

Klagenævnet for Udbud

**RESUMÉER AF  
KENDELSER  
FRA  
KLAGENÆVNET  
FOR  
UDBUD  
2006**

2007

(senere mindre revisioner kan have fundet sted)

Efter indholdsfortegnelsen indeholdes nedenfor resuméer af de kendelser, som Klagenævnet for Udbud har afsagt i 2006. 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

Forbehold om bygherrens sikkerhedsstillelse, standardforbehold for dansk Byggeri og henvisning til respektive brancheorganisationers standardforbehold angik som følge af entreprisens beskaffenhed ikke grundlæggende elementer. Udbyder havde ved prissætninger af nogle forbehold sikret, at den pågældende tilbudsgiver ikke fik fordele i forhold til de andre tilbudsgivere, og udbyder havde med rette undladt prissætning af et forbehold, der var uden betydning for entreprenen.....	7
Frifindelse for erstatningskrav, da udbyderen havde været berettiget til ikke at anmode klageren om at give tilbud.....	8
Tilbud med rette ikke taget i betragtning, da tilbuddet ikke opfyldte et minimumskrav i udbudsbetingelserne.....	8
Uanset om der var tale om grundlæggende elementer, måtte udbyder ikke tag et tilbud med forbehold i betragtning, da det var angivet i udbudsbetingelserne, at forbehold ikke ville blive accepteret. Annullation. Ikke opsættende virkning.....	9
Antaget, at en kommune ønskede en genbrugsstation opført ved et hvilket som helst middel, hvorfor kommunen skulle gå frem efter Tilbudsloven. Forskellige overtrædelser af loven. Som følge af overtrædelserne havde kommunen pligt til ikke at indgå kontrakt med nogen tilbudsgiver.....	10
Klage afvist, da den angik spørgsmålet, om udbyderen som kontraktspart havde misligholdt en kontrakt, hvilket ikke er omfattet af Klagenævnets kompetence.....	11
Erstatning til positiv opfyldelsesinteresse fastsat skønsmæssigt til 1 mio. kr.....	11
Klagerens aktindsigt omfattede ikke oplysninger om de andre tilbudsgiveres forretningshemmeligheder. Udbyderens rapport om udbuddet kunne ikke undrages fra klagerens aktindsigt i medfør af forvaltningslovens regel om interne arbejdsdokumenter. Interne arbejdsdokumenter var stadig interne, selvom udbyderen havde sendt dem til Klagenævnet.....	11
Angivelse af referenceprodukt ved en licitation efter Tilbudsloven uden tilføjelsen »eller dermed ligestillet« eller lignende var i strid med EF-traktatens artikel 28. Tilføjelsen »som« var ikke tilstrækkelig. Et erstatningskrav fra den valgte tilbudsgiver i anledning af forholdet afvist.....	12
Et fælleskommunalt trafikelskab kunne uden forudgående EU-udbud indtræde i et samarbejde med nogle andre trafikelskaber. Ansættelsesretlige hensyn var ikke en retlig interesse i at klage.....	13
Udbyder havde ikke godtgjort, at tilbudsvurderingen var saglig. Et underkriterium var uegnet, da det angik tilbudsgivernes forhold. Uoverensstemmelser mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Ubertigtet anvendelse af referenceprodukter. Samtidig fremsendelse af underskrevet kontrakt til den valgte tilbudsgiver og underretning til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen var i strid med principperne om ligebehandling og effektivitet. Ikke annullation.....	14
Ikke erstatning til forbigået tilbudsgiver til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke var bevist eller overvejende sandsynligt, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderne ikke havde begået fejl. Tilbudsgiveren tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da ordregiverne har pligt til at tilrettelægge EU-udbud på en professionel måde, og da det aktuelle udbud ikke var professionelt tilrettelagt og styret.....	15
Det var ikke i strid med Indkøbsdirektivet, at leverandører i henhold til rammeaftaler løbende kunne ændre priser og sortiment, og at rammeaftalerne var indgået med 10 leverandører, men det var i strid med direktivet, at rammeaftalerne var uden tidsbegrænsning.....	16
Erstatning til positiv opfyldelsesinteresse fastsat skønsmæssigt til 50.000 kr., da der skulle fratrækkes beløb til faste udgifter og sparet risiko m.m.....	17

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

Annulation af beslutning om prækvalificering af virksomhed, der i vidt omfang havde rådgivet udbyder i forbindelse med udbuddet. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2.....	18
Udbyder havde ret til ikke at tage et tilbud i betragtning som følge af tilbuddets manglende opfyldelse af et krav om prisangivelser, men havde som følge af omstændighederne ikke pligt hertil. Udbyder skulle have prissat nogle forbehold i tilbuddet. Udbyder havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved efter tildelingsbeslutningen at få den valgte tilbudsgiver til at frafalde et forbehold. Overtrædelse af Tilbudslovens § 8 ved forbehold om forkastelse af alle tilbud .....	18
Tilbud, der var underskrevet i henhold til stillingsfuldmagt, kunne tages i betragtning .....	19
Erstatning til dækning af forbigået tilbudsgivers negative kontraktsinteresse fastsat skønsmæssigt til 25.000 kr. Ikke erstatning til positiv opfyldelsesinteresse, da udbyderen som følge af de begåede overtrædelser var forpligtet til ikke at indgå kontrakt med nogen tilbudsgiver, hvilket heller ikke var sket .....	20
Forbuddet i § 13, stk. 2, i Tilbudsbekendtgørelsen af 2002 om indhentning af mere end 4 underhåndsbud sigtede til indhentning af underhåndsbud fra flere end 4 tilbudsgivere. Forskellige klagepunkter ikke taget til følge med konkret begrundelse .....	20
Angår Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Forskellige overtrædelser af forhandlingsforbuddet m.m. En tilbudsgivers adfærd efter tilbuddets afgivelse afskærer ikke tilbudsgiverens klageadgang. Ikke opsættende virkning. Annulation .....	22
Krav om, at tilbud skulle være vedlagt forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller om, at der ville blive stillet entreprenørgaranti, angik ikke tilbudsgivernes kvalifikationer, men angik derimod den udbudte ydelse. Nogle erklæringer fra kautionsforsikringselskaber måtte ud fra en almindelig praktisk synsvinkel anses for forhåndstilkendegivelser, hvorimod en erklæring fra en tilbudsgiver selv ikke var tilstrækkelig .....	24
Virksomhed som konsulent og teknisk koordinator inden for det område, som et EU-udbud angik, og funktion som rådgiver for en virksomhed, der var interesseret i at afgive tilbud under udbuddet, medførte ikke retlig interesse i at klage til Klagenævnet .....	25
Udbyderne har ved EU-udbud pligt til ikke at tage et tilbud i betragtning, hvis tilbudsgiveren har udført forberedende arbejde, som har medført en konkurrencefordel. Ikke opsættende virkning.....	26
En udbyder annullerede et udbud med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, fordi tilbudsprisen i det tilbud, der var det økonomisk mest fordelagtige, oversteg udbyderens økonomiske muligheder, og fordi der var opstået usikkerhed om udbyderens behov. Annulationen var ikke usaglig og var ikke i strid med fællesskabsrettens grundlæggende principper .....	26
Ukonditionsmæssige tilbud uberettiget taget i betragtning. Opfordring til at afgive supplerende tilbud som følge af uklarhed i udbudsbetingelserne var af konkrete grunde i strid med ligebehandlingsprincippet. Andre uklarheder i udbudsbetingelserne var i strid med gennemsigtighedsprincippet. I specielle tilfælde kan der efter kontraktsindgåelse aftales ændringer. En angivelse i udbudsbetingelserne var et sideordnet udbud og angik ikke alternative tilbud. Indgåelse af kontrakt på dagen for tilbudsfristens udløb var i strid med principperne om ligebehandling og effektivitet. Klagenævnet kan kun annullere beslutninger, og udbyders sammenligning af tilbud var ikke en beslutning. Annulation af flere beslutninger .....	27
Udbyder kan lægge en oplysning i et tilbud til grund for sin vurdering af tilbuddet. Uden betydning, at et tilbud ikke opfyldte et krav i udbudsbetingelserne, da kravet savnede mening. Udbudsbetingelserne behøver ikke indeholde udkast til kontrakt. Trods forskelle i formuleringen var der ikke reel forskel på beskrivelserne af det udbudte i udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen. Ved vurderingen af tilbuddene ad et underkriterium om	

kvalitet kunne lægges vægt på, om tilbuddene opfyldte internationale kvalitetsnormer. Udbyders vurdering af tilbudspris skal i muligt omfang foretages ved en eksakt beregning og må ikke ske ved et rent skøn. Der kan holdes kontraktsforhandlinger med den valgte tilbudsgiver og herunder gennemføres mindre ændringer og præciseringer. Udbyders underretning om indledning af kontraktsforhandlinger var en underretning om tildelingsbeslutningen. Klagenævnet kan ikke pålægge udbyder at ophæve en indgået kontrakt. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation. Sagsomkostninger.....	30
En ikke-erhvervsdrivende fond var et offentligt organ med deraf følgende udbudspligt, da det var tilstrækkeligt sandsynliggjort, at fondens drift for mere end halvdelens vedkommende blev finansieret af kommunen, og da der som følge af omstændighederne var en formodning for, at fonden var underlagt kommunens kontrol.....	34
EU-udbud med tildelingskriterium det økonomisk mest fordelagtige bud. Overtrædelser ved, at tilbudsvurderingen ikke blev foretaget i overensstemmelse med underkriterierne til tildelingskriteriet og den angivne vægtning af dem, ved manglende egnethedsundersøgelse af tilbudsgiverne, ved valg af »det mest fordelagtige tilbud« og ved ufuldstændig begrundelse for tildelingsbeslutningen. EU-udbudsreglerne kræver ikke, at udbudsbetingelser skal indeholde udkast til kontrakt. Ikke opsættende virkning. Annullation.....	35
Overtrædelse af tilbudslovgivningen ved at give de andre tilbudsgivere oplysning om indholdet af en tilbudsgivers tilbud.....	37
Angivelse i udbudsbetingelser af, at der kunne afgives alternative tilbud, var ukorrekt, da der var tale om fire sideordnede licitationer. Ved tildelingskriteriet laveste bud medfører sideordnede licitationer risiko for manglende gennemsigtighed eller for, at dette tildelingskriterium ikke kan fungere. Udbyderen havde saglig grund til at iværksætte tre sideordnede licitationer, men havde ikke saglig grund til en sideordnet licitation vedrørende en simpel og teknisk betydningsløs detalje .....	39
Udbudsbetingelserne gav ikke holdepunkter for, at udbyderen kunne undlade at tage et tilbud om en projekteringsydelse i betragtning, fordi tilbuddet ikke indeholdt angivelser om geotekniske undersøgelser. Udbyderen kunne have stillet spørgsmål til tilbudsgiveren om forholdet uden at overtræde forhandlingsforbuddet. En bemærkning i tilbuddet om mulige dilemmaer var sagligt begrundet i udbudsbetingelsernes udformning og kunne ikke begrunde undladelse af at tage tilbuddet i betragtning. Påstande om konstatering af det økonomisk mest fordelagtige bud og konstatering af, at udbyderen ikke kunne have annulleret udbuddet, afvist. Ikke opsættende virkning. Annullation af udbyderens beslutning om ikke at tage et tilbud i betragtning.....	40
Konkurrencepræget dialog om et kommunikationsnet. Udbyderen havde tilvejebragt et fuldt forsvarligt teknisk grundlag for beskrivelsen af det udbudte og havde foretaget en fuldt forsvarlig forhåndsvurdering af de tekniske muligheder. Ikke pligt for udbyderen til at kræve dokumentation for visse oplysninger ved anmodninger om prækvalifikation. Nogle påstande afvist, da de trods Klagenævnets opfordringer til klageren om at præcisere klagen var fremsat meget sent. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation.....	42
EU-udbud af varekøb. Der kan indgå flere elementer i de enkelte underkriterier, men underkriterierne må ikke sammenblandes med de mindstekrav, der skal opfyldes af alle tilbudsgivere, og må heller ikke sammenblandes med hinanden. Det er udbyderen og ikke tilbudsgiveren, der skal prissætte forbehold. Ved tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud er udbyder berettiget og forpligtet til at tage hensyn til fordele og ulemper ved at have en enkelt kontraktspart. Evalueringsmodel, hvorefter vægtningsprocent var lig maksimumpoints, var ikke i strid med udbudsreglerne. Ved udbud omfattende flere delaftaler skal hver delaftale vurderes for sig. Overtrædelse ved at lægge vægt på udstyr, der ikke var omfattet af det udbudte, og ved opfordring til tilbudsgiverne om at oplyse rabatter på varer, der ikke var omfattet af det udbudte. Overtrædelse af forhandlingsforbuddet. Forskellige overtrædelser af gennemsigtighedsprincippet m.m. Ikke opsættende virkning. Annullation .....	43



## Resuméer

### 16. januar 2006. MT Højgaard A/S mod Danmarks Radio

*Forbehold om bygherrens sikkerhedsstillelse, standardforbehold for dansk Byggeri og henvisning til respektive brancheorganisationers standardforbehold angik som følge af entreprisens beskaffenhed ikke grundlæggende elementer. Udbyder havde ved prissætninger af nogle forbehold sikret, at den pågældende tilbudsgiver ikke fik fordele i forhold til de andre tilbudsgivere, og udbyder havde med rette undladt prissætning af et forbehold, der var uden betydning for entreprisen*

Danmarks Radio iværksatte et begrænset udbud i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet af lukningsentreprisen ved et byggeri. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Det var fastsat i udbudsbetingelserne, at AB 92 skulle være gældende for entreprisen, dog således, at bygherren ikke skulle stille sikkerhed over for entreprenøren.

Der indkom tilbud fra et antal tilbudsgivere, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne.

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

1) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, fordi tilbuddet indeholdt forbehold vedrørende U-værdien (varmegennemstrømningen) i facader, gavle og glastage, subsidiært klage over, at udbyderen ikke havde prissat disse forbehold:

Ikke taget til følge, da den valgte tilbudsgivers tilbud måtte fortolkes sådan, at det ikke indeholdt forbehold på de pågældende punkter.

2) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom tilbuddet henviste til nogle standardforbehold, der indeholder forbehold om vinterforanstaltninger, og selvom tilbuddet indeholdt forbehold, om at bygherren skulle stille sikkerhed:

Ikke taget til følge, da forbeholdene som følge af entreprisens beskaffenhed ikke angik grundlæggende elementer.

3) Subsidiær klage over, udbyderen ikke havde prissat forbeholdet om vinterforanstaltninger:

Ikke taget til følge, da forbeholdet om vinterforanstaltninger på baggrund af udbudsbetingelsernes bestemmelser om vejrligsforanstaltninger ikke havde betydning for entreprisen.

4) Subsidiær klage over, at udbyderen havde prissat forbeholdet om bygherrens sikkerhedsstillelse for lavt:

Udtalt, at byggeriet var et privat byggeri i relation til reglen i AB 92 § 7, stk. 1, 1. punktum, hvorefter bygherren ved private arbejder skal stille sikkerhed over for entreprenøren. Endvidere udtalt, at udbyderen ved at prissætte forbeholdet til 52.000 kr. havde sikret, at den valgte tilbudsgiver ikke ved forbeholdet havde opnået en fordel i forhold til andre tilbudsgivere. Herved henvist til, at staten havde ydet udbyderen finansieringsgaranti.

5) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom det indeholdt forbehold om, at »respektive brancheorganisationers standardforbehold med tilhørende garantibestemmelser« skulle være gældende:

Ikke taget til følge med henvisning til, at det eneste brancheforbehold af betydning for entreprisen angik tagdækningsarbejde, og at der intet

grundlag var for at fastslå, at forbeholdet angik grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

6) Subsidiær klage over, at udbyderen havde prissat det under punkt 5) nævnte forbehold for lavt:

Ikke taget til følge, da forbeholdet var prissat med et beløb (100.000 kr.), som sikrede, at den valgte tilbudsgiver ikke havde opnået en uberettiget fordel i forhold til de andre tilbudsgivere.

## **20. januar 2006. Bakkely A/S (tidligere K.Fl. Jacobsen A/S) mod Menighedsrådet i Ølstykke Sogn**

*Frifindelse for erstatningskrav, da udbyderen havde været berettiget til ikke at anmode klageren om at give tilbud*

Sagen er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 14. januar 2005 i samme sag. Sagen angik et anlægsgartnerarbejde. Ordregiveren udbød arbejdet ved en begrænset licitation i henhold til Tilbudsloven, men annullerede senere licitationen med begrundelse, at tildelingskriteriet ikke var fastsat i overensstemmelse med Tilbudsloven. Ordregiveren iværksatte derefter en ny begrænset licitation i henhold til Tilbudsloven og indgik kontrakt med en tilbudsgiver.

Klageren var en tilbudsgiver, der havde afgivet tilbud ved den første licitation, men som ikke var blevet anmodet om at give tilbud ved den anden licitation. Ved kendelsen af 14. januar 2005 konstaterede Klagenævnet, at ordregiveren havde overtrådt Tilbudsloven ved at annullere den første licitation med en urigtig begrundelse, idet den egentlige begrundelse for annullationen var, at ordregiveren ikke ønskede at indgå kontrakt med klageren som følge af klagerens økonomiske problemer. Klagenævnet udtalte samtidig, at ordregiveren ikke havde overtrådt Tilbudsloven ved ikke at anmode klageren om at afgive tilbud under den anden licitation.

Den her resumerede kendelse angik et erstatningskrav fra klageren.

Klagenævnet udtalte, at ordregiveren havde været berettiget til ikke at anmode klageren om at afgive tilbud under den anden licitation og til ikke at indgå kontrakt med klageren. Det var herefter ikke godtgjort, at klageren havde lidt noget tab, hvorfor ordregiveren blev frifundet.

## **24. januar 2006. Jan Houlberg Instrumentering A/S mod Skatteministeriet**

*Tilbud med rette ikke taget i betragtning, da tilbuddet ikke opfyldte et minimumskrav i udbudsbetingelserne*

En offentlig ordregiver iværksatte i henhold til Indkøbsdirektivet et begrænset udbud vedrørende anskaffelse af en mobil containerscanner, dvs. et apparat til kontrol af, om lastvogne indeholder smuglergods. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Der indkom tilbud fra nogle prækvalificerede tilbudsgivere, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne.

En de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde undladt at tage klagerens tilbud i betragtning med begrundelse, at den af klageren tilbudte containerscanner ikke udgjorde en »one-vehicle-unit« som krævet i udbudsbetingelserne:

Ikke taget til følge med henvisning til, at det af klageren tilbudte udstyr ikke opfyldte kravet, idet en rampe, der indgik i udstyret, skulle opbeva-

res og transporteres på en særskilt trailer. Desuden henvist til, at kravet var et minimumskrav.

2) Klage over, at den valgte tilbudsgivers tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav på forskellige punkter:

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

Klagenævnet har ved kendelse af 11. december 2005 taget stilling til nogle spørgsmål om aktindsigt.

## **25. januar 2006. Sjælsø Entreprise A/S mod Statsbiblioteket i Århus**

*Uanset om der var tale om grundlæggende elementer, måtte udbyder ikke tag et tilbud med forbehold i betragtning, da det var angivet i udbudsbetingelserne, at forbehold ikke ville blive accepteret. Annullation. Ikke opsættende virkning*

En offentlig ordregiver iværksatte et begrænset udbud efter Bygge- og anlægsdirektivet vedrørende opførelse af en bygning i totalentreprise. Efter at der var indkommet tilbud fra de prækvalificerede virksomheder, besluttede udbyderen at indgå kontakt med en af tilbudsgiverne.

En anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge, og udbyderen indgik under klagesagens behandling kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde undladt at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse, at tilbuddet ikke opfyldte et krav i udbudsbetingelser om indkørsel fra en bestemt vej:

Ikke taget til følge, da klagerens tilbud ikke opfyldte det pågældende krav. Udtalt, at udbyderen som følge af forholdet havde været forpligtet til at afvise klagerens tilbud, uanset om der var tale om et grundlæggende element, idet det var angivet i udbudsbetingelserne, at forbehold bortset fra nogle standardforbehold ikke ville blive accepteret.

2) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom tilbuddet afveg fra udbudsbetingelserne med hensyn til facader, placering af en afleveringsfunktion og placering af elevator:

Ikke taget til følge, da udbyderen havde haft grundlag for at vurdere den valgte tilbudsgivers tilbud sådan, at det ikke afveg fra udbudsbetingelserne på de pågældende punkter. Herved bl.a. henvist til, at udbudsbetingelserne var uklare med hensyn til placering af elevator, hvorfor udbyderen som følge af gennemsigtighedsprincippet ville være afskåret fra at afvise den valgte tilbudsgivers tilbud som følge af tilbuddets placering af elevator.

3) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom tilbuddet afveg fra udbudsbetingelserne med hensyn til antal parkeringspladser for handicappede og flugtveje og ikke som krævet i udbudsbetingelserne var vedlagt beregninger vedrørende indeklimaet:

Taget til følge, da den valgte tilbudsgivers tilbud ikke opfyldte de pågældende krav. Det var uden betydning, om der var tale om grundlæggende elementer, da det som nævnt var angivet i udbudsbetingelserne, at forbehold bortset fra nogle standardforbehold ikke ville blive accepteret.

4) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom udbyderen ikke havde taget klagerens tilbud i betragtning:

Ikke taget til følge, da der ikke var tale om en selvstændig overtrædelse.

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

**3. februar 2006. J. Olsen A/S Entreprenør- & nedrivningsfirmaet og Jens Olsen mod Ramsø Kommune**

*Antaget, at en kommune ønskede en genbrugsstation opført ved et hvilket som helst middel, hvorfor kommunen skulle gå frem efter Tilbudsloven. Forskellige overtrædelser af loven. Som følge af overtrædelserne havde kommunen pligt til ikke at indgå kontrakt med nogen tilbudsgiver*

En kommune indhentede underhåndsbud fra en entreprenør, N, vedrørende etablering af en genbrugsstation på N's grund og modtog desuden et underhåndsbud fra en anden entreprenør, O, vedrørende etablering af en genbrugsstation på O's grund.

Kommunen indkaldte N og O til særskilte møder. Under disse møder anmodede kommunen N og O om tilbud vedrørende leje af en genbrugsstation, og sådanne tilbud blev indgivet. Kommunen besluttede derefter at indlede kontraktforhandlinger med N. O beklagede sig herover, og efter råd fra sin advokat besluttede kommunen ikke at indgå kontrakt med N.

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

1) Klage over, at kommunen havde overtrådt § 13, stk. 3, i Tilbudsbekendtgørelsen af 2002 ved at have indhentet tilbuddene som underhåndsbud, selvom genbrugsstationens anslåede værdi oversteg 2 mio. kr.:

Erkendt af kommunen og taget til følge. Klagenævnet udtalte herved, at forløbet måtte ses som en helhed, og at kommunen måtte anses for at have ønsket udført en genbrugsstation ved et hvilket som helst middel, hvorfor kommunen skulle gå frem efter den dagældende tilbudslov af 2001. Da den anslåede værdi af en genbrugsstation ubestridt oversteg 2 mio. kr., havde kommunen herefter haft pligt til at afholde licitation.

2) Klage over, at kommunen havde overtrådt ligebehandlingsreglen i § 6, stk. 1, i Tilbudsloven af 2001 ved at betale et beløb til N, men ikke til O, for udarbejdelse af tilbud:

Taget til følge.

3) Klage over, at kommunen havde overtrådt reglerne om ligebehandling og tildelingskriterier i Tilbudsloven af 2001 (§ 6, stk. 1 og § 8) samt gennemsigtighedsprincippet ved at have udformet tildelingskriteriet uklart:

Delvis erkendt af udbyderen og taget til følge med konkret begrundelse.

4) Klage over, at kommunen ikke havde indgået kontrakt med klageren, hvis tilbud havde laveste pris:

Ikke taget til følge med henvisning til, at kommunen som følge af de konstaterede overtrædelser havde haft pligt til ikke at indgå kontrakt med nogen af tilbudsgiverne, hvilket heller ikke var sket.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 31. maj 2006.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

**13. februar 2006, Haubjerg Interiør A/S mod Vejle Amt**

*Klage afvist, da den angik spørgsmålet, om udbyderen som kontraktspart havde misligholdt en kontrakt, hvilket ikke er omfattet af Klagenævnets kompetence*

En offentlig ordregiver iværksatte et udbud efter Indkøbsdirektivet vedrørende indgåelse af rammeaftaler om indkøb af møbler, og udbyderen indgik derefter kontrakt med et antal tilbudsgivere på grundlag af udbuddet. Senere klagede en af de pågældende tilbudsgivere til Klagenævnet over, at amtet ikke havde fulgt rammeaftalerne op ved at købe hos de leverandører, som rammeaftalerne var indgået med.

Klagenævnet afviste sagen med henvisning til, at klagen angik spørgsmålet, om udbyderen som kontraktspart havde misligholdt rammeaftalen med klageren, hvilket ikke er omfattet af Klagenævnets kompetence.

Klageren havde efterfølgende selv tilkendegivet, at klagen burde afvises.

**23. februar 2006. Hoffmann A/S mod Skjern Kommune**

*Erstatning til positiv opfyldelsesinteresse fastsat skønsmæssigt til 1 mio. kr.*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 25. oktober 2005 i samme sag. Sagen angik en licitation i henhold til Tilbudsloven. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten, og ved kendelsen af 25. oktober 2005 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven m.m. på en række punkter.

Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav. Klageren påstod sig tillagt en erstatning på godt 3,5 mio. kr. til dækning af sin positive opfyldelsesinteresse.

Klagenævnet fastslog, at udbyderen ved de begåede overtrædelser havde pådraget sig erstatningsansvar over for klageren. Klagenævnet henviste videre til, at det af nærmere angivne grunde var sikkert, at klageren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde begået overtrædelserne, og at udbyderen derfor var forpligtet til at dække klagerens tab ved ikke at have fået tildelt kontrakten, dvs. positiv opfyldelsesinteresse. Erstatningen skulle ud fra sædvanlige principper for erstatningsudmåling fastsættes som svarende til den nettofortjeneste, som klageren ville have opnået ved ordren med hensyntagen til, at klageren ikke havde haft projektrisiko. Erstatningen fastsattes herefter skønsmæssigt til 1 mio. kr.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet som forligt mod indklagedes betaling af erstatning 1.750.000 kr.

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

**28. februar 2006. S-Card A/S mod Rigspolitiet**

*Klagerens aktindsigt omfattede ikke oplysninger om de andre tilbudsgiveres forretningshemmeligheder. Udbyderens rapport om udbuddet kunne ikke undrages fra klagerens aktindsigt i medfør af forvaltningslovens regel om interne arbejdsdokumenter. Interne arbejdsdokumenter var stadig interne, selvom udbyderen havde sendt dem til Klagenævnet*

En offentlig ordregiver iværksatte et udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet af en tjenesteydelse i forbindelse med indførelse af digitale fartskrivere. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud.

Der indkom tilbud fra fire tilbudsgivere, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. En anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet over udbyderens gennemførelse af udbudet.

Den her resumerede kendelse angår kun spørgsmålet, om Klagenævnet helt eller delvis skulle unddrage klageren fra aktindsigt i visse af de bilag, som udbyderen havde fremlagt for Klagenævnet. Disse bilag faldt i tre hovedgrupper, og Klagenævnet afgjorde spørgsmålet om klagerens aktindsigt inden for disse hovedgrupper således:

Hovedgruppe 1, omfattende den valgte tilbudsgivers tilbud, kontrakten med den valgte tilbudsgiver og forskellig korrespondance mellem udbyderen og nogle af tilbudsgiverne:

Udbyderen gjorde gældende, at klagerens aktindsigt i de pågældende bilag skulle begrænses i medfør af forvaltningslovens § 15, i det omfang bilagene indeholdt oplysninger om de andre tilbudsgiverses forretningshemmeligheder. Klagenævnet traf afgørelse i overensstemmelse hermed.

Hovedgruppe 2, bestående af udbyderens rapport vedrørende udbuddet, dvs. et dokument, der indeholdt en opsummering af tilbudene og en vurdering af disse:

Udbyderen gjorde gældende, at rapporten var et internt arbejdsdokument, og at den derfor kunne undrages fra klagerens aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 12, stk. 1, nr. 1. (Dokumenter udarbejdet af en myndighed til brug for myndighedens egen behandling af en sag er i henhold til denne bestemmelse interne arbejdsdokumenter og ikke omfattet af lovens regler om partsaktindsigt.)

Klagenævnet henviste til, at udbyderen ved et EU-udbud nødvendigvis må udfærdige et dokument som grundlag for tildelingsbeslutningen, men at et sådant dokument også har forskellige andre funktioner og ikke er unddraget fra en klagers aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 12, stk. 1. Klagenævnet bestemte herefter, at klageren skulle have aktindsigt i rapporten, dog med undtagelse af nogle angivelser om de andre tilbudsgivers tilbudspriser m.m., jf. lovens § 15.

Hovedgruppe 3, bestående af nogle interne dokumenter vedrørende udbuddet:

Disse dokumenter var interne arbejdsdokumenter og skulle derfor undrages fra klagerens aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 12, stk. 1. At udbyderen havde sendt de pågældende dokumenter til Klagenævnet («ud af huset»), medførte ikke, at § 12, stk. 1, ikke fortsat fandt anvendelse på dem.

## **7. marts 2006, Visborg Entreprenørfirma mod Århus Amt**

*Angivelse af referenceprodukt ved en licitation efter Tilbudsloven uden tilføjelsen »eller dermed ligestillet« eller lignende var i strid med EF-traktatens artikel 28. Tilføjelsen »som« var ikke tilstrækkelig. Et erstatningskrav fra den valgte tilbudsgiver i anledning af forholdet afvist*

En ordregivende myndighed iværksatte en offentlig licitation efter Tilbudsloven vedrørende fagentrepriserne ved et byggeri. Sagen angår tømrerentreprisen. I licitationsbetingelserne var angivet, at »Vinduespartier leveres som Ideal Combi Frame.«

Den tilbudsgiver, der havde tildelt kontrakten, klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at den omtalte angivelse om vinduespartier var i strid med Udbudsdirektivets artikel 23 (om referenceprodukter), fordi angivel-

sen ikke var ledsaget af ordene »eller dermed ligestillet« eller en tilsvarende bemærkning:

Taget til følge, dog med bemærkning, at forholdet var en overtrædelse af EF-traktatens artikel 28 (om forbud mod kvantitative indførselsrestriktioner), og at Udbudsdirektivet ikke fandt anvendelse på byggeriet. Udtalt, at angivelsen af ordet »som« ikke som hævdet af udbyderen på tilstrækkelig utvetydig måde havde tilkendegivet, at der ikke blev stillet krav om det angivne produkt.

2) Klagenævnet afviste en erstatningspåstand fra klageren med henvisning til, at kravet angik entreprisforholdet mellem klageren og udbyderen og derfor ikke var omfattet af Klagenævnets kompetence efter § 6, stk. 3, i Lov om Klagenævnet for Udbud.

### **10. marts 2006. Fagligt Fælles Forbund og Landsorganisationen i Danmark mod Viborg Amts Fælleskommunale Trafikselskab mfl.**

*Et fælleskommunalt trafikselskab kunne uden forudgående EU-udbud indtræde i et samarbejde med nogle andre trafikselskaber. Ansættelsesretlige hensyn var ikke en retlig interesse i at klage*

Et fælleskommunalt trafikselskab, V, hvis deltagere var et amt og kommunerne i amtet, indtrådte i et samarbejde om drift af et edb-system til håndtering af forskellige kørselsopgaver og om en vagtordning uden for almindelig arbejdstid. Det pågældende samarbejde var i forvejen etableret af nogle andre trafikselskaber.

To faglige organisationer klagede til Klagenævnet over, at V var indtrådt i det omtalte samarbejde uden forudgående EU-udbud.

Klagenævnet afviste klagen fra den ene af klagerne med henvisning til, at der ikke er tillagt denne klager klageadgang ved Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud, og idet nogle ansættelsesretlige hensyn, som lå bag klagen, ikke udgjorde en retlig interesse i at klage. Klagenævnet tog klagen fra den anden klager under påkendelse, da der er tillagt denne klager klageadgang ved Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet afgjorde sagen således:

Klagenævnet henviste til de to betingelser, som EF-domstolen i nogle domme har opstillet for at anse en virksomhed som »in house«, nemlig 1) ordregiveren skal føre samme kontrol med den pågældende virksomhed som med sine egne tjenestegrene, og 2) virksomheden skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed, den ejes af.

Klagenævnet udtalte videre, at det omtalte samarbejde opfyldte disse betingelser, da V havde fuld kontrol over, hvad der foregik i samarbejdet, idet alle beslutninger i samarbejdet krævede enighed (betingelse 1), og da samarbejdet udførte sin virksomhed for de deltagende trafikselskaber (betingelse 2).

V kunne herefter indtræde i samarbejdet uden forudgående EU-udbud.

**13. marts 2006. Kirudan A/S mod Kolding Kommune mfl.**

*Udbyder havde ikke godtgjort, at tilbudsvurderingen var saglig. Et underkriterium var uegnet, da det angik tilbudsgivernes forhold. Uoverensstemmelser mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Ube rettiget anvendelse af referenceprodukter. Samtidig fremsendelse af underkrevet kontrakt til den valgte tilbudsgiver og underretning til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen var i strid med principperne om ligebehandling og effektivitet. Ikke annullation*

Nogle kommuner iværksatte i fællesskab et begrænset udbud i henhold til Indkøbsdirektivet vedrørende indkøb af sygeplejeartikler. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. pris (70 %), 2. service, herunder sygeplejefaglig assistance (20 %), 3. leverings- og bestillingssystem (5 %) og 4. miljø- og arbejdsmiljø (5 %).

Der indkom tilbud fra et antal prækvalificerede tilbudsgivere, hvorefter udbyderne indgik kontrakt med en af dem. En anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet over en række forhold. Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderne ikke i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne havde angivet, hvorledes tilbuddene ville blive vurderet på grundlag af underkriterierne:

Ikke taget til følge med henvisning til, at det ikke i Indkøbsdirektivet eller udbudsretten i øvrigt er foreskrevet, at evalueringsmodeller m.m. skal angives i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, (om forbud mod opdeling af varemængder) og gennemsigtighedsprincippet ved at tildele tilbuddene fra den valgte tilbudsgiver og en anden tilbudsgiver for høje pointtal med hensyn til underkriteriet pris:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderne ikke havde godtgjort, at de foretagne beregninger førte til et retvisende og sagligt resultat. Her ved lagt vægt på, at vægtningen af priserne inden for de enkelte produktgrupper var gennemført på en uigennemsigtig måde.

3) Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at fastsætte underkriteriet 2. service, herunder sygeplejefaglig assistance, idet dette kriterium er et udvælgelseskræterium:

Ikke taget til følge med henvisning til bl.a., at et forhold både kan være et udvælgelseskræterium vedrørende tilbudsgiverne, en minimumsbetingelse vedrørende ydelsen og et underkriterium, og til, at der efter de oplysninger, der var forelagt Klagenævnet om spørgsmålet, ikke var grundlag for at tage påstanden til følge.

4) Subsidiær klage over, at udbyderne havde tildelt klagerens tilbud et for lavt pointtal vedrørende underkriteriet 2. service, herunder sygeplejefaglig assistance:

Ikke taget til følge med henvisning bl.a. til, at vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige bud beror på et skøn, og at der ikke var grundlag for at fastslå, at udbyderne havde forfulgt usaglige hensyn ved vurderingen af tilbuddene med hensyn til underkriteriet.

5) Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, og gennemsigtighedsprincippet ved at have tildelt klagerens tilbud et for lavt pointtal med hensyn til underkriteriet 3. leverings- og bestillingssystem:

Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

6) Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at fastsætte underkriteriet 4. miljø- og arbejdsmiljø, idet dette kriterium er et udvælgelseskriterium:

Taget til følge med henvisning til, at det pågældende underkriterium var uegnet til at kvalificere det økonomisk mest fordelagtige bud, idet de fleste af de spørgsmål, som underkriteriet sigtede til, udelukkende vedrørte tilbudsgivernes forhold og ikke egenskaber ved kontraktsgenstanden.

7) Klage over, at udbyderne havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6, (om principielt forbud mod angivelse af bestemte produkter) ved i udbudsbetingelserne at fastsætte tekniske specifikationer, der nævnedes varer af et bestemt fabrikat:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderne ikke havde givet en konkret begrundelse for, hvorfor det var umuligt at beskrive de pågældende produkter uden at henvise til referenceprodukter.

8) Klage over, at udbyderne havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, (om udbudsbekendtgørelser) og gennemsigtighedsprincippet ved i udbudsbetingelserne, men ikke i udbudsbekendtgørelsen, at angive mulighed for forlængelse i et år:

Erkendt af udbyderne og taget til følge.

9) Klage over, at udbyderne havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, og gennemsigtighedsprincippet ved i udbudsbetingelserne, men ikke i udbudsbekendtgørelsen, at angive, at den udbudte kontrakt omfattede tjenesteydelserne konsulentbistand og uddannelse:

Taget til følge med henvisning til bl.a., at en udbudsbekendtgørelse ifølge modellerne til udbudsbekendtgørelser i Indkøbsdirektivets bilag IV skal indeholde en beskrivelse af kontraktens genstand, og at det ikke var uvæsentligt, at kontraktsgenstanden omfattede de nævnte tjenesteydelser.

10) Klage over, at udbyderne havde overtrådt de EU-udbudsretlige principper om ligebehandling og effektivitet ved samme dag dels at underskrive og fremsende kontrakt til den valgte tilbudsgiver, dels at underrette de andre tilbudsgivere om tildelingsbeslutningen:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderne havde overtrådt de nævnte principper i hvert fald ved at foretage de omtalte handlinger samme dag.

11) Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 1 (om tildelingskriterier) ved at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, selvom denne tilbudsgivers tilbud ikke var det økonomisk mest fordelagtige:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderne ikke havde godtgjort, at den valgte tilbudsgivers tilbud var det økonomisk mest fordelagtige. Herved henvist til punkt 2) ovenfor.

Klagerens påstand om annullation af udbydernes beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge med den begrundelse, at de konstaterede overtrædelser ikke havde en sådan karakter, at de gav grundlag herfor.

## **26. april 2006. Air Liquide Danmark A/S mod Roskilde Amt, Storstrøms Amt og Vestsjællands Amt**

*Ikke erstatning til forbigået tilbudsgiver til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke var bevist eller overvejende sandsynligt, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderne ikke havde begået fejl. Tilbudsgiveren tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktssinter-*

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

*esse, da ordregiverne har pligt til at tilrettelægge EU-udbud på en professionel måde, og da det aktuelle udbud ikke var professionelt tilrettelagt og styret*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 15. december 2005 i samme sag. Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Indkøbsdirektivet, iværksat af nogle amter i fællesskab, vedrørende levering af ilt mv. til sygehuse. Klageren var en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten.

Ved kendelsen af 15. december 2005 konstaterede Klagenævnet, at udbyderne havde overtrådt Indkøbsdirektivet på en række punkter, ligesom Klagenævnet annullerede udbydernes beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav.

Klagenævnet udtalte, at udbyderne var erstatningsansvarlige over for klageren i anledning af nogle af de konstaterede overtrædelser (fastsættelse af underkriterier, der vedrørte tilbudsgivernes kvalifikationer, manglende prioritering af underkriterierne, manglende angivelse af mindstekrav til alternative tilbud samt overtrædelse af forhandlingsforbuddet).

Derimod medførte de øvrige overtrædelser ikke erstatningsansvar over for klageren (visse uoverensstemmelser mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, manglende efterfølgende oplysning til klageren om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele samt manglende krav om fremsendelse af oplysninger for virksomheder, der var udbydere bekendt).

Klagenævnet fandt det af nærmere angivne grunde ikke bevist, at klageren ville have fået kontrakten, hvis udbyderne ikke havde begået de erstatningspådragende fejl, eller at dette var overvejende sandsynligt. Klagerens påstand om erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse blev derfor ikke taget til følge.

Klagenævnet pålagde derimod udbyderne at betale en erstatning på 75.000 kr. til dækning af klagerens udgift til udarbejdelse af tilbud. Klagenævnet henviste herved til, at de offentlige ordregivere har pligt til at tilrettelægge EU-udbud på en professionel måde, således at tilbudsgiverne ikke, før de anvender ressourcer på at udarbejde tilbud, skal sikre sig, at udbudsbetingelserne ikke indeholder fejl, som udelukker, at udbuddet kan gennemføres korrekt og forsvarligt. Klagenævnet henviste videre til, at nogle af de erstatningspådragende overtrædelser først kunne konstateres efter udbuddets gennemførelse, og til, at udbuddet var præget af en helt utilstrækkelig professionel tilrettelæggelse og styring.

### **27. april 2006. Unicomputer A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S**

*Det var ikke i strid med Indkøbsdirektivet, at leverandører i henhold til rammeaftaler løbende kunne ændre priser og sortiment, og at rammeaftalerne var indgået med 10 leverandører, men det var i strid med direktivet, at rammeaftalerne var uden tidsbegrænsning*

Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) er et fælles statsligt og kommunalt indkøbsselskab. SKI indkøber ikke selv varer, men indgår rammeaftaler med forskellige leverandører, og offentlige virksomheder mfl., der er tilsluttet SKI, kan købe varer hos de pågældende leverandører i henhold til rammeaftalerne.

Sagen angik nogle rammeaftaler vedrørende levering af datamateriel, som SKI indgik med 10 forskellige leverandører efter forudgående begrænset EU-udbud i 1999 i henhold til det dagældende Indkøbsdirektiv. Klageren var en forhandler, som havde anmodet om at blive prækvalificeret under udbuddet.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at de indgåede rammeaftaler var i strid med Indkøbsdirektivet, fordi leverandørerne løbende kunne ændre priserne og sortimentet:

Ikke taget til følge med henvisning til, at ordregiverne også før de nu gældende udbudsdirektiver kunne indgå rammeaftaler. Desuden henvist til, at sådanne rammeaftaler måtte opfylde visse indholdsmæssige krav med det formål at hindre misbrug, men at der ikke var grundlag for at fastslå, at de omhandlede rammeaftaler ikke opfyldte disse krav.

2) Klage over, at rammeaftalerne var i strid med Indkøbsdirektivet, fordi de var indgået med et stort antal leverandører, dvs. 10:

Udtalt, at der er en øvre grænse for antallet af virksomheder, der kan indgås rammeaftaler med om den samme ydelse. Herved henvist til Klagenævnets kendelse af 2. juli 1998 i sagen Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Københavns Lufthavne A/S.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til de omhandlede indkøbs omfang, beskaffenhed og geografiske spredning og til de oplysninger om aktørerne på området, der var forelagt Klagenævnet.

3) Klage over, at rammeaftalerne var udbudt og indgået uden tidsbegrænsning:

Taget til følge med henvisning til, at tidsbegrænsede kontrakter kun med særlig begrundelse kan indgås for en længere årrække, jf. Klagenævnets kendelse af 5. november 2003 i sagen Tilsynsrådet Statsamtet Storstrøm mod Rønnede Kommune. Der var endvidere ikke grundlag for at antage, at de omhandlede rammeaftaler kun kunne fungere efter hensigten, hvis de var tidsbegrænsede. Desuden henvist til, at tidsbegrænsede kontrakter indebærer risiko for forringelse af konkurrencen.

Delvis ændret ved Østre Landsrets dom af 11. oktober 2007 i sag 15. afd. B-1982-06.

## **28. april 2006. Adelholm VVS ApS mod Faber Invest I/S**

*Erstatning til positiv opfyldelsesinteresse fastsat skønsmæssigt til 50.000 kr., da der skulle fratrækkes beløb til faste udgifter og sparet risiko m.m.*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 20. december 2005 i samme sag. Sagen angik en licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende et byggearbejde. Tildelingskriteriet var laveste pris. Klagerens tilbud havde laveste pris, men udbyderen indgik ikke kontrakt med klageren, fordi udbyderen anså klageren for at have tilbagekaldt sit tilbud. Ved kendelsen af 20. december 2005 konstaterede Klagenævnet, at udbyderens opfattelse om, at klageren havde tilbagekaldt tilbuddet, var uberettiget, og at udbyderen havde overtrådt tilbudslovgivningen bl.a. ved ikke at indgå kontrakt med klageren.

Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav. Klagenævnet udtalte, at udbyderen ville have tildelt klageren kontrakten, hvis udbyderen ikke havde begået de konstaterede overtrædelser, og at udbyderen derfor skulle erstatte klagerens positive opfyldelsesinteresse. Den positive opfyldelsesinteresse kunne imidlertid ikke opgøres til ca. 254.000

kr., således om klageren havde gjort det, svarende til klagerens tilbudspris med fradrag af udgifter til materialer, løn og underleverandør. Der skulle dels fratrækkes beløb til dækning af faste udgifter m.m., dels fratrækkes et beløb for sparet risiko. Erstatningen fastsattes herefter skønsmæssigt til 50.000 kr.

**2. maj 2006. Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening**

*Annullation af beslutning om prækvalificering af virksomhed, der i vidt omfang havde rådgivet udbyder i forbindelse med udbuddet. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2*

Nogle boligselskaber iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en tjenesteydelse omfattende totalrådgivning ved en renovering af et større antal ejendomme. Udbyderen prækvalificerede fem virksomheder, der alle afgav tilbud, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af virksomhederne, N.

En arkitektorganisation klagede til Klagenævnet over, at udbyderen havde prækvalificeret en virksomhed, W, selvom denne virksomhed i vidt omfang havde rådgivet udbyderne i forbindelse med udbuddet.

Klagenævnet udtalte (stærkt sammentrængt):

Det forhold, at en virksomhed har ydet rådgivning i forbindelse med undersøgelser før et udbud, medfører ikke i sig selv, at virksomheden afskæres fra at give tilbud, og udbyderne har en betydelig skønsmargin i denne forbindelse. Denne skønsmargin var imidlertid ganske åbenbart overskredet. W havde gennem hele forberedelsen af det omfattende renoveringsprojekt fungeret som totalrådgiver og rådgivende ingeniør for udbyderne m.m., og udbyderne havde ikke godtgjort, at W ikke havde haft åbenbare fordele som følge heraf.

Klagen blev herefter taget til følge, og Klagenævnet annullerede udbydernes beslutning om at prækvalificere W.

Klagenævnet henviste endvidere ex officio til følgende:

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af 3 underkriterier om henholdsvis pris, kvalitet og proces/organisation. I udbudsbetingelserne var angivet, at underkriterierne vægtede henholdsvis 30-50 %, 30-50 % og 10-30 %, og ved vurderingen af tilbuddene vægtede udbyderne underkriterierne med henholdsvis 30 %, 50 % og 20 %.

Klagenævnet udtalte, at dette var i strid med gennemsigtighedsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2 (om relativ vægtning af underkriterier), og at det havde været mere informativt, hvis underkriterierne blot havde været angivet i prioriteret rækkefølge.

**4. maj 2006. Buus Totalbyg A/S mod Bjerringbro Kommune**

*Udbyder havde ret til ikke at tage et tilbud i betragtning som følge af tilbuddets manglende opfyldelse af et krav om prisangivelser, men havde som følge af omstændighederne ikke pligt hertil. Udbyder skulle have prissat nogle forbehold i tilbuddet. Udbyder havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved efter tildelingsbeslutningen at få den valgte tilbudsgiver til at frafalde et forbehold. Overtrædelse af Tilbudslovens § 8 ved forbehold om forkastelse af alle tilbud*

En kommune iværksatte en begrænset licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende tømrerentreprisen ved ombygningen af en skole. Tilde-

lingskriteriet var laveste pris. Der indkom tilbud fra to virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med tilbudsgiveren med laveste pris. Den anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte et krav i licitationsbetingelserne om angivelse af særskilt pris for montering af vinduer og døre:

Udtalt, at udbyderen som følge af forholdet havde været berettiget til ikke at tage tilbuddet i betragtning, men at udbyderen ikke havde haft pligt hertil. Herved bl.a. henvist til, at det fremgik af tilbuddet, at de angivne priser for vinduer og døre omfattede montering.

2) Klage over, at udbyderen ikke havde prissat nogle forbehold i den valgte tilbudsgivers tilbud:

Ikke taget til følge med hensyn til påberåbte forbehold vedrørende benyttelse af murerstillads og udførelse af vinduer, da der af nærmere angivne grunde ikke var tale om forbehold.

Derimod taget til følge med hensyn til forbehold om bevarelse af en eksisterende væg, udførelse af akustiklofter og udførelse af indgangsdøre. Fastslået, at disse forbehold skulle have været prissat med tilsammen ca. 107.000 kr.

Desuden udtalt, at udbyderen havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved efter beslutningen om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver at have fået tilbudsgiveren til at frafalde forbeholdet om bevarelse af en eksisterende væg.

3) Klage over, at udbyderen ikke ved vurderingen af den valgte tilbudsgivers tilbud tog hensyn til, at dette tilbud ud over prisen for levering og montering af gulv i en tilbygning til en hal alene angav en tillægspris for levering og montering af gulv i hele hallen, i stedet for som krævet i licitationsbetingelserne at angive både prisen for levering og montering af gulv i tilbygningen og prisen for levering og montering af gulv i hele hallen:

Taget til følge. Herved angivet, at udbyderen ved vurderingen af tilbuddene som følge af forholdet skulle have trukket et nærmere angivet beløb fra klagerens tilbudspris.

4) Klage over, at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, selvom dennes tilbud ikke havde laveste pris:

Ikke taget til følge, da den valgte tilbudsgivers tilbud efter en korrekt beregning havde laveste pris, også efter de prissætninger, der nævnt under punkt 2).

5) Taget op ex officio: Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 8, stk. 1 og 2 (om tildelingskriterier) ved at angive i udbudsbetingelserne, at udbyderen forbeholdt sig ret til at forkaste alle tilbud.

## **8. maj 2006. Pankas A/S mod Korsør Kommune**

*Tilbud, der var underskrevet i henhold til stillingsfuldmagt, kunne tages i betragtning*

En kommune iværksatte en licitation vedrørende vedligeholdelse af asfaltbelægninger i en periode. Der indkom tilbud fra et antal prækvalificerede virksomheder. En af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra en af de andre tilbudsgivere, et aktie-

selskab, i betragtning, selvom denne tilbudsgivers tilbud ikke var underskrevet af en tegningsberettiget.

Klagen blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at et krav i udbudsbetingelserne om underskrift af en tegningsberettiget måtte forstås sådan, at kontrakt skulle underskrives af en tegningsberettiget i henhold til vedtægterne og aktieselskabsloven. Kravet omfattede derimod ikke underskrift på tilbuddene, og det omhandlede tilbud var underskrevet af en person, der havde stillingsfuldmagt hertil.

**31. maj 2006. J. Olsen A/S Entreprenør- & nedrivningsfirmaet og Jens Olsen mod Ramsø Kommune**

*Erstatning til dækning af forbigået tilbudsgivers negative kontraktinteresse fastsat skønsmæssigt til 25.000 kr. Ikke erstatning til positiv opfyldelsesinteresse, da udbyderen som følge af de begåede overtrædelser var forpligtet til ikke at indgå kontrakt med nogen tilbudsgiver, hvilket heller ikke var sket*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 3. februar 2006 i samme sag. Sagen angik en kommunes indhentning af underhåndsbud fra 2 tilbudsgivere vedrørende etablering af en genbrugsstation. Klagen var indgivet af den ene af tilbudsgiverne, og ved kendelsen af 3. februar konstaterede Klagenævnet, at kommunen havde overtrådt Tilbudsloven på nærmere angivne punkter.

Ved den her resumerede kendelse tog Klagenævnet stilling til et erstatningskrav fra klageren, der påstod udbyderen pålagt at betale ca. 687.000 kr. til dækning af mistet fortjeneste, subsidiært ca. 195.000 kr. til dækning af udgiften ved udarbejdelse af tilbud m.m.

Klagenævnet udtalte:

Som følge af de konstaterede overtrædelser var udbyderen efter dansk rets almindelige erstatningsregler erstatningsansvarlig over for klageren. Efter overtrædelsernes karakter var udbyderen forpligtet til ikke at indgå kontrakt med nogen af tilbudsgiverne, hvilket heller ikke var sket. Klageren havde således ikke mistet en fortjeneste, og der var herefter ikke grundlag for at pålægge udbyderen at erstatte klagerens positive opfyldelsesinteresse.

Udbyderen skulle derimod betale erstatning til dækning af de udgifter, som udbyderen ved overtrædelserne havde påført klageren. Denne erstatning fastsattes skønsmæssigt til 25.000 kr., bl.a. med henvisning til, at enhver tilbudsgiver må være indstillet på at afholde forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud, og til, at klagerens opgørelse af sine udgifter var fuldstændig udokumenteret.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

**30. juni 2006. Raunstrup Gruppen A/S mod Dragør Kommune**

*Forbuddet i § 13, stk. 2, i Tilbudsbekendtgørelsen af 2002 om indhentning af mere end 4 underhåndsbud sigtede til indhentning af underhåndsbud fra flere end 4 tilbudsgivere. Forskellige klagepunkter ikke taget til følge med konkret begrundelse*

En kommune iværksatte en begrænset licitation med prækvalifikation efter Tilbudsloven vedrørende en totalentreprisekontrakt om opførelse af en svømmehal (1. licitation), men annullerede senere licitationen med den begrundelse, at der ikke var indkommet anmodning om prækvalifikation fra et tilstrækkeligt antal virksomheder.

Udbyderen iværksatte herefter en ny begrænset licitation med prækvalifikation efter Tilbudsloven (2. licitation). Der indkom 4 tilbud. Udbyderen annullerede senere denne licitation med den begrundelse, at alle tilbud var ukonditionsmæssige. Udbyderen indhentede derefter underhåndsbud fra de 4 tilbudsgivere og iværksatte forhandlinger med alle tilbudsgiverne, men opnåede ikke et tilfredsstillende resultat ved forhandlingerne.

Udbyderen iværksatte derefter en ny begrænset licitation med prækvalifikation efter Tilbudsloven (3. licitation), men annullerede senere denne licitation med den begrundelse, at der kun var fremkommet anmodning om prækvalifikation fra en enkelt virksomhed. Denne virksomhed afgav derefter på udbyderens opfordring et underhåndsbud. Af økonomiske årsager besluttede udbyderen ikke at indgå kontrakt på grundlag af underhåndsbuddet, og svømmehallen er ikke blevet opført.

Klagen var indgivet af en virksomhed, der havde anmodet om prækvalifikation under 1. licitation, og som havde afgivet tilbud under 2. licitation. Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde anset klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt, fordi det ikke opfyldte licitationsbetingelsernes krav om tegningsmateriale: Ikke taget til følge med henvisning til, at det tegningsmateriale, der var vedlagt tilbuddet, ikke angik det tilbudte projekt, men derimod et tidligere projekt.

2) Klage over, at udbyderen havde anset klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt, fordi nogle kalkulationer, der var krævet i licitationsbetingelserne, ikke var tilstrækkeligt detaljerede: Ikke taget til følge med henvisning til, at de pågældende kalkulationer ikke opfyldte kravene i licitationsbetingelserne.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt § 13, stk. 2, i den dagældende bekendtgørelse om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002) ved at have indhentet 5 underhåndsbud, selvom der efter bestemmelsen højst måtte indhentes 4 underhåndsbud:

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Efter klagerens opfattelse angik 2. licitation og 3. licitation samme arbejde. Som nævnt ovenfor havde udbyderen indhentet underhåndsbud fra de 4 tilbudsgivere ved 2. licitation samt fra tilbudsgiveren ved 3. licitation, og udbyderen havde således efter klagerens opfattelse indhentet 5 underhåndsbud vedrørende samme arbejde.

Klagepunktet blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at der af nærmere angivne årsager ikke var tale om samme arbejde ved de to licitationer. Klagenævnet udtalte desuden, at selvom der havde været tale om samme arbejde, ville det passerende ikke have været en overtrædelse af bekendtgørelsens § 13, stk. 2, idet den tilbudsgiver, der havde afgivet underhåndsbud under 3. licitation, var en af de 4 tilbudsgivere, der havde afgivet underhåndsbud under 2. licitation. Klagenævnet henviste herved til, at bekendtgørelsens § 13, stk. 2, må fortolkes sådan, at den afskærer en udbyder fra på grundlag af underhåndsbud at forhandle med mere end 4 tilbudsgivere, men at den derimod ikke afskærer fra forhandling med 4 tilbudsgivere, selvom en eller flere af disse har afgivet mere end et tilbud.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i § 6 i den dagældende tilbudslov ved i forbindelse med 2. licitation at have forhandlet med de 4 tilbudsgivere, selvom udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med en bestemt af dem: Ikke taget til følge, da der ikke

var grundlag for at antage, at udbyderen havde truffet en sådan beslutning.

**6. juli 2006. Logstor A/S mod Viborg Fjernvarme**

*Angår Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Forskellige overtrædelser af forhandlingsforbuddet m.m. En tilbudsgivers adfærd efter tilbuddets afgivelse afskærer ikke tilbudsgiverens klageadgang. Ikke opsættende virkning. Annullation*

Et fjernvarmeselskab udbød som begrænset udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet 2004/17 en rammeaftale om levering af fjernvarmerør. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne kvalitet, pris, forsynings sikkerhed, sikkerhed for leverance af reservedele, teknisk værdi samt service og bistand.

Der indkom tilbud fra fire prækvalificerede virksomheder. Udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, hvorefter en anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom det indeholdt forbehold:

Ikke taget til følge med hensyn til et forbehold om, at tilbudspriserne forudsatte samlede leverancer af en vis størrelse, og et forbehold om fradrag ved kreditering af returvarer. Henvist til, at disse forbehold ikke angik grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne og kunne have været prissat på grundlag af statistiske erfaringer.

Derimod taget til følge med hensyn til et forbehold om udskydelse af leveringstiden i tilfælde af manglende eller mangelfulde leverancer fra underleverandører. Henvist til, at dette forbehold angik et grundlæggende element i udbudsbetingelserne.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved at opfordre den valgte tilbudsgiver til at frafalde de under punkt 1 nævnte forbehold, hvilket skete: Taget til følge.

3) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke indeholdt angivelser om specifikationer og dokumentation vedrørende muffe som krævet i udbudsbetingelserne:

Ikke taget til følge. Henvist til, at de pågældende mangler ved tilbuddet ikke var af en sådan beskaffenhed i forhold til de krav, der kunne udledes af udbudsbetingelserne, at udbyderen var forpligtet til at afvise tilbuddet, men at udbyderen derimod som følge af manglernes beskaffenhed kunne iværksætte en teknisk afklaring uden at overtræde forhandlingsforbuddet.

4) Klage over, at udbyderen havde forhandlet med den valgte tilbudsgiver om udførelsen af muffe:

Taget til følge. Henvist til, at udbyderen havde været i tvivl, om den valgte tilbudsgivers tilbud opfyldte udbudsbetingelsernes krav. Udtalt, at udbyderen havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved for det tilfælde, at de tilbudte muffe ikke opfyldte kravene, at anmode tilbudsgiveren om pris for muffe, der gjorde dette.

5) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke indeholdt specifikationer og dokumentation vedrørende kompensatorer:

Ikke taget til følge med begrundelse svarende til begrundelsen ad punkt 3 ovenfor. Desuden udtalt, at hvis en teknisk afklaring ikke tilvejebragte den nødvendige dokumentation, kunne dette give anledning til en lavere vurdering af tilbuddet efter underkriterierne til tildelingskriteriet.

6) Klage over, at udbyderen havde givet den valgte tilbudsgiver lejlighed til at afgive et nyt tilbud vedrørende kompensatorer til fast system (dvs. spændingsaflastere integreret i fjernvarmerørene):

Taget til følge. Henvist til, at den valgte tilbudsgivers tilbud indeholdt et forbehold på det pågældende punkt ved, at det i tilbuddet var angivet, at udbyderen skulle betale en patentafgift. Som følge af forbeholdets beskaffenhed og udbyderens reaktion på det var der tale om et grundlæggende element. Udbyderen skulle derfor have afvist tilbuddet i stedet for at give den valgte tilbudsgiver lejlighed til at afgive et alternativt tilbud vedrørende en anden udførelsesmåde.

7) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom nogle rør, der var omfattet af tilbuddet, ikke havde de dimensioner, der var krævet i udbudsbetingelserne (krævet en diameter på 77 mm, tilbudt 75 mm):

Ikke taget til følge. Henvist til, at forskellen, der vedrørte tykkelsen af rørenes isolering, var uden teknisk betydning.

8) Klage over, at udbyderen ikke havde afvist et supplerende tilbud fra den valgte tilbudsgiver vedrørende muffe og kompensatorer til fast system, uagtet det i udbudsbetingelserne var fastsat, at der kun ville blive modtaget ét tilbud fra hver tilbudsgiver: Taget til følge.

9) Klage over, at udbyderen havde taget de under punkt 8 omtalte supplerende tilbud i betragtning, selvom de var modtaget efter tilbudsfristens udløb:

Ikke taget til følge med henvisning til, at fristen i udbudsbetingelserne for afgivelse af tilbud vedrørte de tilbud, som tilbudsgiverne skulle indlevere for at deltage i udbuddet. Fristen fandt derimod ikke anvendelse på supplerende tilbud, som tilbudsgiverne efter udbudsbetingelserne og udbudsreglerne måtte have mulighed for at afgive.

10) Klage over, at udbyderen havde foretaget en urigtig vurdering af den valgte tilbudsgivers tilbud i henhold til underkriteriet »kvalitet«:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde vurderet den valgte tilbudsgivers tilbud på grundlag af tilbudsgiverens supplerende tilbud vedrørende kompensatorer til fast system, jf. punkt 6 ovenfor.

11) Klage over, at udbyderen havde foretaget en urigtig vurdering af den valgte tilbudsgivers tilbud i henhold til underkriteriet »pris«:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde vurderet den valgte tilbudsgivers tilbud på grundlag af tilbudsgiverens supplerende tilbud vedrørende muffe indeholdende en prisnedsættelse vedrørende muffe i forhold til det oprindelige tilbud.

12) Klage over, at udbyderen havde foretaget en urigtig vurdering af den valgte tilbudsgivers tilbud i henhold til underkriteriet »forsynings sikkerhed«:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde vurderet den valgte tilbudsgivers tilbud, selvom dette tilbud skulle have været afvist som følge af forbeholdet om udskydelse af leveringstiden, jf. punkt 1 ovenfor, og selvom udbyderen havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved at få tilbudsgiveren til at frafalde forbeholdet, jf. punkt 2 ovenfor.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver med henvisning til beskaffenheden af de overtrædelser, der er omtalt under punkterne 1, 2, 4 og 6 ovenfor, og til at klagen var indgivet ca. 1½ måned efter, at klageren havde fået meddelelse om valget af tilbudsgiver.

Udbyderen havde påstået klagen afvist med henvisning til, at klageren ikke havde retlig interesse i at klage. Udbyderen henviste herved til, at klageren efter åbningen af tilbuddene havde skaffet sig en omfattende viden om tilbuddene og havde forsøgt at påvirke udbyderens evalueringsproces til egen fordel, således at udbyderen havde været forpligtet til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

Klagenævnet tog ikke afvisningspåstanden til følge med henvisning til, at tilbudsgivere ifølge forarbejderne til Lov om Klagenævnet for Udbud har retlig interesse i at klage over det pågældende udbud, og at der intet grundlag er for at indfortolke en begrænsning vedrørende en tilbudsgivers adfærd efter afgivelsen af tilbuddet.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet som forligt.

### **7. juli 2006. Raunstrup Gruppen A/S mod Frederikssund Kommune**

*Krav om, at tilbud skulle være vedlagt forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller om, at der ville blive stillet entreprenørgaranti, angik ikke tilbudsgivernes kvalifikationer, men angik derimod den udbudte ydelse. Nogle erklæringer fra kautionsforsikringsselskaber måtte ud fra en almindelig praktisk synsvinkel anses for forhåndstilkendegivelser, hvori- mod en erklæring fra en tilbudsgiver selv ikke var tilstrækkelig*

En kommune iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende opførelsen af et byggeri i totalentreprise. I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbuddene skulle være vedlagt en forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller om, at sikkerhedsstillelse for entreprenørens forpligtelser i henhold til ABT93 § 36 ville kunne opnås senest 8 dage efter kontraktens indgåelse.

Der indkom tilbud fra 6 prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. Klageren var en af de andre tilbudsgivere.

Klagerens tilbud indeholdt en indeståelse fra klageren selv om, at der kunne stilles garanti inden for 8 dage, og udbyderen havde ikke taget klagerens tilbud i betragtning med henvisning til, at tilbuddet ikke opfyldte kravet om forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde stillet det omtalte krav om forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller og havde afvist klagerens tilbud, fordi det ikke var vedlagt en sådan forhåndstilkendegivelse, idet kravet efter klagerens opfattelse var et udvælgelseskrav, der skulle have været stillet i forbindelse med prækvalifikationen:

Ikke taget til følge med henvisning til, at et krav om forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller ikke angår tilbudsgivernes kvalifikationer, men derimod angår den udbudte ydelse. Det er derfor ikke strid med Udbudsdirektivet at stille et sådant krav og at afvise tilbud, der ikke opfylder kravet.

2) Subsidiær klage over, at udbyderen havde afvist klagerens tilbud, fordi det ikke var vedlagt en erklæring fra en garantistiller som omtalt, selvom de andre tilbud heller ikke var vedlagt en sådan erklæring:

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Den valgte tilbudsgivers tilbud og tilbuddet fra en af de andre tilbudsgivere var vedlagt erklæringer fra hver sit kautionforsikringselskab, hvorefter der for den pågældende tilbudsgiver var etableret en garantiramme, som p.t. kunne rumme en garanti vedrørende projektet. De øvrige 4 tilbud var ikke vedlagt erklæringer fra garantistiller.

Klagepunktet blev ikke taget til følge. Klagenævnet udtalte, at de to omtalte erklæringer fra kautionforsikringselskaber ikke var klare og utvetydige erklæringer, om at der ville blive stillet sikkerhed, ikke mindst som følge af erklæringernes angivelse af, at garantirammerne »p.t.« kunne rumme en garanti i henhold til projektet. Ud fra en almindelig praktisk synsvinkel måtte erklæringerne imidlertid forstås om en oplysning om, at kautionforsikringselskaberne ville stille sikkerhed for de pågældende tilbudsgivers forpligtelser. Dette skulle sammenholdes med, at klagerens tilbud alene indeholdt en garanti fra klageren selv, hvad der klart ikke opfyldte kravet i udbudsbetingelserne. Udbyderen havde derfor ikke overtrådt Udbudsdirektivet ved at anse de to tilbud for at overholde kravet om forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller samtidig med, at udbyderen ikke anså klagerens tilbud for at gøre det.

3) Mere subsidiær klage over, at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver uden forinden at have kontaktet alle tilbudsgiverne som følge af, at ingen af tilbuddene var vedlagt den krævede forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller:

Ikke taget til følge, allerede fordi Klagenævnet havde konstateret, at udbyderen var berettiget til at anse to af tilbuddene for at opfylde kravet, jf. ovenfor.

#### **14. juli 2006. Heine Pedersen mod Økonomistyrelsen**

*Virksomhed som konsulent og teknisk koordinator inden for det område, som et EU-udbud angik, og funktion som rådgiver for en virksomhed, der var interesseret i at afgive tilbud under udbuddet, medførte ikke retlig interesse i at klage til Klagenævnet*

En styrelse udbød efter Udbudsdirektivet en kontrakt om tilslutning til og brug af et landsdækkende radiobaseret kommunikationsnet til brug for nød- og beredskabsmyndighederne mfl.

En person klagede til Klagenævnet over udbuddet. Efter at Klagenævnet havde anmodet klageren om en redegørelse for sin retlige interesse i at klage, henviste klageren i et brev til, at han er rådgiver for en virksomhed, der er væsentligt berørt af udbuddet. Klageren henviste desuden bl.a. til, at han virker som konsulent med speciale i rådgivning vedrørende kommunikationsprojekter m.m., at han har virket som koordinator for sådanne projekter under EU, og at udbuddet som følge af manglende specifikationer og strid med standarder m.m. er af en sådan karakter, at det ikke er muligt at udøve en kvalificeret rådgivning over for interesserede klienter.

Klagenævnet udtalte: Hverken det forhold, at klageren driver erhvervsvirksomhed som konsulent med speciale i rådgivning inden for området og har været koordinator for kommunikationsprojekter m.m. i EU, eller den omstændighed, at han er teknisk rådgiver for en virksomhed, der er interesseret i at deltage i det aktuelle udbud, medfører, at han har retlig interesse i at klage til Klagenævnet. Klagenævnet afviste derfor klagen.

**23. august 2006. Hedeselskabet Miljø og Energi A/S mod Sønderjyllands Amt**

*Udbyderne har ved EU-udbud pligt til ikke at tage et tilbud i betragtning, hvis tilbudsgiveren har udført forberedende arbejde, som har medført en konkurrencefordel. Ikke opsættende virkning*

Et amt ønskede at etablere nogle fiskepassager i en å. Amtet fik i den anledning udført nogle skitseprojekter hos en rådgivende virksomhed, H, for hvilket amtet betalte H ca. 350.000 kr. Skitseprojekterne dannede grundlag for ansøgning om EU-støtte og for offentlig høring efter vandløbsloven m.m.

På et senere tidspunkt udbød amtet som offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet en tjenesteydelse bestående af projektering af fiskepassagerne. De skitseprojekter, som H havde udarbejdet, indgik i udbudsbetingelserne, og det var angivet i udbudsbetingelserne, at projekter, der ikke var udarbejdet på grundlag af skitseprojekterne, ville blive betragtet som alternative tilbud. Værdien af den udbudte tjenesteydelse var i størrelsesordenen 1,5-2 mio. kr.

Der indkom tilbud fra nogle tilbudsgivere, herunder H. Efter en henvendelse tilkendegav Konkurrencestyrelsen, at H ikke burde have adgang til at afgive tilbud. Konkurrencestyrelsen henviste herved til, at nogle hydrauliske beregninger (dvs. beregninger af vandhastighed m.m.), som H havde udført til brug for skitseprojekterne, kunne betragtes som en begyndelse af projekteringsarbejdet. Amtet besluttede derefter ikke at tage H's tilbud i betragtning.

H klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at amtet havde handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at tage H's tilbud i betragtning. En begæring fra H om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

H gjorde gældende, at den viden, som udarbejdelsen af skitseprojekterne havde tilført H, var af ganske uvæsentlig betydning, idet al viden var angivet i skitseprojekterne. H gjorde videre gældende, at de hydrauliske beregninger, som H havde udført til brug for skitseprojekterne, repræsenterede højst 4 arbejdsdages værdi.

Klagenævnet lagde til grund, at H som følge af sin udarbejdelse af skitseprojekterne havde opnået en konkurrencefordel, der meget muligt var af karakter og størrelse som hævdet af H. Klagenævnet udtalte videre, at udbyderne ved EU-udbud har pligt til at undlade at tage tilbud i betragtning, hvis tilbudsgiveren har udført forberedende arbejde, som har medført en konkurrencefordel. Da H havde opnået en konkurrencefordel som følge af udførelsen af skitseprojekterne, blev klagen ikke taget til følge.

**30. august 2006. Alliance Clean & Care A/S mod Retten i Odense**

*En udbyder annullerede et udbud med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, fordi tilbudsprisen i det tilbud, der var det økonomisk mest fordelagtige, oversteg udbyderens økonomiske muligheder, og fordi der var opstået usikkerhed om udbyderens behov. Annullationen var ikke usaglig og var ikke i strid med fællesskabsrettens grundlæggende principper*

En byret iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet af tjenesteydelserne rengøring og vinduespolering. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne: a) kva-

dratmetyrdelse pr. time med vægt 70 %, b) samlet pris med vægt 20 % og c) varetagelse af miljøhensyn med vægt 10 %.

Efter tilbuddenes modtagelse konstaterede udbyderen, at tilbudsprisen i det tilbud, der efter udbyderens opfattelse var det økonomisk mest fordelagtige, oversteg udbyderens økonomiske muligheder. Udbyderen annullerede derefter udbuddet med henvisning hertil og til, at Domstolsstyrelsen efter udbuddets iværksættelse havde henstillet til byretterne ikke at iværksætte udbud af rengøring, før en planlagt ny byretsstruktur og dermed byretternes fremtidige lokalesituation var blevet fastlagt.

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

1) Klage over, at udbyderens annullation af udbuddet var sket uden saglig grund:

Ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at udbyderen havde overholdt underretningspligten efter Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1. (Ifølge denne bestemmelse skal den ordregivende myndighed hurtigst muligt bl.a. underrette tilbudsgiverne om resultatet af et udbud, herunder med underretning om begrundelsen for en beslutning om ikke at indgå kontrakt.) Klagenævnet henviste videre til, at udbyderens annullationsbeslutning ikke var usaglig eller i strid med fællesskabsrettens grundlæggende principper.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 (om ligebehandling og gennemsigtighed) ved, at en tilbudsliste, der indgik i udbudsbetingelserne, ikke gav mulighed for at give en krævet oplysning for så vidt angik tjenesteydelsen vinduespolering: Erkendt af udbyderen og taget til følge.

### **5. september 2006. Joca Trading A/S mod Renosyd I/S**

*Ukonditionsmæssige tilbud uberettiget taget i betragtning. Opfordring til at afgive supplerende tilbud som følge af uklarhed i udbudsbetingelserne var af konkrete grunde i strid med ligebehandlingsprincippet. Andre uklarheder i udbudsbetingelserne var i strid med gennemsigtighedsprincippet. I specielle tilfælde kan der efter kontraktsindgåelse aftales ændringer. En angivelse i udbudsbetingelserne var et sideordnet udbud og angik ikke alternative tilbud. Indgåelse af kontrakt på dagen for tilbudsfristens udløb var i strid med principperne om ligebehandling og effektivitet. Klagenævnet kan kun annullere beslutninger, og udbyders sammenligning af tilbud var ikke en beslutning. Annullation af flere beslutninger*

Et renovationselskab iværksatte et offentligt udbud efter Indkøbsdirektivet af indkøb af plastbeholdere til papir og pap. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Der indkom tilbud fra et antal tilbudsgivere.

Efter tilbuddenes indgivelse besluttede udbyderen at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, H. Udbyderen underrettede de andre tilbudsgivere herom og indgik derefter kontrakten.

Efter en henvendelse fra en anden tilbudsgiver, J, blev udbyderen opmærksom på en uklarhed i udbudsbetingelsernes angivelser om beholderstørrelser. Uklarheden bestod i, at de beholderstørrelser, der var angivet i udbudsbetingelserne, ikke var i overensstemmelse med angivelserne om beholderstørrelser i en standard, som beholderne skulle opfylde. Uklarheden havde medført, at nogle tilbud angik beholderstørrelser i overensstemmelse med standarden, medens andre tilbud både angik de beholder-

størrelser, der var angivet i udbudsbetingelserne, og beholderstørrelser i overensstemmelse med standarden.

Udbyderen og H blev enige om at annullere den indgåede kontrakt, hvorefter udbyderen opfordrede tilbudsgiverne til at afgive supplerende tilbud på beholderstørrelser i overensstemmelse med standarden. Udbyderen tilkendegav samtidig, at de dele af de oprindelige tilbud, der angik beholderstørrelser i overensstemmelse med standarden, stadig var bindende, hvorimod der ville blive set bort fra prisangivelser i de oprindelige tilbud vedrørende beholderstørrelser, der ikke var i overensstemmelse med standarden,

Der indkom herefter supplerende tilbud fra nogle tilbudsgivere, herunder H og J, hvorefter udbyderen på ny indgik kontrakt med H.

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

1) Klage over, at udbyderen havde taget de oprindelige tilbud fra H og en anden tilbudsgiver i betragtning, selvom nogle beholdere, der var angivet i disse tilbud, ikke opfyldte nogle volumenkrav i udbudsbetingelserne (påstand 1-2 og 4-5):

Taget til følge, idet Klagenævnet med konkrete begrundelser konstaterede, at de pågældende beholdere ikke opfyldte kravene. Udtalt, at Indkøbsdirektivets artikel 8 om tekniske specifikationer, som udbyderen havde påberåbt sig, ikke kunne føre til andet resultat.

2) Klage over, at udbyderen havde taget et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke opfyldte grundlæggende krav i udbudsbetingelserne om betaling og prisregulering (påstand 9):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt forbuddet mod forskelsbehandling i Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, ved at opfordre tilbudsgiverne til at afgive de ovenfor omtalte supplerende tilbud (påstand 10):

Taget til følge. Udtalt, at udbyderen ved anmodningen om supplerende tilbud havde foretaget en delvis annullation af udbuddet med hensyn til beholderstørrelser, der ikke var omfattet af standarden, og at denne delvise annullation forrykkede konkurrencegrundlaget.

Herved henvist til, at den delvise annullation af nærmere angivne grunde havde forskellige virkninger for tilbudsgiverne. Desuden henvist til, at opfordringen til at afgive supplerende tilbud blev udsendt på et tidspunkt, da tilbudsgiverne havde kendskab til evalueringen af de oprindelige tilbud, og at den derfor virkede pristrykkende. Endvidere henvist til, at det var uklart, om anmodningen om supplerende tilbud skulle forstås sådan, at tilbudsgiverne kunne eller ikke kunne afgive nye tilbud på beholderstørrelser, der var omfattet af deres oprindelige tilbud, og at der i begge tilfælde af nærmere angivne grunde var tale om konkurrencefordele for nogle tilbudsgivere.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved i udbudsbetingelsernes afsnit om mindstekrav at fastsætte, at der ikke kunne tages forbehold på nærmere angivne punkter, og ved andetsteds i udbudsbetingelserne at angive, at tilbudsgiverne kunne tage forbehold bortset fra med hensyn til mindstekravene (påstand 11):

Ikke taget til følge. Herved henvist til, at udbyderen som følge af forbuddet mod forskelsbehandling i Indkøbsdirektivets artikel 7, stk. 5, havde pligt til at afvise tilbud med forbehold, der vedrørte grundlæggende elementer, eller som ikke kunne prissættes.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt direktivets artikel 5, stk. 7, og forhandlingsforbuddet ved i udbudsbetingelserne at angive, at alle forbehold skulle være prissat af tilbudsgiverne (påstand 12):

Ikke fundet anledning til at tage stilling til dette klagepunkt.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved i en kontrakt, der indgik i udbudsbetingelserne, at angive, at den mest vidtrækkende passus var gældende i tilfælde af uoverensstemmelse mellem de dokumenter, som kontrakten refererede til, og at udbyderen i tvivlstilfælde afgjorde, hvilken formulering, der var gældende (påstand 13):

Taget til følge med henvisning til, at bestemmelsens rækkevidde var uklar, herunder fordi det ikke fremgik, hvem den omtvistede passus skulle være mest vidtrækkende for.

7) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med direktivets artikel 5, stk. 7, og forhandlingsforbuddet ved at angive i udbudsbetingelserne, at kontrakten alene kunne ændres med skriftlig accept fra tegningsberettigede repræsentanter for udbyderen og leverandøren (påstand 14):

Ikke taget til følge med henvisning til, at ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet ikke er til hinder for, at der i specielle tilfælde efter kontraktsindgåelsen kan gennemføres forhandlinger og aftales ændringer.

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved uklare angivelser i udbudsbetingelserne om leverancens forventede omfang (påstand 15):

Taget til følge med konkret begrundelse.

9) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 16, stk. 1 (om alternative tilbud) og gennemsigtighedsprincippet ved i udbudsbetingelserne at give mulighed for tilbud på beholdere af en nærmere angiven størrelse i stedet for de størrelser, der ellers var krævet, selvom det yderligere var angivet, at varianter ikke ville blive taget i betragtning, subsidiært klage over, at mindstekrav for alternative tilbud ikke var angivet (påstand 16 og 17):

Ikke taget til følge, da de pågældende angivelser i udbudsbetingelserne ikke gik ud på at give mulighed for alternative tilbud, men derimod var et sideordnet udbud. Herved henvist til, at der i udbudsbetingelserne var fastsat en præcis ramme for beholdere med den omhandlede særlige størrelse.

10) Subsidiær klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke at have fastsat i udbudsbetingelserne, hvordan alternative tilbud skulle sammenlignes med ordinære tilbud (påstand 18):

Ikke taget til følge med henvisning til, at det klart fremgik af udbudsbetingelserne, at beholdere med den omhandlede særlige størrelse ville blive sammenlignet med ordinære tilbud udelukkende på grundlag af prisen.

11) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 15, stk. 1 (om efterprøvelse af kvalifikationer m.m.) ved at have taget et tilbud i betragtning, selvom tilbudsgiveren ikke havde den fornødne økonomiske formåen (påstand 20):

Ikke taget til følge med henvisning til, at Klagenævnet ikke fandt grundlag for at tilsidesætte udbyderens vurdering, hvorefter den pågældende tilbudsgiver havde tilstrækkelig økonomisk formåen.

12) Klage over, at udbyderen havde overtrådt forbuddet mod forskelsbehandling i direktivets artikel 5, stk. 7, ved under vurderingen af tilbuddene ikke at have taget hensyn til, at klageren havde tilbudt visse beholdere til en lavere pris end ellers, hvis leveringen fandt sted før et bestemt tidspunkt (påstand 22):

Ikke taget til følge. Henvist til, at de pågældende angivelser i klagerens tilbud var i strid med udbudsbetingelsernes angivelser om prisregulering, og derfor var et alternativt tilbud. Desuden henvist til, at udbyderen ville have overtrådt direktivets artikel 16, stk. 1 (om alternative tilbud) og § 5, stk. 7, ved at tage det alternative tilbud i betragtning.

13) Klage over, at udbyderen havde overtrådt direktivets artikel 5, stk. 7, ved under vurderingen af tilbuddene at beregne forkerte points og pointtotaler (påstand 23):

Taget til følge med konkret begrundelse.

14) Klage over, at udbyderen havde overtrådt direktivets artikel 5, stk. 7, ved at have indgået de to kontrakter med H dels få dage efter tilbudsfristens udløb dels på dagen for udløbet af fristen for supplerende tilbud (påstand 24):

Taget til følge. Udtalt, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og effektivitet i hvert fald ved at indgå kontrakt nr. 2 med H samme dag, som fristen for supplerende tilbud udløb, og ved først senere at have underrettet klageren herom.

(De pågældende forhold ville nu have været i strid med bekendtgørelse nr. 588 af 12. juni 2006 om en »standstill-periode« m.m.)

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at annullere den første tilbudssammenligning (påstand 25) og udbyderens beslutning om at indgå kontrakt nr. 2 med H (påstand 27).

En påstand om annullation af udbyderens sammenligning af de reviderede tilbud (påstand 26) blev ikke taget til følge med henvisning til, at Klagenævnets annullationskompetence angår beslutninger, og til, at tilbudssammenligningen ikke var en beslutning.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 21. september 2007.

## **6. september 2006. Sahva A/S mod Københavns Kommune**

*Udbyder kan lægge en oplysning i et tilbud til grund for sin vurdering af tilbuddet. Uden betydning, at et tilbud ikke opfyldte et krav i udbudsbetingelserne, da kravet savnede mening. Udbudsbetingelserne behøver ikke indeholde udkast til kontrakt. Trods forskelle i formuleringen var der ikke reel forskel på beskrivelserne af det udbudte i udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen. Ved vurderingen af tilbuddene ad et underkriterium om kvalitet kunne lægges vægt på, om tilbuddene opfyldte internationale kvalitetsnormer. Udbyders vurdering af tilbudspris skal i muligt omfang foretages ved en eksakt beregning og må ikke ske ved et rent skøn. Der kan holdes kontraktsforhandlinger med den valgte tilbudsgiver og herunder gennemføres mindre ændringer og præciseringer. Udbyders underretning om indledning af kontraktsforhandlinger var en underretning om tildelingsbeslutningen. Klagenævnet kan ikke pålægge udbyder at opheve en indgået kontrakt. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation. Sagsomkostninger*

En kommune iværksatte i henhold til Udbudsdirektivet et offentligt udbud af en rammeaftale om levering af a) ortopædisk fodtøj, benævnt

»delaftale 1«, b) særligt fremstillet fabriksfremstillet fodtøj, benævnt »delaftale 2« og c) ortopædiske fodindlæg, benævnt »delaftale 3«. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne pris, service, kvalitet og leveringstid.

Sagen angik kun delaftalerne 1 og 2. Kendelsen indeholder en nærmere beskrivelse af, hvad der forstås ved de omhandlede typer fodtøj.

Der indkom tilbud fra nogle tilbudsgivere, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over forskellige forhold. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom denne tilbudsgiver ikke rådede over håndskomagermestre (påstand 1, a.):

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag for at forstå udbudsbetingelserne sådan, at tilbudsgiverne skulle råde over håndskomagermestre.

2) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav om dokumentation for, at tilbudsgiveren rådede over faglærte håndskomagere (påstand 1, b.):

Ikke taget til følge, da tilbuddet opfyldte det pågældende krav.

3) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet indeholdt en urigtig oplysning om, at tilbudsgiveren rådede over håndskomagermestre (påstand 1, c.):

Klagepunktet afvist med henvisning til, at en udbyder ikke overtræder udbudsreglerne ved at lægge en oplysning i et tilbud til grund for sin vurdering af tilbuddet, og til, at konsekvensen af en urigtig oplysning i tilbuddet fra den tilbudsgiver, som udbyderen har indgået kontrakt med, er et kontraktretligt spørgsmål.

4) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav om dokumentation for, at tilbudsgiveren rådede over udleveringslokaler (påstand 2):

Ikke taget til følge med henvisning til, at det pågældende krav af nærmere angivne grunde savnede mening, hvorfor det var uden betydning, at den valgte tilbudsgivers tilbud ikke opfyldte kravet.

5) Klage over, at udbyderen i udbudsbetingelserne havde angivet dokumentation for kundepolitik som et minimumskrav, uagtet et sådant dokumentationskrav ikke er egnet til at udgøre et minimumskrav (påstand 3, a.):

Ikke taget til følge med henvisning til, at det ikke var en overtrædelse af udbudsreglerne, at det pågældende dokumentationskrav var angivet under overskriften »Minimumskrav«.

6) Klage over, at udbudsbetingelserne ikke indeholdt udkast til kontrakt (påstand 3, b.):

Ikke taget til følge, da et krav om, at udbudsbetingelserne skal indeholde udkast til kontrakt, ikke kan udledes af udbudsreglerne.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke i udbudsbetingelserne at have opstillet angivelserne om visse emner systematisk og hver for sig (påstand 3, c.):

Ikke taget til følge, da udbudsbetingelsernes struktur efter Klagenævnets vurdering ikke medførte uklarheder.

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i udbudsbetingelserne at angive, at tilbudsgiverne skulle fremlægge en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller tro- og loveerklæringer om gæld til det offentlige (påstand 3, d.):

Ikke taget til følge. Henvist til, at en serviceattest indeholder eller kan indeholde oplysning om andre forhold end gæld til det offentlige, men at udbudsbetingelsernes krav om enten en serviceattest eller en erklæring om gæld til det offentlige ikke var en overtrædelse af udbudsreglerne.

9) Klage over, at udbudsbetingelserne var udformet uklart med hensyn til, om en særlig type fabriksfremstillet fodtøj var omfattet af det udbudte (påstand 4, a.):

Ikke taget til følge, da det efter Klagenævnets vurdering fremgik med tilstrækkelig tydelighed, at den pågældende type fodtøj var omfattet af udbuddet under delaftale 2.

10) Klage over, at udbyderen havde angivet det udbudte forskelligt i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne (påstand 4, b.):

Ikke taget til følge. Udtalt, at det følger af gennemsigtighedsprincippet og de grundlæggende principper bag Udbudsdirektivet, at udbudsbekendtgørelsens og udbudsbetingelsernes beskrivelse af udbudsgenstanden ikke må afvige fra hinanden. Selvom udbudsgenstanden var beskrevet lidt forskelligt i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne, var der imidlertid ingen reel forskel mellem beskrivelserne, der således reelt ikke afveg fra hinanden.

11) Klage over, at udbyderen havde besluttet at tildele den valgte tilbudsgiver ordren, selvom denne tilbudsgivers tilbud ikke omfattede håndsyede ortopædiske sko (påstand 5).

Dette klagepunkt sigtede til, at »ortopædisk fodtøj« (delaftale 1) efter klagerens opfattelse fuldt ud skal være fremstillet i hånden, hvorimod den valgte tilbudsgiver får sådant fodtøj delvis fremstillet på en fabrik.

Klagepunktet blev ikke taget til følge. Udtalt, at der ikke var grundlag for at forstå udbudsbetingelserne sådan, at tilbuddene med hensyn til delaftale 1 ikke måtte omfatte fodtøj, der som følge af nye produktionsmetoder delvis er fremstillet på en fabrik.

12) Klage over, at der ikke i udbudsbetingelserne var givet en klar beskrivelse af, hvad der sigtedes til med underkriterierne til tildelingskriteriet (påstand 6):

Ikke taget til følge, da udbudsbetingelserne efter Klagenævnets vurdering indeholdt en tydelig beskrivelse af, hvad der sigtedes til med underkriterierne.

13) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, ved ikke at have oplyst om vægtningen af underkriterierne (påstand 7):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

14) Klage over, at underkriteriet om service var formuleret som »service, herved forstås kundevenligt personale, lyse og venlige lokaler«, idet denne formulering efter klagerens opfattelse bevirkede, at underkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud (påstand 8):

Ikke taget til følge, da underkriteriet efter sin formulering gav tilbudsgiverne mulighed for konkurrence på de omhandlede punkter, og derfor var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

15) Klage over, at udbyderen havde vurderet tilbuddene ud fra disses overholdelse af internationale kvalitetssystemer, selvom det var angivet i udbudsbetingelserne, at underkriteriet om kvalitet bl.a. vedrørte de tilbudte produkters holdbarhed, kvalitet og styrke (påstand 9):

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen ved sin vurdering af kvaliteten af de tilbudte produkter havde været berettiget til at lægge vægt på, om produkterne opfyldte internationale kvalitetsnormer.

16) Klage over, at udbyderen i sin tilbudsvurdering havde vurderet tilbudsgivernes egnethed på grundlag af nogle ikke nærmere oplyste »formelle krav« (påstand 10):

Ikke taget til følge med henvisning til, at en angivelse i tilbudsvurderingen af, at tilbuddene opfyldte »de formelle krav«, tydeligvis blot sigtede til, at tilbuddene var indgivet inden udløbet af tilbudsfristen ol.

17) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at vurdere tilbuddene under ét med hensyn til delaftale 1 og delaftale 2 (påstand 11):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

18) Klage over, at udbyderen havde tildelt den valgte tilbudsgivers tilbud maksimumpoints med hensyn til underkriteriet om pris, selvom tilbuddet ikke var billigst på alle punkter (påstand 12, a.):

Udtalt følgende: En udbyders vurdering af tilbuddenes opfyldelse af et tildelingskriterium eller et underkriterium om pris skal foretages ved en eksakt beregning, i det omfang dette er muligt. Sagen angik et udbud af en rammeaftale om en række forskellige ydelser, og udbyderen havde ikke på forhånd oplyst, hvorledes tilbuddenes opfyldelse af underkriteriet om pris ville blive vurderet. I et sådant tilfælde skal udbyderen sammenligne tilbudspriserne for hver enkelt ydelse ud fra en saglig forhåndsvurdering af den forventede mængde anskaffelser af hver ydelse, og udbyderen skal derefter på grundlag af forhåndsvurderingen foretage en egentlig beregning af, hvilket tilbud, der har den laveste tilbudspris. Udbyderen må derimod ikke vurdere tilbuddenes opfyldelse af et kriterium om pris ved et rent skøn, hvilket udbyderen imidlertid havde gjort.

Klagepunktet blev herefter taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at vurdere tilbuddenes opfyldelse af underkriteriet om pris ved et skøn.

19) Klage over, at udbyderen havde tildelt den valgte tilbudsgivers tilbud maksimumpoints med hensyn til underkriteriet om service, selvom tilbuddet ikke indeholdt dokumentation for, at tilbudsgiveren rådede over lyse og venlige lokaler (påstand 12, b):

Ikke taget til følge med henvisning til det, som Klagenævnet havde anført ad påstand 2, dvs. punkt 4 ovenfor.

20) Klage over, at udbyderen havde forhandlet med den valgte tilbudsgiver om levering af særligt fabriksfremstillet fodtøj i stedet for ortopædisk fodtøj, ventetid, leveringstid, afhjælpning af mangler, holdbarhed, reparationer og om, hvorvidt prisen for visse typer fodtøj omfattede alle tilretninger (påstand 13).

Dette klagepunkt sigtede til, at udbyderens kontrakt med den valgte tilbudsgiver indeholdt flere angivelser end tilbuddet om de pågældende spørgsmål.

Klagepunktet blev ikke taget til følge. Klagenævnet udtalte, at forhandlingsforbuddet ikke er til hinder for kontraktsforhandlinger med den valgte tilbudsgiver efter tildelingsbeslutningen, og at forhandlingsforbuddet heller ikke er til hinder for, at der under sådanne kontraktsforhandlinger sker mindre præciseringer og ændringer i forhold til tilbuddet og udbudsbetingelserne. De omhandlede forhold var efter Klagenævnets vurdering alene udtryk for sådanne mindre præciseringer og ændringer.

21) Klage over, at udbyderen havde indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver samtidig med beslutningen om at tildele denne tilbudsgiver kontrakten (påstand 16):

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen ca. en måned før kontraktsindgåelsen havde givet tilbudsgiverne underretning om, at udbyderen ville iværksætte kontraktsforhandlinger med den valgte tilbudsgiver, hvilket var en underretning om tildelingsbeslutningen.

En påstand om annullation af udbyderens beslutning om at tildele den valgte tilbudsgiver kontrakten (påstand 14) blev ikke taget til følge. Klagenævnet udtalte, at kun den overtrædelse, som Klagenævnet havde konstateret vedrørende påstand 12, a., dvs. punkt 18 ovenfor, kunne begrunde en annullation. Klagenævnet havde imidlertid ikke grundlag for at gå ud fra, at udbyderens vurdering af tilbuddenes opfyldelse af underkriteriet om pris var reelt forkert, og Klagenævnet fandt herefter ikke tilstrækkelig anledning til at annullere tildelingsbeslutningen.

En påstand om, at Klagenævnet skulle pålægge udbyderen at ophæve kontrakten med den valgte tilbudsgiver (påstand 17) blev afvist med henvisning til, at Klagenævnet ikke har kompetence til at meddele et sådant pålæg.

Det pålagdes udbyderen at betale sagsomkostninger til klageren med 25.000 kr. Beløbet blev fastsat under hensyntagen til, at klageren ikke havde fået medhold i en lang række af sine påstande.

### **3. oktober 2006. MT Højgaard A/S og Skanska Danmark A/S mod Fonden for Frederiksborgcentret – Hillerød**

*En ikke-erhvervsdrivende fond var et offentligretligt organ med deraf følgende udbudspligt, da det var tilstrækkeligt sandsynliggjort, at fondens drift for mere end halvdelens vedkommende blev finansieret af kommunen, og da der som følge af omstændighederne var en formodning for, at fonden var underlagt kommunens kontrol*

En fond iværksatte en begrænset licitation – dog ikke efter Tilbudslovens regler – vedrørende opførelse af en bygning i totalentreprise. Der indkom tilbud fra tre tilbudsgivere, hvorefter fonden indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. De to andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at der skulle have været foretaget EU-udbud vedrørende byggeriet, hvis værdi oversteg Bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdi.

Om fonden var oplyst:

Fondens formål var et drive et bygningskompleks, der indeholdt forskellige sportshaller ol. Bygningskomplekset var ejet af kommunen, der havde stillet det vederlagsfrit til rådighed for fonden. Det byggeri, som licitationen angik, og som var en udbygning af bygningskomplekset, var dog ejet af fonden selv, men skulle opføres på en grund, som kommunen stillede vederlagsfrit til rådighed. Kommunen betalte et årligt driftstilskud til fonden. Endvidere lejede kommunen en del af det oprindelige byg-

ningskompleks og betalte leje til fonden herfor, ligesom kommunen skulle leje en del af den nye bygning og betale leje herfor.

Afgørende for, om fonden havde haft pligt til at foretage EU-udbud af det nye byggeri, var, om fonden skulle anses for et offentligretligt organ i medfør af Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, b, og Klagenævnet udtalte herom:

Fonden var en juridisk person, der havde til opgave at varetage almenhedens behov uden for det industrielle eller kommercielle område som omhandlet i direktivets artikel 1, b. Afgørende for, om fonden herefter var et offentligretligt organ i medfør af bestemmelsen, var om fonden opfyldte et af de tre øvrige kriterier i artikel 1, b (se nærmere bestemmelsen), og Klagenævnet udtalte herom:

Ad finansieringskriteriet, dvs. om driften for mere end halvdelens vedkommende blev finansieret af offentlige myndigheder mfl.: På grundlag af sagens oplysninger fandt Klagenævnet det tilstrækkelig sandsynliggjort, at fondens drift i det år, da licitationen vedrørende det nye byggeri fandt sted, for mere end halvdelens vedkommende blev finansieret af kommunen. Finansieringskriteriet var således opfyldt.

Ad kontrolkriteriet, dvs. om fonden var underlagt kontrol af offentlige myndigheder mfl.: Fonden var undtaget fra Lov om Erhvervsdrivende Fonde i medfør af denne lovs § 1, stk. 5, da fonden var undergivet offentligt tilsyn og økonomisk kontrol. Formodningen var herefter for, at fonden også var underlagt kommunens kontrol i relation til Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, b, og denne formodning var ikke på nogen måde afkræftet. Også kontrolkriteriet var således opfyldt.

Ad udpegningskriteriet, dvs. om mere end halvdelens af medlemmerne af fondens ledende organer var udpeget af offentlige myndigheder mfl.: Dette kriterium var efter sagens oplysninger ikke opfyldt.

Klagenævnet konstaterede herefter, at fonden havde overtrådt Udbudsdirektivet ved ikke at have foretaget EU-udbud af det nye byggeri.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 21. februar 2007.

Østre Landsrets dom af 19. maj 2009 i sag 8. afd. a.s. B-1591-08 angår samme sag.

## **26. oktober 2006. Novartis Healthcare A/S mod Hovedstadens Sygehusfællesskab**

*EU-udbud med tildelingskriterium det økonomisk mest fordelagtige bud. Overtrædelser ved, at tilbudsvurderingen ikke blev foretaget i overensstemmelse med underkriterierne til tildelingskriteriet og den angivne vægtning af dem, ved manglende egnethedsundersøgelse af tilbudsgiverne, ved valg af »det mest fordelagtige tilbud« og ved ufuldstændig begrundelse for tildelingsbeslutningen. EU-udbudsreglerne kræver ikke, at udbudsbetingelser skal indeholde udkast til kontrakt. Ikke opsættende virkning. Annullation*

Et sygehusfællesskab iværksatte et begrænset udbud efter EU-udbudsdirektivet af rammeaftaler om levering af ernæringspræparater og sondeernæring m.m. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne pris, kvalitet, funktionalitet og service, der var vægtet på nærmere angiven måde.

Der indkom tilbud fra nogle tilbudsgivere, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af disse. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klage-

nævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge. Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt udbudsdirektivets artikel 53 (om tildelingskriterier) ved ikke at have vurderet tilbuddene i overensstemmelse med de angivne underkriterier til tildelingskriteriet:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderens tilbudsvurdering ikke efter sit indhold gik ud på at vurdere tilbuddene i forhold til underkriterierne, og at tilbudsvurderingen heller ikke indeholdt en vægtning i overensstemmelse med den vægtning, der var angivet i udbudsbetingelserne. Det var herefter ikke godtgjort, at tilbudsvurderingen var foretaget i overensstemmelse med underkriterierne og den angivne vægtning af dem.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt de omtalte regler ved ved tildelingsbeslutningen at have lagt vægt på den valgte tilbudsgivers evne til at opfylde nogle kravspecifikationer i udbudsbetingelserne, idet opfyldelse af kravspecifikationerne efter klagerens opfattelse var et minimumskrav. Desuden klage over, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde lagt vægt på logistiske hensyn, dvs. visse administrative fordele ved at have en enkelt leverandør:

Ikke taget til følge. Henvist til, at kravspecifikationerne indeholdt forskellige spillerum, hvorfor det ikke var en overtrædelse af udbudsreglerne, at udbyderen havde lagt vægt på den valgte tilbudsgivers opfyldelse af kravspecifikationerne. Desuden henvist til, at udbudsbetingelserne måtte forstås sådan, at udbyderen som udgangspunkt ville tildele en enkelt leverandør kontrakten, jf. punkt 9 nedenfor, hvorfor tilbudsgiverne måtte forvente, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen ville lægge vægt på fordele ved at have en enkelt leverandør.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt de nævnte regler ved at vælge det tilbud, som udbyderen anså for »det mest fordelagtige tilbud«:

Taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 41 (om forskellige meddelelser til tilbudsgivere m.m.) ved at have givet klageren en urigtig begrundelse for, at klagerens tilbud ikke blev antaget:

Udtalt, at den begrundelse, som udbyderen havde givet klageren i sin meddelelse til klageren om tildelingsbeslutningen, var ufuldstændig, idet meddelelsen kun henviste til nogle af de forhold, som udbyderen ifølge sin tilbudsvurdering havde lagt vægt på. Dette var ikke i strid med direktivets artikel 41, men var en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet. Påstanden blev for så vidt taget til følge.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt Udbudsdirektivets artikel 53 ved ikke at have givet en klar beskrivelse af, hvad der sigtedes til med underkriterierne til tildelingskriteriet:

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbudsbetingelserne efter Klagenævnets vurdering indeholdt en tilstrækkelig beskrivelse af, hvad der sigtedes til med underkriterierne.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt Udbudsdirektivets artikel 44 (om egnethedsundersøgelse m.m.) ved ikke at have foretaget en egnethedsundersøgelse af tilbudsgiverne i overensstemmelse med direktivets regler om egnethedsundersøgelse:

Taget til følge med henvisning til, at det ikke var godtgjort, at udbyderen havde foretaget en egnethedsundersøgelse.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 24 (om alternative tilbud) ved i udbudsbetingelserne at give mulighed for alternative tilbud uden at angive, hvilke mindstekrav alternative tilbud skulle opfylde:

Ikke taget til følge med henvisning til, at en angivelse i udbudsbetingelserne af, at der kunne tilbydes alternative produkter, sigtede til nogle korte oversigtlige beskrivelser i tilbudslisten og ikke kunne forstås sådan, at alternative produkter ikke skulle overholde udbudsbetingelsernes kravspecifikation. Den pågældende angivelse var derfor ikke en angivelse af, at der kunne afgives alternative tilbud, dvs. tilbud, der ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes beskrivelse af det udbudte.

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at udforme udbudsbetingelserne på en måde, der gjorde dem uegnede til at danne grundlag for et udbud, idet a. det uden nærmere afgrænsning var angivet, at der kunne gives tilbud på hele leverancen eller en del af den, og at udbyderen derudover kunne vælge en leverandør til enkelte leverancer, b. udbudsbetingelserne ikke indeholdt udkast til kontrakt, og c. udbudsbetingelserne ikke opstillede angivelsen af nogle forskellige emner systematisk og hver for sig:

Ikke taget til følge, idet angivelserne under a. ikke var i strid med udbudsreglerne, idet udbudsreglerne ikke medfører pligt til, at udbudsbetingelser skal indeholde udkast til kontrakt, og idet udbudsbetingelsernes struktur efter Klagenævnets vurdering ikke medførte uklarheder.

9) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have vurderet tilbuddene med hensyn til alle leverancer under ét:

Ikke taget til følge, da udbudsbetingelserne måtte forstås sådan, at udbyderen som udgangspunkt ville foretage tilbudsvurderingen for alle de udbudte ydelser under ét med henblik på at indgå kontrakt med en enkelt leverandør.

10) Klage over, at udbyderen havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved først at udfærdige kontrakt med den valgte tilbudsgiver efter udbuddet afslutning:

Ikke taget til følge, da EU-udbudsreglerne som nævnt ad punkt 8 ovenfor ikke indeholder et krav om, at udbudsbetingelser skal indeholde udkast til kontrakt, og da der ikke var fremkommet grundlag for at antage, at udbyderen havde overtrådt forhandlingsforbuddet i forbindelse med kontraktsindgåelsen.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver med henvisning til den overtrædelse, som Klagenævnet havde konstateret ad punkt 1 sammenholdt med, at klagen var indgivet kort tid efter, at udbyderen havde sendt tilbudsvurderingen til klagerens advokat.

## **6. november 2006. Thorup Gruppen A/S mod Skjern Kommune**

*Overtrædelse af tilbudslovgivningen ved at give de andre tilbudsgivere oplysning om indholdet af en tilbudsgivers tilbud*

En kommune iværksatte en begrænset licitation efter Tilbudsloven vedrørende projektering og udførelse af en udbygning af nogle sportshaller til et kulturcenter. Som et led i udbygningen skulle der opføres en ny

hal, benævnt hal III. Der indkom fem tilbud, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne, HL.

Ved kendelse af 25. oktober 2005 tog Klagenævnet stilling til en klage fra en anden tilbudsgiver, H. Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 25. oktober 2005 bl.a., at udbyderen havde overtrådt tilbudslovgivningen ved efter tilbuddenes modtagelse at opfordre HL til at ændre sit projekt, så det kom til at svare til H's projekt med hensyn til placeringen af hal III m.m., hvilket blev gennemført.

Den her resumerede kendelse angik en klage fra en arkitekt, der havde udført arkitektarbejdet ved udarbejdelsen af tilbuddet fra en tredje tilbudsgiver, V. Klagen gik ud på, at udbyderen havde overtrådt § 11, stk. 5, i den dagældende bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren ved efter tilbuddenes modtagelse at give de andre tilbudsgivere oplysning om indretningen af hal III i henhold til V's projekt. (Den omtalte regel gik ud på et principielt forbud mod under forhandlinger med tilbudsgiverne at give oplysninger om de andre tilbudsgivers tilbud. Reglen er siden afløst af § 11, stk. 3, i den nugældende Tilbudslov fra 2005.)

Tilbudsgivernes projekter bortset fra V's projekt var gået ud på at indrette hal III som en hal til sportskampe med tilskuerpladser. V's projekt gik derimod ud på at indrette hal III både til brug for sportskampe med tilskuerpladser og til brug for træning, idet tilskuerpladserne ifølge dette projekt skulle placeres på såkaldte teleskoptribuner, således at hallen kunne opdeles i 2 træningsbaner ved at trække teleskoptribunerne ind i væggene.

Klagenævnet konstaterede, at H's projekt blev ændret, sådan at det med hensyn til indretningen af hal III kom til at svare til V's projekt, og at indretningen af hal III blev udført i overensstemmelse hermed. Klagenævnet henviste videre til den ovenfor nævnte konstatering ved kendelsen af 25. oktober 2005 med hensyn til placeringen af hal III m.m.

Der var herefter en klar formodning for, at ændringen af H's projekt også med hensyn til indretningen af hal III var sket efter opfordring fra udbyderen, således at udbyderen i forbindelse hermed havde givet H oplysning om V's projekt med hensyn til denne indretning. Denne formodning var ikke afkræftet.

Der var endvidere en formodning for, at udbyderen havde givet de øvrige tilbudsgivere oplysning om V's projekt med hensyn til indretningen af hal III. Heller ikke denne formodning var afkræftet. Klagenævnet henviste herved til, at udbyderens rådgiver på et tidspunkt efter tilbuddenes modtagelse havde indkaldt tilbudsgiverne til forhandlinger om bl.a. etablering af teleskoptribuner i hal III.

Klagen blev herefter taget til følge.

Klagenævnet udtalte, at nævnet ikke havde haft anledning til at tage stilling til, om de nævnte forhandlinger om bl.a. teleskoptribuner i hal III var i strid med reglen i den omtalte bekendtgørelses § 11, stk. 5, hvorefter forhandlinger med tilbudsgivere skulle føres inden for tilbuddenes egne rammer.

Udbyderen havde påstået klagen afvist med henvisning til, at klagen reelt angik et ophavsretligt spørgsmål, men fik ikke medhold i dette synspunkt. Klagenævnet henviste herved til, at sagen angik en overtrædelse af tilbudslovgivningen, og at Klagenævnet har kompetence til at tage stilling til klager over overtrædelser af denne lovgivning. Klagenævnet henviste

videre til, at klageren som deltager i udformningen af V's projekt havde retlig interesse i at klage til Klagenævnet.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 9. januar 2008.

#### **10. november 2006. Svend Andresen A/S mod Århus Amt**

*Angivelse i udbudsbetingelser af, at der kunne afgives alternative tilbud, var ukorrekt, da der var tale om fire sideordnede licitationer. Ved tildelingskriteriet laveste bud medfører sideordnede licitationer risiko for manglende gennemsigtighed eller for, at dette tildelingskriterium ikke kan fungere. Udbyderen havde saglig grund til at iværksætte tre sideordnede licitationer, men havde ikke saglig grund til en sideordnet licitation vedrørende en simpel og teknisk betydningsløs detalje*

Et amt iværksatte offentlige licitationer i henhold til Tilbudsloven af 2001 (lov nr. 450 af 7. juni 2001) vedrørende fagentrepriserne ved et byggeri. Sagen angik licitationen med hensyn til tømrer- og snedkerentreprisen. Tildelingskriteriet var »laveste bud«.

I licitationsbetegnelserne var fastsat, at der skulle anvendes en række nærmere angivne produkter eller produkter, der var dermed ligestillet. I licitationsbetingelserne var videre angivet, at der kunne afgives »alternative tilbud« med hensyn til anvendelsen af fire produkter, idet der kunne angives en tillægspris eller fradragspris ved anvendelsen af andre produkter. Disse andre produkter omtales i dette resumé som alternative produkter.

Der indkom 11 tilbud. Udbyderen besluttede derefter, at der skulle ske anvendelse af tre af de alternative produkter. Udbyderen beregnede tilbudspriserne på grundlag af denne beslutning og besluttede derefter at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, hvis tilbudspris var beregnet som den laveste for den valgte løsning.

En anden tilbudsgiver, hvis tilbudspris var den laveste, når man så bort fra de alternative produkter, klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen ikke havde besluttet at indgå kontrakt med tilbudsgiveren med den laveste tilbudspris:

Ikke taget til følge. Udtalt, at der ikke var tale om én licitation med mulighed for at afgive alternative tilbud, men at der som følge af tilbudsgivernes mulighed for at give tillægspriser eller fradragspriser vedrørende de fire produkter var tale om 16 sideordnede licitationer. Udbyderen havde derfor været forpligtet til at tildele ordren til den tilbudsgiver, der havde afgivet det laveste tilbud vedrørende den valgte løsning.

2) Subsidiær klage over, at udbyderen havde handlet i strid med § 9, stk. 2, i Tilbudsloven af 2001 (om alternative tilbud) ved i licitationsbetingelserne at angive, der kunne afgives »alternative tilbud«, uagtet der ikke var tale om alternative tilbud, men om sideordnede licitationer:

Taget til følge.

3) Udtalt ex officio (af overskuelighedsgrunde ombrudt, sammentrængt og omformuleret):

Udbyderen havde haft saglig begrundelse for at iværksætte tre af de sideordnede licitationer, som medførte, at der kunne afgives otte forskellige tilbud. Udbyderen havde derimod ikke haft saglig begrundelse for at iværksætte en fjerde sideordnet licitation med hensyn til et enkelt nærme-

re angivet produkt, der angik en simpel og teknisk betydningsløs detalje, og som medførte, at der kunne afgives 16 forskellige tilbud.

Klagenævnet henviste til, at iværksættelse af sideordnede licitationer ved licitationer med tildelingskriteriet laveste bud vil kunne medføre risiko for manglende gennemsigtighed eller risiko for, at dette tildelingskriterium ikke kan fungere.

Klagenævnet udtalte herefter, at udbyderen havde handlet i strid med Tilbudsloven ved at iværksætte en sideordnet licitation med hensyn til det omtalte produkt, da der ikke var en saglig begrundelse herfor.

### **13. november 2006. Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt**

*Udbudsbetingelserne gav ikke holdepunkter for, at udbyderen kunne undlade at tage et tilbud om en projekteringsydelse i betragtning, fordi tilbuddet ikke indeholdt angivelser om geotekniske undersøgelser. Udbyderen kunne have stillet spørgsmål til tilbudsgiveren om forholdet uden at overtræde forhandlingsforbuddet. En bemærkning i tilbuddet om dialog om mulige dilemmaer var sagligt begrundet i udbudsbetingelsernes udformning og kunne ikke begrunde undladelse af at tage tilbuddet i betragtning. Påstande om konstatering af det økonomisk mest fordelagtige bud og konstatering af, at udbyderen ikke kunne have annulleret udbuddet, afvist. Ikke opsættende virkning. Annullation af udbyderens beslutning om ikke at tage et tilbud i betragtning*

Et amt iværksatte et offentligt udbud i henhold til EU-udbudsdirektivet af en tjenesteydelse bestående af projektering m.m. vedrørende etablering af tre fiskepassager. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne pris, arbejdsbeskrivelse og organisation (samt et yderligere underkriterium for alternative tilbud). I udbudsbetingelserne var med hensyn til underkriteriet arbejdsbeskrivelse anført, at tilbudsgiverne skulle angive, hvilket delopgaver opgaven bestod af, og skulle beskrive udførelsen af delopgaverne samt hvilke nøglepersoner, der skulle deltage m.m.

Der indkom tilbud fra seks tilbudsgivere. Udbyderen besluttede derefter ikke at tage tilbuddet fra en tilbudsgiver, C, i betragtning, fordi tilbuddet ikke omtalte udførelsen af geotekniske undersøgelser.

C klagede til Klagenævnet herover. C nedlagde påstand om, at Klagenævnet skulle annullere udbyderens beslutning om ikke at tage C's tilbud i betragtning, og nedlagde desuden påstande om, at Klagenævnet skulle konstatere, at C's tilbud var det økonomisk mest fordelagtige bud, og at udbyderen ville have handlet i strid med udbudsreglerne ved at annullere udbuddet. En begæring fra C om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Med hensyn til påstanden om annullation af udbyderens beslutning om ikke at tage C's tilbud i betragtning gjorde udbyderen for Klagenævnet gældende, at tilbuddet ikke kunne tages i betragtning af følgende årsager:

a) Det var ikke muligt at vurdere C's tilbud i relation til underkriteriet arbejdsbeskrivelse, fordi tilbuddet ikke omtalte geotekniske undersøgelser, og det ville have været i strid med forhandlingsforbuddet at stille spørgsmål til C herom.

b) Opgavebeskrivelserne i C's tilbud var reelt intetsigende, således at det også af denne grund ikke var muligt at vurdere C's tilbud i relation til underkriteriet arbejdsbeskrivelse.

c) C's tilbud indeholdt ikke en beskrivelse af, hvilke nøglepersoner der skulle deltage i opgavens udførelse.

d) En bemærkning i C's tilbud om en forventet konstruktiv dialog om mulige dilemmaer var et forbehold, der ikke kunne prissættes.

Klagenævnet udtalte om disse spørgsmål:

ad a):

Geotekniske undersøgelser var et nødvendigt led i udførelsen af den udbudte tjenesteydelse, og udbudsbetingelserne angav da også, at geoteknisk bistand var en del af tjenesteydelsen. Udbudsbetingelserne stillede ikke krav om, at tilbudsgiverne skulle redegøre for de påtænkte geotekniske undersøgelser, og der var heller ikke en position om sådanne undersøgelser i tilbudslisten. Udbudsbetingelserne måtte endvidere forstås sådan, at tilbuddenes beskrivelse af opgavens udførelse ville danne grundlag for den karakter, der blev tildelt tilbuddene vedrørende underkriteriet arbejdsbeskrivelse. Derimod var der ikke holdepunkter for at fortolke udbudsbetingelserne sådan, at et tilbud ikke kunne ventes taget i betragtning, blot fordi det ikke beskrev udførelsen af selvfølger og perifere ydelser som geotekniske undersøgelser.

Udbyderen var derfor ikke berettiget til at undlade at tage C's tilbud i betragtning, fordi tilbuddet ikke angav, hvilke geotekniske undersøgelser C ville udføre.

Klagenævnet udtalte med henvisning til forskellige omstændigheder i sagen, at udbyderen kunne have vurderet C's tilbud i relation til underkriteriet arbejdsbeskrivelse, selvom tilbuddet ikke omtalte geotekniske undersøgelser, og at udbyderen også kunne have stillet spørgsmål til C om, hvilke geotekniske undersøgelser C havde regnet med. Et sådant spørgsmål ville som følge af sagens omstændigheder have haft karakter af en teknisk afklaring, der ikke var i strid med forhandlingsforbuddet.

ad b): Opgavebeskrivelserne i C's tilbud var ikke af en karakter, der medførte, at udbyderen var berettiget til ikke at tage tilbuddet i betragtning. Udbyderen skulle have ladet sin vurdering af C's opgavebeskrivelser indgå i karaktertildelingen vedrørende underkriteriet arbejdsbeskrivelse.

ad c): C's tilbud opfyldte af nærmere angivne grunde udbudsbetingelsernes krav om angivelse af nøglepersoner.

ad d): Bemærkningen i C's tilbud om en konstruktiv dialog om mulige dilemmaer sigtede efter sit indhold til nogle projektforslag, der indgik i udbudsbetingelserne. Bemærkningen var sagligt begrundet i, at opgaven skulle udføres på grundlag af disse projektforslag og dermed på grundlag af nogle skitseprojekter, der var udarbejdet af en anden virksomhed. Udbyderen var herefter ikke berettiget til at undlade at tage C's tilbud i betragtning som følge af bemærkningen.

Klagenævnet konkluderede, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke at tage C's tilbud i betragtning, og Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning herom.

Klagenævnet afviste C's påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at C's tilbud var det økonomisk mest fordelagtige. Klagenævnet henviste herved til, at en udbyders vurdering af, hvilket tilbud, der er det økonomisk mest fordelagtige, nødvendigvis indeholder et skønsmæssigt element, og at Klagenævnet derfor ikke kan konstatere, hvilket tilbud, der er det økonomisk mest fordelagtige. Klagenævnet bemærkede, at nævnet under den efterfølgende behandling af erstatningsspørgsmålet i sagen ville kunne foretage en vurdering af sandsynligheden for, at udbyderen

ville have tildelt C kontrakten, hvis udbyderen havde taget tilbuddet i betragtning. I denne vurdering ville indgå en tilkendegivelse fra udbyderen om, at C's tilbud var det økonomisk mest fordelagtige, hvis det skulle tages i betragtning.

Klagenævnet afviste desuden C's påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at udbyderen ikke ville have været berettiget til at annullere udbuddet. Klagenævnet henviste til, at denne påstand tilsigtede at få Klagenavnets stillingtagen til en hypotetisk beslutning, som udbyderen ikke havde truffet. Klagenævnet bemærkede, at Klagenævnet under den efterfølgende behandling af erstatningsspørgsmålet kunne vurdere den erstatningsretlige konsekvens af, om udbyderen ville have været berettiget til at annullere udbuddet og iværksætte et nyt udbud med en anden udformning af udbudsbetingelserne.

Klagenavnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 4. april 2007.

### **8. december 2006. Nethleas B.V. mod Økonomistyrelsen**

*Konkurrencepræget dialog om et kommunikationsnet. Udbyderen havde tilvejebragt et fuldt forsvarligt teknisk grundlag for beskrivelsen af det udbudte og havde foretaget en fuldt forsvarlig forhåndsvurdering af de tekniske muligheder. Ikke pligt for udbyderen til at kræve dokumentation for visse oplysninger ved anmodninger om prækvalifikation. Nogle påstande afvist, da de trods Klagenavnets opfordringer til klageren om at præcisere klagen var fremsat meget sent. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation*

Økonomistyrelsen udbød som konkurrencepræget dialog efter EU-udbudsdirektivet etablering og drift af et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet for nød- og beredskabsmyndigheder m.m. Der indkom anmodning om prækvalifikation fra fem virksomheder. Udbyderen prækvalificerede tre af disse virksomheder, der derefter alle afgav tilbud.

En virksomhed, der ikke havde anmodet om prækvalifikation, klagede til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Forskellige påstande (1-5), der bl.a. sigtede til nogle bestemmelser i udbudsbekendtgørelsen, hvorefter udbyderen ved udvælgelsen af tilbudsgivere m.m. ville lægge vægt på, om den pågældende virksomhed havde tilladelse fra telemyndighederne til at benytte en radiofrekvens (frekvensadgang). Udbyderen havde bevidst valgt at udforme udbudsbetingelserne »teknologi-neutralt«, nemlig således at der ikke var krav om anvendelse af en bestemt teknik, men de omtalte bestemmelser i udbudsbetingelserne var efter klagerens opfattelse i strid med ligebehandlingsprincippet og traktatens forbud mod national diskrimination.

Klageren gjorde vedrørende disse påstande – uden at nedlægge en selvstændig påstand herom – gældende, at udbyderen havde handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke i udbudsbetingelserne at kræve anvendt en nærmere angivet sendeteknik, da denne sendeteknik efter klagerens opfattelse er den eneste på markedet, som kan anvendes til etablering af det udbudte kommunikationsnet. Klageren henviste videre til, at denne sendeteknik kræver anvendelse af et bestemt frekvensområde, og at det som følge af dette frekvensområdes snæverhed er vanskeligt at få tilladelse til at benytte det.

De pågældende påstande blev ikke taget til følge. Klagenævnet udtalte følgende: Udbyderen havde tilvejebragt et fuldt forsvarligt teknisk grundlag for beskrivelsen af det udbudte i udbudsbetingelserne, og der var ikke grundlag for at fastslå, at det ikke var fuldt forsvarligt, at udbyderen på dette grundlag havde vurderet, at der må antages at være andre teknisk anvendelige systemer end den omtalte sendeteknik og som følge heraf havde valgt at udbyde tjenesteydelsen »teknologi-neutralt«.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke i udbudsbetingelserne at have stillet krav om, at anmodninger om prækvalifikation skulle vedlægges dokumentation for frekvensadgang (påstand 6):

Ikke taget til følge med følgende begrundelse: En udbyder kan i udbudsbekendtgørelsen fastsætte, at virksomheder, der anmoder om prækvalifikation, skal give nærmere angivne oplysninger om virksomheden, men udbyderen har ikke pligt til tillige at kræve, at anmodningerne om prækvalifikation skal vedlægges dokumentation for sådanne oplysningers rigtighed.

3) Klage over, at udbyderen havde anvendt udbudsformen konkurrencepræget dialog, selvom betingelserne herfor ikke var opfyldt, og klage over, at der ikke var prækvalificeret et tilstrækkeligt antal tilbudsgivere, idet to af de tre prækvalificerede virksomheder havde et tæt indbyrdes samarbejde (påstand 7-8):

Klagenævnet afviste de pågældende påstande med henvisning til følgende: Påstandene var først nedlagt nogle uger efter den mundtlige forhandling og mere end 4 måneder efter klagens indgivelse, selvom Klagenævnet flere gange under sagens forberedelse havde opfordret klageren til at nedlægge påstande med præcise beskrivelser af alle de overtrædelser, som klageren ønskede Klagenævnets stillingtagen til. Desuden henvist til, at Klagenævnet ikke kunne tage stilling til de pågældende påstande på grundlag af de oplysninger, der var forelagt for Klagenævnet, da påstandene blev nedlagt.

Nogle påstande om annullation af udbyderens beslutning om at iværksætte udbuddet, subsidiært annullation af udbyderens beslutning om prækvalifikation, blev ikke taget til følge (påstand 9 og 10).

Indbragt for domstolene.

Klagenævnets kendelser af 21. december 2007, 14. april 2008 og 27. april 2010 angår samme udbud.

#### **14. december 2006. Baxter A/S mod Roskilde Amt, Vestsjællands Amt og Storstrøms Amt**

*EU-udbud af varekøb. Der kan indgå flere elementer i de enkelte underkriterier, men underkriterierne må ikke sammenblandes med de mindstekrav, der skal opfyldes af alle tilbudsgivere, og må heller ikke sammenblandes med hinanden. Det er udbyderen og ikke tilbudsgiveren, der skal prissætte forbehold. Ved tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud er udbyder berettiget og forpligtet til at tage hensyn til fordele og ulemper ved at have en enkelt kontraktspart. Evalueringsmodel, hvorefter vægtningsprocent var lig maksimumpoints, var ikke i strid med udbudsreglerne. Ved udbud omfattende flere delaftaler skal hver delaftale vurderes for sig. Overtrædelse ved at lægge vægt på udstyr, der ikke var omfattet af det udbudte, og ved opfordring til tilbudsgiverne om at oplyse rabatter på varer, der ikke var omfattet af det udbudte. Overtrædelse af forhandlings-*

*forbuddet. Forskellige overtrædelser af gennemsigtighedsprincippet m.m. Ikke opsættende virkning. Annullation*

Nogle amter iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet af indkøb af blodposer og blodfiltre m.m. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der var vægtet som angivet: 1. anskaffelses-, drifts- og vedligeholdelsesomkostninger (30 %), 2. kvalitet og funktionalitet (20 %), 3. service, garanti og uddannelse (20 %) og 4. leveringstid og leveringssikkerhed (20 %). Der kunne gives tilbud på i alt 10 forskellige ydelser, benævnt delaftaler.

Der indkom tilbud fra fire tilbudsgivere, hvorefter udbyderne besluttede at indgå kontrakter med en af tilbudsgiverne vedrørende visse delaftaler, med en anden tilbudsgiver vedrørende nogle andre delaftaler og med en tredje tilbudsgiver vedrørende en enkelt delaftale. Den fjerde tilbudsgiver klagede til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

Påstand 1: Klage over, at udbyderne havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 44 (om ligebehandling og gennemsigtighed henholdsvis egnethedsundersøgelse m.m.) ved ikke at have foretaget en egnethedsundersøgelse af tilbudsgiverne:

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag for at antage, at udbyderne ikke havde foretaget en tilstrækkelig undersøgelse.

Påstand 2: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet i direktivets artikel 2 ved i udbudsbekendtgørelsen at angive, at tilbudsgiverne skulle afgive en erklæring på tro og love om ubetalt gæld til det offentlige, og i udbudsbetingelserne at angive, at tilbudsgiverne ved deres underskrift på tilbuddet skulle bekræfte ikke at have ubetalt gæld til det offentlige.

Påstand 3: Klage over, at udbyderne havde taget tilbuddene fra de andre tilbudsgivere i betragtning, selvom de ikke indeholdt erklæringer på tro og love om ubetalt gæld til det offentlige som krævet i udbudsbekendtgørelsen

Ikke taget til følge, da udbyderne efter formuleringen i udbudsbetingelserne, jf. ad påstand 2 ovenfor, ikke var forpligtede til at afvise tilbud, der ikke indeholdt erklæring på tro og love som omhandlet.

Påstand 4: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 og artikel 24 (om alternative tilbud) ved i udbudsbekendtgørelsen at angive, at alternative tilbud var tilladt, uden i udbudsbetingelserne at angive, hvilke mindstekrav alternative tilbud skulle opfylde. Herved henvist til, at en uklar og bredt formuleret bestemmelse om alternative tilbud i udbudsbetingelserne ikke opfyldte direktivets krav om angivelse af mindstekrav for alternative tilbud, og til, at sådanne mindstekrav heller ikke på anden måde kunne udledes af udbudsbetingelserne.

Påstand 5:

Påstand 5, a: Udtalt (ad et anbringende fra klageren), at det ikke er i strid med Udbudsdirektivet, at der indgår flere elementer i de enkelte underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, men at underkriterierne ikke må sammenblandes med de mindstekrav, der skal opfyldes af alle tilbudsgivere. Videre udtalt, at nogle bestemmelser i udbudsbetingelserne om garanti og service var mindstekrav, der skulle opfyldes af alle tilbudsgivere, og at underkriteriet om service, garanti og

uddannelse derfor ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Herefter konstateret, at udbyderne havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53, stk. 1, a (om tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud) ved ikke klart at beskrive, hvad de enkelte elementer i underkriterierne indebar.

Påstand 5, b: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved ikke klart at beskrive, i hvilket omfang tilbud skulle indeholde forslag til en serviceaftale, og ved ikke at have afgrænset et sådant krav i forhold til underkriteriet om service, garanti og uddannelse.

Påstand 5, c: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt artikel 2 og artikel 53, stk. 1, a ved at have inddraget spørgsmålet om service og garanti i vurderingen af underkriteriet om omkostninger.

Påstand 6:

Påstand 6, (i): Klage over, at udbudsbetingelserne ikke opstillede angivelserne om visse emner systematisk og hver for sig:

Ikke taget til følge, da der ikke på grundlag af Udbudsdirektivet kan opstilles krav om, at udbudsbetingelser skal følge en bestemt systematik.

Påstand 6, (ii): Konstateret, at udbyderne havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 som følge af, at udbudsbetingelserne ikke skelnede klart mellem underkriterier, minimumskrav og kravspecifikationer.

Påstand 6, (iii): Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 som følge af, at et krav i udbudsbetingelserne om overholdelse af nogle standardbetingelser var uklart.

Herved henvist til, at de pågældende standardbetingelser efter deres indhold fandt anvendelse i det omfang, de ikke var fraveget ved skriftlig aftale. Udtalt, at en sådan bestemmelse som udgangspunkt er meningsløs i udbudsretlig sammenhæng, og at der ikke i udbudsbetingelserne var nærmere redegjort for standardbetingelsernes betydning. Endvidere henvist til, at det i standardbetingelserne var angivet, at tilbud med væsentlige forbehold ikke kunne accepteres, mens det i udbudsbetingelserne i øvrigt var angivet, at udbyderne accepterede forbehold. Desuden henvist til bl.a., at forbehold ifølge standardbetingelserne i videst muligt omfang skulle kapitaliseres, hvilket er i strid med udbudsretten, da det er udbyderen og ikke tilbudsgiverne, der skal prissætte forbehold. Endvidere henvist til, at tilbudsgiverne ifølge standardbetingelserne senest samtidig med tilbuddet skulle afgive en erklæring på tro og love om ubetalt gæld til det offentlige, hvilket var et yderligere udslag af den uklarhed, som Klagenævnet konstaterede ad påstand 2.

Påstand 6, (iv): Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 som følge af, at nogle angivelser i udbudsbetingelserne om tilbagekøb af udstyr var uklare. Herved henvist til, at det ikke nærmere var oplyst, hvad der sigtedes til med de pågældende angivelser, og at angivelserne var uden sammenhæng med udfaldet af tilbuddet i øvrigt.

Påstand 7:

Påstand 7, a: Klage over, at udbudsbetingelserne ikke havde fastsat den nærmere afgrænsning af delaftalerne:

Ikke taget til følge, da delaftalerne var klart defineret i udbudsbetingelserne.

Påstand 7, b: Klage over, at udbyderne, havde besluttet, at alle udbydere skulle benytte samme produkter:

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

Ikke taget til følge, da udbyderne ikke fra begyndelsen havde lagt sig fast på, at samme tilbudsgiver skulle vælges til alle udbyderne, og da udbyderne havde været berettigede og forpligtede til at tage hensyn til fordelene ved at have én kontraktspart frem for flere, jf. ad påstand 7, c nedenfor.

Påstand 7, c: Klage over, at udbyderne havde ladet fordele ved at have en enkelt leverandør været afgørende:

Ikke taget til følge. Henvist til, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud, og at udbyderne derfor havde været berettigede og forpligtede til at tage hensyn til fordele og ulemper ved at have én kontraktspart frem for flere, også selvom dette ikke var omtalt udtrykkeligt i udbudsbetingelserne.

Påstand 8: Klage over, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 og artikel 53, stk. 1, a ved under vurderingen af tilbudene ikke at have vægtet underkriterierne som angivet i udbudsbetingelserne.

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Ved vurderingen af tilbuddene anvendte udbyderne en evalueringsmodel, i henhold til hvilken den angivne vægtningsprocent for hvert underkriterium samtidig udgjorde maksimumpoints for det tilbud, der bedst opfyldte det pågældende underkriterium. Fx blev tilbuddet med de laveste omkostninger tildelt 30 points vedrørende underkriteriet om omkostninger, der skulle vægtes med 30 %, men klagerens tilbud, der havde højere omkostninger, blev tildelt 28 points vedrørende dette underkriterium.

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at tage klagepunktet til følge.

Påstand 9: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved ikke at foretage en vurdering af de enkelte delaftaler i forhold til underkriterierne.

Herved udtalt, at udbyderne havde haft pligt til at vurdere hver delaftale ud fra underkriterierne, og at det fremgik ikke af sagens oplysninger, at dette var sket. Desuden henvist til, at udbyderne med hensyn til en af delaftalerne havde lagt vægt en faglig vurdering af tilbuddene, uden at sammenhængen mellem dette og underkriterierne fremgik.

Påstand 10: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved at lægge vægt på tilbudsgivernes udstyr, selvom udstyret ikke var omfattet af det udbudte.

Dette klagepunkt sigtede til, at udbyderne ved vurderingen af tilbuddene havde lagt vægt på tilbudsgivernes udstyr til tapning af blod m.m., selvom et sådant udstyr ikke var omfattet af det udbudte. Udbyderne gjorde gældende, at tilbudsgivernes udstyr var indgået i underkriteriet om omkostninger, i det omfang tilbudsgivernes produkter nødvendiggjorde udskiftning af udstyr.

Klagenævnet henviste til, at det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at tilbudsgivernes udstyr ville indgå i tilbudsvurderingen, men at det fremgik af sagens oplysninger, at udbyderne ved tilbudsvurderingen havde lagt vægt på tilbudsgivernes udstyr med hensyn til alle underkriterierne.

Påstand 11: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved under tilbudsvurderingen at lægge til grund, at klagerens tilbud omfattede fri service i 2 år, uanset at tilbuddet omfattede fri service i hele kontraktens løbetid, dvs. 4 år.

Dette klagepunkt sigtede til, at det i et mødereferat, der udgjorde udbydernes beslutningsgrundlag, var angivet, at klagerens tilbud omfattede

fri service i 2 år. Klagerens tilbud omfattede imidlertid fri service i hele kontraktperioden, og udbyderne erkendte, at den omtalte angivelse var fejlagtig. Udbyderne gjorde gældende, at der var tale om en skrivefejl uden betydning for tilbudsvurderingen.

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at antage, at der var tale om en skrivefejl uden betydning for tildelingsbeslutningen. Klagenævnet henviste herved til, at den pågældende angivelse stod flere steder i mødereferatet.

Påstand 12: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 ved at kræve udfyldning af et skema, der lagde op til, at der kunne tages forbehold for alle enkeltelementer, og til, at vilkår og krav kunne være genstand for forhandling.

Udbyderne havde gjort gældende, at skemaet blot var en checkliste til hjælp for tilbudsgiverne, og at det selvsagt ikke var meningen, at der kunne tages forbehold over for alle punkter i udbudsbetingelserne.

Påstand 13: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved ikke at have prissat nogle forbehold vedrørende betalingsbetingelser i tilbuddet fra en af tilbudsgiverne.

Ifølge påstanden skulle Klagenævnet også konstatere, at udbyderne havde været uberettiget til at tage tilbuddene fra den pågældende tilbudsgiver og en anden tilbudsgiver i betragtning, fordi de indeholdt forbehold om grundlæggende elementer. Disse dele af påstanden blev ikke taget til følge, for den anden tilbudsgivers vedkommende med henvisning til, at denne tilbudsgiver ikke havde taget forbehold.

Påstand 14: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne at opfordre tilbudsgiverne til at oplyse om rabatter på andre produkter end dem, der var omfattet af udbuddet, og til at vedlægge oversigt over deres samlede sortiment. Det var uden betydning, at ingen af tilbudsgiverne havde oplyst om rabatter som nævnt.

Påstand 15: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved at kræve, at tilbudspriserne skulle angives i et særligt skema, selvom skemaet ikke gav mulighed for at angive nogle prisvariabler, der var tilladt i henhold til udbudsbetingelserne.

Udbyderne havde bl.a. gjort gældende, at prisvariabler kunne angives i en rubrik i skemaet om kommentarer. Klagenævnet henviste heroverfor til, at udbyderne under en spørgerunde var blevet gjort opmærksomme på det u hensigtsmæssige i skemaet, men at udbyderne havde fastholdt, at skemaet skulle anvendes.

Påstand 16: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel

2 ved ikke at give oplysning om det forventede omfang af en af udbydernes køb vedrørende en af delaftalerne, selvom denne oplysning var fremkommet før tilbudsfristens udløb.

Påstand 17: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 og det EU-retlige forhandlingsforbud ved før tildelingsbeslutningen at have holdt et møde med klageren i anledning af nogle indvendinger fra klageren mod udbudsbetingelserne. Henvist til, at det ikke var godtgjort, at drøftelserne faldt uden for forhandlingsforbuddets område.

Klagenævnet annullerede udbydernes beslutning om at indgå kontrakter med to af tilbudsgiverne. Klagenævnet henviste herved til en række af de konstaterede overtrædelser og til en samlet vurdering af grovheden af disse.