagentreprise, medmindre der var indkommet tilbud på alle entrepriser under ét med en lavere tilbudspris end summen af tilbudspriserne for fagentrepriserne. Tilbudslovens § 12 overtrådt*

Et alment boligselskab afholdt en offentlig licitation efter Tilbudsloven vedrørende en ombygning. Licitationen omfattede fem fagentrepriser. Der kunne afgives tilbud på hver fagentreprise samt på en hovedentreprise omfattende alle fagentrepriserne. Tildelingskriteriet var angivet som »billigste pris«.

Der indkom tilbud på fagentrepriserne fra forskellige tilbudsgivere. En murermester, H, afgav det laveste tilbud vedrørende en af fagentrepriserne. Denne fagentreprise, der omfattede forskellige arbejder, omtales i det følgende som murerentreprisen. H afgav ikke tilbud vedrørende andre entrepriser. En anden af tilbudsgiverne, K, afgav tilbud på hver fagentreprise og afgav desuden som eneste tilbudsgiver et samlet tilbud på udførelse af alle entrepriserne.

Summen af de laveste tilbudspriser for fagentrepriserne var ca. 12,9 mio. kr., og tilbudsprisen i K's tilbud på udførelse af alle entrepriserne var ca. 13,2 mio. kr. Udbyderens rådgiver lagde 5 % til summen af de laveste tilbudspriser for fagentrepriserne, således at denne sum øgedes fra beløbet ca. 12,9 mio. kr. til ca. 13,5 mio. kr. og derved kom til at overstige K's tilbudspris for udførelsen af alle entrepriserne. Udbyderen indgik derefter kontrakt med K om udførelse af alle entrepriserne.

H klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 8 (om tildelingskriterier) ved at fastsætte tildelingskriteriet til »laveste pris«: Taget til følge, dog med bemærkning, at der ikke for tilbudsgiverne kunne være tvivl om, at tildelingskriteriet var »laveste bud«.

2) Klage over, at udbyderen ved vurderingen af tilbudene havde lagt 5 % til summen af de laveste tilbudspriser for fagentrepriserne, selvom det ikke var angivet i licitationsbetingelserne, at udbyderen ville gøre dette:

Udbyderen gjorde på dette punkt gældende, at der var tale om en sideordnet licitation vedrørende henholdsvis de enkelte fagentrepriser og en hovedentreprise omfattende alle fagentrepriser, og at udbyderen efter praksis skulle tillægge den samlede tilbudssum for de enkelte fagentrepriser et rimeligt hovedentreprenørsalær for at gøre tilbudene sammenlignelige. Udbyderen henviste herved bl.a. til, at hvis byggeriet blev udført i hovedentreprise, ville hovedentreprenøren varetage en række byggeledelses- og tilsynsopgaver, som ellers skulle varetages af udbyderens rådgiver. Det fremgik af sagens oplysninger, at rådgiverens honorar ville være lavere, hvis der skulle indgås kontrakt med en hovedentreprenør i stedet for med fagentreprenører.

Klagenævnet udtalte bl.a.: Udbyderen skulle gennemføre licitationen efter tildelingskriteriet »laveste bud«. Der var ikke tale om en sideordnet licitation, dvs. en licitation, hvor der kan afgives tilbud på forskellige udførelsesmetoder ell. lign. Derimod havde udbyderen ved at åbne mulighed for tilbud på både de enkelte fagentrepriser og på alle entrepriser under ét givet mulighed for tilbud, hvis priser ikke var umiddelbart sammenlignelige. For at sikre gennemsigtigheden havde udbyderen derfor haft pligt til at angive helt nøjagtigt i licitationsbetingelserne, hvordan tilbudspriserne ville blive sammenlignet. Udbyderen havde imidlertid ikke gjort dette, men havde blot lagt 5 % til summen af de laveste tilbudspriser for fagentrepriserne, uden at det fremgik af licitationsbetingelserne, at udbyderen ville gøre dette. Udbyderen havde derved handlet i strid med forbudet mod forskelsbehandling i Tilbudslovens § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet.

3) Klage over, at udbyderen ikke havde tildelt H murerentreprisen, selvom H var lavestbydende vedrørende denne entreprise:

Udbyderen gjorde på dette punkt bl.a. følgende gældende: Nogle bemærkninger i K's tilbud om en anden af fagentrepriserne, i det følgende omtalt som tømrerentreprisen, var et forbehold om et ikke grundlæggende element, således at udbyderen havde haft ret til at afvise K's tilbud om tømrerentreprisen. Tilbudsprisen i tilbudet fra den næstlavestbydende om tømrerentreprisen var endvidere så meget højere end K's tilbudspris for denne entreprise, at summen af de laveste tilbudspriser for fagentrepriserne var højere end K's tilbudspris for alle entrepriserne. Udbyderen havde herefter været berettiget til at indgå kontrakt med K om alle entrepriser under ét.

Klagenævnet fandt det ikke godtgjort, at udbyderen ikke havde taget K's tilbud på tømrerentreprisen i betragtning, og Klagenævnet henviste herved til: Det refererede anbringende hos udbyderen var først fremkommet i et brev umiddelbart før den mundtlige forhandling i Klagenævnet. Endvidere var K's tilbudspris for tømrerentreprisen medtaget i en opstilling fra udbyderens rådgiver over de laveste bud, ligesom udbyderen havde antaget K's tilbud om udførelse af alle entrepriser, uanset at de omtalte bemærkninger også indgik i dette tilbud. Klagenævnet konstaterede herefter

ter, at K's tilbud på tømrerentreprisen var laveste bud vedrørende denne entreprise. Klagenævnet udtalte videre, at udbyderen havde haft pligt til at indgå kontrakt med de tilbudsgivere, der havde afgivet laveste bud vedrørende de enkelte fagentrepriser, medmindre der var indkommet tilbud på udførelsen af alle entrepriserne med en lavere tilbudspris end tilbudspriserne vedrørende fagentrepriserne. Summen af de laveste bud for fagentrepriserne var lavere end K's tilbudspris for alle entrepriser, og udbyderen havde herefter haft pligt til at indgå kontrakt med H om murerentreprisen, idet licitationen ikke blev annulleret.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 12, stk. 1, (hvorefter udbyderen hurtigst muligt skal underrette tilbudsgiverne om ordretildelingen):

Taget til følge. Bl.a. henvist til, at underretningen til H om tildelingen af ordren til K var sket 10 dage efter tildelingsbeslutningen og alene som følge af H's telefoniske henvendelse til udbyderens rådgiver.

## **2. december 2004. Banverket mod Nordjyske Jernbaner A/S**

*Tilbudsgivere har ikke pligt til at søge uklarheder i udbudsbetingelserne afklaret. Udbyder var erstatningsansvarlig over for forbigået tilbudsgiver i anledning af overtrædelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, men frifindelse, da overtrædelsen ikke havde haft betydning for denne tilbudsgivers tilbudsafgivelse. Forsyningsvirksomhedsdirektivets regel om angivelse af mindstekrav for alternative tilbud gælder ved udbud efter forhandling kun for den første tilbudsafgivelse*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 21. juni 2004 i samme sag. Sagen angik et jernbaneselskabs udbud efter forhandling i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet af reovering af sporet på en jernbanestrækning. Klageren var en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten.

Tilbudsgiverne afgav et tilbud på grundlag af udbudsbetingelserne, hvorefter nogle af tilbudsgiverne tilkendegav, at de ikke ønskede at deltage i udbudet. Udbyderen holdt forhandlinger med de øvrige tilbudsgivere og iværksatte herunder en anden tilbudsafgivelse. Kontrakten blev indgået på grundlag af et alternativt tilbud, som den valgte tilbudsgiver afgav i forbindelse med sit tilbud under den anden tilbudsafgivelse.

Ved kendelsen af 21. juni 2004 statuerede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 3 (om ordregiveres pligt til at angive mindstekrav for alternative tilbud) samt gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved ikke i udbudsbetingelserne at have fastsat præcise mindstekrav for alternative tilbud. Den her resumerede kendelse angår et erstatningskrav fra klageren i anledning af denne overtrædelse.

Udbyderen gjorde bl.a. gældende, at et eventuelt erstatningskrav var bortfaldet, fordi klageren havde udvist egen skyld ved ikke forud for den første tilbudsafgivelse at stille spørgsmål til udbyderen om, hvorledes udbudsbetingelsernes angivelse om mindstekrav skulle forstås.

Klagenævnet udtalte, at der intet grundlag var for at statuere egen skyld hos klageren, idet det ikke påhviler en tilbudsgiver at afklare uklarheder eller mangler i udbudsbetingelserne ved spørgsmål til udbyderen. Klagenævnet konkluderede, at udbyderen var erstatningsansvarlig over for klageren som følge af den omtalte uklarhed i udbudsbetingelserne. Efter sagens oplysninger lagde Klagenævnet imidlertid til grund, at klarhe-

den i udbudsbetingelsernes angivelse om mindstekravene til alternative tilbud ikke havde haft betydning for klagerens afgivelse af alternative tilbud ved de to tilbudsafgivelser. Overtrædelsen havde således ikke påført klageren noget tab.

Klageren gjorde gældende, at udbyderen som følge af den omtalte uklarhed i udbudsbetingelserne havde været afskåret fra at tage alternative tilbud i betragtning og dermed havde været afskåret fra at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Klagenævnet udtalte om dette spørgsmål:

Tilbudene ved en anden eller senere tilbudsafgivelse under et udbud efter forhandling efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet afgives ikke alene på grundlag af udbudsbetingelserne, men afgives også på grundlag af det materiale, der er fremkommet under forhandlingerne mellem udbyderen og tilbudsgiverne, og som udbyderen anviser tilbudsgiverne som grundlag for en senere tilbudsafgivelse. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 3, finder ikke anvendelse på en udbyders anmodninger til tilbudsgivere om en sådan senere tilbudsafgivelse. Principperne om gennemsigtighed og ligebehandling finder anvendelse, men der var intet grundlag for at statuere, at udbyderen ved sin anmodning til tilbudsgiverne i forbindelse med den anden tilbudsafgivelse sag havde tilsidesat disse principper.

Udbyderen havde herefter ikke været afskåret fra at tage den valgte tilbudsgivers alternative tilbud ved den anden tilbudsafgivelse i betragtning. Det var ufornuddent for Klagenævnet at tage stilling til, om udbyderen havde været afskåret fra at tage den valgte tilbudsgivers alternative tilbud ved den første tilbudsafgivelse i betragtning, da kontrakten ikke var blevet indgået på grundlag heraf.

Udbyderen blev herefter frifundet.

**16. december 2004. Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab af 1956 afd. 8 mfl.**

*Ved fælles indkøb fra flere afdelinger under boligselskaber er den samlede værdi afgørende. Den ordregivende myndighed er den, der træffer tildelingsbeslutningen. Den skal være angivet ens i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2., sigter til, at der ikke er indkommet konditionsmæssige bud. Udbyder skal foretage prissætning på egen hånd og må ikke inddrage tilbudsgiveren i prissætningen. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet m.m. ved at give en tilbudsgiver lejlighed til at ændre sit tilbud med hensyn til et grundlæggende element. Hvis mindstekrav for alternative tilbud ikke er angivet, må alternative tilbud ikke tages i betragtning. Tilbudsforbehold om dagbøder og prisregulering kunne ikke prissættes med fornøden sikkerhed, hvorfor tilbudet ikke måtte tages i betragtning. Udbyders vurdering af, om et tilbud må tages i betragtning, skal ske på grundlag af tilbudets eget indhold. Vurdering af tilbudene i strid med udbudsbetingelserne. Som følge af uklarhed i udbudsbetingelserne havde udbyder pligt til at søge teknisk afklaring hos visse tilbudsgivere. Annullation*

Denne sag er kompliceret, og gengivelsen nedenfor er forenklet en del af overskuelighedsgrunde. Bl.a. omtales ikke nogle mindre klagepunkter, i hvilke klageren ikke fik medhold.

Et administrationskontor, der administrerede forskellige afdelinger under nogle almene boligorganisationer, foretog et begrænset udbud efter Indkøbsdirektivet af indkøb af vandmålere og energimålere (varmemåle-

re) m.m. til nogle af de pågældende afdelinger. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Udbudet blev varetaget af en teknisk rådgiver. Værdien af det samlede indkøb oversteg Indkøbsdirektivets tærskelværdi.

I udbudsbekendtgørelsen var administrationskontoret angivet som ordregiver, hvorimod en af boligorganisationerne blev angivet som ordregiver i udbudsbetingelserne. I et senere rettelsesblad blev de enkelte boligorganisationsafdelinger blev angivet som ordregivere. Disse ændringer havde forbindelse med, at administrationskontoret blev nedlagt, medens udbudet verserede.

Med betegnelsen udbydere sigtes i det følgende til de boligorganisationsafdelinger, som udbudet angik.

I udbudsbetingelserne blev angivet følgende underkriterier til tildelingskriteriet: a. pris, b. teknisk værdi, c. salgs- og leveringsbetingelser og garanti m.m. og d. driftsomkostninger. Endvidere var angivet, hvorledes tilbudenes opfyldelse af underkriterierne ville blive vægtet indbyrdes. I udbudsbetingelserne var endvidere angivet, at vand- og energimålerne skulle leveres med tællerværket, dvs. aflæsningsenheden, adskilt fra måleren. Det var desuden bl.a. angivet, at der kunne afgives alternative tilbud.

Der indkom tilbud fra fem prækvalificerede tilbudsgivere. Rådgiveren og administrationskontoret afviste tilbudet fra en af tilbudsgiverne som ukonditionsmæssigt og holdt møder med de øvrige tilbudsgivere. De boligorganisationsafdelinger, som udbudet angik, indgik derefter kontrakter med en af tilbudsgiverne, hvorefter en anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Ad et anbringende fra udbyderne om, at sagen ikke var omfattet af Indkøbsdirektivet, fordi de enkelte boligorganisationsafdelinger var ordregivere, og fordi værdien af leverancerne til de enkelte afdelinger ikke nåede op på Indkøbsdirektivets tærskelværdi:

Klagenævnet henviste til, at indkøbene angik de samme artikler og blev foretaget samtidig med fælles kravspecifikationer og en fælles teknisk rådgiver. Indkøbene skulle herefter anses for et samlet indkøb, og da værdien af det samlede indkøb oversteg Indkøbsdirektivets tærskelværdi, fandt Indkøbsdirektivet anvendelse på indkøbene.

Det var uden betydning, hvem der skulle anses for ordregiver eller ordregivere. Klagenævnet henviste i den forbindelse til, at nævnet i sin kendelse af 25. november 2002 i sagen Skousen Husholdningsmaskiner A/S mod Arbejdernes Andels Boligforening har fastslået, at afdelinger under almene boligorganisationer er ordregivere, der er omfattet af udbudsdirektiverne. Klagenævnet udtalte videre, at hvis flere boligorganisationsafdelinger foretager et samlet udbud i fællesskab, er det de enkelte afdelinger, der er ordregivere, medmindre afdelingerne har overladt det til boligorganisationen eller en koordinerende instans som administrationskontoret at træffe tildelingsbeslutning.

2) Klage over, at udbyderne havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom den energimåler, som dette tilbud angik, ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav om, at tællerværket skulle være adskilt fra måleren: Taget til følge med henvisning til, at dette krav var et grundlæggende element. Herved henvist til, at kravet var angivet både i udbudsbetingelserne og i et senere rettelsesblad, og til, at kravet tydeligvis

blev tilkendegivet over for den valgte tilbudsgiver under mødet med dem.

3) Klage over, at udbyderne havde overtrådt forhandlingsforbudet, ligebehandlingsprincippet og Indkøbsdirektivets artikel 26 (om tildelingskriterier) ved a. at forhandle med den valgte tilbudsgiver om, hvilken energimåler, der skulle leveres, b. at give den valgte tilbudsgiver lejlighed til at ændre sit tilbud, således at det kom til at angå en energimåler med tællerværket adskilt fra måleren, og c. ved vurderingen af de tilbudte energimåleres tekniske værdi at have taget udgangspunkt i den energimåler, som den valgte tilbudsgiver havde ændret sit tilbud til at angå: Taget til følge.

Udbyderne gjorde gældende, at der ikke havde været tale om forhandlinger med den valgte tilbudsgiver, men alene om en afklaring til prissætning af merprisen ved levering af en anden energimåler end den, der var omfattet af den valgte tilbudsgivers oprindelige tilbud.

Udbyderne fik ikke medhold i dette anbringende. Klagenævnet udtalte: En udbyders prissætning af en afvigelse fra udbudsbetingelserne i et tilbud skal foretages af udbyderen på egen hånd, og det strider mod ligebehandlingsprincippet, hvis udbyderen inddrager tilbudsgiveren i prissætningen. Endvidere forelå der ikke noget spørgsmål om prissætning af den valgte tilbudsgivers tilbud med hensyn til energimålere, idet den valgte tilbudsgivers tilbud som angivet ovenfor under 2) ikke måtte tages i betragtning overhovedet.

Subsidiært gjorde udbyderne gældende, at de havde været berettiget til at forhandle med tilbudsgiverne i medfør af Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2, hvorefter der kan ske udbud efter forhandling, bl.a. når der ikke er indkommet forskriftsmæssige bud. Udbyderne anførte herved, at tilbuddene fra de fire tilbudsgivere, som udbyderne havde holdt møder med, alle afveg fra udbudsbetingelserne med hensyn til forskellige ikke grundlæggende elementer, således at disse tilbud på den ene side kunne tages i betragtning, men på den anden side ikke var forskriftsmæssige.

Udbyderne fik heller ikke medhold i dette anbringende. Klagenævnet udtalte, at Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2, må forstås som sigtende til tilfælde, hvor der ikke er indkommet konditionsmæssige tilbud, dvs. tilfælde, hvor alle tilbud afviger fra udbudsbetingelserne i et sådant omfang, at ingen af tilbuddene må tages i betragtning. Klagenævnet henviste herved til bestemmelsens karakter af en undtagelsesbestemmelse og til EF-domstolens tilkendegivelser om, at bestemmelser i udbudsdirektiverne, der undtager fra udbudspligten, skal fortolkes snævert. Da det ikke var oplyst eller gjort gældende, at alle tilbud havde været ukonditionsmæssige, havde udbyderne herefter ikke kunnet forhandle med tilbudsgivere med hjemmel i Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved at vurdere den tekniske værdi af den valgte tilbudsgivers tilbud på grundlag af en flerstrålet (dvs. særligt præcis) vandmåler, som den valgte tilbudsgiver havde tilbudt alternativt, uden samtidig at vurdere den tekniske værdi af klagerens tilbud på grundlag af en flerstrålet vandmåler, som klageren havde tilbudt alternativt: Taget til følge.

Klagenævnet udtalte i denne forbindelse: Udbudsbetingelsernes angivelse af, at der kunne gives alternative tilbud, var misvisende, idet der som følge af nærmere angivne omstændigheder tilsyneladende ikke sigte-

des til det, der normalt forstås ved alternative tilbud, dvs. tilbud om en anden ydelse end den, der er specificeret i udbudsbetingelserne. Hvis angivelsen skulle forstås således, at der kunne afgives egentlige alternative tilbud, var det en overtrædelse af Indkøbsdirektivets artikel 16, stk. 2, at udbudsbetingelserne ikke angav de mindstekrav, som alternative tilbud skulle opfylde, og det fulgte under alle omstændigheder af artikel 16, stk. 1, at alternative tilbud som følge af den manglende angivelse af mindstekrav ikke måtte tages i betragtning. Herefter lagt til grund, at udbudsbetingelsernes angivelse på det pågældende punkt blot skulle forstås sådan, at tilbudsgiverne i deres tilbud kunne angive flere forskellige vandmålere og flere forskellige energimålere.

5) Klage over, at udbyderne ved vurderingen af tilbudenes tekniske værdi havde tillagt det vægt, om de tilbudte energimålere kunne udbygges med et såkaldt radiosendermodul, selvom det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at energimålerne skulle kunne udbygges med et sådant modul: Ikke taget til følge, da forholdet lå inden for rammerne af det skøn, som en udbyder har ret til at udøve, når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud.

6) Klage over, at udbyderne havde overtrådt ligebehandlingsprincippet og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved under vurderingen af tilbudenes tekniske værdi fejlagtigt at være gået ud fra, at den af klageren tilbudte energimåler ikke kunne udbygges med radiosendermodul: Taget til følge med henvisning til, at det fremgik af klagerens tilbud, at klagerens energimåler kunne udbygges med et sådant modul.

7) Klage over, at udbyderne havde overtrådt ligebehandlingsprincippet og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ikke at have taget hensyn til, at tilbudet fra en tredje tilbudsgiver indeholdt nærmere angivne forbehold:

Taget til følge med hensyn til et forbehold, der gik ud på, at en bestemmelse i udbudsbetingelserne om dagbøder ønskedes drøftet, og med hensyn til et forbehold om pris- og kursændringer. Herved bl.a. udtalt: Disse forbehold kunne efter deres karakter ikke prissættes med den fornødne sikkerhed, dvs. på en måde, der sikrede, at den pågældende tilbudsgiver ikke ved at tage forbeholdene tiltog sig fordele på de øvrige tilbudsgivers bekostning. Udbyderne havde derfor haft pligt til ikke at tage tilbudet fra den pågældende tilbudsgiver i betragtning. Det gjorde ingen forskel, at forbeholdet om dagbøder ifølge udbydernes oplysning var blevet frafaldet, da en ordregivers vurdering af, om et tilbud må tages i betragtning, skal ske på grundlag af tilbudet eget indhold.

8) Klage over, at udbyderne havde overtrådt ligebehandlingsprincippet og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved under vurderingen af tilbudene at have beregnet driftsudgifter over 10 år, selvom tilbudene ifølge udbudsbetingelserne skulle angive driftsudgifter over 6 år: Taget til følge.

9) Klage over, at udbyderne havde overtrådt ligebehandlingsprincippet og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved under vurderingen af tilbudene at have anvendt en anden beregningsmodel for driftsudgifter end den, der var angivet i udbudsbetingelserne: Taget til følge med henvisning til: Udbudsbetingelserne måtte forstås sådan, at tilbudene med hensyn til driftsudgifter ville blive vurderet ud fra den model for indbyrdes vægning af underkriterierne bortset fra prisen, der var angivet i udbudsbetingelserne. Udbyderne havde imidlertid vurderet driftsudgifterne ud fra en afvigende beregningsmodel, som udbyderen efter tilbudenes modtagelse havde besluttet at anvende.

10) Klage over, at de enkelte boligorganisationsafdelinger var angivet som ordregivere i udbudsbetingelserne, selvom de ikke var angivet som ordregivere i udbudsbekendtgørelsen: Taget til følge med henvisning til, at det af Indkøbsdirektivets artikel 16 og artikel 26 fremgår, at den ordregivende myndighed er den myndighed mv., der skal træffe tildelingsbeslutningen, og at den ordregivende myndighed skal være angivet ens i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne.

Klagenævnet annullerede udbydernes beslutning om at indgå kontrakter med den valgte tilbudsgiver og henviste herved til karakteren af udbydernes overtrædelser af udbudsreglerne.

I kendelsen omtales yderligere følgende spørgsmål:

I forbindelse med udbydernes og rådgivernes møder med klageren og den valgte tilbudsgiver fik disse tilbudsgivere lejlighed til at ændre deres tilbud med hensyn til vandmålere som følge af, at deres tilbud ikke angik vandmålere med tællværk, der kunne placeres adskilt fra måleren.

Svarende til det, som udbyderne havde gjort gældende med hensyn den energimåler, der var angivet i den valgte tilbudsgivers oprindelige tilbud, jf. ovenfor under 3), anførte udbyderne for Klagenævnet, at der ikke havde været tale om forhandlinger med klageren og den valgte tilbudsgiver om vandmålere, men blot havde været tale om en afklaring med henblik på prissætning.

Klagenævnet kunne ikke tiltræde dette synspunkt, idet det strider mod ligebehandlingsprincippet at inddrage vedkommende tilbudsgiver i en prissætning, jf. ovenfor under 3). Klagenævnet fandt det imidlertid af andre grunde berettiget, at klageren og den valgte tilbudsgiver havde fået lejlighed til at ændre deres tilbud med hensyn til vandmålere. Klagenævnet henviste herved til, at den naturlige forståelse af udbudsbetingelsernes krav om, at vandmålerne skulle have adskilt tællværk, af nærmere angivne grunde stred mod et andet krav i udbudsbetingelserne, men at udbyderne havde accepteret en alternativ løsning, som de andre tilbudsgivere havde angivet, og som opfyldte det reelle behov bag det omtalte krav. Som følge af ligebehandlingsprincippet havde udbyderne herefter haft pligt til at søge en teknisk afklaring hos klageren og den valgte tilbudsgiver med hensyn til, om disse tilbudsgivere kunne levere en løsning, der opfyldte det reelle behov bag kravet. (Der blev i sammenhængen set bort fra, at udbyderne af andre grunde havde pligt til ikke at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning overhovedet, jf. ovenfor under 2).

Opretholdt ved Vestre Landsrets dom af 6. marts 2007 i sag B-1923-05.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 7. juli 2005.