

Klagenævnet for Udbud

**RESUMÉER AF
KENDELSER
FRA
KLAGENÆVNET
FOR
UDBUD
2005**

2006

(Senere mindre revisioner kan have fundet sted)

Efter indholdsfortegnelsen indeholdes nedenfor resuméer af de kendelser, som Klagenævnet for Udbud har afsagt i 2005. 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

Udbyders annullation af en licitation var usaglig trods fejl i licitationsbetingelserne, da annullationen reelt var begrundet med udbyderens ønske om at undgå en bestemt tilbudsgiver. Når en udbyder annullerer en licitation som følge af fejl og derefter iværksætter en ny licitation, skal udbyderen som udgangspunkt anmode de samme virksomheder om at afgive tilbud. Denne pligt forelå dog ikke i den konkrete sag som følge af omstændighederne	6
Henvisning til Danske Entreprenørers standardforbehold var ikke forbehold vedrørende sikkerhedsstillelse fra offentlig bygherre. Vinterforanstaltninger er som udgangspunkt ikke et grundlæggende element, og forbehold om vinterforanstaltninger kan som udgangspunkt prissættes med fornøden sikkerhed. Ukorrekt prissætning af forbehold om vinterforanstaltninger. Udbyder havde haft pligt til at tildele klageren ordren. Overtrædelse af EF-traktatens artikel 28 ved angivelse af referenceprodukt	7
Udbyder frifundet for erstatningskrav fra forbigået tilbudsgiver, da der ikke var årsagssammenhæng mellem udbyderens overtrædelser og tilbudsgiverens tab	8
Erstatning efter negativ kontraktsinteresse til forbigået tilbudsgiver fastsat svarende til tilbudsgiverens udgift til tekniske undersøgelser, der var foranlediget af krav i udbudsbetingelserne i strid med udbudsreglerne. Ikke grundlag for at erstatte tilbudsgiverens interne omkostninger ved udarbejdelse af tilbud eller advokatomkostninger ud over sagsomkostningerne	9
Overtrædelse af Tilbudslovens § 11, stk. 3, ved ikke at angive procedure for forhandlinger med tilbudsgiverne. Overtrædelsen var ikke alene formel, men kunne have haft reel betydning. Tilbudslovens § 12, stk. 1, sigter til den reelle tildelingsbeslutning og ikke kontraktsindgåelsen. Bestemmelsen overtrådt. Prissætning med urette, da tilbudet ikke afveg fra licitationsbetingelserne. Referencer og valg af underentreprenør kunne ikke bruges som underkriterier. Tilbud taget i betragtning trods forbehold, der ikke kunne prissættes med sikkerhed. Tilbudsloven overtrådt ved medregning af en pris to gange. En evalueringsmodel var i strid med Tilbudsloven, da tilbudsgiverne ikke kunne påregne vurdering efter en sådan model. Annullation	10
Erstatning efter positiv opfyldelsesinteresse til tilbudsgiver, som udbyder havde haft pligt til at indgå kontrakt med. Erstatningen fastsat med udgangspunkt i dækningsbidrag 18 %, men med en vis reduktion som følge af sparet risiko	12
Erstatning 5 mio. kr. for mistet dækningsbidrag til tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten	13
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 forhandlingsforbudet og af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1. Anmodninger i henhold til artikel 12, stk. 1, behøver ikke være formuleret i overensstemmelse med bestemmelsen. En beslutning om ikke at tage en tilbudsgivers tilbud i betragtning, fordi tilbudsgiveren efter udbyderens opfattelse begik ulovligheder, var saglig	14
Ikke pligt til at vægte underkriteriet pris med en bestemt vægt. Gennemsigtighedsprincippet overtrådt ved manglende oplysning om vægtning af forskellige underkriterier. Et underkriterium var retteligt et udvælgelseskriterium, og nogle andre underkriterier var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Udbyder har ikke pligt til at fastsætte vægtningen af underkriterier på et bestemt tidspunkt. En afklarende henvendelse fra udbyder var ikke overtrædelse af forhandlingsforbudet. Hasteprocedure var uberettiget, da behovet for hasteprocedure skyldtes udbyder selv	16

Klagenævnet for Udbud, Danmark

Erstatning til dækning af forbigået tilbudsgivers negative kontraktinteresse. Erstatningen omfattede ikke advokatudgifter og andre udgifter ved sagen for Klagenævnet, da sådanne udgifter er omfattet af sagsomkostningerne. Ikke dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke var bevist eller overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten.	18
En projektkonkurrence omfattede kontrakt om teknisk rådgivning og bistand, hvorfor særskilt udbud herom ikke var nødvendigt. Bedømmelseskriterierne ved projektkonkurrencer skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen. Der er ved projektkonkurrencer ikke pligt til at offentliggøre en bedømmelse af hver enkelt forslag. Ikke annullation	18
Henvisning til referenceprodukter var uberettiget, da kravene kunne beskrives ved specifikationer. Udbudsbetingelserne måtte fortolkes således, at udbyderen ikke som følge af henvisning til referenceprodukter fik mulighed for efter eget skøn at afvise tilbud som ukonditionsmæssige. For sen underretning til tilbudsgiver	20
Overtrædelse af Tilbudslovens § 6 og § 12 og gennemsigtighedsprincippet ved annullation af licitation uden saglig grund og ved angivelse af urigtig og usaglig begrundelse for annullationen. Nogle tilbudsforbehold angik ikke grundlæggende elementer. Det var ikke en overtrædelse af Tilbudsloven, at udbyderen anså en beløbsangivelse i et tilbud for en skrivefejl og forhøjede tilbudsprisen i konsekvens heraf.....	21
Hverken 1. kontroldirektiv eller Lov om Klagenævnet for Udbud medførte pligt til at opsiges en kontrakt indgået i strid med Tjenesteydelsesdirektivet. Frifindelse for erstatning, da der ikke var lidt tab	22
Når en udbyder har prissat et forbehold i et tilbud om manglende opfyldelse af et holdbarhedskrav, skal udbyderen ved den efterfølgende vurdering af tilbudene i relation til et fastsat underkriterium om projektets kvalitet anse det pågældende tilbud for at opfylde holdbarhedskravet. Ikke annullation	23
Erstatning 2 mio. kr. til dækning af positiv opfyldelsesinteresse til tilbudsgiver, som udbyder havde haft pligt til at indgå kontrakt med.....	24
Nogle etaper af en ombygning, hvis værdi tilsammen oversteg tærskelværdien, skulle anses for ét projekt. Der skulle derfor ske EU-udbud vedrørende en enkelt etape, hvis værdi ikke i sig selv nåede op på tærskelværdien. Det var uden betydning, at de enkelte etaper skulle udføres af særskilte afdelinger af samme boligorganisation, da boligorganisationen stod for den overordnede planlægning og koordinering. Annullation.....	24
Frifindelse for erstatningskrav trods konstateret erstatningsgrundlag, fordi tabet vedrørte perioden, efter at erstatningsgrundlaget var bortfaldet på grund af egen skyld hos klageren.....	25
Erstatning af positiv opfyldelsesinteresse fastsat som svarende til nettofortjenesten. Solidarisk ansvar for flere udbydere. Der kunne ikke lægges vægt på hypotetiske indsigelser fra udbyderne om, at de kunne have annulleret udbudet m.m. Efter sagens udfald i forhold til påstanden ikke tillagt sagsomkostninger.....	26
Klage over manglende EU-udbud fra en sammenslutning af personer afvist, da sammenslutningen ikke var en juridisk person, og da medlemmerne af sammenslutningen ikke var potentielle tilbudsgivere og derfor ikke havde retlig interesse i at klage.....	27
Ved udbud af en tjenesteydelse omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets bilag I B gælder ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Direktivets regler om tildelingskriterier og forhandlingsforbudet gælder derimod ikke. Direktivet er ikke til hinder for, at udbyderen under et sådant udbud tillader en virksomhed at indtræde i en anden virksomheds tilbud, såfremt ligebehandlingsprincippet overholdes.....	27
Et bagatelagtigt forhold var ikke en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, og der måtte indrømmes en fejlmargen med hensyn til en opgørelse, der efter sin karakter nødvendigvis måtte være behæftet med usikkerhed. Nogle erkendte fejl.	

En ordregiver kan kun overlade en udbudspligtig ydelse til et selskab uden EU-udbud, hvis ordregiveren ejer og kontrollerer selskabet 100 %	29
Udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet med tildelingskriterium det økonomisk mest fordelagtige bud. Forskellige klagepunkter ikke taget til følge. Det var ikke i strid med direktivet, at to underkriterier var prioriteret sideordnet. Det kan ikke udelukkes, at et forhold både kan være en kvalifikationsbetingelse og et underkriterium. Der er ikke krav om, at prisen skal vægtes med en vis større procentdel.....	30
Forskellige erkendte overtrædelser. Ikke erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke var bevist eller overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten. Skønsmæssigt fastsat erstatning til negativ kontraktsinteresse. Der kan ved afgørelser om erstatning ikke lægges vægt på hypotetiske indsigelser om, at udbyderen kunne have annulleret udbudet	32
Tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten, tillagt aktindsigt i de andre tilbudsgiveres tilbud bortset fra tilbudslisterne og tilbudenes angivelser om visse økonomiske spørgsmål. Forvaltningslovens § 15, stk. 1, giver ikke grundlag for at gå ud fra, at en tilbudsgiver under en udbudssag ikke har ret til aktindsigt i de andre tilbudsgiveres tilbud.....	34
Tilbudsgiver tillagt erstatning af negativ kontraktsinteresse til dækning af udgiften ved at afgive tilbud under en licitation, der trådte i stedet for en anden licitation, som var annulleret med urette.....	34
Klage over fejlagtig vurdering af et tilbud ikke taget til følge.....	35
Overtrædelse af Tilbudsloven ved at tage et tilbud i betragtning, selvom det afveg fra licitationsbetingelserne med hensyn til flere grundlæggende elementer. Desuden overtrædelser ved forhandlinger med en tilbudsgiver uden for rammerne af dennes tilbud og uden en på forhånd tilkendegivet procedure. Endvidere overtrædelse ved at anvende en anden pointskala end oplyst i licitationsbetingelserne og ved ikke at angive underkriterierne prioriteret m.m. Sagsomkostninger 400.000 kr. Annullation.....	36
Tjenesteydelse omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets bilag I B. Det var ikke en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, at ordregiver kun indhentede tilbud fra virksomheder i sit eget område	38
Tildeling af den udbudte tjenesteydelse til en primær leverandør og en subsidiær leverandør var i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, bl.a. fordi det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at tildeling ville ske således. Udbyderens senere ombytning af den primære og den subsidiære leverandør var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.....	38
Klager afskåret fra aktindsigt i den vindende tilbudsgivers tilbud i medfør af Forvaltningslovens § 15, men tillagt aktindsigt i forskellige andre bilag. Udgangspunktet er nærmest, at der er fuld aktindsigt i alle bilag.....	39
Nogle underkriterier var minimumskrav og var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. De øvrige underkriterier skulle have været angivet prioriteret. Forskellige andre overtrædelser, herunder overtrædelse af forhandlingsforbuddet, samt overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved forskellige krav om dokumentation for formåen. Ikke pålæg om nyt udbud, da udbudspligt allerede følger af Udbudsdirektivet. Ikke opsættende virkning. Annullation	40
Klage fra vindende tilbudsgiver over, at udbyderen havde taget tilbudsgiverens tilbud i betragtning, selvom det var ukonditionsmæssigt som følge af en lav tilbudspris. Klagen ikke taget til følge. Udtalt, udbyderen skulle behandle tilbudet efter reglerne om unormalt lave tilbud. Sagen færdigbehandlet, selvom klagen var tilbagekaldt. Ikke opsættende virkning	42
Udbyder havde bevisbyrden for, at et tilbud var tilbagekaldt. Hvis udbyder ikke kan blive enig med lavestbydende under forhandlinger med lavestbydende i medfør af Tilbudslovens § 10, må udbyder ikke af denne grund indlede forhandlinger med næstlavestbydende eller tildele ordren til denne.....	43

Resuméer

14. januar 2005. Bakkely A/S (tidligere K.Fl. Jacobsen A/S) mod Menighedsrådet i Ølstykke Sogn

Udbyders annullation af en licitation var usaglig trods fejl i licitationsbetingelserne, da annullationen reelt var begrundet med udbyderens ønske om at undgå en bestemt tilbudsgiver. Når en udbyder annullerer en licitation som følge af fejl og derefter iværksætter en ny licitation, skal udbyderen som udgangspunkt anmode de samme virksomheder om at afgive tilbud. Denne pligt forelå dog ikke i den konkrete sag som følge af omstændighederne

Et menighedsråd udbød et anlægsgartnerarbejde efter Tilbudsloven i form af begrænset licitation uden prækvalifikation. Licitationsbetingelserne blev udsendt til fem virksomheder. Licitationsbetingelserne indeholdt ikke angivelse af tildelingskriterium og angav desuden bl.a., at udbyderen forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud.

Efter at der var indkommet tilbud fra alle fem virksomheder, annullerede udbyderen licitationen. Som begrundelse for annullationen angav udbyderen, at licitationsbetingelsernes formulering vedrørende bedømmelsen af tilbudene ikke var i overensstemmelse med Tilbudsloven. Den egentlige grund var dog en anden, se nedenfor.

Udbyderen iværksatte en ny licitation, udsendte licitationsbetingelserne til et antal virksomheder og indgik derefter kontrakt med en disse.

En virksomhed, B, der havde afgivet tilbud under den første licitation, fik ikke tilsendt licitationsbetingelserne vedrørende den anden licitation og havde derfor ikke adgang til at afgive tilbud under denne. Dette hang sammen med, at den egentlige grund til udbyderens annullation af den første licitation var, at udbyderen ikke ønskede at indgå kontrakt med B, fordi udbyderen var blevet opmærksom på nogle problemer ved B's forhold.

B klagede til Klagenævnet, der afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 12 og § 6 (om henholdsvis udbyderens pligt til bl.a. at give begrundelse for annullation af en licitation og om forbud mod forskelsbehandling) ved at annullere den første licitation uden saglig grund: Taget til følge navnlig med henvisning til, at udbyderen alene annullerede licitationen for at undgå at indgå kontrakt med B.

2) Taget op ex officio:

Udtalt, at udbyderen ikke havde handlet i strid med forbudet mod forskelsbehandling i Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at anmode B om at afgive tilbud under den anden licitation.

Herved udtalt, at når en udbyder annullerer en licitation som følge af fejl i licitationsbetingelserne og derefter gennemfører en ny licitation, har udbyderen som udgangspunkt pligt til at anmode de samme virksomheder som ved den første licitation om at afgive tilbud under den nye licitation. Udbyderen ville imidlertid ikke have anmodet B om at afgive tilbud under den første licitation, hvis udbyderen fra begyndelsen havde haft de oplysninger om B's forhold, som udbyderen fik senere, og som førte til annullation af den første licitation. Udbyderen havde derfor undtagelsesvis været berettiget til ikke at invitere B til at deltage i den anden licitation.

Klagenævnets afgørelse i erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 20. januar 2006.

31. januar 2005. HP Gruppen A/S af 1953 mod Hjørring Kommune

Henvisning til Danske Entreprenørers standardforbehold var ikke forbehold vedrørende sikkerhedsstillelse fra offentlig bygherre. Vinterforanstaltninger er som udgangspunkt ikke et grundlæggende element, og forbehold om vinterforanstaltninger kan som udgangspunkt prissættes med fornøden sikkerhed. Ukorrekt prissætning af forbehold om vinterforanstaltninger. Udbyder havde haft pligt til at tildele klageren ordren. Overtrædelse af EF-traktatens artikel 28 ved angivelse af referenceprodukt

En kommune udbød et ombygningsarbejde i henhold til Tilbudsloven. Efter at kommunen havde indgået kontrakt med en af tilbudsgiverne, klagede en anden tilbudsgiver til Klagenævnet, der afgjorde sagen således:

1) Klage principalt over, at udbyderen havde taget tilbudene fra den valgte tilbudsgiver og en anden tilbudsgiver i betragtning på trods af, at disse tilbud efter klagerens opfattelse indeholdt forbehold med hensyn til bygherrens sikkerhedsstillelse, subsidiært over, at udbyderen ikke havde prissat forbeholdene. Forbeholdene var efter klagerens opfattelse taget ved, at der i de nævnte tilbud var henvist til Danske Entreprenørers standardforbehold.

Ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at Danske Entreprenørers Standardforbehold med hensyn til bygherrens sikkerhedsstillelse henviser til AB 92 § 7, der kun kræver sikkerhedsstillelse fra private bygherrer. Der var derfor ikke tale om forbehold.

2) Klage over, at udbyderen havde taget tilbudene fra den valgte tilbudsgiver og en anden tilbudsgiver i betragtning på trods af, at disse tilbud indeholdt forbehold med hensyn til vinterforanstaltninger. Forbeholdene var taget ved, at der i de nævnte tilbud henvistes til Danske Entreprenørers standardforbehold.

Ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at et forbehold om vinterforanstaltninger kun vil angå et grundlæggende element, hvis der foreligger helt særlige forhold ved den udbudte opgave, og sådanne helt særlige forhold forelå ikke, bl.a. fordi den væsentligste del af arbejdet skulle udføres i en eksisterende bygning. Videre henvist til, at et forbehold om vinterforanstaltninger som udgangspunkt kan prissættes med fornøden sikkerhed, og der forelå ikke særlige omstændigheder, der kunne føre til fravigelse af dette udgangspunkt.

3) Subsidiær klage over, at udbyderen ikke havde prissat de omtalte forbehold om vinterforanstaltninger korrekt: Taget til følge. Herved bl.a. henvist til, at Bygge- og Boligstyrelsens vejledning om vinterbyggeri anviser en budgettering af udgiften til vinterforanstaltninger svarende til 3 % af håndværkerudgifterne. Da der var tale om ombygning af en eksisterende bygning, måtte forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger prissættes til i hvert fald 1½ % af håndværkerudgifterne, dvs. til et væsentligt højere beløb end det beløb, som udbyderen havde prissat forbeholdene til.

4) Klage over, at udbyderen havde anset klagerens tilbud for at indeholde et forbehold vedrørende parketgulve:

Taget til følge med henvisning til følgende: Det var tvivlsomt, om den pågældende bemærkning i klagerens tilbud skulle forstås som et forbehold, og bemærkningen var ikke medtaget på tilbudslistens forside, selvom forbehold ifølge licitationsbetingelserne skulle angives der. Klageren

ville derfor ikke kunne have påberåbt sig den omtalte bemærkning som et forbehold.

(Dissens for ikke at tage dette klagepunkt til følge med henvisning bl.a. til, at en tilbudsgiver bærer risikoen for, at uklarheder i tilbudet betragtes som forbehold.)

5) Klage over, at udbyderen havde anset klagerens tilbud for at indeholde et forbehold vedrørende udskiftning af mursten: Taget til følge med konkret begrundelse, bl.a. at licitationsbetingelsernes angivelser om udskiftning af mursten var uklare.

6) Klage over, at udbyderen havde anset klagerens tilbud for at indeholde forbehold over for nogle krav, der var angivet i et rettelsesblad til licitationsbetingelserne. Baggrunden for udbyderens vurdering af klagerens tilbud på dette punkt var, at klageren ikke som foreskrevet i licitationsbetingelserne havde kvitteret for modtagelsen af rettelsesbladet.

Taget til følge med henvisning til, at det klart fremgik af klagerens tilbud, at klageren havde modtaget rettelsesbladet, og at kravene i rettelsesbladet var indarbejdet i tilbudet.

7) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med Tilbudslovens § 8 (om tildelingskriterier) ved ikke at have tildelt klageren opgaven, selv om klagerens tilbud havde laveste pris: Taget til følge med henvisning til, at klagerens tilbudspris var den laveste efter korrekt prissætning af den valgte tilbudsgivers forbehold vedrørende vinterforanstaltninger, jf. ovenfor under 3).

8) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven § 8 (om tildelingskriterier) ved i licitationsbetingelserne at angive, at tilbudene ville blive vurderet ud fra »billigste pris«. Dog herved henvist til, at der for tilbudsgiverne ikke kunne være tvivl om, at tildelingskriteriet var »laveste bud«.

9) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt EF-traktatens artikel 28 (om kvantitative indførselsrestriktioner) som følge af, at det i licitationsbetingelserne var angivet, at der skulle anvendes gulve »som« et bestemt fabrikat. Herved henvist til, at EF-traktatens artikel 28 er til hinder for, at udbyderen i licitationsbetingelserne vedrørende en offentlig bygge- og anlægsopgave angiver, at der skal anvendes et bestemt fabrikat, hvis angivelsen ikke ledsages af bemærkningen »eller dermed ligestillet« eller en tilsvarende bemærkning. Også henvist til, at det i licitationsbetingelserne var angivet, at entreprenøren skulle foranledige kontrolbesøg fra producenten af det nævnte fabrikat.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 14. juni 2005.

3. februar 2005. Sammenslutningen af Glatførebekæmpende Vognmænd i Nordjyllands Amt ApS mod Nordjyllands Amt

Udbyder frifundet for erstatningskrav fra forbigået tilbudsgiver, da der ikke var årsagssammenhæng mellem udbyderens overtrædelser og tilbudsgiverens tab

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 23. september 2004 i samme sag. Sagen angik et amts udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet af forskellige entrepriser vedrørende snerydning og glatførebekæmpelse på amtets veje.

Ved kendelsen af 23. september 2004 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne a) ved at angive tildelingskri-

teriet forskelligt i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, b) ved at angive i udbudsbetingelserne, at udbyderen forbeholdt sig at indgå aftale på grundlag af de mest hensigtsmæssige kombinationer af de udbudte entrepriser, c) ved i udbudsbetingelserne at forbeholde sig ret til at annullere udbudet helt eller delvist, og d) ved ikke hurtigst muligt at have underrettet samtlige tilbudsgivere om tildelingsbeslutningerne.

Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt nogen af de udbudte entrepriser, og den her resumerede kendelse angår klagerens erstatningskrav. Klageren påstod sig tillagt en erstatning svarende til negativ kontraktsinteresse, dvs. klagerens udgifter ved udformning af tilbud m.m.

Klagenævnet konstaterede, at der ikke var årsagssammenhæng mellem udbyderens overtrædelser og klagerens tab ved forgæves afholdte udgifter, hvorfor udbyderen blev frifundet.

Særligt ad punkt a) henviste Klagenævnet til, at både tilbudsgiverne og udbyderen havde handlet ud fra tildelingskriteriet »laveste pris«. Der havde derfor ikke (som hævdet af klageren) foreligget nogen uklarhed af betydning for tildelingen.

Særligt ad punkt b) henviste Klagenævnet til følgende: Udbyderen havde haft pligt til for hver enkelt entreprise at indgå kontrakt med tilbudsgiveren med den laveste tilbudspris. Klagerens tilbud var kun bindende, hvis klageren fik tildelt alle entrepriser, men klagerens tilbudspris var ikke den laveste for alle entrepriser. Udbyderen havde således ikke handlet i strid med reglerne ved ikke at have tildelt klageren nogen af entrepriserne.

1. marts 2005. BN Produkter Danmark A/S mod Odense Renovationselskab A/S

Erstatning efter negativ kontraktsinteresse til forbigået tilbudsgiver fastsat svarende til tilbudsgiverens udgift til tekniske undersøgelser, der var foranlediget af krav i udbudsbetingelserne i strid med udbudsreglerne. Ikke grundlag for at erstatte tilbudsgiverens interne omkostninger ved udarbejdelse af tilbud eller advokatomkostninger ud over sagsomkostningerne

Kendelsen er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 2. september 2004 i samme sag. Sagen angik et renovationsselskabs udbud efter Indkøbsdirektivet af indkøb af forskellige affaldsbeholdere. Klageren var en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten. Ved kendelsen af 2. september 2004 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på en række punkter.

Efter udbudsbetingelserne skulle nogle minicontainere af glasfiber opfylde nogle nærmere angivne standarder. Klagenævnet konstaterede i kendelsen af 2. september 2004, at disse standarder ikke angik minicontainere i glasfiber, og at det omtalte krav i udbudsbetingelserne derfor var en overtrædelse af Indkøbsdirektivet og gennemsigtighedsprincippet. Den her resumerede kendelse angik et erstatningskrav fra klageren i anledning af den pågældende overtrædelse.

Under Klagenævnets behandling af erstatningskravet uddybede udbyderen et tidligere anbringende om, at de omtalte standarder kunne anvendes på minicontainere af glasfiber. Klagenævnet fastholdt imidlertid, at standarderne ikke kunne anvendes på sådanne containere, og henviste herved bl.a. til, at udbyderen ikke havde tilvejebragt nærmere tekniske

oplysninger om standarderne og deres forhold til containere af glasfiber. Klagenævnet konstaterede herefter, at udbyderen var erstatningsansvarlig over for klageren som følge af den omtalte overtrædelse

Klageren påstod sig tillagt erstatning efter negativ kontraktinteresse, dvs. erstatning af klagerens udgifter i forbindelse med udbudet, og opgjorde erstatningskravet til ca. 106.000 kr. Kravet bestod af følgende poster: a. ca. 60.000 kr. til dækning af klagerens udgift ved afprøvning af containere hos Teknologisk Institut, b. ca. 16.000 kr. til dækning af interne omkostninger ved udarbejdelse af tilbud og c. 30.000 kr. til advokatudgifter m.m. Kravet vedrørende udgiften til Teknologisk Institut angik kun ca. halvdelen af udgiften hertil, idet udbyderen allerede før klagens indgivelse havde betalt den anden halvdel.

Klagenævnet fastsatte erstatningen til beløbet ca. 60.000 kr. til dækning af klagerens udgift til Teknologisk Institut.

Klagenævnet fandt derimod ikke grundlag for at tillægge klageren erstatning vedrørende de øvrige poster i erstatningskravet, idet klagerens interne omkostninger var afholdt som led i klagerens erhvervsvirksomhed, og idet der ikke kunne tillægges klageren beløb til advokatomkostninger m.m. ud over sagsomkostningerne.

2. marts 2005. Pumpex A/S mod Hedensted Kommune

Overtrædelse af Tilbudslovens § 11, stk. 3, ved ikke at angive procedure for forhandlinger med tilbudsgiverne. Overtrædelsen var ikke alene formel, men kunne have haft reel betydning. Tilbudslovens § 12, stk. 1, sigter til den reelle tildelingsbeslutning og ikke kontraktsindgåelsen. Bestemmelsen overtrådt. Prissætning med urette, da tilbudet ikke afveg fra licitationsbetingelserne. Referencer og valg af underentreprenør kunne ikke bruges som underkriterier. Tilbud taget i betragtning trods forbehold, der ikke kunne prissættes med sikkerhed. Tilbudsloven overtrådt ved medregning af en pris to gange. En evalueringsmodel var i strid med Tilbudsloven, da tilbudsgiverne ikke kunne påregne vurdering efter en sådan model.
Annulation

En kommune udbød efter Tilbudsloven forskellige entrepriser i forbindelse med opførelse af to pumpestationer til pumpning af spildevand. Sagen angik en af entrepriserne, benævnt maskin- og rørentreprise, gående ud på levering og montering af spildevandspumper i pumpestationerne m.m. Entreprisen omfattede ikke etablering af spildevandsledninger uden for pumpestationerne, men tilbudsgiverne skulle angive, om deres tilbud forudsatte ændringer i udbyderens projekt vedrørende spildevandsledningerne.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der i henhold til licitationsbetingelserne blev vægtet som anført: Tilbudspris + eventuelle omkostninger vedrørende spildevandsledningerne (40 %), omkostninger ved drift af spildevandspumperne (30 %) samt struktur og overskuelighed af tilbud, design af pumpestation, pris på drifts- og funktionsgaranti, arbejdsmiljø, referencer og valg af underentreprenør (30 %).

Der indkom tilbud fra tre tilbudsgivere, og efter at have ført forhandlinger med tilbudsgiverne indgik udbyderen kontrakt med en af dem. En af de andre tilbudsgivere klagede derefter til Klagenævnet over forskellige forhold.

Den valgte tilbudsgivers tilbudspris var ca. 3,7 mio. kr., medens klagerens tilbudspris var ca. 2,5 mio. kr.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde forhandlet med den valgte tilbudsgiver, men ikke med klageren: Ikke taget til følge, da udbyderen havde forhandlet med klageren.

2) Konstateret, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 11, stk. 3, ved at have forhandlet med klageren og den valgte tilbudsgiver uden på forhånd at tilkendegive, hvilken procedure, der ville blive fulgt for forhandlingerne:

Herved udtalt: Overtrædelsen var ikke alene af formel karakter, men kunne have haft reel betydning. Tilbudslovens § 11, stk. 3, og de uddybende regler i Tilbudsbekendtgørelsens § 11 har til formål at sikre, at tilbudsgiverne behandles ligeligt og får ens chancer under en udbyders forhandlinger med tilbudsgiverne. Sagens oplysninger pegede i retning af, at udbyderen under forhandlingerne havde givet den valgte tilbudsgiver flere muligheder end klageren for at ændre sit tilbud, men hvis udbyderens forhandlinger med tilbudsgiverne var sket i overensstemmelse med de omtalte regler, havde der været rimelig sikkerhed for, at klageren fik samme chancer under forhandlingerne som den valgte tilbudsgiver.

3) Klage over, at udbyderen havde givet den valgte tilbudsgiver mulighed for at nedsætte sin tilbudspris med et nærmere angivet beløb: Ikke taget til følge, da der ikke var fremkommet grundlag herfor.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 12, stk. 1, ved ikke snarest muligt at give klageren underretning om ordretildelingen:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderens beslutning om at tildele den valgte tilbudsgiver kontrakten måtte anses truffet ved en beslutning den 7. oktober 2003 om at arbejde videre med tilbudet fra den valgte tilbudsgiver, og til, at udbyderen først omkring slutningen af november 2003 havde givet klageren underretning om tildelingsbeslutningen. Herved udtalt, at Tilbudslovens § 12, stk. 1, sigter til udbyderens reelle afgørelse af, hvilken tilbudsgiver, der skal have tildelt kontrakten, og ikke til kontraktens indgåelse. Det var uden betydning, at det i licitationsbetingelserne var angivet, at valget af entreprenør først var endeligt ved indgåelse af kontrakt.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 12, stk. 2, ved ikke efter anmodning at have underrettet klageren om det antagne buds egenskaber og relative fordele: Ikke taget til følge, da klageren ikke havde fremsat en sådan anmodning.

6) Klage over, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde lagt afgørende vægt på omkostningerne ved drift af spildevandspumperne, selv om disse omkostninger efter licitationsbetingelserne kun skulle vægtes med 30 %: Ikke taget til følge, da der ikke var fremkommet grundlag herfor.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6 og 8, stk. 1 (om forbud mod forskelsbehandling og tildelingskriterier) ved at have tillagt klagerens tilbudspris et beløb på 75.000 kr. vedrørende »trykstødssikring«, selvom klagerens tilbud opfyldte licitationsbetingelsernes krav vedrørende trykstødssikring:

Taget til følge med henvisning til følgende: Udbyderen havde ikke oplyst, på hvilke punkter klagerens tilbud efter udbyderens opfattelse afveg fra licitationsbetingelserne med hensyn til trykstødssikring, og havde hel-

ler ikke angivet, hvad beløbet 75.000 kr. skulle dække. Endvidere havde Klagenævnet ved at gennemgå klagerens tilbud ikke konstateret afvigelser fra licitationsbetingelserne med hensyn til trykstødssikring. Klagenævnet lagde derfor til grund, at klagerens tilbud ikke afveg fra licitationsbetingelserne som hævdet af udbyderen.

8) Taget op ex officio: Konstateret, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 8, stk. 1, ved at fastsætte referencer og valg af underentreprenør som underkriterier til tildelingskriteriet.

9) Taget op ex officio: Konstateret, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6 ved at angive i licitationsbetingelserne, at der ville blive givet fuldt pointtal ved anvendelse af bestemte underentreprenører.

10) Taget op ex officio: Konstateret, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6 ved at tage tilbudet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom dette tilbud indeholdt en afvigelse fra licitationsbetingelserne med hensyn til projekteringsomkostninger, og selvom denne afvigelse ikke kunne prissættes med den til en prissætning fornødne sikkerhed, dvs. på en måde, der sikrede, at tilbudsgiveren ikke ved afvigelsen tiltog sig fordele på de andre tilbudsgiveres bekostning.

11) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6 og § 8, stk. 1, ved på nærmere angiven måde at medregne tilbudsgivernes priser på drifts- og funktionsgaranti to gange ved sin vurdering af tilbudene.

12) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6 og § 8, stk. 1, ved at vurdere tilbudene på en måde, der var uigennemskuelig for tilbudsgiverne. Herved henvist til følgende: En beregningsmodel, der blev anvendt ved udbyderens vurdering af tilbudene, førte til, at selv meget store forskelle i tilbudspriserne blev opvejet af ret små forskelle med hensyn til de øvrige underkriterier, selvom tilbudsprisen ifølge licitationsbetingelserne skulle vægtes med 40 %. Beregningsmodellen medførte desuden, at tilbudsprisen fik mindre betydning end ellers, hvis tilbudene forudsatte ændringer i projektet for spildevandsledningerne uden for pumpestationerne, også selvom disse ændringer var de samme. Tilbudsgiverne kunne ikke med rimelighed forudse, at tilbudene ville blive vurderet efter en beregningsmodel med disse egenskaber.

Som følge af omfanget og karakteren af udbyderens overtrædelser annullerede Klagenævnet udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

7. marts 2005, Flemming Damgaard ApS mod Helle Kommune

Erstatning efter positiv opfyldelsesinteresse til tilbudsgiver, som udbyder havde haft pligt til at indgå kontrakt med. Erstatningen fastsat med udgangspunkt i dækningsbidrag 18 %, men med en vis reduktion som følge af sparet risiko

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 29. oktober 2004 i samme sag. Sagen angik en licitation efter Tilbudsloven vedrørende tømrer- og snedkerentreprisen ved en ombygning. Klageren var en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten.

Ved kendelsen af 29. oktober 2004 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde begået en række overtrædelser af Tilbudsloven. Klagenævnet udtalte, at udbyderen havde haft pligt til at indgå kontrakt med klageren, da tildelingskriteriet var laveste pris, og da klagerens tilbud havde

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

Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav.

Klagenævnet fastslog, at udbyderen var erstatningsansvarlig over for klageren, og tillagde klageren en erstatning efter positiv opfyldelsesinteresse, svarende til klagerens mistede avance.

Ved fastsættelsen af erstatningens størrelse tog Klagenævnet udgangspunkt i klagerens oplysning om, at klagerens dækningsbidrag udgør 18 % af klagerens omsætning. Klagenævnet henviste herved til, at et dækningsbidrag af denne størrelse er sædvanligt i branchen, og til, at klagerens virksomhed er en mindre virksomhed uden særlige administrationsomkostninger. Klagenævnet henviste videre bl.a. til, at klageren kun i meget begrænset omfang havde haft mulighed for at påtage sig andet arbejde i stedet for den mistede entreprise. Der var således ikke grundlag for at fastslå, at klageren (som hævdede af udbyderen) havde tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt.

Under hensyn til klagerens sparede risiko fastsattes erstatningsbeløbet til 400.000 kr., dvs. noget lavere end klagerens påstand.

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

8. marts 2005. Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S

Erstatning 5 mio. kr. for mistet dækningsbidrag til tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 26. august 2004 i samme sag. Sagen angik et udbud efter Bygge- og anlægsgdirektivet af et større anlægsarbejde. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle underkriterier. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten.

Ved kendelsen af 26. august 2004 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt Bygge- og anlægsgdirektivet og ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbudet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom dette tilbud indeholdt et forbehold, der angik et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Udbyderen havde prissat det pågældende forbehold, men Klagenævnet udtalte yderligere, at udbyderens prissætning ikke gav sikkerhed for, at den valgte tilbudsgiver ikke havde opnået en økonomisk fordel ved at tage forbeholdet. Klagenævnet konstaterede desuden, at nogle af underkriterierne til tildelingskriteriet var udvælgelses-kriterier og derfor var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav.

Klageren gjorde i første række gældende, at udbyderen allerede som følge af overtrædelserne af EU-udbudsreglerne var erstatningsansvarlig. Klageren gjorde i anden række gældende, at udbyderen ved overtrædelserne af EU-udbudsreglerne havde handlet erstatningspådragende efter dansk rets almindelige erstatningsregler.

Udbyderen bestred erstatningspligten og gjorde gældende, dels at en overtrædelse af EU-udbudsreglerne ikke automatisk medfører, at udbyderen er erstatningsansvarlig, dels at de konkrete overtrædelser ikke efter dansk rets almindelige erstatningsregler er erstatningspådragende.

Klagenævnet udtalte: En udbyders overtrædelse af EU-udbudsreglerne medfører ikke automatisk erstatningsansvar, idet erstatningsansvar kun

foreligger, hvis overtrædelsen medfører erstatningsansvar efter dansk rets almindelige erstatningsregler. Udbyderens fejlvurderinger med hensyn til det omtalte forbehold i tilbudet fra den valgte tilbudsgiver og udbyderens fejlagtige prissætning af forbeholdet indebar imidlertid, at udbyderen havde handlet erstatningspådragende over for klageren.

Erstatningen fastsattes til 5 mio. kr. for mistet dækningsbidrag. Der var ikke grundlag for herudover at tillægge klageren erstatning vedrørende de øvrige poster i klagerens erstatningskrav.

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

9. marts 2005. A-1 Communication ved June Iramdane 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 forhandlingsforbudet og af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1. Anmodninger i henhold til artikel 12, stk. 1, behøver ikke være formuleret i overensstemmelse med bestemmelsen. En beslutning om ikke at tage en tilbudsgivers tilbud i betragtning, fordi tilbudsgiveren efter udbyderens opfattelse begik ulovligheder, var saglig

Klagenævnet har ved kendelse af 14. oktober 2004 taget stilling til en anden klage over samme udbud.

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.

Der indkom tilbud fra seks prækvalificerede tolkevirksomheder. Udbyderen holdt derefter møder med alle tilbudsgivere, bortset fra med en tilbudsgiver, hvis tilbud udbyderen anså for uinteressant som følge af tilbudsprisen.

Klageren, A, var en af de tilbudsgivere, som udbyderen holdt møde med. Under mødet med A fik udbyderens repræsentanter imidlertid indtryk af, at A begik ulovligheder i forbindelse med beregningen og udbetalingen af kørselsgodtgørelse til A's tolke. Udbyderen besluttede på denne baggrund ikke at tage A's tilbud i betragtning og indskrænkede sig til at vurdere de tilbageblevne fire tilbud.

Udbyderen konstaterede, at disse 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 dækningsgrader, der var oplyst i de fire tilbud for de vigtigste sprog, i sagen omtalt som prioriterede sprog, og indgik derefter kontrakt med to tilbudsgivere,

der udbyderens opgørelse havde de samlede højeste dækningsgrader for disse sprog.

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

1) Udtalt generelt: Tolkeydelser er ikke omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets udbudspligt. Som konstateret i kendelsen af 14. oktober 2004 førte gennemsigtighedsprincippet imidlertid til, at Tjenesteydelsesdirektivets regler om udbudspligtige tjenesteydelser fandt anvendelse på udbudet, fordi udbyderen havde valgt at foretage udbud efter direktivet uden at tage forbehold.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved at vurdere tilbud på grundlag af deres dækningsgrad for de prioriterede sprog, uden at dette fremgik af udbudsbetingelserne: Erkendt af udbyderen og taget til følge.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt de nævnte regler ved at anvende fejlagtige sprogbetegnelser i listen over prioriterede sprog:

Taget til følge med henvisning til følgende: Klagenævnet havde i kendelsen af 14. oktober 2004 konstateret, at udbyderen havde lagt vægt på dækningsgrader for nogle sprog, der ikke eksisterer, og for nogle sprog, for hvis vedkommende der i hvert fald kan rejses saglig tvivl med hensyn til, om de eksisterer. Der var ikke i den foreliggende sag fremkommet noget, der kunne føre til en ændring af denne konstatering.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet ved at forhandle med tilbudsgivere efter tilbudenens modtagelse:

Taget til følge med henvisning til følgende: Klagenævnet havde i kendelsen af 14. oktober 2004 konstateret, at udbyderen havde forhandlet med tilbudsgivere om pris, og der var ikke i den foreliggende sag fremkommet noget, der kunne føre til en ændring af denne konstatering. Tværtimod var forholdet bestyrket ved oplysninger i den aktuelle sag.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1 (hvorefter udbyderen skal give visse oplysninger efter anmodning fra bl.a. en tilbudsgiver): Taget til følge med henvisning til, at et brev fra klageren med spørgsmål om, hvilke tildelingskriterier, der var anvendt ved tildelingsbeslutningen, måtte forstås som en anmodning i henhold til direktivets artikel 12, stk. 1. Det var derfor en overtrædelse af bestemmelsen, at udbyderen ikke efter modtagelsen af A's brev havde meddelt A, at udbyderen ikke havde taget A's tilbud i betragtning med angivelse af begrundelsen herfor. Herved udtalt, at der ikke kan stilles krav om, at anmodninger i medfør af artikel 12, stk. 1, skal være formuleret i overensstemmelse med bestemmelsen, idet bestemmelsen i så fald reelt ville miste sin betydning. Endvidere udtalt, at Klagenævnet ikke havde anledning til at tage stilling til, om udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet ved ikke at have givet A underretning om udbyderens beslutning om ikke at tage A's tilbud i betragtning, straks efter at beslutningen var truffet.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved ikke at tage A's tilbud i betragtning:

Ikke taget til følge med henvisning til følgende: Udbyderens beslutning om ikke at tage A's tilbud i betragtning var begrundet med, at A's ordning vedrørende kørselsgodtgørelse efter udbyderens opfattelse var ulovlig. Der var ikke grundlag for at anse udbyderens vurdering herom som usag-

lig, og Klagenævnet havde herefter ikke anledning til at tage stillingen til, om ordningen er lovlig.

11. marts 2005, MT Højgaard A/S mod Frederiksberg Boligfond

Ikke pligt til at vægte underkriteriet pris med en bestemt vægt. Gennemsigtighedsprincippet overtrådt ved manglende oplysning om vægtning af forskellige underkriterier. Et underkriterium var rettelig et udvælgelseskræterium, og nogle andre underkriterier var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Udbyder har ikke pligt til at fastsætte vægtningen af underkriterier på et bestemt tidspunkt. En afklarende henvendelse fra udbyder var ikke overtrædelse af forhandlingsforbudet. Hasteprocedure var uberettiget, da behovet for hasteprocedure skyldtes udbyder selv

En ordregiver udbød et stort ombygningsarbejde i et lejlighedskompleks efter Tilbudsloven med tildelingskræterium laveste pris. På et tidspunkt blev udbyderen opmærksom på, at udbyderen havde pligt til at udbyde arbejdet i EU-udbud. Udbyderen annullerede derfor licitationen efter Tilbudsloven og iværksatte et EU-udbud om samme projekt. Tildelingskræteriet var nu det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle underkriterier.

EU-udbudet blev iværksat som hasteprocedure efter Bygge- og anlægsdirektivets artikel 14, stk. 1. Baggrunden herfor var, at ombygningen skulle være færdig inden et bestemt tidspunkt, for at udbyderen kunne opnå nogle offentlige tilskud.

Ved EU-udbudet indkom der konditionsmæssige tilbud fra 2 tilbudsgivere. Udbyderen indgik kontrakt med den ene tilbudsgiver, hvorefter den anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet over forskellige forhold. Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen ved sin vurdering af tilbudene kun vægtede underkriteriet pris med 25 %, idet et underkriterium om pris efter klagerens opfattelse altid skal vægtes med betydelig vægt: Ikke taget til følge, da der ikke er grundlag for at forstå begrebet det økonomisk mest fordelagtige bud som hævdet af klageren.

2) Subsidiær klage over, at udbyderen havde handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet ved ikke på forhånd at oplyse, at underkriteriet pris kun ville blive vægtet med 25 %: Taget til følge med henvisning til, at projektbeskrivelsen i udbudsbetingelserne bl.a. som følge af sin høje detaljeringsgrad bar præg af at være udformet med henblik på et udbud med tildelingskræteriet laveste pris, og at prisen i udbudsbetingelserne var angivet som det højst prioriterede underkriterium. Tilbudsgiverne havde herefter været berettiget til at gå ud fra, at prisen ville spille den væsentligste rolle ved udbyderens vurdering af tilbudene, hvorfor det var i strid med gennemsigtighedsprincippet, at udbyderen ikke i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne havde oplyst, at prisen kun ville blive vægtet med 25 %.

3) Klage over, at udbyderen som underkriterier havde fastsat funktionalitet og æstetik, idet disse underkriterier efter klagerens opfattelse var uegnede som følge af projektbeskrivelsens høje detaljeringsgrad: Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

4) Subsidiær klage over, at udbyderen ved vurderingen af tilbudene havde tillagt underkriterierne funktionalitet og æstetik en vægt på tilsammen 22 %: Taget til følge med henvisning til, at tilbudsgiverne som følge

af projektbeskrivelsens høje detaljeringsgrad havde været berettiget til at forvente, at disse underkriterier ville blive vurderet med en lav vægt. Det var derfor i strid med gennemsigtighedsprincippet, at udbyderen havde vægtet dem med tilsammen 22 % uden at oplyse herom i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.

5) Klage over, at udbyderen som underkriterium havde fastsat planlægnings- og styringsværktøjer: Taget til følge med henvisning til, at dette underkriterium som følge af udbudsbetingelsernes detaljerede angivelser om tidsplaner og dagbudsudløsende tidsterminer var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

6) Klage over, at udbyderen som underkriterium havde fastsat tilbudsgiverens projektorganisation: Taget til følge med henvisning til, at tilbudsgiverens projektorganisation er et udvælgelseskræterium.

7) Klage over, at udbyderen som underkriterium havde fastsat tilbudsgiverens procedure for mangelsafhjælpning: Taget til følge med henvisning til, at dette underkriterium som følge af udbudsbetingelsernes angivelser om mangelsafhjælpning var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

8) Klage over, at udbyderen havde tillagt et underkriterium om tilbudsgiverens beboerhåndtering under ombygningen en vægt på 8 %: Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

9) Klage over udbyderens vurdering af tilbudene med hensyn til underkriteriet beboerhåndtering: Ikke taget til følge, da udbyderens vurdering lå inden for rammerne af det skøn, som en udbyder har ret til at udøve ved tildelingskræteriet det økonomisk mest fordelagtige bud.

10) Klage over en af udbyderen anvendt beregningsmodel for vurderingen af tilbudene: Henvist til, at Klagenævnet havde konstateret, at udbyderen på en række punkter havde overtrådt udbudsreglerne, og udtalt, at Klagenævnet herefter ikke ønskede at tage stilling til dette klagepunkt.

11) Klage over, at udbyderen først væsentligt efter tilbudsfristens udløb havde fastsat den indbyrdes vægtning af underkriteriet til tildelingskræteriet: Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde haft pligt til at fastsætte vægtningen tidligere.

12) Klage over, at udbyderen havde opfordret tilbudsgiverne til at frafalde forbehold, dvs. havde overtrådt forhandlingsforbudet: Ikke taget til følge, da den henvendelse fra udbyderen, der sigtedes til, blot havde haft til formål at få afklaret, om tilbudsgiverne var enige i, at forbehold, der ikke var anført i en forbeholdsliste, var uden retsvirkning.

13) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom tilbudet var ukonditionsræssigt: Udtalt, at Klagenævnet ikke ønskede at tage stilling til denne påstand, idet den var nedlagt ved klagerens replik under den mundtlige forhandling for Klagenævnet, således at udbyderen ikke havde haft tilstrækkelig lejlighed til at forholde sig til den, og idet Klagenævnet ikke fandt anledning til at udsætte sagen for at få forholdet nærmere belyst.

14) Udtalt ex officio, at udbyderen havde overtrådt Bygge- og anlægsdirektivets artikel 14, stk. 1, ved at iværksætte udbudet som hasteprocedure, selvom bestemmelsens betingelser herfor ikke var oplyst. Herved henvist til, at det skyldtes udbyderen selv, at hasteprocedure var nødvendig for at få ombygningen færdig inden udløbet af fristerne for offentligt tilskud, og at direktivets artikel 14 ikke sigter til tilfælde, hvor nødvendigheden af hasteprocedure skyldes ordregiveren selv. Desuden henvist til

EF-domstolens praksis, hvorefter undtagelser i udbudsbetingelserne skal fortolkes snævert.

6. april 2005, SK Tolkeservice ApS mod Københavns Amt

Erstatning til dækning af forbigået tilbudsgivers negative kontraktinteresse. Erstatningen omfattede ikke advokatudgifter og andre udgifter ved sagen for Klagenævnet, da sådanne udgifter er omfattet af sagsomkostningerne. Ikke dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke var bevist eller overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten.

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 14. oktober 2004 i samme sag.

Sagen angik et amts udbud af tolkeydelser efter Tjenesteydelsesdirektivet. Klageren var en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten, og ved den her resumerede kendelse tog Klagenævnet stilling til et erstatningskrav fra klageren.

Ved kendelsen af 14. oktober 2004 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på flere punkter. Af betydning for erstatningsspørgsmålet var kun en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved, at udbyderen havde lagt vægt på tilbudenes dækningsgrad (dvs. grad af leveringssikkerhed) for nogle såkaldt prioriterede sprog, selvom det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at der ville blive lagt vægt herpå, og selvom det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, hvilke sprog, der ville blive prioriteret, og hvorledes prioriteringen ville blive foretaget.

Klageren påstod sig tillagt ca. 5,2 mio. kr. til dækning af mistet fortjeneste ved ikke at have fået ordren, dvs. positiv opfyldelsesinteresse, subsidiært et mindre beløb til dækning af klagerens udgifter ved at afgive tilbud m.m., dvs. negativ kontraktsinteresse.

Klagenævnet fandt, at udbyderen var erstatningsansvarlig over for klageren.

Klagenævnet fandt det ikke bevist eller sandsynliggjort i overvejende grad, at klageren ville have fået tildelt den udbudte tjenesteydelse helt eller delvis, hvis udbyderen ikke havde begået de omtalte overtrædelser, og Klagenævnet fandt herefter ikke grundlag for at tillægge klageren erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse. Klagenævnet henviste herved til, at der ikke var forelagt Klagenævnet en sagkyndig vurdering af tilbudenes sprogangivelser med deraf følgende mulighed for at foretage en korrekt og entydig sammenligning af tilbudenes dækningsgrader.

Klagenævnet fandt derimod, at klageren havde krav på erstatning svarende til negativ kontraktsinteresse, og erstatningen blev skønsmæssigt fastsat til 20.000 kr. Klageren havde gjort gældende, at klageren havde haft udgifter til udarbejdelse af tilbud og til advokat på 300.000 kr. Klagenævnet henviste heroverfor til, at dette beløb var udokumenteret, og at klagerens advokatudgifter og andre udgifter i anledning af sagen for Klagenævnet var omfattet af de sagsomkostninger, der var tillagt klageren ved kendelsen af 14. oktober 2004 og den her resumerede kendelse.

8. april 2005, Danske Arkitektvirksomheder mod Forsvarets Bygningstjeneste

En projektkonkurrence omfattede kontrakt om teknisk rådgivning og bistand, hvorfor særskilt udbud herom ikke var nødvendigt. Bedømmelseskriterierne ved projektkonkurrencer skal være angivet i

udbudsbekendtgørelsen. Der er ved projektkonkurrencer ikke pligt til at offentliggøre en bedømmelse af hver enkelt forslag. Ikke annulation

En offentlig ordregiver udbød efter Tjenesteydelsesdirektivet en projektkonkurrence vedrørende projektering af en nybygning m.m.

Der indkom forslag fra en række prækvalificerede arkitektvirksomheder. Projektkonkurrencens dommerkomité erklærede et af forslagene som vinder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med forslagsstilleren vedrørende teknisk rådgivning og bistand. En arkitektorganisation klagede til Klagenævnet over forskellige forhold, og Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med reglerne om projektkonkurrencer i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13, jf. artikel 11, stk. 3, c, og gennemsigtighedsprincippet ved ikke at have gennemført et selvstændigt udbud vedrørende teknisk rådgivning og bistand:

Ikke taget til følge. Herved henvist til, at det i udbudsbetingelserne var angivet, at honorarforslag vedrørende teknisk rådgivning og bistand indgik i konkurrencen, og at kontrakten vedrørende teknisk rådgivning og bistand skulle tildeles vinderen af konkurrencen. Desuden henvist til, at der bestod en direkte funktionel sammenhæng mellem projektkonkurrencen og kontrakten vedrørende teknisk rådgivning og bistand. Herved henvist til EF-domstolens dom af 14. oktober 2004 i sag C-340/02, Kommissionen mod Frankrig.

2) Subsidiær klage over, at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13 og gennemsigtighedsprincippet som følge af, at tilbudenes forslag til honorar for teknisk bistand og rådgivning indgik som et af dommerkomitéens bedømmelseskriterier, selvom det ikke var angivet i udbudsbekendtgørelsen, at dette ville ske:

Taget til følge med henvisning til, at forholdet ikke med tilstrækkelig tydelighed fremgik af udbudsbekendtgørelsen. Herved henvist til, at det af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 15, stk. 3, jf. artikel 13, stk. 6, fremgår, at dommerkomitéens afgørelser skal vedtages alene ud fra de kriterier, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen.

3) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13 og gennemsigtighedsprincippet som følge af, at et nærmere angivet forhold vedrørende møblering var indgået som bedømmelseskriterium, selvom det ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen (men nok af udbudsbetingelserne), at dette ville ske:

Taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13 og gennemsigtighedsprincippet som følge af, at forslagene ikke blev bedømt i forhold til de fastsatte bedømmelseskriterier:

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag herfor.

Klagenævnet fandt anledning til i forbindelse hermed at bemærke, at der ikke af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13 kan udledes en pligt for dommerkomitéen ved projektkonkurrencer til at offentliggøre en vurdering af hvert enkelt forslag i forhold til hver enkelt bedømmelseskriterium

En påstand fra klageren om annulation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte forslagsstiller om teknisk rådgivning og bistand blev ikke taget til følge, da udbyderens overtrædelser ikke gav grundlag herfor.

12. april 2005, Mariendal El-Teknik ApS mod Nordjyllands Amt

Henvisning til referenceprodukter var uberettiget, da kravene kunne beskrives ved specifikationer. Udbudsbetingelserne måtte fortolkes således, at udbyderen ikke som følge af henvisning til referenceprodukter fik mulighed for efter eget skøn at afvise tilbud som ukonditionsmæssige. For sen underretning til tilbudsgiver

Et amt foretog et offentligt udbud efter Bygge- og anlægsgodkendelsesloven af forskellige fagentrepriser ved opførelsen af en sygehusbygning. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Sagen angik en af entrepriserne, dvs. el-entreprisen. I udbudsbetingelserne for denne entreprise var angivet, at belysningsarmaturer skulle være nærmere angivne produkter. Dette skulle efter sagens oplysninger ikke forstås som et absolut krav om anvendelse af de pågældende produkter.

Udbyderen anså tilbudet med den laveste tilbudspris for ukonditions-mæssigt, fordi nogle af de belysningsarmaturer, der var angivet i tilbudet, efter udbyderens opfattelse adskilte sig for meget fra referenceprodukterne. Udbyderen indgik derfor kontrakt med en af de andre tilbudsgivere. Tilbudsgiveren med den laveste tilbudspris klagede til Klagenævnet, der afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med Bygge- og anlægsgodkendelseslovens artikel 10, stk. 6, og gennemsigtighedsprincippet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte anvendelse af bestemte belysningsarmaturer:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde godtgjort, at det ikke havde været muligt at beskrive de ønskede belysningsarmaturer ved hjælp af nøjagtige og forståelige specifikationer (hvilket efter direktivets artikel 10, stk. 6, er en betingelse). Herved bl.a. henvist til, at nogle fremlagte efterfølgende beskrivelser af referenceprodukternes specifikationer var korte, præcise og letforståelige. Desuden bl.a. udtalt, at det ikke på forhånd havde været klart for tilbudsgiverne, hvilke egenskaber ved referenceprodukterne udbyderen lagde vægt på.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt direktivets artikel 10, stk. 6 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at tage klagerens tilbud i betragtning:

Taget til følge bl.a. med henvisning til, at kravene til belysningsarmaturerne som anført kunne have været beskrevet ved specifikationer, og til, at udbudsbetingelserne måtte fortolkes sådan, at udbyderen ikke havde mulighed for at udnytte de uklarheder, som den valgte fremgangsmåde havde medført, til efter eget skøn at afvise tilbud som ukonditions-mæssige.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Bygge- og anlægsgodkendelseslovens artikel 30, stk. 1, a (om tildelingskriteriet laveste pris) ved at beslutte at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, selvom dennes tilbud ikke havde den laveste tilbudspris:

Taget til følge med henvisning til, at klagerens tilbudspris var den laveste.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Bygge- og anlægsgodkendelseslovens artikel 8, stk. 2 (om pligt for udbyderen til hurtigst muligt at underrette bl.a. tilbudsgivere om ordretildelingen m.m.) ved ikke hurtigst muligt efter beslutningen om ikke at tage klagerens tilbud i betragtning at have underrettet klageren om beslutningen:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderens beslutning om at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt blev truffet den 11. maj 2004 (dvs. i forbindelse med tildelingsbeslutningen), men at udbyderen først – efter henvendelse fra klageren – gav klageren underretning om beslutningen den 15. juni 2004.

18. april 2005, Løgten murer- og entreprenørforretning A/S mod Århus Kommune

Overtrædelse af Tilbudslovens § 6 og § 12 og gennemsigtighedsprincippet ved annullation af licitation uden saglig grund og ved angivelse af urigtig og usaglig begrundelse for annullationen. Nogle tilbudsforbehold angik ikke grundlæggende elementer. Det var ikke en overtrædelse af Tilbudsloven, at udbyderen anså en beløbsangivelse i et tilbud for en skrivefejl og forhøjede tilbudsprisen i konsekvens heraf

En kommune iværksatte offentlige licitationer efter Tilbudsloven af fagentrepriserne ved et byggeri. Sagen angik en af fagentrepriserne, nemlig murerentreprisen. Tildelingskriteriet var laveste bud.

Der indkom et antal tilbud. Tilbudet fra en tilbudsgiver, B, havde laveste tilbudspris, medens tilbudet fra en tilbudsgiver, L, havde næstlaveste tilbudspris.

Efter tilbudenenes modtagelse annullerede udbyderen licitationen og angav over for tilbudsgiverne, at grunden til annullationen var forhold i lavestbydendes tilbud. Senere tilkendegav udbyderen over for L's advokat, at grunden til annullationen var, at ingen af tilbudene lå inden for udbyderens økonomiske ramme for murerentreprisen.

Udbyderen iværksatte en ny licitation vedrørende murerentreprisen. Også ved den nye licitation var B lavestbydende og L næstlavestbydende. Udbyderen indgik derefter kontrakt med B.

L klagede til Klagenævnet. Det fremgik af oplysningerne for Klagenævnet, at annullationen af den første licitation havde sammenhæng med en misforståelse hos udbyderens tekniske rådgiver med hensyn til størrelsen af den økonomiske ramme for murerentreprisen. Det fremgik dog yderligere, at annullationen tilsyneladende også havde sammenhæng med ønsker hos udbyderen om at finansiere nogle inventaranskaffelser ved besparelser i murerentreprisen.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 12, stk. 1 (om pligt til underretning af tilbudsgiverne om ordretildelingen m.m.) og gennemsigtighedsprincippet ved ikke ved annullationen af den første licitation at have angivet overskridelse af den økonomiske ramme som begrundelsen for annullationen, selvom det var dette, der var begrundelsen:

Taget til følge med henvisning til, at det af Tilbudslovens § 12, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet følger, at en udbyder hurtigst muligt efter en beslutning om annullation af en licitation skal give den korrekte begrundelse for beslutningen.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6, stk. 1 (om forbud mod forskelsbehandling) ved at have annulleret den første licitation uden saglig grund:

Taget til følge med henvisning til (stærkt sammentrængt og noget forenklet gengivet), at det ikke var godtgjort, at tilbudene ved den første licitation overskred udbyderens økonomiske ramme for murerentreprisen.

Klagenævnet for Udbud, Danmark

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6, stk. 1, og § 12, stk. 1, ved ved annullationen af den første licitation at have givet en usaglig begrundelse for den, dvs. forhold i lavestbydendes bud, jf. ovenfor:

Taget til følge med henvisning til, at en sådan begrundelse er usaglig, og at udbyderens forskellige forklaringer på, hvad begrundelsen dækkede over, ikke kunne føre til andet resultat.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage B's tilbud ved den anden licitation i betragtning, selvom dette tilbud ikke som foreskrevet i licitationsbetingelserne omfattede en elevator og en ståltrappe:

Ikke taget til følge med henvisning til, at disse afvigelser ikke under en licitation som den foreliggende kunne betragtes som forbehold om grundlæggende elementer, og at udbyderen kunne prissætte afvigelserne med tilstrækkelig sikkerhed.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage B's tilbud ved den anden licitation i betragtning, selvom dette tilbud på et nærmere angivet punkt angav et klart fejlagtigt lavt beløb, og selvom tilbudet ikke omfattede nogle ydelser i henhold til et rettelsesblad:

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde overtrådt Tilbudsloven ved at anse den omtalte beløbsangivelse for en skrivefejl og forhøje B's tilbud på dette punkt, og med henvisning til, at B's tilbud omfattede ydelserne i henhold til rettelsesbladet.

6) Klage over, at udbyderen ikke ved den anden licitation havde prissat nogle punkter i B's tilbud:

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag for at anse de pågældende punkter som forbehold.

7) Klage over, at udbyderen ikke ved den anden licitation havde indgået kontrakt med L:

Ikke taget til følge, da der efter afgørelsen vedrørende punkterne 4) - 6) ikke var grundlag herfor.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 30. september 2005.

3. maj 2005. Taxa Stig ved Stig Marcussen mfl. mod Vestsjællands Amt

Hverken 1. kontroldirektiv eller Lov om Klagenævnet for Udbud medførte pligt til at opsigge en kontrakt indgået i strid med Tjenesteydelsesdirektivet. Frifindelse for erstatning, da der ikke var lidt tab

Et amt indgik den 20. december 2001 aftale med et redningskorps om udførelse af akut ambulancekørsel, liggende patienttransport og siddende patienttransport for perioden 2002-2007.

Ved kendelser af 8. april og 28. april 2003 statuerede Klagenævnet på grundlag af klager fra nogle hyrevognsorganisationer, at amtet havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at indgå aftalen med redningskorpset uden forudgående EU-udbud.

Senere klagede nogle hyrevognmænd til Klagenævnet over, at amtet ikke som følge af Klagenævnets kendelser havde opsagt kontrakten med redningskorpset og iværksat EU-udbud. Ved den her resumerede kendelse tog Klagenævnet stilling til denne klage.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge. Klagenævnet udtalte, at 1. kontroldirektiv ikke medfører pligt for de ordregivende myndigheder til i en

situation som den foreliggende at opsigte den indgåede kontrakt og foretage EU-udbud. Klagenævnet henviste herved bl.a. til 1. kontroldirektivs artikel 2, stk. 6, hvorefter virkningen af et klageorgans afgørelser fastlægges efter national ret. Klagenævnet henviste videre til, at Lov om Klagenævnet for Udbud ikke indeholder regler, der medfører pligt for en ordregiver, som har indgået en kontrakt i strid med de EU-retlige udbudsregler, til at opsigte kontrakten.

Klagerne havde yderligere nedlagt påstand om erstatning, og Klagenævnet udtalte om erstatningsspørgsmålet:

Som følge af det manglende EU-udbud i 2001 var amtet erstatningsansvarligt over for klagerne som potentielle tilbudsgivere under det EU-udbud, der skulle have været gennemført dengang. Klagenævnet lagde imidlertid til grund, at amtet under et sådant udbud i 2001 ville have udbudt akut ambulancekørsel, liggende patienttransport og siddende patienttransport samlet, og at klagerne ikke havde haft mulighed for at afgive tilbud på ambulancekørsel og dermed ikke havde haft mulighed for at afgive tilbud overhovedet. Amtets overtrædelse havde derfor ikke påført klagerne noget tab, hvorfor amtet blev frifundet for erstatningspåstanden.

Østre Landsrets dom af 22. december 2008 i Ugeskrift for Retsvæsen 2008 s. 1331 Ø angår samme udbud.

7. juni 2005. Bladt Industries A/S mod Storebælt A/S

Når en udbyder har prissat et forbehold i et tilbud om manglende opfyldelse af et holdbarhedskrav, skal udbyderen ved den efterfølgende vurdering af tilbudene i relation til et fastsat underkriterium om projektets kvalitet anse det pågældende tilbud for at opfylde holdbarhedskravet. Ikke annullation

Storebæltsforbindelsen udbød som begrænset udbud i henhold til Indkøbsdirektivet projektering og levering af skinnemonterede inspektionsplatforme til Vestbroen. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle underkriterier, bl.a. »projektforslaget«.

Der indkom tilbud fra nogle prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over forskellige forhold, og Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde anset klagerens tilbud for at indeholde et forbehold i forhold til udbudsbetingelsernes krav om køreskinnernes holdbarhed: Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

2) Subsidiær klage over, at udbyderen havde prissat det under punkt 1) nævnte forbehold for højt: Ikke taget til følge bl.a. med henvisning til, at det havde påhvilet udbyderen at prissætte forbeholdet sådan, at de konstruktionsændringer, som var nødvendige for, at tilbudet opfyldte kravet om konstruktionens holdbarhed, med sikkerhed kunne udføres for prissætningsbeløbet. Herved henvist til, at udbyderen havde foretaget prissætningen på grundlag af oplysninger fra leverandører om markedspriser uden rabatter.

3) Subsidiær klage over, at udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7 (om forbud mod forskelsbehandling) ved til trods for først at have foretaget den skete prissætning af forbeholdet vedrørende køreskinnernes holdbarhed alligevel ved den efterfølgende vurdering af tilbudene at have lagt vægt på den manglende holdbarhed af de tilbudte køreskinner: Taget til følge med henvisning til, at udbyderen efter pris-

sætningen skulle lægge til grund, at klagerens tilbud opfyldte udbudsbetingelsernes krav med hensyn til køreskinnernes holdbarhed, da prissætningen byggede på de ekstraomkostninger, der ville være forbundet med at gøre skinnerne holdbare som foreskrevet i udbudsbetingelserne.

4) Klage over, at udbyderen ved vurderingen af tilbudene havde tildelt klagerens tilbud et for lavt pointtal, og at udbyderen havde indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver, selvom dennes tilbud ikke var det økonomisk mest fordelagtige:

Klagenævnet udtalte, at nogle angivelser i klagerens tilbud var udtryk for afvigelser fra udbudsbetingelserne og derfor skulle anses som forbehold, og at udbyderen skulle have prissat disse forbehold, når udbyderen tog klagerens tilbud i betragtning. Det var i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7 (om forbud mod forskelsbehandling), at udbyderen blot havde ladet de pågældende forhold indgå i sin vurdering af klagerens tilbud i henhold til tildelingskriteriet. Det var desuden i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, at udbyderen havde givet den valgte tilbudsgiver adgang til at ændre sit tilbud.

Klagenævnet fandt imidlertid ikke grundlag for at fastslå, at de nævnte forhold havde haft afgørende betydning for den endelige pointtildeling, og Klagenævnet fandt bl.a. derfor ikke grundlag for at anse udbyderens vurdering af de to tilbud som en overtrædelse af udbudsreglerne. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

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

14. juni 2005. HP Gruppen A/S af 1953 mod Hjørring Kommune

Erstatning 2 mio. kr. til dækning af positiv opfyldelsesinteresse til tilbudsgiver, som udbyder havde haft pligt til at indgå kontrakt med

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 31. januar 2005 i samme sag. Sagen angik en kommunes licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende en ombygning. Tildelingskriteriet var laveste pris. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten.

Ved kendelsen af 31. januar 2005 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven på forskellige punkter, herunder at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven ved ikke at indgå kontrakt med klageren, hvis tilbud havde den laveste tilbudspris efter korrekt prissætning af et forbehold i den valgte tilbudsgivers tilbud.

Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav. Klagenævnet udtalte, at udbyderen havde handlet erstatningspådragende over for klageren, og at klagerens tab var den positive opfyldelsesinteresse. Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 2 mio. kr. på grundlag af klagerens opgørelse af dækningsbidrag og med hensyntagen til, at klageren var frigjort for risikoen ved gennemførelse af en entreprise.

17. juni 2005. Gladsaxe Kommune mod Den selvejende institution Hareskovbo mfl.

Nogle etaper af en ombygning, hvis værdi tilsammen oversteg tærskelværdien, skulle anses for ét projekt. Der skulle derfor ske EU-udbud vedrørende en enkelt etape, hvis værdi ikke i sig selv nåede op på tærskelværdien. Det var uden betydning, at de enkelte etaper skulle udføres

af særskilte afdelinger af samme boligorganisation, da boligorganisationen stod for den overordnede planlægning og koordinering. Annullation

En almen boligorganisation, der ejede og drev et plejehjem, besluttede at omdanne plejehjemmet til plejeboliger på grundlag af en lovgivning om omdannelse af visse plejehjem til plejeboliger. Omdannelsen forudsatte en større ombygning af plejehjemmet, og denne ombygning blev projekteret i 5 etaper. I overensstemmelse med lovgivningen om almene boliger blev der oprettet særskilte afdelinger af boligorganisationen til at stå som bygherrer for hver af de 5 etaper.

Efter at etape 1 var blevet gennemført, blev der indgået kontrakt med et arkitektfirma om totalrådgivning vedrørende etape 2. Kontrakten blev indgået mellem arkitektfirmaet på den ene side og boligorganisationen og den afdeling, der skulle være bygherre for den pågældende etape, på den anden side. Arkitektfirmaets honorar blev i kontrakten angivet til et beløb, der lå under Tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi.

Den kommune, som boligorganisationen hører under, klagede til Klagenævnet over, at aftalen med arkitektfirmaet var indgået uden forudgående EU-udbud.

Klagenævnet udtalte, at der var en sådan indholdsmæssig og tidsmæssig sammenhæng mellem etaperne 2-5, at de udgjorde et projekt og derfor skulle anses for én anskaffelse i relation til tærskelværdiberegningen. Da værdien af arkitektopgaverne vedrørende etaperne 2-5 oversteg Tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi, var der herefter pligt til at iværksætte EU-udbud af arkitektopgaverne vedrørende etape 2. Det var uden betydning, at kontrakterne om arkitektudelserne skulle indgås tidsmæssigt forskudt. Det var også uden betydning, at aftalerne skulle indgås med hver sin selvstændige juridiske person (boligorganisationsafdeling). Klagenævnet henviste herved til, at boligorganisationen stod for den overordnede planlægning og koordinering og var indstillet på at sammenlægge de nystiftede afdelinger efter ombygningen. Nogle lokalplanmæssige forhold var ligeledes uden betydning.

Klagenævnet annullerede beslutningen om at indgå kontrakt med arkitektfirmaet med hensyn til etape 2.

4. juli 2005. J.A. Mortensen Inventar og Bygning A/S mod Kulturministeriet

Frifindelse for erstatningskrav trods konstateret erstatningsgrundlag, fordi tabet vedrørte perioden, efter at erstatningsgrundlaget var bortfaldet på grund af egen skyld hos klageren

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 22. marts 2004 i samme sag. Kulturministeriet havde gennemført 10 licitationer efter Tilbudsloven vedrørende 10 entrepriser i forbindelse med ombygning af en ejendom, og Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 22. marts 2004, at ministeriet i forbindelse med gennemførelsen af disse 10 licitationer havde handlet i strid med Tilbudsloven, idet ministeriet i licitationsbetingelserne havde anført, at ministeriet også var bygherre for en yderligere 11. entreprise om indretning af den pågældende bygning, om hvilket der på et senere tidspunkt skulle iværksættes en 11. licitation.

I den her resumerede kendelse fastslog Klagenævnet, at denne overtrædelse indebar, at ministeriet var erstatningsansvarligt over for klageren, som under den senere 11. licitation havde afgivet tilbud ud fra den

opfattelse, at det var ministeriet, der var bygherre også vedrørende denne 11. entreprise.

Klagenævnet konstaterede imidlertid yderligere, at det af licitationsbetingelserne ved den 11. licitation, der blev iværksat ca. et halvt år efter de første 10 licitationer, tilstrækkeligt klart fremgik, at det ikke var ministeriet, men en privat institution, som skulle have entreprisen udført, og som derfor gennemførte licitationen. På denne baggrund konstaterede Klagenævnet, at klageren efter modtagelsen af licitationsbetingelserne vedrørende den 11. licitation havde udvist en egen skyld, der medførte, at ministeriets erstatningsansvar alene omfattede perioden indtil udsendelsen af licitationsbetingelserne vedrørende den 11. licitation.

Da de tab, som klageren gjorde gældende principalt med udgangspunkt i positiv opfyldelsesinteresse, subsidiært med udgangspunkt i negativ kontraktsinteresse, begge var forårsaget af klagerens handlinger efter, at klageren havde modtaget licitationsbetingelserne vedrørende den 11. licitation, var der ingen årsagssammenhæng mellem det konstaterede erstatningsgrundlag og de påberåbte tab, og Klagenævnet frifandt derfor ministeriet.

Da klageren kunne have erstatningskrav såvel mod ministeriet som mod den private institution, da ministeriet og den private institution under licitationerne og byggerierne havde samme tekniske rådgiver, og da ministeriets fejl var begået af den tekniske rådgiver, overvejede Klagenævnet, om der var en sådan sammenhæng mellem klagerens to erstatningskrav, at erstatningskravene skulle behandles samlet ved domstolene, hvilket ville indebære, at klagerens erstatningskrav mod ministeriet ikke var omfattet af Klagenævnets kompetence. Det var dog Klagenævnets vurdering, at der ikke var en sådan sammenhæng, og Klagenævnet afviste derfor ikke klagerens erstatningskrav mod ministeriet.

7. juli 2005. Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab af 1956, afd. 8 mfl.

Erstatning af positiv opfyldelsesinteresse fastsat som svarende til nettofortjenesten. Solidarisk ansvar for flere udbydere. Der kunne ikke lægges vægt på hypotetiske indsigelser fra udbyderne om, at de kunne have annulleret udbudet m.m. Efter sagens udfald i forhold til påstanden ikke tillagt sagsomkostninger

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 16. december 2004. Sagen angik et udbud i henhold til Indkøbsdirektivet af indkøb af vand- og energimålere m.m., iværksat af et antal afdelinger i almene boligorganisationer. Klageren var en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten. Ved kendelsen af 16. december 2004 konstaterede Klagenævnet, at udbyderne havde overtrådt Indkøbsdirektivet på en række punkter, og Klagenævnet annullerede udbydernes beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav.

Klagenævnet udtalte, at udbyderne som følge af overtrædelserne var erstatningsansvarlige over klageren, og at erstatningsansvaret var solidarisk efter dansk rets almindelige regler om flere skyldners hæftelse. Klagenævnet henviste videre til, at udbydernes tekniske rådgiver ved sin vurdering af tilbudene havde tildelt klagerens tilbud langt flere points end det eneste andet tilbud, der måtte tages i betragtning, og at det derfor i det mindste var overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået tildelt

kontrakten, hvis udbydere ikke havde begået de konstaterede overtrædelser. Udbydere var herefter erstatningsansvarlige over for klageren til dækning af dennes positive opfyldelsesinteresse.

Udbydere påberåbte sig bl.a., at de kunne have annulleret udbudet eller have delt de udbudte indkøb m.m. mellem flere tilbudsgivere. Klagenævnet fandt disse forhold uden betydning og henviste herved til, at hvis der skulle lægges vægt på hypotetiske indsigelser af den pågældende karakter, ville der reelt aldrig kunne tillægges en forbigået tilbudsgiver erstatning af positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren havde opgjort den positive opfyldelsesinteresse til ca. 2 mio. kr. Ved beregningen af dette beløb fratrak klageren ikke faste omkostninger med henvisning til, at klageren fik dækket sine faste omkostninger ved andre opgaver. Klagenævnet udtalte, at klagerens opgørelse af den positive opfyldelsesinteresse ikke opfyldte den erstatningsretlige betingelse om påregnelighed, og at erstatningen af klagerens positive opfyldelsesinteresse ud fra almindelige principper for erstatningsfastsættelse skulle fastsættes som svarende til den nettofortjeneste, klageren var gået glip af. I mangel af nærmere dokumentation herfor fastsattes erstatningen skønsmæssigt til 250.000 kr.

Efter sagens udfald i forhold til påstanden tillagdes der ikke klageren sagsomkostninger vedrørende Klagenævnets behandling af erstatningspåstanden.

Opretholdt ved Vestre Landsrets dom af 6. marts 2007 i sag B-1923-05, men erstatningen forhøjet ved dommen.

14. juli 2005. Sammenslutningen Nabofronten mod Biogasanlæg ved Lis Jørgensen mod Østkraft Produktion A/S

Klage over manglende EU-udbud fra en sammenslutning af personer afvist, da sammenslutningen ikke var en juridisk person, og da medlemmerne af sammenslutningen ikke var potentielle tilbudsgivere og derfor ikke havde retlig interesse i at klage

Et forsyningsselskab indgik kontrakter med en leverandør om levering af et biogasanlæg og et bierek-separationsanlæg (et anlæg, der omdanner organisk affald til gødning m.m.). En sammenslutning af borgere med bopæl i nærheden af det planlagte biogasanlæg klagede til Klagenævnet over, at kontrakterne var indgået uden forudgående EU-udbud.

Klagenævnet afviste klagen. Klagenævnet henviste herved dels til, at sammenslutningen af borgere ikke var en juridisk person, dels til at de enkelte borgere i sammenslutningen ikke var potentielle tilbudsgivere under et udbud og derfor ikke havde retlig interesse i at klage, jf. § 4, stk. 1 i Lov om Klagenævnet for Udbud.

2. september 2005. Tipo Danmark A/S mod Københavns Kommune

Ved udbud af en tjenesteydelse omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets bilag I B gælder ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Direktivets regler om tildelingskriterier og forhandlingsforbudet gælder derimod ikke. Direktivet er ikke til hinder for, at udbyderen under et sådant udbud tillader en virksomhed at indtræde i en anden virksomheds tilbud, såfremt ligebehandlingsprincippet overholdes

Sagen angik tjenesteydelsen forsøg med supervision af autistiske børn. Denne tjenesteydelse er omfattet af bilag I B til Tjenesteydelsesdirektivet. En kommune anmodede nogle virksomheder om at afgive tilbud på tjene-

steydelsen, og efter der var indkommet tilbud, besluttede kommunen at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En af de andre tilbudsgivere klagede derefter til Klagenævnet.

Udbyderen påstod klagen afvist med den begrundelse, at klageren ikke havde afgivet et konditionsmæssigt tilbud og derfor ikke havde interesse i at få Klagenavnets afgørelse. Klagenævnet tog imidlertid klagen under behandling med henvisning til, at klageren som deltager i udbudet havde retlig interesse i at klage, jf. § 4, stk. 1, nr. 1 i Lov om Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke at have fastsat, hvilke kriterier, der fandt anvendelse ved fordelingen af kontrakten:

Ikke taget til følge. Herved henvist til, at Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 (om tildelingskriterier) ikke fandt anvendelse. Desuden bl.a. henvist til, at det fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbudenes opfyldelse af nogle krav til ydelsen og af en oplyst økonomisk ramme fungerede som tildelingskriterier. Det var uden betydning, at disse tildelingskriterier ikke var prioriteret eller vægtet.

Udtalt, at udbyderen skulle overholde bl.a. ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, uden at der først var givet klageren adgang til forhandling:

Ikke taget til følge, da udbyderen havde haft grundlag for at vurdere, at yderligere forhandlinger med klageren var formålsløse.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbudet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom denne tilbudsgiver modtager støtte fra den norske stat:

Ikke taget til følge. Herved henvist til, at det ikke var oplyst, at den valgte tilbudsgiver modtager en statsstøtte, der gav mulighed for at afgive tilbud væsentligt under de andre tilbud, eller at der i øvrigt forelå omstændigheder, der var udtryk for en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbudet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom dette tilbud indeholdt forbehold vedrørende tre grundlæggende elementer i udbudsbetingelsernes kravspecifikation:

Ikke taget til følge med henvisning til, at den valgte tilbudsgivers tilbud var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne på to af de nævnte punkter, og til, at det fremgik af udbudsbetingelserne, at kravspecifikationen var fravigelig.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at ændre udbudsbetingelserne efter, at udbyderen havde afvist klagerens tilbud, uden at give klageren lejlighed til at ændre sit tilbud eller afgive nyt tilbud.

Ikke taget til følge, da udbyderen som ovenfor nævnt havde haft grundlag for at vurdere, at yderligere forhandlinger med klageren var formålsløse.

6) Klage over at udbyderen havde overtrådt forhandlingsforbudet ved at have forhandlet med den valgte tilbudsgiver:

Ikke taget til følge, da forhandlingsforbudet ikke gælder med hensyn til tjenesteydelser, der er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets bilag I B, og da der ikke var grundlag for at fastslå, at forhandlingerne med den valgte tilbudsgiver var gennemført i strid med ligebehandlingsprincippet.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at beslutte at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, selvom denne ikke var blevet anmodet om at deltage i udbudet:

(Dette klagepunkt sigtede til, at den valgte tilbudsgiver efter udbydere ns anmodning om at afgive tilbud blev organiseret i aktieselskabsform, og at det var aktieselskabet, som udbyderen indgik kontrakt med.)

Ikke taget til følge. Herved henvist til, at Tjenesteydelsesdirektivet ikke er til hinder for, at en udbyder under et udbud, der er omfattet af direktivets bilag I B, tillader en virksomhed at indtræde i en anden virksomheds tilbud, såfremt ligebehandlingsprincippet overholdes. Endvidere bl.a. henvist til, at det ikke havde haft betydning for tilbudsgivernes indbyrdes stilling under udbudet, i hvilken juridisk form tilbudsgiverne var organiseret.

7. september 2005. Dansk Byggeri mod Vejle Kommune

Et bagatelagtigt forhold var ikke en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, og der måtte indrømmes en fejlmargen med hensyn til en opgørelse, der efter sin karakter nødvendigvis måtte være behæftet med usikkerhed. Nogle erkendte fejl. En ordregiver kan kun overlade en udbudspligtig ydelse til et selskab uden EU-udbud, hvis ordregiveren ejer og kontrollerer selskabet 100 %

En kommune udbød som begrænset udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet en tjenesteydelse bestående af vedligeholdelse og drift af veje og parker i kommunen. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af forskellige underkriterier. Et af underkriterierne var tilbudsprisen, der ville blive vægtet med 75 %.

Arbejdet var hidtil blevet udført af et aktieselskab, E, som kommunen ejede sammen med en anden kommune, og som havde til formål at udføre anlæg, drift og vedligeholdelse af veje og parker.

I udbudsbetingelserne var angivet, at kommunen havde truffet bestemmelse om, at reglerne i virksomhedsoverdragelsesloven skulle finde anvendelse ved tjenesteydelsens overgang til en anden tjenesteyder end E. Det var videre angivet, at der i givet fald fra E skulle overtages de medarbejdere, der hos E udelukkende eller i væsentlig grad havde været beskæftiget med de udbudte arbejdsopgaver. Dette sigtede til de af E's medarbejdere, der havde været beskæftiget med de udbudte opgaver i mere end 50 % af deres arbejdstid. Udbudsbetingelserne angav nærmere, at der skulle overtages 25 medarbejdere fra E, og disse medarbejders lønninger var angivet.

Der indkom tilbud fra E og nogle andre tilbudsgivere. Tilbudsprisen i E's tilbud var langt lavere end de øvrige tilbudspriser. Udbyderens bedømmelse af tilbudene førte derfor til, at E's tilbud var det økonomisk mest fordelagtige, hvorfor udbyderen traf beslutning om at indgå kontrakt med E.

En organisation, der er klageberettiget i henhold til Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud, klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet.

Til brug for sagen for Klagenævnet udarbejdede E en specificeret for-tegnelse over de omtalte 25 medarbejdere. Under den mundtlige forhand-ling for Klagenævnet udtalte en repræsentant for kommunen bl.a., at op-gaven kunne have været tildelt E uden EU-udbud.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke at have underrettet de bydende, om hvilken af-gørelse, der var truffet med hensyn til kontraktstildelingen:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

2) Klage over, at udbyderen ikke som foreskrevet i direktivets artikel 16, stk. 1, havde sendt Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Offici-elle Publikationer en meddelelse om kontraktsindgåelsen i henhold til ud-budet:

Erkendt af udbyderens og taget til følge.

3) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med ligebehand-lingsprincippet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved at angive i udbudsbetingelserne, at der fra E skulle overtages 25 medarbejdere, selvom flere af disse ikke i væsentlig grad havde været beskæftiget med de udbudte opgaver.

Dette klagepunkt sigtede navnlig til følgende: Af den specificerede for-tegnelse over de 25 medarbejdere, som E havde udarbejdet til brug for Klagenævnet, fremgik, at fire af de 25 medarbejdere havde været beskæf-tiget med de udbudte opgaver med henholdsvis 48 %, 47 %, 48 % og 50 % af deres arbejdskraft og derfor ikke have været beskæftiget med opga-verne med mere end 50 % af deres arbejdskraft.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til, at forholdet var bagatelagtigt, og at en opgørelse af den pågældende karakter nødven-digvis må være forbundet med usikkerhed, således at der må indrømmes en fejlmargen. Klagenævnet ønskede endvidere ikke at efterprøve afgørel-sen i enkeltheder og herunder tage stilling til visse påberåbte fejl i opgø-relsen.

Klagenævnet fandt anledning til yderligere at bemærke følgende:

a) Klagenævnet kunne ikke tiltræde udtalelsen fra en repræsentant for kommunen om, at opgaven kunnet have været tildelt E uden EU-udbud. Klagenævnet henviste herved til nogle domme fra EF-domstolen, der må forstås sådan, at en ordregiver kun kan overlade en udbudspligtig ydelse til et selskab uden EU-udbud, hvis ordregiveren ejer og kontrollerer det pågældende selskab 100 %. Denne betingelse var ikke opfyldt med hen-syn til E.

b) Klagenævnet havde foreslået klageren at affatte klagepunktet som sigtende til følgende: Om E havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at angive i udbudsbetingelserne, at der skulle overtages 25 medarbejdere fra E, selvom der hos E var medgået et mindre antal årsværk end dette til arbejdets udførelse.

Klageren havde imidlertid ikke ønsket at udforme klagepunktet såle-des, og Klagenævnet fandt ikke tilstrækkelig anledning til at tage spørgs-målet op ex officio.

13. september 2005. Navigent A/S mod Arbejdsmarkedsstyrelsen

Udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet med tildelingskriterium det øko-nomisk mest fordelagtige bud. Forskellige klagepunkter ikke taget til følge. Det var ikke i strid med direktivet, at to underkriterier var prioriteret

sideordnet. Det kan ikke udelukkes, at et forhold både kan være en kvalifikationsbetingelse og et underkriterium. Der er ikke krav om, at prisen skal vægtes med en vis større procentdel

Arbejdsmarkedsstyrelsen udbød som begrænset udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet tjenesteydelsen administration af »Det sociale Indeks«, dvs. et værktøj til at måle, i hvilken udstrækning virksomheder og institutioner udviser socialt engagement. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af fem underkriterier, der var angivet i prioriteret rækkefølge. Bortset fra et underkriterium om tilbudsprisen var underkriterierne opdelt i en række delkriterier.

Efter at udbyderen havde indgået kontrakt med en af tilbudsgiverne, klagede en anden tilbudsgiver til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet. Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at nogle af underkriterierne indeholdt et delkriterium om tilbudsgiverens eventuelle forbehold over for visse dele af udbudsbetingelserne:

(Klagepunktet sigtede til, at der som følge af dette delkriterium efter klagerens opfattelse ikke kunne sondres mellem tilbudsgivere, der ikke havde taget forbehold.)

Ikke taget til følge. Herved henvist til, at de underkriterier, der indeholdt det omtalte delkriterium, også indeholdt andre delkriterier, og at det forhold, at vurderingen med hensyn til det omtalte delkriterium kunne falde ens ud for flere tilbudsgivere, ikke var ensbetydende med, at delkriteriet ikke var egnet til at indgå i et underkriterium til tildelingskriteriet.

2) Klage over, at udbyderen som delkriterium havde fastsat »CV'er for så vidt angår tilbudte medarbejders konkrete erfaring med tilsvarende eller lignende opgaver«, idet dette er et udvælgelseskriterium:

Ikke taget til følge. Herved henvist til, at det ikke er udelukket, at et forhold både kan være en kvalifikationsbetingelse og et underkriterium til tildelingskriteriet det økonomiske mest fordelagtige tilbud. Endvidere henvist til, at den udbudte tjenesteydelse efter sin særlige beskaffenhed var afhængig af erfaringen hos de medarbejdere, der skulle arbejde med opgaven. Det omtalte delkriterium var derfor egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2 (hvorefter underkriterier så vidt muligt skal angives efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først) ved at lade to af underkriterierne vægte sideordnet:

Ikke taget til følge med henvisning til, at de fem underkriterier var angivet i prioriteret rækkefølge. Det var ikke i strid med artikel 36, stk. 2, at to af underkriterierne var angivet sideordnet.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, som følge af, at tilbudsprisen var angivet som 5. underkriterium og dermed var prioriteret lavest:

Ikke taget til følge. Herved henvist til, at der ikke er krav om, at prisen skal vægte med en vis større procentdel, og at det i det konkrete tilfælde af nærmere angivne grunde havde været sagligt korrekt at tillægge underkriteriet om pris mindst betydning.

5) Klage over, at udbyderen havde anvendt en bedømmelsesmodel, der ikke omfattede alle delkriterier, og som ikke vægtede de enkelte delkriterier i overensstemmelse med udbudsbetingelserne:

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag for at fastslå, at udbyderen havde handlet således.

6) Klage over, at udbyderen havde lagt vægt på et delkriterium vedrørende tidsforbrug og opgavefordeling mellem de involverede medarbejdere, selvom det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at der skulle gives oplysning herom:

Ikke taget til følge, da forholdet var dækket af et delkriterium om tilbudsgiverens beskrivelse af sine arbejdsrutiner.

7) Klage over, at udbyderen havde lagt vægt på et delkriterium om størrelsen af tilbudsgiverens eget netværk, selvom et sådant delkriterium ikke var angivet i udbudsbetingelserne og heller ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, da kriteriet var et udvælgelses-kriterium:

Ikke taget til følge, da forholdet var dækket af et delkriterium om tilbudsgivers strategi for opfyldelse af hovedmålsætningen, der gik ud på at udbrede kendskabet til og brugen af »Det sociale indeks«.

8) Klage over, a) at udbyderen havde lagt vægt på, om de involverede medarbejdere var ansat hos tilbudsgiveren selv, uanset at det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, at der skulle være forskel mellem bedømmelsen af egne medarbejdere og medarbejdere hos leverandør, og klage over, b) at udbyderen havde lagt vægt på, om tilbudene indeholdt beskrivelse af kvalitetssikring, idet dette er et udvælgelses-kriterium:

Ikke taget til følge, da der ad a) ikke var grundlag for at antage, at udbyderen havde lagt vægt på, hvor de tilbudte medarbejdere var ansat, og da b) var dækket af et underkriterium om kvaliteten af tilbudsgivers certificeringsproces.

22. september 2005. Vestegnens Tolke- og Rådgivningsservice ved Hawshir Ahmed mod Københavns Amt

Forskellige erkendte overtrædelser. Ikke erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke var bevist eller overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten. Skønsmæssigt fastsat erstatning til negativ kontraktsinteresse. Der kan ved afgørelser om erstatning ikke lægges vægt på hypotetiske indsigelser om, at udbyderen kunne have annulleret udbudet

Klagenævnet har ved kendelser af 14. oktober 2004, 9. marts og 6. april 2005 taget stilling til nogle andre klager over samme udbud.

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 tilbudenes indgivelse holdt udbyderen møder med fire af tilbudsgiverne. Udbyderen konstaterede, at de fire tilbudsgiveres 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 dækningsgrader, der var oplyst i de fire tilbud for de vigtigste sprog, i sagen omtalt som prioriterede sprog, og indgik derefter kontrakt med de to af de fire tilbudsgivere, der efter udbyderens opgørelse havde de samlede højeste dækningsgrader for disse sprog.

En anden af de fire tilbudsgivere klagede til Klagenævnet, der tog stilling til klagen således:

1) Udtalt generelt: Tolkeydelser er ikke omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets udbudspligt. Som konstateret i kendelsen af 14. oktober 2004 førte gennemsigtighedsprincippet imidlertid til, at Tjenesteydelsesdirektivets regler om udbudspligtige tjenesteydelser fandt anvendelse på udbudet, fordi udbyderen havde valgt at foretage udbud efter direktivet uden at tage forbehold.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved at vurdere tilbud på grundlag af deres dækningsgrad for de prioriterede sprog, uden at dette fremgik af udbudsbetingelserne: Erkendt af udbyderen og taget til følge.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 (om tildelingskriterier) ved at forbeholde sig ret til at forkaste alle tilbud: Erkendt af udbyderen og taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1 ved ikke hurtigst muligt at have underrettet klageren om kontraktstildelingen: Erkendt af udbyderen og taget til følge.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet ved at forhandle med tilbudsgivere efter tilbudenes modtagelse: Erkendt af udbyderen og taget til følge.

Klageren påstod sig tillagt ca. 5,1 mio. kr. til dækning af mistet fortjeneste ved ikke at have fået ordren, dvs. positiv opfyldelsesinteresse, subsidiært et mindre beløb.

Klagenævnet fandt, at udbyderen var erstatningsansvarlig over for klageren. Klagenævnet fandt det imidlertid ikke bevist eller sandsynliggjort i overvejende grad, at klageren ville have fået tildelt den udbudte tjenesteydelse helt eller delvis, hvis udbyderen ikke havde begået de omtalte overtrædelser, og Klagenævnet fandt herefter ikke grundlag for at tillægge klageren erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse. Klagenævnet henviste herved til, at der ikke var forelagt Klagenævnet en sagkyndig vurdering af tilbudenes sprogangivelser med deraf følgende mulighed for at foretage en korrekt og entydig sammenligning af tilbudenes dækningsgrader.

Klagenævnet fandt derimod, at klageren havde krav på erstatning svarende til udgiften ved at afgive tilbud og deltage i forhandlingerne med udbyderen, dvs. negativ kontraktsinteresse. Denne erstatning blev skønsmæssigt fastsat til 20.000 kr.

Klageren gjorde bl.a. gældende, at udbyderen ved vurderingen af klagerens tilbud skulle være gået ud fra en nedsættelse af tilbudspriserne, som klageren havde foretaget under klagerens forhandlinger med udbyderen. Klagenævnet udtalte imidlertid, at udbyderen skulle vurdere klagerens tilbud, sådan som det var afgivet, og at udbyderen ikke måtte tage hensyn til klagerens senere nedsættelse af tilbudspriserne, hvilket heller ikke var sket.

Udbyderen gjorde bl.a. gældende, at udbyderen kunne have annulleret udbudet, og at udbyderen allerede derfor ikke var erstatningsansvarlig over for klageren. Udbyderen fik ikke medhold i dette synspunkt, idet Klagenævnet udtalte, at der ikke kan lægges vægt på hypotetiske indsigelser af denne karakter.

23. september 2005. Sjælsø Entreprise A/S mod Statsbiblioteket i Århus (aktindsigt)

Tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten, tillagt aktindsigt i de andre tilbudsgiveres tilbud bortset fra tilbudslisterne og tilbudenes angivelser om visse økonomiske spørgsmål. Forvaltningslovens § 15, stk. 1, giver ikke grundlag for at gå ud fra, at en tilbudsgiver under en udbudssag ikke har ret til aktindsigt i de andre tilbudsgiveres tilbud

Sagen angik et udbud af et byggeri i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten. Den her resumerede kendelse drejede sig kun om, hvorvidt klageren skulle have aktindsigt i de øvrige tilbudsgiveres tilbud.

Udbyderen gjorde gældende, at en afvejning i henhold til forvaltningslovens § 15, stk. 1, førte til, at der ikke skulle gives klageren aktindsigt i de andre tilbudsgiveres tilbud, idet klagerens interesse i at kunne benytte kendskab til tilbudene efter udbyderens opfattelse burde vige for de øvrige tilbudsgiveres interesse i, at deres tilbud ikke blev offentliggjort. Udbyderen anførte videre, at det ikke var muligt at ekstrahere dele af tilbudene med henblik på aktindsigt i de ekstraherede dele. Udbyderen henviste desuden til, at klageren allerede havde haft adgang til at gennemse visse dele af de andre tilbudsgiveres tilbud.

Klagenævnet udtalte, at forvaltningslovens § 15, stk. 1, ifølge lovens forarbejder skal administreres med tilbageholdenhed, og at der ikke er grundlag for under en udbudssag at gå ud fra, at der ikke er ret til aktindsigt i konkurrenternes tilbud. Klagenævnet henviste videre bl.a. til, at ingen af de andre tilbud indeholdt anmodning om fortrolighed.

Efter en gennemgang af tilbudene fandt Klagenævnet herefter, at der skulle gives klageren aktindsigt i de andre tilbudsgiveres tilbud bortset fra tilbudslisterne og tilbudenes angivelser om visse økonomiske spørgsmål.

Klagenævnets afgørelse i klagesagen blev truffet ved kendelse af 25. januar 2006.

30. september 2005. Løgten murer- og entreprenørforretning A/S mod Århus Kommune

Tilbudsgiver tillagt erstatning af negativ kontraktsinteresse til dækning af udgiften ved at afgive tilbud under en licitation, der trådte i stedet for en anden licitation, som var annulleret med urette

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 18. april 2005 i samme sag.

Sagen angik en offentlig licitation efter Tilbudsloven vedrørende murerentreprisen ved et byggeri. Tildelingskriteriet var laveste bud. Udbyderen annullerede licitationen og foretog derefter en ny licitation vedrørende samme entreprise og med samme tildelingskriterium. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der havde afgivet tilbud ved begge licitationer, men som ikke havde fået kontrakten. Ved kendelsen af 18. april 2005 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven ved at ha-

ve annulleret den første licitation uden saglig grund og ved at have givet en både usaglig og urigtig begrundelse for licitationen.

Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav, og Klagenævnet udtalte, at udbyderen ved overtrædelserne havde handlet ansvarspådragende over for klageren.

Klagerens tab kunne ikke opgøres som positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke kunne fastslås eller anses for sandsynliggjort, at klageren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde begået overtrædelserne. Herved henvist til, at klageren ikke ved nogen af licitationerne havde afgivet det laveste bud.

Udbyderen gjorde gældende, at klageren ikke ville have undladt at afgive tilbud ved den første licitation, hvis klageren havde vidst, at denne licitation ville blive annulleret, og at klageren derfor heller ikke havde krav på erstatning af den negative kontraktsinteresse.

Klagenævnet kunne ikke tiltræde dette synspunkt. Klagenævnet fastslog videre, at klageren havde krav på erstatning af den negative kontraktsinteresse i form af dækning af klagerens udgifter ved afgivelse af tilbud under den anden licitation. Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 20.000 kr.

10. oktober 2005. DBC Medier A/S mod 16 kommuner i Københavns Amt og 16 kommuner i Frederiksborg Amt

Klage over fejlagtig vurdering af et tilbud ikke taget til følge

Nogle kommuner foretog et fælles offentligt udbud i henhold til Indkøbsdirektivet af en rammeaftale vedrørende indkøb af bl.a. cd-rommer, videoer og konsolspil til kommunernes biblioteker. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af 3 underkriterier, enhedspris, service og standardklargøring. Efter at ordregiverne havde indgået kontrakt med en af tilbudsgiverne, klagede en anden tilbudsgiver til Klagenævnet.

Klagen gik ud på, at ordregiverne havde overtrådt udbudsreglerne ved vurderingen af tilbuddet fra den tilbudsgiver, der fik kontrakten, at have set bort fra, at nogle af de ydelser, som dette tilbud angik, var omfattet af klagerens enerettigheder. Tilbudsgiverne skulle i deres tilbud opgive enhedspriser for et udvalg af cd-rommer, videoer og konsolspil. Klageren gjorde gældende, at ordregiverne havde sammensat dette udvalg således, at der ikke var taget hensyn til, at den kommende samhandel ville omfatte titler, som er omfattet af klagerens enerettigheder, og som andre tilbudsgivere end klageren kun kunne sælge til højere priser end klageren. Klageren gjorde gældende, at ordregiverne havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at fastsætte udbudsbetingelserne på denne måde. Klageren fik ikke medhold.

Klageren forelagde endvidere Klagenævnet beregninger, der kunne indicere, at den fastlagte tildelingsprocedure muligvis på grund af klagerens enerettigheder ikke ville føre til et resultat, der var økonomisk hensigtsmæssigt for ordregiverne.

Klagenævnet udtalte herom, at det i en sådan situation påhviler ordregivere at indgå kontrakt i overensstemmelse med resultatet af en korrekt vurdering af tilbuddene i overensstemmelse med de fastsatte udbudsbetingelser, medmindre betingelserne for annullation af udbuddet er opfyldt.

25. oktober 2005, Hoffmann A/S mod Skjern Kommune

Overtrædelse af Tilbudsloven ved at tage et tilbud i betragtning, selvom det afveg fra licitationsbetingelserne med hensyn til flere grundlæggende elementer. Desuden overtrædelser ved forhandlinger med en tilbudsgiver uden for rammerne af dennes tilbud og uden en på forhånd tilkendegivet procedure. Endvidere overtrædelse ved at anvende en anden pointskala end oplyst i licitationsbetingelserne og ved ikke at angive underkriterierne prioriteret m.m. Sagsomkostninger 400.000 kr. Annullation

En kommune iværksatte en begrænset licitation efter Tilbudsloven vedrørende en totalentreprise for et byggeri. Byggeriet var i licitationsbetingelserne beskrevet som et grundprojekt med forskellige udvidelsesmuligheder, benævnt projektpakker. Tilbudene skulle omfatte både grundprojektet og projektpakkerne.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier: 1. arkitektonisk kvalitet og funktionalitet, 2. entreprisenum, 3. materialekvalitet og teknisk kvalitet samt kvantitet og 4. drifts- og vedligeholdøkonomi. Det var angivet i licitationsbetingelserne, at underkriterierne ikke var prioriterede. Det var dog yderligere angivet, at underkriterium 1 ville blive vægtet med 40 % og de øvrige underkriterier med tilsammen 60 %. Det var desuden angivet, at tilbudene ville blive bedømt af en dommerkomité, og at tilbudene ved bedømmelsen med hensyn til underkriterium 1 ville få tildelt fra 0 til 40 points.

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

1) Klage over, at udbyderen havde taget tilbudet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbudet lød på ca. 26,7 mio. kr. for grundprojektet, uanset at der i licitationsbetingelserne var angivet et maksimumbeløb på 25 mio. kr. for grundprojektet:

Taget til følge med henvisning, at licitationsbetingelsernes krav om, at prisen for grundprojektet ikke måtte overstige 25 mio. kr., var et grundlæggende element. Herved henvist til kravets karakter og til, at det var ubetinget.

2) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom tilbudet med hensyn til projektpakkerne indeholdt forbehold over for licitationsbetingelsernes angivelse om tidsplan:

Ikke taget til følge med henvisning til, at licitationsbetingelsernes angivelse om tidsplan først og fremmest var knyttet til grundprojektet. Selvom en tidsplan normalt er et grundlæggende element, kunne licitationsbetingelsernes angivelse om tidsplan derfor ikke anses for en grundlæggende licitationsbetingelse med hensyn til projektpakkerne.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 7 ved ikke at lade åbningen af tilbudene finde sted under overværelse af tilbudsgiverne: Erkendt af udbyderen og taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 8, stk. 2, og Tilbudsbekendtgørelsens § 10, stk. 2 (hvorefter underkriterier skal angives prioriteret, medmindre dette ikke er muligt), ved ikke at angive underkriterierne i prioriteret rækkefølge:

Taget til følge. Udtalt, at kravet i de nævnte bestemmelser om prioritering af underkriterierne kan opfyldes ved angivelse af, hvorledes underkriterierne vægtes indbyrdes. Videre henvist til, at licitationsbetingelserne

ikke havde angivet en vægtning for hvert af underkriterierne 2-4, men kun havde angivet en samlet vægtning af disse underkriterier, uden at det var oplyst, at det ikke havde været muligt at angive en vægtning for hvert af dem. Desuden henvist til, at underkriterierne i licitationsbetingelserne var angivet at være uprioriteret.

5) Klage over, at udbyderen ikke havde foretaget en saglig vurdering af tilbudene: Udtalt, at Klagenævnet ikke fandt anledning til at tage selvstændig stilling til dette klagepunkt, da de forhold, som klagepunktet sigtede til, var dækket af Klagenævnets afgørelser vedrørende punkt 6) og 7), se nedenfor.

6) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og Tilbudsbekendtgørelsens § 11 (om henholdsvis forbud mod forskelsbehandling og fremgangsmåden ved forhandling) samt det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved at have forhandlet med den valgte tilbudsgiver uden for rammerne af denne tilbudsgivers tilbud og ved at give den valgte tilbudsgiver en videre adgang end de øvrige tilbudsgivere til at foretage ændringer og optimeringer af tilbudet:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde forhandlet med den valgte tilbudsgiver om den arkitektoniske og planmæssige udformning af denne tilbudsgivers projekt, men at udbyderen ikke havde givet de andre tilbudsgivere lejlighed til at ændre den arkitektoniske og planmæssige udformning af deres projekter.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt de under punkt 6) nævnte bestemmelser ved under forhandlingerne med den valgte tilbudsgiver at have givet denne oplysninger om klagerens tilbud:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde opfordret den valgte tilbudsgiver til at ændre sit projekt, så det på forskellige punkter kom til at svare til klagerens projekt.

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6, stk. 1 (om forbud mod forskelsbehandling) ved at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom dette tilbud ikke som foreskrevet i licitationsbetingelserne indeholdt en projekt- og bygningsdelsbeskrivelse med angivelse af materialer og principper:

Taget til følge med henvisning til, at den valgte tilbudsgivers tilbud ikke indeholdt en sådan beskrivelse. Videre henvist til, at kravet om en sådan beskrivelse var et grundlæggende element, da det ikke var muligt at bedømme tilbud uden en sådan beskrivelse med hensyn til underkriterierne 3. materialekvalitet og teknisk kvalitet og 4. drifts- og vedligeholdelsesøkonomi.

9) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom det ikke var muligt at bedømme dette tilbud med hensyn til underkriterierne 3. materialekvalitet og teknisk kvalitet og 4. drifts- og vedligeholdelsesøkonomi:

Taget til følge af de grunde, der er angivet vedrørende punkt 8).

10) Ex officio udtalt, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 11, stk. 2 (om fremgangsmåden ved forhandling) ved ikke at have ført nogle forhandlinger med tilbudsgiverne i henhold til en procedure, der var tilkendegivet på forhånd. Herved henvist til, at udbyderen havde forhandlet med den valgte tilbudsgiver om ændringer i projektets arkitektoniske og planmæssige udformning, selvom det ikke var tilkendegivet over for tilbudsgiverne, at der ville ske forhandlinger om dette.

Som følge af omfanget og karakteren af udbyderens overtrædelser annullerede Klagenævnet udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Det pålagdes udbyderen at betale sagsomkostninger til klageren med 400.000 kr. svarende til klagerens udgift til advokat.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 23. februar 2006.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet som forligt mod indklagedes betaling af erstatning.

Ved kendelse af 6. november 2006 traf Klagenævnet afgørelse i en anden klagesag vedrørende samme licitation.

2. november 2005, Øjenlæge Klaus Trier ApS mod Københavns Amt
Tjenesteydelse omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets bilag I B. Det var ikke en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, at ordregiver kun indhentede tilbud fra virksomheder i sit eget område

Et amt ønskede at indgå kontrakt med øjenlæger om tjenesteydelsen operation af grå stær. Denne tjenesteydelse er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets bilag I B og er derfor ikke undergivet direktivets udbudspligt. Amtet indhentede tilbud fra alle øjenlæger i amtet og indgik derefter kontrakt med nogle af dem.

En øjenlæge, der har klinik uden for amtets område, men i nærheden af amtet, klagede til Klagenævnet over, at amtet kun havde indhentet tilbud fra øjenlæger med praksisadresse/konsultation i amtets område. Klageren gjorde gældende, at dette var en overtrædelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Klageren fik ikke medhold. Klagenævnet henviste bl.a. til, at amtet kun havde varetaget saglige hensyn om transporttid for patienterne og udgift til transport for amtet ved alene at indhente tilbud fra øjenlæger i amtets område, og at amtet ikke havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke at indhente tilbud fra øjenlæger med praksisadresse/konsultation i de tilstødende administrative områder.

11. november 2005. Blue Line/Herlufsholm Minibus ved Tim Olsen mod Storstrøms Trafikselskab

Tildeling af den udbudte tjenesteydelse til en primær leverandør og en subsidær leverandør var i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, bl.a. fordi det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at tildeling ville ske således. Udbyderens senere ombytning af den primære og den subsidiære leverandør var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed

Et trafikselskab iværksatte et offentligt udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet vedrørende tjenesteydelsen handicapkørsel. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier: Pris, vognstandard og serviceniveau. I udbudsbetingelserne var angivet, at der ville blive indgået kontrakt med to virksomheder.

Efter tilbudenes indgivelse besluttede udbyderen at indgå kontrakt med to virksomheder, A og B, og kontrakter med disse virksomheder blev derefter underskrevet.

Sideløbende hermed klagede en organisation for hyrevognmænd til Konkurrencestyrelsen over udbyderens anvendelse af en gennemsnitlig turlængde som grundlag for vurderingen af tilbudene. Efter at udbyderen havde underskrevet kontrakterne med A og B, udtalte Konkurrencestyre-

sen, at det ville være bedst stemmende med gennemsigtighedsprincippet, at der ved udbyderens vurdering af tilbudene blev gået ud fra et turgennemsnit på 20 km i stedet for et turgennemsnit på 30 km, som udbyderen var gået ud fra.

Udbyderen meddelte herefter A og B, at udbyderen som følge af Konkurrencestyrelsens udtalelse ændrede sin tidligere beslutning, således at B nu blev 1. leverandør og A blev 2. leverandør. Dette sigtede til, at A kun ville få tildelt kørselsopgaver, som B ikke havde kapacitet til at udføre.

Den omtalte tidligere beslutning, der ikke havde været meddelt tilbudsgiverne udtrykkeligt, gik efter det foreliggende ud på, at A skulle være 1. leverandør og B skulle være 2. leverandør. Det var ikke angivet i udbudsbetingelserne, at kontraktstildelingen ville ske til en 1. leverandør og en 2. leverandør.

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

1) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3 og artikel 36 (om ligebehandling og tildelingskriterier) ved at have tildelt kontrakterne til en 1. leverandør og en 2. leverandør, selvom det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at tildeling ville ske på denne måde:

Taget til følge bl.a. med henvisning til, at det havde været nærliggende for tilbudsgiverne, at opgaverne ville blive fordelt mellem de to vindende, efter hvem der var billigst på den konkrete tur, sådan som det efter det oplyste var praksis i andre trafikselskaber. Også bl.a. henvist til, at det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at der ville blive indgået kontrakter med en 1. leverandør og en 2. leverandør.

2) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have ændret bedømmelsen af underkriteriet pris ved senere at gå ud fra et andet turgennemsnit end det først anvendte:

Taget til følge med henvisning til, at der havde bestået en sådan uklarhed om forståelsen af udbudsbetingelserne på det pågældende punkt, at ikke en gang udbyderen selv havde kunnet gennemskue forholdet.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutninger om at indgå kontrakter med en 1. leverandør og en 2. leverandør.

11. december 2005. Jan Houlberg Instrumentering A/S mod Skatteministeriet

Klager afskåret fra aktindsigt i den vindende tilbudsgivers tilbud i medfør af Forvaltningslovens § 15, men tillagt aktindsigt i forskellige andre bilag. Udgangspunktet er nærmest, at der er fuld aktindsigt i alle bilag

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Indkøbsdirektivet vedrørende indkøb af en mobil containerscanner, dvs. et apparat, der anvendes ved undersøgelse af, om lastvogne medfører smuglervarer. Der indkom 5 tilbud, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. Klageren var en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke var blevet taget i betragtning, fordi udbyderen anså det for ukonditionsmæssigt.

Klageren klagede til Klagenævnet over udbyderen og begærede i forbindelse hermed aktindsigt i tilbudet fra den vindende tilbudsgiver. Udbyderen protesterede herimod og henviste bl.a. til følgende: De tekniske beskrivelser og prisberegningerne m.m. i det vindende tilbud var forretningshemmeligheder, og den vindende tilbudsgiver havde udtrykkeligt bedt om fortrolighed. Ud over de 5 tilbudsgivere findes der på verdens-

plan kun en enkelt yderligere producent, og indrømmelse af aktindsigt ville kunne få helt ødelæggende konsekvenser.

Udbyderen ønskede desuden nogle øvrige bilag undtaget fra klagerens aktindsigt. Det drejede sig om en vurdering foretaget af udbyderen med henblik på prækvalifikationen, udbyderens vurdering af det vindende tilbud, de tre øvrige tilbudsgiveres tilbud samt en oversigt over tilbudenes opfyldelse af kravspecifikationen.

Klagenævnet henviste til følgende: Hjemlen i Forvaltningslovens § 15 til at begrænse parternes aktindsigt skal ifølge bestemmelsens forarbejder administreres med tilbageholdenhed. Det er således ikke hovedreglen, at der under en udbudssag ikke er ret til aktindsigt i konkurrenternes tilbud, og udgangspunktet er snarere, at der skal gives fuld aktindsigt i alle dokumenter.

Efter en konkret vurdering fandt Klagenævnet, at afgørende hensyn talte for at nægte klageren aktindsigt i den vindende tilbudsgivers tilbud i medfør af Forvaltningslovens § 15. Derimod var der ikke grundlag for at følge udbyderens synspunkt om, at de ovenfor omtalte øvrige bilag ligeledes skulle undtages fra klagerens aktindsigt.

Klagenævnets afgørelse i klagesagen blev truffet ved kendelse af 24. januar 2006.

15. december 2005. Air Liquide Danmark A/S mod Roskilde Amt, Storstrøms Amt og Vestsjællands Amt

Nogle underkriterier var minimumskrav og var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. De øvrige underkriterier skulle have været angivet prioriteret. Forskellige andre overtrædelser, herunder overtrædelse af forhandlingsforbuddet, samt overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved forskellige krav om dokumentation for formåen. Ikke pålæg om nyt udbud, da udbudspligt allerede følger af Udbudsdirektivet. Ikke opsættende virkning. Annullation

Nogle amter iværksatte i fællesskab et begrænset udbud i henhold til Indkøbsdirektivet af en rammeaftale om levering af ilt til sygehuse. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier: Leveringssikkerhed, laveste totalomkostninger, service, kvalitet, sikkerhedshensyn og miljøhensyn.

Der indkom tilbud fra alle de prækvalificerede tilbudsgivere, hvorefter udbyderne besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En af de øvrige tilbudsgivere klagede derefter til Klagenævnet over en række forhold i forbindelse med udbudet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) (påstand 1-6): Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved at have fastsat underkriterierne om leveringssikkerhed, sikkerhedshensyn og miljøhensyn: Taget til følge med henvisning til, at udbudsbetingelsernes krav vedrørende leveringssikkerhed, sikkerhedshensyn og miljøhensyn måtte forstås som minimumskrav, som tilbudene skulle opfylde for at opfylde kravene i udbudsbetingelserne. Der var endvidere ikke grundlag for at fastslå, at tilbud, der opfyldte disse minimumskrav, herefter kunne vurderes yderligere med hensyn til leveringssikkerhed, sikkerhedshensyn og miljøhensyn

2) (påstand 7): Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26 og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at have anført underkriterierne i prioriteret rækkefølge: Ikke taget til følge med hensyn til de underkriterier, der er omtalt under punkt 1) ovenfor, da disse underkriterier var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, men taget til følge med hensyn til de øvrige underkriterier.

3) (påstand 9-10): Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved at angive varigheden for den udbudte rammeaftale og mulighederne for forlængelse af kontrakten forskelligt i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne: Erkendt af udbyderne og taget til følge.

4) (påstand 11): Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at have angivet en svejsegas af et specifikt varemærke: Ikke taget til følge, da udbyderne inden fristen for afgivelse af tilbud havde berigtiget angivelsen i et brev, der indgik som en del af udbudsbetingelserne.

5) (påstand 12): Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at have fastsat mindstekrav til alternative tilbud, selvom udbudsbetingelserne gav mulighed for alternative tilbud: Reelt erkendt af udbyderne og taget til følge.

6) (påstand 13): Klage over, at udbyderne havde overtrådt reglen i Indkøbsdirektivets artikel 7, stk. 1, og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke efter anmodning fra klageren at have givet klageren oplysning om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele: Erkendt af udbyderne og taget til følge.

7) (påstand 15): Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at angive i udbudsbekendtgørelsen, at virksomheder, der var udbyderne bekendt, i modsætning til andre virksomheder ved anmodning om prækvalifikation ikke skulle medsende dokumentation for finansiell, økonomisk og teknisk formåen: Taget til følge. Udtalt, at det følger af ligebehandlingsprincippet, at der skal stilles de samme krav til alle virksomheder med hensyn til fremsendelse af dokumentationsmateriale mv. i forbindelse med anmodning om prækvalifikation.

8) (påstand 17): Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-retlige ligebehandlingsprincip, herunder forhandlingsforbudet, ved forud for beslutningen om tildeling af kontrakten til den valgte tilbudsgiver at have forhandlet med denne om prisen: Erkendt af udbyderne og taget til følge.

9) (påstand 18): Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke ved vurderingen af tilbudene at have anvendt underkriteriet om service: Denne påstand sigtede til, at der ikke var nævnt noget om det pågældende underkriterium i en opstilling, der dannede grundlag for udbydernes valg af tilbudsgiver. Klagenævnet tog ikke påstanden til følge. Klagenævnet henviste til, at udbyderen havde anvendt det pågældende underkriterium ved vurderingen af tilbudene, og at det skyldtes en fejl, at udbyderne havde glemt at medtage angivelse herom i den omtalte opstilling.

Klagenævnet annullerede udbydernes beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Klagenævnet henviste herved til de konstaterede

rede overtrædelser og til, at udbudsbetingelserne generelt var uegnede til anvendelse ved et indkøb som det aktuelle.

Klagenævnet afviste nogle påstande om, at Klagenævnet skulle påbyde udbyderne at annullere udbudet og gennemføre et nyt EU-udbud (påstand 20-21): Klagenævnet henviste herved til, at udbyderne havde indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver, og at udbuddet dermed var afsluttet, hvorfor det ville være uden mening at pålægge udbyderne at annullere udbuddet, og til, at udbudspligt ved indgåelse af en ny kontrakt allerede følger af Udbudsdirektivet 2004/18.

Klagenævnet fandt ikke anledning til at tage stilling til nogle yderligere påstande (påstand 8, 14 og 16).

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 26. april 2006.

19. december 2005. Kirkebjerg A/S mod Hovedstadens Sygehusfællesskab

Klage fra vindende tilbudsgiver over, at udbyderen havde taget tilbudsgiverens tilbud i betragtning, selvom det var ukonditionsmæssigt som følge af en lav tilbudspris. Klagen ikke taget til følge. Udtalt, udbyderen skulle behandle tilbudet efter reglerne om unormalt lave tilbud. Sagen færdigbehandlet, selvom klagen var tilbagekaldt. Ikke opsættende virkning

En offentlig ordregiver iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende renovering af et ventilationsanlæg. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle underkriterier. Der indkom tilbud fra fem prækvalificerede tilbudsgivere.

Et af tilbudene var afgivet af tilbudsgiveren K. Tilbudsprisen i dette tilbud var ca. 30 % lavere end tilbudspriserne i de øvrige tilbud, hvilket skyldtes, at K havde glemt at medregne forskellige poster. K blev opmærksom herpå umiddelbart efter tilbudene åbning og gjorde straks udbyderen bekendt med det.

Udbyderen besluttede at indgå kontrakt med K, og en sådan kontrakt blev derefter indgået. Samtidig klagede K til Klagenævnet. En begæring fra K om opsættende virkning blev ikke taget til følge. Senere tilbagekaldte K klagen, men Klagenævnet besluttede desuagtet at færdigbehandle sagen.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen ikke havde afvist K's tilbud som ukonditionsmæssigt, subsidiært over, at udbyderen ikke havde prissat nogle forbehold i K's tilbud: Ikke taget til følge, da K's tilbud ikke fremtrådte som indeholdende forbehold. Udtalt, at udbyderen skulle behandle K's tilbud efter de regler, der gælder for unormalt lave tilbud, dvs. at udbyderen havde haft ret, men ikke pligt til at afvise K's tilbud på grund af den unormalt lave pris.

2) Klage over, at udbyderen ikke havde vurderet tilbudene i overensstemmelse med underkriterierne til tildelingskriteriet: Ikke taget til følge, da der intet grundlag var herfor.

3) Taget op ex officio og erkendt af udbyderen: Udtalt, at udbyderen havde handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at anføre, at »Tilbudsloven« var gældende for udbudet, selvom udbudet var gennemført som et pligtmæssigt udbud efter Udbudsdirektivet.

4) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved i udbudsbetingelserne at medtage en passus om option på efterfølgende etaper, selvom denne passus ifølge udbyderen ikke skulle være gældende for udbudet.

20. december 2005. Adelholm VVS ApS mod Faber Invest I/S

Udbyder havde bevisbyrden for, at et tilbud var tilbagekaldt. Hvis udbyder ikke kan blive enig med lavestbydende under forhandlinger med lavestbydende i medfør af Tilbudslovens § 10, må udbyder ikke af denne grund indlede forhandlinger med næstlavestbydende eller tildele ordren til denne

En ordregiver, der er omfattet af Tilbudsloven, iværksatte en begrænset licitation vedrørende VVS-entreprisen ved en ombygning. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Efter tilbudenes modtagelse iværksatte udbyderen en forhandling med lavestbydende, A. Under forhandlingen kunne parterne ikke blive enige om nogle prisreduktioner, som udbyderen ønskede. Udbyderen iværksatte derefter en forhandling med næstlavestbydende, H, og indgik i forbindelse hermed kontrakt med H. A klagede derefter til Klagenævnet.

Udbyderen gjorde gældende, at A havde tilbagekaldt sit tilbud i forbindelse med udbyderens forhandling med A, hvilket A bestred. Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med ligebehandlingsreglen i Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at anse A's tilbud for tilbagekaldt, selvom A ikke havde tilbagekaldt tilbudet:

Taget til følge med henvisning til, at det ikke var bevist, at A havde tilbagekaldt sit tilbud, og til, at udbyderen havde bevisbyrden på dette punkt.

Klagenævnet fandt anledning til at fremkomme med nogle bemærkninger om de forhandlinger, som en udbyder i henhold til Tilbudslovens § 10 må føre med lavestbydende, når tildelingskriteriet er laveste pris. Klagenævnet udtalte herunder, at hvis parterne ikke kan blive enige under sådanne forhandlinger, medfører dette ikke, at udbyderen må indlede forhandlinger med næstlavestbydende eller tildele ordren til denne, men udbyderen skal derimod indgå kontrakt med lavestbydende i overensstemmelse med dennes tilbud, medmindre udbyderen har en saglig grund til at annullere licitationen.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 10 m.m. ved at forhandle med næstlavestbydende og indgå kontrakt med denne: Taget til følge i konsekvens af afgørelsen under punkt 1).

Klagenavnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 28. april 2006.