

Klagenævnet for Udbud

**RESUMÉER AF  
KENDELSER  
FRA  
KLAGENÆVNET  
FOR  
UDBUD  
2007**

**2008**

**(mindre senere revisioner kan have fundet sted)**

Efter indholdsfortegnelsen indeholdes nedenfor resuméer af de kendelser, som Klagenævnet for Udbud har afsagt i 2007. 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

Udbyderen havde fejlagtigt ikke iværksat EU-udbud, men havde i stedet iværksat en licitation efter Tilbudsloven, og det var ikke bevist, at beslutningen om ikke at iværksætte EU-udbud var truffet på et tilstrækkeligt grundlag. Et tilbud havde været nytteløst, fordi annullation af licitationen måtte forudses som følge af, at der skulle have været iværksat EU-udbud, og som følge af fejl i licitationsbetingelserne. Udbyderen skulle derfor erstatte udgiften til udarbejdelse af tilbuddet, og det var uden betydning, om tilbuddet kunne eller skulle have været afvist som følge af forbehold. Efter karakteren af udbyderens fejl havde tilbudsgiveren ikke udvist egen skyld .....	8
Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved at lægge vægt på et forhold, som udbyderen havde tilkendegivet, at der ikke ville blive lagt vægt på. Tildeling af points vedrørende underkriterier skal ske ved en vurdering af tilbuddene efter underkriterierne og ikke ud fra tilbuddenes forhold til hinanden, i hvert fald for så vidt angår de kvalitative underkriterier. Udvælgelseskriterium brugt som underkriterium. Tilbudsgiverne må med rimelighed kunne forvente, at det er oplyst på forhånd, hvis udbyderen vil lægge afgørende vægt på, om de tilbudte produkter har nogle bestemte egenskaber. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved et skøn over, hvad tilbudspriserne lød på, i stedet for en beregning, og ved tildeling af points vedrørende underkriteriet pris ved et skøn i stedet for ved en beregning. Annullation.....	9
Omfanget af klagerens aktindsigt skulle fastlægges efter en afvejning i medfør af Forvaltningslovens § 15, stk. 1, og nogle standardbetingelser var uden betydning for spørgsmålet .....	10
Der skulle forud for indgåelse af en lejekontrakt om udlejning af en teaterbygning have været gennemført EU-udbud, da den samlede anslåede leje oversteg tærskelværdien for bygge- og anlægsarbejder. Opsættende virkning. Annullation .....	11
En ordregiver, der med urette havde undladt at iværksætte EU-udbud og i stedet havde gennemført en licitation, men ikke en licitation efter Tilbudsloven, var erstatningsansvarlig over for de virksomheder, som ordregiveren havde anmodet om at afgive tilbud, også selvom undladelsen af at iværksætte EU-udbud skyldtes en undskyldelig retsvildfarelse. Der var dog ikke grundlag for at tillægge tilbudsgiverne erstatning for forgæves omkostninger ved afgivelse af tilbud, da tilbudsgiverne var professionelle entreprenørvirksomheder, der havde valgt at afgive tilbud. Klagenævnet var ikke kompetent til at tage stilling til, om en af virksomhederne havde krav mod ordregiveren i anledning af ophavsretskrænkelser .....	11
Klagenævnet havde ikke kompetence til at behandle en klage vedrørende udbud af en tjenesteydelse under Udbudsdirektivets tærskelværdi. Udbudsdirektivets regel om unormalt lave bud finder ikke anvendelse ved udbud under tærskelværdien .....	12
En bemærkning i licitationsbetingelserne ved en licitation iværksat af en ikke-offentlig ordregiver var en utvetydig tilkendegivelse af, at Tilbudsloven fandt anvendelse på licitationen. Tilbudsloven overtrådt på flere punkter.....	13
Klage ikke taget til følge. Ikke opsættende virkning.....	14
Et forbehold vedrørende tidsplanen for et byggeri angik et grundlæggende element, også selvom forbeholdet gik ud på en tidligere igangsættelse af byggeriet end angivet i tidsplanen. For sen underretning til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen var en overtrædelse af Tilbudsloven. Forskellige overtrædelse af Tilbudsloven. Ikke annullation, allerede fordi udbyderen var berettiget til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning .....	15
Udbyder var forpligtet til at afvise tilbud, der ikke opfyldte nogle krav, som i udbudsbetingelserne var betegnet som minimumskrav. Udbyders kontrol af, at tilbud opfylder udbudsbetingelserne, skal ske ved at sammenholde tilbuddene og	

## Klagenævnet for Udbud, Danmark

udbudsbetingelserne, og der forelå ikke særlige omstændigheder, der forpligtede udbyder til at iværksætte undersøgelser med henblik på at kontrollere, at oplysninger i tilbuddene var korrekte. Delvis annullation. Ikke opsættende virkning.....	16
Erstatning til tilbudsgiver, hvis tilbud med urette var blevet afvist, til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det var sikkert, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Erstatningen fastsat skønsmæssigt på baggrund af tilbudsgiverens og branchens sædvanlige overskudsgrad og på baggrund af nogle generelle synspunkter om erstatningsudmåling. Reglerne om unormalt lave bud har til formål at afskære useriøse tilbud, og et tilbud er ikke unormalt lavt, blot fordi tilbudsprisen er 30 % lavere end næstlaveste tilbudspris.....	18
Som følge af forbehold i et tilbud var udbyderen berettiget til ikke at tage tilbuddet i betragtning, uden at der var anledning til at tage stilling til, om forbeholdet angik et grundlæggende element. Angivelser i licitationsbetingelserne af, at der skulle anvendes bestemte produkter og leveres glas fra fabrikker tilsluttet en bestemt organisation var i strid med EF-traktatens artikel 28 og ligebehandlingsprincippet. Forskellige overtrædelser af Tilbudsloven. Tilbudsgiver, hvis tilbud med rette var afvist på grund af forbehold, havde retlig interesse i at klage til Klagenævnet over alle forhold ved licitationen.....	20
Annullation af udbud var i strid med ligebehandlingsprincippet, fordi beslutningen om annullation var til skade for den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud. Beslutningen var begrundet i uunderbyggede formodninger og subjektive forventninger om, at denne tilbudsgiver ikke ville opfylde nogle krav i udbudsbetingelserne. Ændret ved Vestre Landsrets dom af 15. maj 2009.....	22
Udbyders afvisning af tilbud på grund af forbehold var uberettiget som følge af de konkrete omstændigheder. Overtrædelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved for sen besvarelse af spørgsmål fra tilbudsgiver og ved at besvare spørgsmålene mundtligt og uden orientering til de andre tilbudsgivere. Et tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi det ikke indeholdt principskitser om føringsveje for installationer. Udbyder havde pligt til at afvise et tilbud, der henviste til AB 92, da ABT 93 i henhold til udbudsbetingelserne var gældende for udbuddet. Forbehold vedrørende forsikring og vejrlig angik ikke grundlæggende elementer, men udbyder havde overtrådt udbudsreglerne ved ikke at prissætte forbeholdene. Annullation .....	23
Tilbud afvist med rette, da det ikke som krævet var vedlagt serviceattest eller tilsvarende. Tilbuddet kunne derimod ikke afvises med den begrundelse, at det ikke var vedlagt erklæring om tilbudsgiverens omsætning for ydelser som de udbudte i de sidste 3 år, da disse oplysninger fremgik af et bilag til tilbuddet. Underkriterium om et vist lokalt kendskab var i strid med ligebehandlingsprincippet. Sideordnede underkriterier opfyldte Udbudsdirektivets krav om angivelse af relativ vægtning for underkriterier. Indgåelse af kontrakt for kortere tidsrum end angivet i udbudsbekendtgørelsen var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Ikke annullation.....	24
En uklar bemærkning i et tilbud kunne forstås som et forbehold vedrørende et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, hvorfor udbyderen skulle afvise tilbuddet .....	25
Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved uoverensstemmende angivelser i udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen af, hvilke ydelser udbuddet omfattede, m.m. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, ved fastsættelse af et meningsløst underkriterium om »eventuelle forbehold«. Annullation.....	26
Honorarer for tilbud vedrørende totalentreprise skulle medregnes ved vurderingen af projektets værdi. Ikke opsættende virkning. Annullation .....	27
Klage afvist, da den angik indholdet af rammekontrakter og udbyderens forpligtelser i henhold til dem.....	28

Ikke erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da udbyderen anså klagerens produkter for reelt uantagelige, hvorfor udbyderen ikke havde pligt til at indgå kontrakt med klageren, ligesom udbyderen kunne eller skulle have annulleret udbuddet. Skønsmæssigt fastsat erstatning til dækning af negativ kontraktinteresse. Sagsomkostninger.....	28
Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved ikke at oplyse underkriteriernes vægtning i udbudsbetingelserne, men først under en spørgerunde. Underkriterierne og tilbudsvurderingen var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved modstridende angivelser om alternative tilbud i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Ufyldestgørende beskrivelse af det udbudte i udbudsbekendtgørelsen. Et kriterium om tilbudsgivers erfaring var et udvælgelseskraterium og var ikke egnet til tillige at fungere som underkriterium. Ikke opsættende virkning. Annullation .....	29
Overtrædelser af Udbudsdirektivet ved manglende angivelse af vægtning af underkriterierne, ved anvendelse af et delkriterium, der ikke var angivet i udbudsbetingelserne, ved undladelse af EU-udbud samt ved tildelingsbeslutning i strid med prækvalifikation. En række klagepunkter ikke taget til følge. Ikke taget stilling til det principielle spørgsmål, om en vurderingsmodel, der kunne føre til forkerte resultater, generelt var i strid med udbudsreglerne. Sagsomkostninger. Ikke annullation .....	31
Tilbud med forbehold vedrørende tidsplan måtte ikke tages i betragtning. Overtrædelse af udbudsreglerne ved uklart underkriterium, ved prissammenligning af usammenlignelige tilbud og ved under tilbudsvurderingen at lægge vægt på forhold, der udgjorde et udvælgelseskraterium. Annullation.....	34
Overtrædelse af Tilbudsloven ved udsættelse uden saglig grund af fristen for at afgive tilbud. Det var uden betydning, at nogle tilbudsgivere havde accepteret udsættelsen. Også overtrædelse af Tilbudsloven ved for sen underretning til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation .....	36
En udbyder skulle ikke betale erstatning til tilbudsgiverne i anledning af en ansvarspådragende usaglig annullation af et udbud, da udbyderen kunne have annulleret udbuddet lovligt, hvorfor tilbudsgiverne ikke havde lidt noget tab.....	37
Udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende taxikørsel. Udbyderens kontrakt med en virksomhed, som havde afgivet tilbud under udbuddet, men hvis tilbud var indgivet for sent, var ikke indgået på grundlag af udbuddet. Indgåelsen af denne kontrakt kunne ske uden udbud, da kontraktens værdi var under tærskelværdien. Standstill-ordningen gælder kun for EU-udbud efter Udbudsdirektivet. men ikke for udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet. En organisation, der har klageadgang, er ikke klageberettiget med hensyn tvister om indgåede kontrakter, og Klagenævnet har ikke kompetence til at behandle tvister om indgåede kontrakter.....	38
Udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet af projektering m.m. vedrørende et anlægsprojekt. Udbyderen kunne ikke undlade at prækvalificere en virksomhed med den begrundelse, at virksomheden havde erfaringer fra et tidligere lignende projekt. Udbyderen kunne prækvalificere virksomheder, der havde stillet medarbejdere til rådighed for forberedelsen af det udbudte projekt, men ikke enighed i Klagenævnet om begrundelsen herfor og dissens. En udbyder må ikke undlade at prækvalificere en virksomhed med den begrundelse, at en ansat hos udbyderen har tætte forbindelser til den pågældende virksomhed. Ikke opsættende virkning.....	39
Tilbudsgiveren havde risikoen for ikke klart og overbevisende at have redegjort for, at et tilbudt antal softwarelicenser var tilstrækkelige. Nogle prissætninger var uberettigede, da de pågældende forhold ikke var omfattet af udbudsbetingelsernes krav, og en anden prissætning var ved en fejl beregnet forkert. Nogle yderligere prissætninger var berettigede, bl.a. fordi det skulle sikres, at tilbudsgiveren ikke fik en uberettiget konkurrencefordel. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved manglende angivelse af, hvorledes tilbud på optioner ville indgå i tilbudsvurderingen. Ikke taget stilling til klage over pointtildeling. Egenskaber	

## Klagenævnet for Udbud, Danmark

ved det tilbudte kunne indgå i tilbudsvurderingen vedrørende de ikke-økonomiske underkriterier. En evalueringsmodel om rangordning af tilbuddene i forhold til det bedste tilbud var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Ikke opsættende virkning. Annullation .....	41
Åbenbar skrivefejl i anmodning om prækvalifikation kunne berigtiges. En virksomhed kunne prækvalificeres, selvom den ikke havde fremsendt regnskabsmateriale, da kravet herom var uklart, hvorfor fejlen var beskeden, og da prækvalifikationen ikke var udtryk for forskelsbehandling. Et krav om medarbejdere tæt på udbyderen var opfyldt af medarbejdere i Tyskland. Udbyderens skøn ved tilbudsvurderingen vedrørende et underkriterium om leveringssikkerhed ikke tilsidesat. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved ufuldstændige oplysninger om omfanget af den udbudte leverance. Krav om oplysning om underleverandører var en ordensforskrift, og kravet kunne opfyldes ved en teknisk afklaring efter tilbudsafgivelsen. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at lægge vægt på forhold, der ikke var omfattet af underkriterierne. Ikke opsættende virkning. Annullation .....	44
Klagenævnet havde ikke kompetence til at tage stilling til en klage over en licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende et vareindkøb. Klagenævnet har ikke kompetence til at tage stilling til klager over kontraktretlige spørgsmål. En udbyder har almindeligvis ikke pligt til at kontrollere, at den tilbudte ydelse opfylder de stillede krav. Et krav om, at visse planter skulle være af dansk herkomst, var i strid med Traktatens forbud mod kvantitative indførselsrestriktioner .....	46
Da udbyderen ikke havde modtaget en virksomheds anmodning om prækvalifikation inden udløbet af fristen herfor, var udbyderen forpligtet til ikke at prækvalificere virksomheden. Det var uden betydning, om der inden fristens udløb havde været kontakt mellem virksomheden og udbyderen, og hvad denne kontakt havde drejet sig om .....	48
Skønsmæssigt fastsat erstatning 650.000 kr. til forbigået tilbudsgiver, da det var godtgjort, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne .....	49
Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved under vurderingen af tilbuddene at have anvendt underkriterier, der ikke var anført i udbudsbetingelserne, ved ikke i udbudsbetingelserne at have beskrevet underkriterierne tilstrækkeligt samt ved ikke i udbudsbetingelserne at have beskrevet den udbudte ydelse. Annullation. Opsættende virkning. Generelle bemærkninger om betingelserne for opsættende virkning .....	49
Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved ikke at have udformet en fyldestgørende, skriftlig tilbudsvurdering. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og af forhandlingsforbuddet ved, at udbudsbetingelserne gav mulighed for forbehold og forhandling vedrørende samtlige punkter, og angav, at tilbudsgiverne skulle kapitalisere forbehold. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved angivelse af, at nogle standardbetingelser fandt anvendelse, selvom disse standardbetingelser efter deres indhold kun fandt anvendelse, hvis de ikke var fraveget ved aftale. Ikke taget stilling til en påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige bud. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation .....	50
Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved under vurderingen af tilbuddene at have vægtet underkriterierne på en anden måde end fastsat i udbudsbetingelserne. Forhandlingsforbuddet ikke overtrådt ved et afklarende møde med en tilbudsgiver. Der er ikke pligt til at oplyse vurderingsmodeller for tilbudsvurdering i udbudsbetingelserne. En vurderingsmodel, hvorefter tilbuddene for hvert underkriterium tildeltes karakter efter en karakterskala, var ikke uproblematisk, men havde i det konkrete tilfælde ikke ført til usaglig forskelsbehandling .....	52
Udbyderen havde ikke pligt til undtagelsesvis at kontrollere rigtigheden af oplysningerne i et tilbud. En vurderingsmodel om vurdering af tilbudspriserne i forhold til hinanden kunne i ekstreme tilfælde føre til uhensigtsmæssige og	

uigennemsigtige resultater, men ville normalt ikke medføre problemer og havde heller ikke gjort det i det konkrete tilfælde. Ved et udbud efter forhandling uden for Udbudsdirektivet er der mulighed for ændringer, som ikke tillades ved udbud efter direktivet. Koordinering af tildelingsbeslutningen ved et dansk udbud med tildelingsbeslutningen under et parallelt svensk udbud var i den foreliggende situation ikke i strid med fællesskabsretten. Klagenævnet kan ikke tage stilling til, om en tilbudsgiver har fået ulovlig statsstøtte, men kan tage stilling til, hvordan en udbyder skal reagere, hvis omstændighederne tyder på, at en tilbudsgiver har modtaget en sådan statsstøtte. Påstand om annullation af et afsluttet udbud afvist. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation .....	54
Annullation af licitation som følge af fejl i licitationsbetingelserne var ikke usaglig. Udbyderen havde bevisbyrden for, at begrundelsespligten i Tilbudslovens § 14, stk. 1, var overholdt, og denne bevisbyrde var ikke løftet. Ikke annullation .....	56
Klagenævnet var ikke kompetent til at tage stilling til en klage over en licitation efter Tilbudsloven vedrørende en kontrakt om tjenesteydelser. Ikke opsættende virkning .....	57
Forbehold i et tilbud vedrørende licitationsbetingelsernes tidsplan angik et grundlæggende element, hvorfor tilbuddet ikke måtte tages i betragtning .....	58
Skønmæssigt fastsat erstatning 1,5 mio. kr. til dækning af forbigået tilbudsgivers positive opfyldelsesinteresse, selvom udbyderen lovligt kunne have annulleret udbuddet som følge af fejl ved dette. (Dissens for at fastsætte erstatningen til 500.000 kr. til dækning af tilbudsgiverens negative kontraktsinteresse) .....	59
Overtrædelse af Tilbudsloven ved gennemførelse af et bygge- og anlægsarbejde uden forudgående licitation. Ordregiveren skulle ikke betale erstatning til en virksomhed, der som følge af den manglende licitation havde været afskåret fra at afgive tilbud, da det ikke var godtgjort, at virksomheden ville have fået kontrakten, hvis der var blevet gennemført en licitation.....	60
En ordregiver, der ønsker tilbud på bilag II B-tjenesteydelser, kan indhente indledende oplysninger fra branchen, om hvilke tjenesteydelser, der kan udføres. Det følger imidlertid af Udbudsdirektivets artikel 23, at disse oplysninger skal danne grundlag for ordregiverens efterfølgende beskrivelse af den ønskede ydelse til de virksomheder, som ordregiveren ønsker tilbud fra, og det er i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis ordregiveren indgår kontrakt med en virksomhed på grundlag af de indledende oplysninger. Ikke annullation.....	60
Udbyderen var berettiget til at afvise en anmodning om prækvalifikation, da anmodningen ikke var vedlagt den krævede dokumentation med hensyn til udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2 .....	62
Klage over overtrædelse af ligebehandlingsprincippet afvist, da klagen ikke angik det udbudsretlige ligebehandlingsprincip. Ikke opsættende virkning .....	62

## Resuméer

### **19. januar 2007. P. Jensen og Sønner Outrup ApS mod Blaabjerg Kommune**

*Udbyderen havde fejlagtigt ikke iværksat EU-udbud, men havde i stedet iværksat en licitation efter Tilbudsloven, og det var ikke bevist, at beslutningen om ikke at iværksætte EU-udbud var truffet på et tilstrækkeligt grundlag. Et tilbud havde været nytteløst, fordi annullation af licitationen måtte forudses som følge af, at der skulle have været iværksat EU-udbud, og som følge af fejl i licitationsbetingelserne. Udbyderen skulle derfor erstatte udgiften til udarbejdelse af tilbuddet, og det var uden betydning, om tilbuddet kunne eller skulle have været afvist som følge af forbehold. Efter karakteren af udbyderens fejl havde tilbudsgiveren ikke udvist egen skyld*

En kommune iværksatte en offentlig licitation efter Tilbudsloven af en totalentreprise for et byggeri. Tildelingskriteriet var laveste pris. Efter at der var indkommet et antal tilbud, annullerede udbyderen licitationen med henvisning til, at byggeriets værdi havde vist sig at overskride Udbudsdirektivets tærskelværdi, og til, at der var fejl i licitationsbetingelserne. En af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet over, at udbyderen havde iværksat en licitation efter Tilbudsloven i stedet for at foretage EU-udbud.

Klagenævnet tog klagen følge med henvisning til, at det ikke var bevist, at udbyderens beslutning om ikke at gennemføre EU-udbud var truffet på grundlag af de oplysninger, der er nødvendige for at træffe en sådan beslutning, eller på grundlag af en forsvarlig vurdering af de foreliggende oplysninger.

Klagenævnet pålagde endvidere udbyderen at betale en skønsmæssigt fastsat erstatning på 75.000 kr. til dækning af klagerens udgift ved at udarbejde tilbud. Klagenævnet henviste herved til, at licitationen med overvejende sikkerhed måtte ventes at skulle annulleres, dels som følge af udbyderens manglende eller helt utilstrækkelige vurdering af byggeriets værdi, dels som følge af, at nogle fejl i licitationsbetingelserne bevirkede, at det ikke var muligt at identificere tilbuddet med den laveste pris. Klagerens tilbud havde derfor været nytteløst, og det var uden betydning, om tilbuddet (som hævdede af udbyderen) kunne eller skulle have været afvist som følge af forbehold mv. Efter beskaffenheden af udbyderens fejl kunne klageren endvidere ikke anses for at have udvist en egen skyld, der kunne føre til nedsættelse eller bortfald af erstatningen.

**12. februar 2007. Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune**  
*Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved at lægge vægt på et forhold, som udbyderen havde tilkendegivet, at der ikke ville blive lagt vægt på. Tildeling af points vedrørende underkriterier skal ske ved en vurdering af tilbuddene efter underkriterierne og ikke ud fra tilbuddenes forhold til hinanden, i hvert fald for så vidt angår de kvalitative underkriterier. Udvælgelses-kriterium brugt som underkriterium. Tilbudsgiverne må med rimelighed kunne forvente, at det er oplyst på forhånd, hvis udbyderen vil lægge afgørende vægt på, om de tilbudte produkter har nogle bestemte egenskaber. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved et skøn over, hvad tilbudspriserne lød på, i stedet for en beregning, og ved tildeling af points vedrørende underkriteriet pris ved et skøn i stedet for ved en beregning.*  
**Annulation**

En kommune iværksatte et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet af en rammeaftale om levering af høretekniske hjælpemidler. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle underkriterier, bl.a. pris (vægtning 50 %) og kvalitet (vægtning 20 %).

Der indkom tilbud fra to virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med den ene af tilbudsgiverne. Den anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde lagt vægt på, om de tilbudte produkter var kompatible med den hidtidige leverandørs (dvs. den valgte tilbudsgivers) produkter, selvom udbyderen havde tilkendegivet, at der ikke ville blive lagt vægt på dette:

Taget til følge med konkret begrundelse.

2) Klage over, at udbyderen havde tildelt tilbuddene points på grundlag en vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden i stedet for på grundlag af en vurdering af tilbuddene i forhold til de enkelte underkriterier:

Taget til følge. Udtalt, at når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, skal tildeling af points for tilbuddenes opfyldelse af de enkelte underkriterier ske ud fra tilbuddenes forhold til de pågældende underkriterier og ikke ud fra tilbuddenes forhold til hinanden, i hvert fald for så vidt angår de »kvalitative« underkriterier, dvs. andre underkriterier end underkriteriet pris. Klagenævnet havde ikke i denne sag anledning til at tage stilling til, om det anførte også gælder for underkriteriet pris.

3) Klage over, at udbyderen havde fastsat et underkriterium om leverandørens erfaring fra tidligere leverancer af samme karakter, da dette er et udvælgelses-kriterium:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen hverken i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen havde foretaget en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af det udbudte:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen ved tilbudsvurderingen i relation til underkriteriet kvalitet havde lagt afgørende vægt på, om de tilbudte produkter havde nogle bestemte egenskaber, og at dette havde været afgørende for tildelingsbeslutningen, også selvom underkriteriet kvalitet kun vægtedes med 30 %. Udtalt, at udbudsreglerne ikke stiller krav om angivelse i alle enkeltheder af, hvad der sigtes til med et underkriterium om kvalitet, men at tilbudsgiverne med rimelighed må kunne forvente, at det er oplyst på forhånd, hvis udbyderen ved tildelingsbeslut-

ningen vil lægge afgørende vægt på, om de tildelte produkter har nogle bestemte egenskaber.

5) Taget op ex officio: Udtalt at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet dels ved at skønne over, hvad de samlede tilbudspriser lød på, i stedet for at foretage en beregning heraf, dels ved at tildele tilbuddene points med hensyn til underkriteriet pris ved et skøn i stedet for ved en beregning. Udtalt, at Klagenævnet ikke i denne sag havde anledning til at tage stilling til, hvordan en beregning af tildeling af points skal gennemføres.

Som følge af karakteren af de overtrædelser, der er omtalt under punkt 1 og 4-5 annullerede Klagenævnets udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Indbragt for domstolene.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 12. juli 2007.

### **13. februar 2007. PlantWare Holding ApS mod I/S Amagerforbrændingen**

*Omfanget af klagerens aktindsigt skulle fastlægges efter en afvejning i medfør af Forvaltningslovens § 15, stk. 1, og nogle standardbetingelser var uden betydning for spørgsmålet*

En ordregiver iværksatte et udbud efter forhandling i medfør af Forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende en kontrakt om håndtering af specialaffald m.m. Der indkom tilbud fra tre prækvalificerede virksomheder. Efter forhandlinger indgik udbyderen kontrakt med en af tilbudsgiverne, hvorefter en anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet.

Den her resumerede kendelse angår kun spørgsmålet om omfanget af klagerens aktindsigt.

Udbyderen fremlagde forskellige bilag for Klagenævnet. I de eksemplarer af nogle af bilagene, som udbyderen sendte til klageren, var udeladt forskellige angivelser. De udeladte angivelser var den valgte tilbudsgivers oprindelige tilbudspris samt forskellige andre angivelser i den valgte tilbudsgiver tilbud og kontrakten med den valgte tilbudsgiver m.m.

Klageren begærede fuld aktindsigt i de pågældende bilag, over for hvilket udbyderen gjorde gældende at de udeladte angivelser skulle undrages fra klagerens aktindsigt.

Udbyderen gjorde gældende, at de udeladte angivelser var »forretningsfølsomme«. Udbyderen henviste desuden bl.a. til, at kontrakten med den valgte tilbudsgiver var omfattet af nogle standardbetingelser, ifølge hvilke parterne ikke måtte give tredjemand kundskab om fortrolige oplysninger.

Klagenævnet udtalte, at det afgørende for, i hvilket omfang de af udbyderen fremlagte bilag skulle undrages fra klagerens aktindsigt, var en afvejning i medfør af Forvaltningslovens § 15, stk. 1, og at de omtalte standardbetingelser var uden betydning for spørgsmålet. Klagenævnet udtalte videre, at Klagenævnet efter en afvejning i medfør af Forvaltningslovens § 15, stk. 1, ikke fandt, at der skulle gives klageren yderligere aktindsigt i de omhandlede bilag.

**20. februar 2007. Ejendomsaktieselskabet Bangs Gård mod Esbjerg Kommune**

*Der skulle forud for indgåelse af en lejekontrakt om udlejning af en teaterbygning have været gennemført EU-udbud, da den samlede anslåede leje oversteg tærskelværdien for bygge- og anlægsarbejder. Opsættende virkning. Annullation*

En kommune iværksatte en konkurrence vedrørende lejemål af en teaterbygning ved at anmode fire virksomheder om at give tilbud. Der indkom tilbud fra nogle af virksomhederne. En af virksomhederne, som ikke havde afgivet tilbud, klagede til Klagenævnet over en række forhold. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev taget til følge.

Klagenævnet besluttede kun at behandle spørgsmålet, om kommunen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved ikke at iværksætte et EU-udbud, og Klagenævnet udtalte herom:

Ved den lejekontrakt, som kommunen ønskede at indgå, tilsigtede kommunen at få rådighed over et bygge og anlægsarbejde i form af en teaterbygning, der svarede til kommunens præciserede behov. Lejekontrakten var derfor en offentlig bygge- og anlægskontrakt i medfør af Udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, b.

(Ifølge denne bestemmelse forstås ved offentlige bygge- og anlægskontrakter bl.a. kontrakter om udførelse ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov, som er præciseret af en ordregivende myndighed.)

Ifølge direktivets artikel 9, stk. 1, beregnes den anslåede værdi af en offentlig kontrakt på grundlag af det samlede beløb, som den ordregivende myndighed må antages at komme til at betale for ydelsen. I kommunens betingelser for konkurrencen var angivet, at den årlige leje ikke måtte overstige 2,2 mio. kr. og at lejemålet skulle være uopsigeligt i 30 år. Dette svarede til en samlet udgift for kommunen på 66 mio. kr., hvorfor den samlede anslåede værdi af lejekontrakten oversteg Udbudsdirektivets tærskelværdi for bygge- og anlægskontrakter. Kommunen havde derfor handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at gennemføre et EU-udbud.

Som følge af overtrædelsens karakter annullerede Klagenævnet kommunens beslutning om at gennemføre konkurrencen.

**21. februar 2007. MT Højgaard A/S og Skanska Danmark A/S mod Fonden for Frederiksborgcentret-Hillerød**

*En ordregiver, der med urette havde undladt at iværksætte EU-udbud og i stedet havde gennemført en licitation, men ikke en licitation efter Tilbudsloven, var erstatningsansvarlig over for de virksomheder, som ordregiveren havde anmodet om at afgive tilbud, også selvom undladelsen af at iværksætte EU-udbud skyldtes en undskyldelig retsvildfarelse. Der var dog ikke grundlag for at tillægge tilbudsgiverne erstatning for forgæves omkostninger ved afgivelse af tilbud, da tilbudsgiverne var professionelle entreprenørvirksomheder, der havde valgt at afgive tilbud. Klagenævnet var ikke kompetent til at tage stilling til, om en af virksomhederne havde krav mod ordregiveren i anledning af ophavsretskrænkelser*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 3. oktober 2006 i samme sag. Sagen angik en licitation vedrørende et byggeri iværksat af en fond. Der indkom tilbud fra tre tilbudsgivere, som fonden havde indbudt til at afgive tilbud, hvorefter fonden indgik kontrakt med

en af tilbudsgiverne. De to andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet, og ved kendelsen af 3. oktober 2006 fastslog Klagenævnet, at fonden var et offentligretligt organ som omhandlet i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, b, og at fonden derfor skulle have iværksat et EU-udbud vedrørende byggeriet, hvis værdi oversteg direktivets tærskelværdi.

Den her resumerede kendelse angik erstatningsspørgsmålet. Klagerne påstod sig tillagt en erstatning svarende deres udgifter ved at afgive tilbud.

Klagenævnet udtalte:

Ved ikke at iværksætte et EU-udbud havde fonden handlet ansvars-pådragende over for de tilbudsgivere, som fonden havde anmodet om at give tilbud. Der var tale om den grovest tænkelige overtrædelse af udbudsreglerne, og der var ikke grundlag for at frifinde fonden for klagerens erstatningskrav med henvisning til, at fonden (som hævdede af fonden) havde lidt af en undskyldelig vildfarelse om reglerne.

Klagerne er professionelle entreprenørvirksomheder med ekspertise på udbudsområdet. De var ved afgivelsen af tilbud fuldt bekendt med, at der blev indhentet tilbud under en licitation, der ikke blev gennemført efter Tilbudsloven, og at der således ikke blev gennemført et EU-udbud, men valgte alligevel at afgive tilbud. Der var herefter ikke grundlag for at tillægge klagerne erstatning for de forgæves afholdte omkostninger ved udarbejdelse af tilbud.

Klagenævnet havde ikke kompetence til at tage stilling til, om den ene af klagerne havde et krav mod fonden på andet grundlag, dvs. som følge af, at fonden efter denne klagers opfattelse havde gjort brug af idéer i klagerens tilbud.

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

## **22. februar 2007. Platech Arkitekter ved arkitekt Egon Majlund mod Rødning Kommune**

*Klagenævnet havde ikke kompetence til at behandle en klage vedrørende udbud af en tjenesteydelse under Udbudsdirektivets tærskelværdi. Udbudsdirektivets regel om unormalt lave bud finder ikke anvendelse ved udbud under tærskelværdien*

En kommune iværksatte en licitation vedrørende totalprojektering og byggeledelse m.m. ved opførelse af en ejendom. Tildelingskriteriet var laveste pris. Der indkom tilbud fra et antal virksomheder, hvorefter kommunen besluttede at indgå kontrakt den tilbudsgiver, hvis tilbud havde næstlaveste tilbudspris, dvs. 359.000 kr. Kommunen valgte derimod ikke den tilbudsgiver, hvis tilbud havde laveste tilbudspris, dvs. 140.000 kr., da kommunen vurderede dette tilbud som urealistisk.

Tilbudsgiveren med den laveste tilbudspris klagede til Klagenævnet, der traf afgørelse således:

Den udbudte opgave angik alene projektering af byggeriet, hvorfor Tilbudsloven ikke fandt anvendelse, jf. lovens 1 (hvorefter loven gælder for udførelse eller projektering og udførelse af bygge- og anlægsopgaver). Værdien af den udbudte opgave nåede endvidere ikke op på tærskelværdien for tjenesteydelser i henhold til Udbudsdirektivet.

I medfør af § 3, stk. 1, jf. § 1, stk. 1 og stk. 2, i Lov om Klagenævnet for Udbud har Klagenævnet kompetence til at behandle klager over overtrædelser af Tilbudsloven og over overtrædelser af fællesskabsretten om

offentlige kontrakter, dvs. EF-traktaten og retsakter udstedt i medfør af denne.

Offentlige ordregivere er, selvom Udbudsdirektivet på grund af reglerne om tærskelværdi ikke finder anvendelse, forpligtet til at følge principper og retsakter, der afledes af EF-traktaten, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det kan derimod ikke antages, at offentlige ordregivere i sådanne tilfælde skal iagttage procedurer, der alene fastsættes af direktivet selv, og det kunne således ikke antages, at kommunen havde haft pligt til at følge fremgangsmåden i direktivets artikel 55 om unormalt lave bud. Der var herefter heller ikke spørgsmål om, at kommunen havde overtrådt EF-traktaten eller retsakter udstedt i medfør af den.

Klagenævnet havde herefter ikke kompetence til at behandle sagen, hvorfor klagen afvistes.

(Dissens for at tage sagen under behandling med henvisning til, at kommunen havde haft pligt til at følge en procedure, som kunne ligne den fremgangsmåde, som udbudsdirektiverne foreskriver i en tilsvarende situation.)

### **23. februar 2007. Rebo A/S mod A/B Damparken**

*En bemærkning i licitationsbetingelserne ved en licitation iværksat af en ikke-offentlig ordregiver var en utvetydig tilkendegivelse af, at Tilbudsloven fandt anvendelse på licitationen. Tilbudsloven overtrådt på flere punkter*

En virksomhed, der ikke er en offentlig ordregiver, iværksatte en licitation vedrørende et byggearbejde. I licitationsbetingelsernes afsnit om særlige betingelser var anført, at byggeopgaverne skulle udføres i henhold til Tilbudsloven.

Der var ikke angivet tildelingskriterium i licitationsbetingelserne. I licitationsbetingelserne var bl.a. angivet, at ordregiveren forbeholdt sig ret til at vælge frit mellem de indkomne tilbud eller forkaste dem alle.

Der indkom tilbud fra et antal virksomheder, hvorefter ordregiveren besluttede at indgå kontrakt med tilbudsgiveren med den næstlaveste tilbudspris.

Tilbudsgiveren med den laveste tilbudspris klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at ordregiveren havde overtrådt Tilbudsloven a) ved ikke at have angivet et tildelingskriterium, b) ved ikke at have anvendt tildelingskriteriet »laveste bud«, da ordregiveren havde pligt hertil som følge af den manglende angivelse af et tildelingskriterium, c) ved ikke at have indgået kontrakt med klageren, hvis tilbud havde den laveste tilbudspris, og d) ved at have forbeholdt sig ret til at vælge frit mellem tilbudene eller forkaste dem alle.

Det centrale spørgsmål var Tilbudslovens § 1, stk. 4, hvorefter lovens regler om indhentning af tilbud og ordretildeling finder anvendelse, når en udbyder, der ellers ikke er omfattet af loven, klart har tilkendegivet, at loven eller nærmere angivne regler heri skal danne grundlag for ordretildelingen.

Ordregiveren påstod principalt klagen afvist med henvisning til, at Tilbudsloven ikke fandt anvendelse på licitationen, således at Klagenævnet ikke havde kompetence til at behandle klagen. Ordregiveren gjorde herved gældende, at den citerede bemærkning i licitationsbetingelserne om Tilbudsloven ikke var en tilstrækkelig tilkendegivelse af, at loven skulle finde anvendelse, bl.a. fordi det var uvist, hvorfor bemærkningen var ind-

sat, og fordi bemærkningen var placeret i licitationsbetingelsernes særlige betingelser.

Subsidiært nedlagde ordregiveren påstand om at klagen ikke blev taget til følge. Til støtte herfor gjorde ordregiveren gældende, at licitationsbetingelsernes bemærkning om, at ordregiveren forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem tilbuddene eller forkaste dem alle, måtte forstås som en tilkendegivelse om, at Tilbudslovens § 8 om tildelingskriterier ikke skulle finde anvendelse.

Ordregiveren gjorde mere subsidiært gældende, at klagerens tilbud af nærmere angivne grund var ukonditionsmæssigt, således at klagepunkt c af denne grund ikke kunne tages til følge.

Klagenævnet udtalte:

Ordregiveren havde i licitationsbetingelserne utvetydigt tilkendegivet, at Tilbudsloven skulle finde anvendelse. Der var ikke grundlag for at bortfortolke denne tilkendegivelse helt eller delvis, og der var heller ikke grundlag for at forstå bemærkningen om, at ordregiveren forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem tilbuddene eller forkaste dem alle, som en tilkendegivelse af, at netop Tilbudslovens § 8 ikke skulle finde anvendelse. Klagenævnet var herefter kompetent til at behandle sagen.

Klagen blev herefter taget til følge, med hensyn til klagepunkt c med bemærkning, at det ikke var godtgjort, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt.

(Dette resultat var oplagt, når Tilbudslovens regler om ordretildeling fandt anvendelse, og klagerens tilbud ikke blev anset for ukonditionsmæssigt.)

Dissens for ikke at tage klagen til følge med henvisning til, at licitationsbetingelsernes angivelse af, at ordregiveren forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem tilbuddene eller forkaste dem alle, måtte forstås således, at Tilbudslovens § 8 om tildelingskriterier ikke skulle finde anvendelse. Dissensen henviste til Tilbudslovens forarbejder og tillagde det afgørende betydning, at der var tale om et forhold mellem erhvervsdrivende.

## **27. februar 2007. Grønbech Construction A/S mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening**

*Klage ikke taget til følge. Ikke opsættende virkning*

To almene boligselskaber iværksatte i fællesskab et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende facaderenoveringsarbejder. Der indkom tilbud fra et antal virksomheder. På et tidspunkt indbød udbyderen tilbudsgiverne til et udbud efter forhandling i medfør af Udbudsdirektivets artikel 30 (om udbud efter forhandling under visse betingelser) med henvisning til, at ingen af de indkomne tilbud var uantagelige. Før udbyderne havde truffet beslutning om kontraktstildelingen, klagede en af tilbudsgiverne til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderne havde taget tilbuddet fra en af de andre tilbudsgivere, E, i betragtning:

Udtalt, at Klagenævnet forstod påstanden således, at Klagenævnet skulle konstatere, at ordregiverne havde handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 30 ved ikke at afvise tilbuddet fra E, fordi dette tilbud ikke som foreskrevet i udbudsbetingelserne indeholdt både et tilbud på det udbudte arbejde og et alternativt tilbud, men alene indeholdt et alternativt

tilbud. Videre udtalt, at E's tilbud ikke var alternativt, og at udbyderne herefter havde været berettiget til at anse E's tilbud for konditionsmæssigt.

2) Forskellige andre klagepunkter, der var udformet under den forudsætning, at punkt 1 blev taget til følge:

Udtalt, at Klagenævnet herefter ikke havde anledning til at behandle disse klagepunkter.

Ved kendelser af 27. oktober 2007 og 16. oktober 2008 tog Klagenævnet stilling til nogle yderligere spørgsmål vedrørende samme udbud.

Indbragt for domstolene.

### **19. marts 2007. STB Byg A/S mod Hedensted Kommune**

*Et forbehold vedrørende tidsplanen for et byggeri angik et grundlæggende element, også selvom forbeholdet gik ud på en tidligere igangsættelse af byggeriet end angivet i tidsplanen. For sen underretning til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen var en overtrædelse af Tilbudsloven. Forskellige overtrædelse af Tilbudsloven. Ikke annullation, allerede fordi udbyderen var berettiget til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning*

En kommune iværksatte en begrænset licitation efter Tilbudsloven vedrørende en hovedentreprise ved et byggeri. Tildelingskriteriet var »laveste bud«. Der indkom tilbud fra et antal virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet over forskellige forhold.

En påstand fra udbyderen om afvisning af nogle af klagepunkterne blev ikke taget til følge med henvisning til, at klageren havde retlig interesse i at få behandlet klagen på de pågældende punkter, og Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet indeholdt forbehold over for en tidsplan i licitationsbetingelserne. Klagepunktet sigtede til, at den valgte tilbudsgivers tilbud gik ud på igangsættelse af arbejdet straks, dvs. på et tidligere tidspunkt, end hvad der fulgte af tidsplanen.

Klagepunktet blev taget til følge med henvisning til, at licitationsbetingelserne indeholdt angivelse om byggeriets tidsmæssige udstrækning, og at et forbehold vedrørende tidsplanen herefter angik et grundlæggende element, uanset om forbeholdet gik ud på en tidligere eller senere gennemførelse af byggeriet.

2) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra en anden tilbudsgiver i betragtning, selvom også dette tilbud indeholdt forbehold vedrørende tidsplanen:

Taget til følge med begrundelse som ad punkt 1.

3) Klage over, at udbyderen ikke havde taget klagerens tilbud i betragtning med henvisning til, at klageren ikke havde udfyldt alle punkter i tilbudslisten, sådan som det var krævet i licitationsbetingelserne:

Ikke taget til følge, da klageren ikke havde udfyldt alle poster i tilbudslisten.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 14, stk. 1, ved ikke hurtigst muligt at have underrettet tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen først havde givet underretningen 8 dage efter tildelingsbeslutningen.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke samtidig med tildelingsbeslutningen at have underrettet tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen:

Ikke fundet anledning til at tage stilling til denne påstand.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 14, stk. 3, ved ikke efter anmodning fra klageren at have underrettet klageren om begrundelsen for ikke at tage klagerens tilbud i betragtning:

Taget til følge, da udbyderen ikke havde underrettet klageren om begrundelsen.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 1, ved ikke i licitationsbekendtgørelsen at have givet en frist på 15 arbejdsdage til fremsendelse af anmodninger om prækvalifikation, således som det er foreskrevet i bestemmelsen:

Taget til følge, da udbyderen ikke havde overholdt reglen.

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 2, ved ikke i licitationsbekendtgørelsen at have angivet karakteren af de oplysninger om teknisk og økonomisk formåen, som skulle dokumenteres:

Taget til følge, da udbyderen ikke havde overholdt reglen.

9) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at have udvalgt tilbudsgiverne på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier:

Taget til følge, da udbyderen ikke havde godtgjort, at udvælgelsen af tilbudsgiverne var sket på grundlag af kriterier som nævnt.

10) Klage over, at udbyderen havde tilsidesat det EU-retlige effektivitetsprincip ved ikke i tidsrummet mellem tildelingsbeslutningen og kontraktsindgåelsen at have givet tilbudsgiverne reel mulighed for at anmode Klagenævnet om at tillægge en klage opsættende virkning:

Ikke taget stilling til dette klagepunkt, da det, som klagepunktet sigtede til, var dækket af Klagenævnets afgørelse vedrørende punkt 4.

En påstand fra klageren om annullation af tildelingsbeslutningen blev ikke taget til følge, allerede fordi udbyderen var berettiget til at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning.

## **28. marts 2007. Fujitsu Siemens Computers A/S mod Finansministeriet og Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S**

*Udbyder var forpligtet til at afvise tilbud, der ikke opfyldte nogle krav, som i udbudsbetingelserne var betegnet som minimumskrav. Udbyders kontrol af, at tilbud opfylder udbudsbetingelserne, skal ske ved at sammenholde tilbuddene og udbudsbetingelserne, og der forelå ikke særlige omstændigheder, der forpligtede udbyder til at iværksætte undersøgelser med henblik på at kontrollere, at oplysninger i tilbuddene var korrekte. Delvis annullation. Ikke opsættende virkning*

To offentlige ordregivere iværksatte i fællesskab et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en rammeaftale om levering af stationære og bærbare computere m.m. Der indkom tilbud fra 6 prækvalificerede virksomheder. Udbyderne afviste tilbuddene fra to af tilbudsgiverne og besluttede at indgå kontrakt med tre af de øvrige tilbudsgivere. En af de tilbudsgivere, hvis tilbud var blevet afvist, klagede til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til klagen således.

1) Klage over, at udbyderen havde afvist klagerens tilbud (påstand 1 og påstand 10):

Ikke taget til følge med henvisning til følgende:

Ad påstand 1: Såkaldte ultrabærbare computere, der var omfattet af udbuddet, måtte ifølge udbudsbetingelserne maksimalt have en højde på 30 mm. I klagerens tilbud var anført, at de ultrabærbare computere havde en højde på 34 mm. Da det omtalte højdekrav ifølge udbudsbetingelserne var et minimumskrav, havde udbyderne af denne grund været forpligtet til at afvise klagerens tilbud. Klageren gjorde gældende, at angivelsen i udbudsbetingelserne skulle forstås enten således, at computeres gennemsnitlige højde ikke måtte overstige 30 mm, eller således, at højden ved computeres forkant ikke måtte overstige 30 mm. Klagenævnet statuerede, at angivelsen måtte forstås således, at computerne overalt ikke måtte være højere end 30 mm.

Ad påstand 10: En angivelse i klagerens tilbud om prisen for installation af stationære computere måtte forstås som et forbehold over for et krav i udbudsbetingelserne om, at prisen for installation ikke skulle være afhængig af antallet af samtidigt installerede computere hos den enkelte kunde. Udbyderne havde af denne grund været berettiget til at afvise klagerens tilbud.

2) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddene fra de tre valgte tilbudsgivere i betragtning, selv om de tilbudte ultrabærbare computere faktisk ikke opfyldte de under punkt 1 nævnte højdekrav på max. 30 mm (påstand 3).

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Ifølge de pågældende tilbud opfyldte de tilbudte ultrabærbare computere højdekravene, men efter klagerens opfattelse var tilbuddenes angivelser herom forkerte, idet de ultrabærbare computere, som de tre valgte tilbudsgivere kunne levere, overskred højdekravene. Klageren gjorde udbyderne bekendt med denne opfattelse, efter at udbyderne havde afvist klagerens tilbud, og efter at udbyderne havde besluttet, hvem der skulle indgås kontrakt med.

Klagepunktet blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at de ultrabærbare computere, som de valgte tilbudsgivere havde tilbudt, ifølge tilbuddene opfyldte højdekravene, og at en udbyders kontrol af, at tilbud opfylder udbudsbetingelserne, skal ske ved at sammenholde tilbuddene med udbudsbetingelserne. Der forelå endvidere ikke særlige omstændigheder, der forpligtede udbyderne til at iværksætte undersøgelser med henblik på at kontrollere højden på de ultrabærbare computere, som de valgte tilbudsgivere havde tilbudt. Allerede som følge af det anførte var det unødvendigt for Klagenævnet selv at tage stilling til højden på de omhandlede computere. Klagenævnet bemærkede desuden, at udbyderne havde handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at stille spørgsmål til klageren om højden på klagerens ultrabærbare computere, da klagerens tilbud ikke på dette punkt var uklart.

3) Klage over, at udbyderne havde taget tilbuddet fra en af de valgte tilbudsgivere i betragtning, selvom den tilbudte ultrabærbare computer ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav til ydeevne (påstand 4):

Ikke taget til følge med henvisning til, at den tilbudte computer ifølge tilbuddet opfyldte kravene til ydeevne, og til, at udbyderne ikke havde haft pligt til at iværksætte undersøgelser med henblik på at kontrollere denne oplysning.

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

4) Klage over, at udbyderne havde taget tilbuddet fra en af de valgte tilbudsgivere i betragtning, selvom den tilbudte ultrabærbare computer ikke havde den batteritid, der var krævet i udbudsbetingelserne (påstand 5):

Ikke taget til følge med begrundelse svarende til begrundelsen ad punkt 3.

5) Klage over, at udbyderne havde taget tilbuddet fra en af de valgte tilbudsgivere i betragtning, selvom den tilbudte ultrabærbare computer ifølge tilbuddet oversteg højdekravene i udbudsbetingelserne (påstand 6):

Taget til følge med henvisning til, at den tilbudte computer ifølge tilbuddet oversteg højdekravene, der var minimumskrav, hvorfor udbyderen havde været forpligtet til ikke at tage tilbuddet i betragtning. Det var i tilbuddet anført, at højden var 20 mm, men at højden varierede fra 20 til 35 mm.

6) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra samme tilbudsgiver i betragtning, selvom en tilbudt bærbare computer af en anden type overskred det højdekrav på max. 38 mm, der var fastsat i udbudsbetingelserne for denne type computer (påstand 7):

Taget til følge med begrundelse svarende til begrundelsen ad punkt 5. Det var i tilbuddet anført, at højden var 37 mm, men at højden varierede fra 37 til 40 mm.

7) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra samme tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet vedrørende en af de tilbudte computere var på engelsk, selvom tilbuddene ifølge udbudsbetingelserne skulle være på dansk (påstand 8).

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbudsbetingelsernes angivelse af, at tilbuddene skulle være på dansk, ikke var blandt de krav, der i udbudsbetingelserne var betegnet som minimumskrav, og med henvisning til beskaffenheden af den pågældende tilsidesættelse af udbudsbetingelserne. Udbyderne var herefter ikke forpligtede til at afvise tilbuddet som følge af forholdet.

8) Klage over, at udbyderne havde taget tilbuddet fra en af de valgte tilbudsgivere i betragtning, selvom tilbuddet indeholdt et forbehold med hensyn til prisen for installation af stationære computere på visse øer (påstand 9):

Ikke taget til følge under henvisning til forbeholdets beskaffenhed og til, at forbeholdet med sikkerhed kunne prissættes. Derimod udtalt, at udbyderne havde overtrådt Udbudsdirektivet ved ikke at prissætte forbeholdet.

Som følge af beskaffenheden af de overtrædelser, der er nævnt under punkt 5 og 6, annullerede Klagenævnet udbydernes beslutning om at indgå kontrakt med den pågældende tilbudsgiver. Påstande om annullation af udbyderens beslutninger om dels at indgå kontrakt med de to andre valgte tilbudsgivere, dels ikke at tage klagerens tilbud i betragtning, blev ikke taget til følge.

### **4. april 2007. Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt**

*Erstatning til tilbudsgiver, hvis tilbud med urette var blevet afvist, til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det var sikkert, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Erstatningen fastsat skønsmæssigt på baggrund af tilbudsgiverens og branchens sædvanlige overskudsgrad og på baggrund af nogle*

*generelle synspunkter om erstatningsudmåling. Reglerne om unormalt lave bud har til formål at afskære useriøse tilbud, og et tilbud er ikke unormalt lavt, blot fordi tilbudsprisen er 30 % lavere end næstlaveste tilbudspris*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 13. november 2006 i samme sag.

Sagen angik et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet af en tjenesteydelse bestående af projektering m.m. vedrørende etablering af tre fiskepassager. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, hvis tilbud udbyderen havde afvist som ukonditionsmæssigt. Ved kendelsen af 13. november 2006 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved ikke at tage klagerens tilbud i betragtning, ligesom Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning herom.

Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav. Klageren påstod sig tillagt et beløb på ca. 418.000 kr., svarende til klagerens tilbudspris på ca. 1 mio. kr. med fradrag af de lønudgifter og udgifter til underentreprenører, som klageren ville have haft ved udførelsen af den udbudte tjenesteydelse, og med fradrag af et skønsmæssigt fastsat beløb for faste omkostninger og sparet risiko.

Det var oplyst, at klagerens overskudsgrad lå i intervallet 1,3-4,4 %, hvilket ikke oversteg den sædvanlige overskudsgrad for tilsvarende virksomheder.

Udbyderen anerkendte at være erstatningsansvarlig og tilkendegav, at klagerens tilbud ville være blevet anset som det økonomisk mest fordelagtige bud, hvis det var blevet taget i betragtning. Udbyderen gjorde imidlertid gældende, at der ikke var årsagsforbindelse mellem udbyderens overtrædelse og det af klageren hævdede tab.

Til støtte herfor gjorde udbyderen gældende, at klagerens tilbud ville være blevet afvist som unormalt lavt, hvis det ikke var blevet anset som ukonditionsmæssigt. Udbyderen henviste herved til, at klagerens tilbudspris var ca. 30 % lavere end tilbudsprisen i tilbuddet med den næstlaveste tilbudspris, uanset at klageren efter sagens oplysninger havde beregnet tilbudsprisen på grundlag af en højere timeløn end de fleste af de andre tilbudsgivere.

Til støtte for synspunktet om manglende årsagsforbindelse gjorde udbyderen desuden følgende gældende: Udbyderen havde ikke kunnet antage klagerens tilbud, fordi tilbuddets beskrivelse af tjenesteydelsens udførelse var for upræcis. Hvis udbyderen havde været bekendt med pligten til at tage klagerens tilbud i betragtning, ville udbyderen derfor have indset, at udbudsbetingelsernes krav til tilbuddenes indhold var utilstrækkelige, hvorfor udbyderen ville have annulleret tilbuddet.

Udbyderne gjorde endvidere gældende, at en erstatning i det højeste kunne fastsættes som svarende til den sædvanlige overskudsgrad for klageren eller branchen, og at der skulle ske fradrag for sparet risiko og for den fortjeneste, som klageren havde eller ville have opnået ved udførelse af andre opgaver.

Klageren gjorde heroverfor følgende gældende:

Klagerens tilbud var ikke unormalt lavt, idet et tilbud ikke er unormalt lavt, blot fordi tilbudsprisen er 30 % lavere end næstlaveste tilbudspris, og idet reglerne om unormalt lave bud har til formål at afskære tilbud fra useriøse virksomheder, hvorimod klageren er en kendt og velrenommeret virksomhed.

Udbyderen kunne ikke have annulleret licitationen, da udbyderen ikke havde saglig grund hertil.

Ved erstatningsudmålingen skulle der som udgangspunkt ikke ske fradrag for faste omkostninger, da der var tale om en mindre opgave, der ikke ville have belastet klagerens faste omkostninger. Klageren henviste herved til, at hvis der altid skal ske fradrag for faste omkostninger, vil en tilbudsgiver, der for at holde organisationen i gang har afgivet et tilbud, der netop dækker de faste omkostninger, aldrig kunne få erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse. Klageren gjorde videre gældende, at der ikke skulle ske fradrag for sparet risiko, da der jo også var mistet en chance.

Klagenævnet udtalte:

Af de grunde, som klageren havde anført, var klagerens tilbud ikke unormalt lavt.

At udbyderen mente, at netop klagerens tilbud ikke indeholdt en tilstrækkelig beskrivelse af det tilbudte arbejde, var ikke en saglig grund til at annullere udbuddet, og udbyderen skulle, som det også var anført i kendelsen af 13. november 2006, i stedet have ladet forholdet indgå i tilbudsvurderingen med hensyn til et underkriterium om opgavebeskrivelse. Udbyderen havde således ikke været berettiget til at annullere udbuddet.

Da udbyderen havde erkendt, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige, var det sikkert, at udbyderen ville have tildelt klageren kontrakten, hvis udbyderen ikke havde begået overtrædelsen af udbudsreglerne, og udbyderen skulle derfor betale erstatning til dækning af klagerens positive opfyldelsesinteresse.

Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 100.000 kr. under hensyntagen til den sædvanlige overskudsgrad for klageren og branchen og under hensyntagen til de generelle synspunkter om erstatningsudmåling, som klageren havde gjort rede for, og hvis berettigelse ikke uden videre kunne afvises.

#### **16. april 2007. STB Byg A/S mod Hedensted Kommune**

*Som følge af forbehold i et tilbud var udbyderen berettiget til ikke at tage tilbuddet i betragtning, uden at der var anledning til at tage stilling til, om forbeholdet angik et grundlæggende element. Angivelser i licitationsbetingelserne af, at der skulle anvendes bestemte produkter og leveres glas fra fabrikker tilsluttet en bestemt organisation var i strid med EF-traktatens artikel 28 og ligebehandlingsprincippet. Forskellige overtrædelser af Tilbudsloven. Tilbudsgiver, hvis tilbud med rette var afvist på grund af forbehold, havde retlig interesse i at klage til Klagenævnet over alle forhold ved licitationen*

En kommune iværksatte en begrænset licitation efter Tilbudsloven vedrørende tømrerentreprisen ved et byggeri. Tildelingskriteriet var »laveste bud«. Der indkom tilbud fra et antal virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet over forskellige forhold.

En påstand fra udbyderen om afvisning af nogle af klagepunkterne blev ikke taget til følge med henvisning til, at klageren havde retlig interesse i at få behandlet klagen på de pågældende punkter, selvom klagerens tilbud med rette var afvist. Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde afvist klagerens tilbud, fordi tilbudet indeholdt forbehold over for licitationsbetingelsernes krav til udførelse af vinduer (påstand 1). Klageren gjorde gældende, at de pågældende krav ikke kunne opfyldes efter deres indhold.

Ikke taget til følge med henvisning til, at Klagenævnet ikke havde grundlag for at gå ud fra, at kravene ikke kunne opfyldes efter deres indhold, hvorfor udbyderen havde været berettiget til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning. Udtalt, at Klagenævnet ikke havde anledning til at tage stilling til, om kravene angik et grundlæggende element, således at udbyderen havde haft pligt til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

(Dissens for at tage klagepunktet til følge med henvisning til, at de omtalte krav i licitationsbetingelserne var uklare.)

2) Klage over, at udbyderen efterfølgende havde prissat det under punkt 1 nævnte forbehold i klagerens tilbud (påstand 2):

Ikke fundet anledning til at tage stilling til dette klagepunkt.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 14, stk. 1, og ligebehandlingsprincippet ved ikke hurtigst muligt at have underrettet klageren om tildelingsbeslutningen (påstand 3 og 4):

Taget til følge for så vidt angår Tilbudslovens § 14, stk. 1, med henvisning til, at udbyderen først havde givet underretningen 4 dage efter tildelingsbeslutningen. Ikke fundet anledning til at tage stilling til, om forholdet yderligere var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 14, stk. 3, ved ikke efter anmodning at have underrettet klageren om begrundelsen for ikke at tage klagerens tilbud i betragtning (påstand 5):

Ikke taget til følge, da udbyderen havde givet klageren underretning som omtalt.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt EF-traktatens artikel 28 (om forbud mod kvantitative indførselsrestriktioner) og ligebehandlingsprincippet ved i licitationsbetingelserne at angive, at andre byggematerialer end nogle bestemte produkter skulle godkendes af byggeledelsen, og at deres ligestilling skulle dokumenteres ved erklæring fra en prøveanstalt (påstand 6 og 7):

Taget til følge, da licitationsbetingelserne måtte forstås sådan, at der ikke måtte anvendes andre byggematerialer end de pågældende produkter.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt EF-traktatens artikel 28 og ligebehandlingsprincippet ved i licitationsbetingelserne at angive, at der skulle leveres glas og termoruder fra fabrikker tilsluttet Glasindustriens Samarbejdsorganisation (påstand 8):

Taget til følge, da de pågældende angivelser var i strid med de nævnte regler.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt følgende bestemmelser i Tilbudsloven således: § 6, stk. 2, nr. 1, ved at offentliggøre licitationsbekendtgørelsen med en frist på mindre end 15 arbejdsdage (påstand 9), § 6, stk. 2, nr. 2, ved ikke i licitationsbekendtgørelsen at angive de oplysninger om formåen, som ansøgere om prækvalifikation skulle dokumentere og fremsende (påstand 10), § 6, stk. 2, nr. 3, ved ikke at angive tildelingskriterium i licitationsbekendtgørelsen (påstand 11) og § 6, stk. 2, nr. 4, ved ikke i licitationsbekendtgørelsen at angive, hvor mange virksomheder, der maksimalt ville blive opfordret til at afgive bud (påstand 12):

Taget til følge, idet Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven som angivet.

8) Klage over, at udbyderen ikke havde udvalgt tilbudsgiverne på grundlag af objektive, saglige og ikke diskriminerende kriterier (påstand 13):

Ikke taget til følge, da det ikke var godtgjort, at udvælgelsen af tilbudsgiverne var sket således.

9) Klage over, at udbyderen havde tilsidesat det EU-retlige effektivitetsprincip ved ikke i tidsrummet mellem tildelingsbeslutningen og kontraktsindgåelsen at have givet tilbudsgiverne reel mulighed for at anmode Klagenævnet om at tillægge en klage opsættende virkning:

Ikke taget stilling til dette klagepunkt, da det, som klagepunktet sigtede til, var dækket af Klagenævnets afgørelse vedrørende punkt 3.

#### **24. april 2007. Konkurrencestyrelsen mod Silkeborg Kommune**

*Annulation af udbud var i strid med ligebehandlingsprincippet, fordi beslutningen om annulation var til skade for den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud. Beslutningen var begrundet i uunderbyggede formodninger og subjektive forventninger om, at denne tilbudsgiver ikke ville opfylde nogle krav i udbudsbetingelserne. Ændret ved Vestre Landsrets dom af 15. maj 2009*

En kommune udførte selv nogle rengøringsopgaver med et samlet årligt timeforbrug på ca. 78.000 timer for den anvendte arbejdskraft. På et tidspunkt iværksatte kommunen et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende de pågældende rengøringsopgaver.

Tildelingskriteriet ved udbuddet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne »kvalitet/timer« og »vederlag«, der vægtedes indbyrdes på nærmere angiven måde. Underkriteriet »kvalitet/timer« sigtede til antallet af timer, der ifølge tilbuddene ville blive anvendt, således at tilbuddene fik flere points vedrørende dette underkriterium, jo flere timer der ville blive anvendt.

Udbudsbetingelserne indeholdt forskellige angivelser om en række forholdsregler, som skulle overholdes, til sikring af miljø og arbejdsmiljø. Det fremgik endvidere, at den valgte tilbudsgiver fra kommunen skulle overtage de medarbejdere, der hidtil havde udført opgaven.

Efter at der var indkommet et antal tilbud, foretog kommunen en tilbudsvurdering i overensstemmelse med tildelingskriteriet og vurderede herved et af tilbuddene som det økonomisk mest fordelagtige. I dette tilbud var det samlede årlige timeforbrug angivet til ca. 66.000 timer.

Kommunen annullerede derefter udbuddet ved en beslutning i byrådet. Denne beslutning var begrundet med, at forskellen mellem kommunens eget tidsforbrug og den pågældende tilbudsgivers angivne tidsforbrug var så stor, at kommunen ikke realistisk ved accept af tilbuddet kunne tilgodese de ønskede arbejdsvilkår og få opfyldt sine krav til rengøringens kvalitet. Kommunen besluttede samtidig at effektivisere den interne rengøring i forbindelse med den forestående kommunesammenlægning.

Konkurrencestyrelsen klagede til Klagenævnet over kommunens annullation af udbuddet, og Klagenævnet udtalte:

Sagen drejede sig ikke om, hvorvidt en udbyder kan omgøre en beslutning om at udlicitere en tjenesteydelse, og spørgsmålet herom ligger uden for Klagenævnets kompetence. Sagen drejede sig heller ikke om, hvorvidt en udbyder kan beslutte at annullere et iværksat EU-udbud.

Kommunens beslutning om at annullere udbuddet byggede på uunderbyggede formodninger og subjektive forventninger om, at den tilbudsgi-

ver, hvis tilbud var bedømt som det økonomisk mest fordelagtige, ikke ville opfylde kravene vedrørende rengøringens standard og arbejdsmiljømæssige forhold. Kommunen havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved med denne begrundelse at annullere udbuddet, også selvom kommunen som udgangspunkt havde været berettiget til at omstemme sig med hensyn til, om opgaven skulle udliciteres.

Ændret ved Vestre Landsrets dom af 15. maj 2009 i sagerne B-0257-08 og B-0258-08.

Klagenævnet traf afgørelse om et erstatningsspørgsmål i sagen ved kendelse af 20. august 2007, og erstatningsspørgsmålet blev endeligt afgjort ved den ovennævnte dom fra Vestre Landsret.

## **26. april 2007. MT Højgaard A/S mod Aalborg Lufthavn a.m.b.a.**

*Udbyders afvisning af tilbud på grund af forbehold var uberettiget som følge af de konkrete omstændigheder. Overtrædelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved for sen besvarelse af spørgsmål fra tilbudsgiver og ved at besvare spørgsmålene mundtligt og uden orientering til de andre tilbudsgivere. Et tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi det ikke indeholdt principskitser om føringsveje for installationer. Udbyder havde pligt til at afvise et tilbud, der henviste til AB 92, da ABT 93 i henhold til udbudsbetingelserne var gældende for udbuddet. Forbehold vedrørende forsikring og vejrlig angik ikke grundlæggende elementer, men udbyder havde overtrådt udbudsreglerne ved ikke at prissætte forbeholdene.*

*Annulation*

En offentlig ordregiver iværksatte et begrænset udbud af et bygge- og anlægsarbejde som totalentreprise i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Der indkom tilbud fra nogle 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 afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, fordi det indeholdt en forudsætning om, at myndighedsbehandling ikke ville have indflydelse på tidsplanen:

Taget til følge med henvisning til sagens konkrete omstændigheder, herunder at udbyderens rådgiver havde opfordret klageren til at tage forbeholdet, fordi lokalplanforholdene var uafklarede.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed dels ved først at besvare nogle rettidige spørgsmål fra klageren dagen før tilbudsfristens udløb og dermed efter udløbet af en frist i udbudsbetingelserne for besvarelse af spørgsmål, dels ved at besvare de pågældende spørgsmål mundtligt og uden at orientere de andre tilbudsgivere:

Taget til følge.

3) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom dette tilbud ikke som krævet i udbudsbetingelserne indeholdt redegørelser og principskitser vedrørende installationer:

Taget til følge med henvisning til, at principskitser vedrørende installationer efter sædvanlig praksis viser føringsveje for installationerne. Videre henvist til, at det valgte tilbud ikke indeholdt principskitser, og at en kortfattet og generelt udformet beskrivelse i tilbuddet ikke kunne erstatte principskitser. Udtalt, at unkladelsen af at vedlægge principskitser ikke kunne prissættes, hvorfor det valgte tilbud var ukonditionsmæssigt.

4) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom der i tilbuddet var henvist til nogle standardforbehold, hvorved der var taget forbehold med hensyn til følgende krav i udbudsbetingelserne: a) at grundlaget for entrepriseaftalen skulle være ABT 93, b) at entreprenøren skulle tegne og betale forsikring, og c) at vejrlig ikke gav ret til tidsfristforlængelse.

Taget til følge med henvisning til: Ad a: De tagne standardforbehold medførte, at AB 92 var gældende for tilbuddet, og forskellene mellem AB 92 og ABT 93 er så mange og af en sådan karakter, at udbyderen var forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt. Ad b: Der var ikke tale om et grundlæggende element, men udbyderen havde undladt at prissætte forbeholdet. Ad c: Der var i det konkrete tilfælde ikke tale om et grundlæggende element, men udbyderen havde undladt at prissætte forbeholdet.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver og henviste herved til, at de overtrædelser, der var konstateret vedrørende punkterne 1 og 4, a, havde haft væsentlig betydning for udbuddets udfald.

Indbragt for domstolene.

## **27. april 2007. CT Renovation ved Thorkild Steen Jensen mod 4-S Skive-Egnens Renovationsselskab I/S**

*Tilbud afvist med rette, da det ikke som krævet var vedlagt serviceattest eller tilsvarende. Tilbuddet kunne derimod ikke afvises med den begrundelse, at det ikke var vedlagt erklæring om tilbudsgiverens omsætning for ydelser som de udbudte i de sidste 3 år, da disse oplysninger fremgik af et bilag til tilbuddet. Underkriterium om et vist lokalt kendskab var i strid med ligebehandlingsprincippet. Sideordnede underkriterier opfyldte Udbudsdirektivets krav om angivelse af relativ vægtning for underkriterier. Indgåelse af kontrakt for kortere tidsrum end angivet i udbudsbekendtgørelsen var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Ikke annullation*

En offentlig ordregiver iværksatte et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet af en tjenesteydelse bestående af indsamling af papiraffald. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Underkriterierne var pris, der vægtedes med 80 %, og følgende, der vægtedes med 20 %: »faktorer om høj service, driftssikkerhed, et vist lokalt kendskab og at der er renovationsvogne nær kommunen til løsning af aktuelle problemer«. Efter at udbyderen havde indgået kontrakt med en tilbudsgiver, klagede en anden tilbudsgiver til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde undladt at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse, at tilbuddet ikke var vedlagt en serviceattest (påstand 1 a). I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbud skulle vedlægges en serviceattest eller tilsvarende til dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke var omfattet af de udelukkelsesgrunde, der er angivet i Udbudsdirektivets artikel 45, dvs. konkurs m.m.

Klagepunktet blev ikke taget til følge, da klageren ikke havde vedlagt en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller en anden erklæring, der blot tilnærmelsesvis kunne træde i stedet herfor.

2) Klage over, at udbyderen havde undladt at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse, at tilbuddet ikke som krævet i udbuds-

betingelserne var vedlagt erklæring vedrørende de sidste tre års omsætning for ydelser som de udbudte (påstand 1, b):

Taget til følge, da klagerens omsætning for ydelser som de udbudte i de sidste 5 år fremgik af en årsrapport, der var vedlagt tilbuddet.

3) Klage over, at underkriterierne bortset fra underkriteriet pris ikke var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da disse underkriterier var for vage og upræcise (påstand 2):

Ikke taget til følge, således som klagepunktet var formuleret, da de pågældende underkriterier ikke medførte usikkerhed. Derimod konstateret, at underkriteriet om et vist lokalt kendskab var en diskrimination uden saglig begrundelse og dermed var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

4) Klage over, at udbyderne ikke havde fastsat den relative vægt for underkriterierne bortset fra underkriteriet pris (påstand 3):

Ikke taget til følge, da udbudsbetingelserne måtte forstås således, at underkriterierne bortset fra underkriteriet pris var sideordnede.

5) Klage over, at det i kontrakten med den valgte tilbudsgiver var angivet, at kontrakten kunne forlænges for en nærmere angiven periode, hvis parterne var enige om det, selvom det i udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at kontrakten uden samtykke fra tilbudsgiverne skulle kunne forlænges i den pågældende periode:

Taget til følge med henvisning til, at tilbudsgiverne ifølge udbudsbekendtgørelsen var forpligtede til at acceptere den pågældende forlængelse, og at de andre tilbudsgivere havde afgivet deres tilbud under denne forudsætning. Den omtalte angivelse i kontrakten med den valgte tilbudsgiver var derfor i strid med ligebehandlingsprincippet og med Udbudsdirektivets artikel 2 (om ligebehandling og gennemsigtighed).

En påstand om annullation af kontrakten med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke fandt tilstrækkeligt grundlag herfor.

## **2. maj 2007. Bent Vangsøe Natursten A/S mod Ørestadsselskabet I/S**

*En uklar bemærkning i et tilbud kunne forstås som et forbehold vedrørende et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, hvorfor udbyderen skulle afvise tilbuddet*

En offentlig ordregiver iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende indkøb af granitsten. I udbudsbetingelserne var angivet, at leverancen blev udbudt til fast pris og fast tid, ligesom der var angivet 5 leveringsterminer. Efter at der var indkommet tilbud fra et antal virksomheder, besluttede udbyderen at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne.

En anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet over, at udbyderen havde afvist klagerens tilbud med den begrundelse, at en bemærkning i tilbuddet var et forbehold. Den pågældende bemærkning gik ud på et forslag om maksimalt 3 leveringsterminer og kunne forstås sådan, at flere leveringsterminer ville medføre forhøjelse af tilbudsprisen.

Klagen blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at den omhandlede bemærkning i klagerens tilbud var uklar efter sit indhold, og at udbyderen kun skulle se væk fra den, hvis den med sikkerhed ikke indeholdt et forbehold. En sådan sikkerhed forelå ikke, og udbyderen havde derfor ikke overtrådt udbudsreglerne ved at afvise klagerens tilbud. Klagenævnet bemærkede yderligere, at udbudsbetingelsernes bestemmelse

om fast pris var et grundlæggende element i udbudsbetingelsernes, og at udbyderen derfor havde haft pligt til at afvise klagerens tilbud.

**6. juni 2007. Rengøringsgrossisten ved Erik Mortensen mod Skive Kommune**

*Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved uoverensstemmende angivelser i udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen af, hvilke ydelser udbuddet omfattede, m.m. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, ved fastsættelse af et meningsløst underkriterium om »eventuelle forbehold«. Annullation*

En kommune iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende rengøring og vinduespolering. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der skulle vægtes som angivet: 1. pris (40 %), 2. anvendte timer (50 %) og 3. eventuelle forbehold (10 %).

Der indkom et antal tilbud. En virksomhed, der ikke havde anmodet om prækvalifikation og ikke havde afgivet tilbud, klagede herefter til Klagenævnet. Kort derefter indgik udbyderen kontrakt vedrørende rengøring med en af tilbudsgiverne.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i udbudsbekendtgørelsen at angive, at entreprisen ikke kunne opdeles i delaftaler, og ved i udbudsbetingelserne at angive, at der kunne vælges flere leverandører:

Taget til følge, idet Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne som angivet.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i udbudsbetingelserne og i en dagbladsannonce at angive, at entreprisen angik såvel rengøring som vinduespolering, og ved i udbudsbetingelserne at angive, at entreprisen alene vedrørte rengøring:

Taget til følge, idet Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne som angivet.

Det fremgik, at klageren udfører rengøring, men ikke vinduespolering, og at klageren derfor ikke havde ansøgt om prækvalifikation som følge af, at det i udbudsbekendtgørelsen og dagbladsannoncen var angivet, at udbuddet angik begge dele. Klagen var indgivet, efter at klageren var blevet bekendt med, at udbuddet kun omfattede rengøring.

3) Taget op ex officio:

Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1 (om tildelingskriterier) ved at fastsætte underkriteriet 3. »eventuelle forbehold«, da dette underkriterium ikke gav mening og ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Herved redegjort for almindelige principper for en udbyders håndtering af tilbudsforbehold.

Som følge af de konstaterede overtrædelser annullerede Klagenævnet udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

**18. juni 2007. KPC Byg A/S mod Odense Tekniske Skole**

*Honorarer for tilbud vedrørende totalentreprise skulle medregnes ved vurderingen af projektets værdi. Ikke opsættende virkning. Annullation*

En offentlig ordregiver iværksatte en begrænset licitation efter Tilbuds-loven vedrørende udførelse af et ombygningsarbejde i totalentreprise. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud.

Underkriterierne til tildelingskriteriet var følgende, der vægtedes på nærmere angiven måde: 1. målopfyldelse, dvs. i hvor høj grad tilbuddene opfyldte udbyderens ønsker til projektet, 2. arkitektur og 3. konstruktive og tekniske forhold. Der var ikke et underkriterium om tilbudspris, da det var forudsat, at tilbudspriserne ville udgøre 44 mio. kr. svarende til udbyderens økonomiske ramme for projektet. Denne ramme var angivet i licitationsbetingelserne. I licitationsbetingelserne var endvidere bl.a. angivet, at konditionsmessige tilbud, bortset fra det valgte tilbud, ville blive honoreret med 50.000 kr.

Der indkom tilbud fra 5 prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, H. En anden af tilbudsgiverne indgav klage til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge. Kort efter indgik udbyderen kontrakt med H.

Senere, men før byggeriets iværksættelse, skete der af forskellige grunde væsentlige ændringer i udbyderens behov. Det projekt, der var omfattet af licitationen, blev derfor ændret, og der blev desuden iværksat et supplerende projekt omfattende nogle yderligere bygninger. Udbyderen foretog EU-udbud af det supplerende projekt. H indgav tilbud vedrørende det supplerende projekt og fik tildelt ordren også vedrørende dette projekt.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde iværksat en licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende det oprindelige projekt, selvom projektets værdi oversteg Udbudsdirektivets tærskelværdi, således at der skulle have været iværksat EU-udbud.

Dette klagepunkt sigtede til, at værdien af en del af det supplerende projekt efter klagerens opfattelse skulle medtages ved beregningen af det oprindelige projekts værdi, da den pågældende del af det supplerende projekt var en udvidelse af det oprindelige projekt.

Klagepunktet blev taget til følge med følgende begrundelse:

De tilsagte honorarer på 50.000 kr. for konditionsmessige tilbud bortset fra det valgte tilbud skulle medregnes ved ansættelsen af det oprindelige projekts værdi. Da der var prækvalificeret 5 tilbudsgivere, måtte det påregnes, at der skulle udbetales honorarer til 4 tilbudsgivere eller tilsammen 200.000 kr. Værdien af det oprindelige projekt var derfor udbyderens beløbsramme på 44 mio. kr. + 200.000 kr. = 44.200.000 kr. Dette beløb oversteg Udbudsdirektivets tærskelværdi, der var 44.019.000 kr., og allerede af denne grund blev klagepunktet taget til følge.

2) Klage over at udbyderen havde taget H's tilbud vedrørende det oprindelige projekt i betragtning, selvom det ikke opfyldte minimumskravene, og klage over, at der efterfølgende var sket ændringer i projektet i henhold til dette tilbud:

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

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med H vedrørende det oprindelige projekt. Klagenævnet fandt derimod ikke grundlag for (som ønsket af klageren) at påbyde udbyderen at iværksætte et nyt udbud.

#### **4. juli 2007. Dansk Taxi Råd mod Nordjyllands Trafikselskab**

*Klage afvist, da den angik indholdet af rammekontrakter og udbyderens forpligtelser i henhold til dem*

Et trafikselskab iværksatte et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet bl.a. vedrørende en tjenesteydelse beskrevet som variabel kørsel uden garanti for kørselsomfanget. Sagen angik denne tjenesteydelse.

Om den pågældende tjenesteydelse var i udbudsbetingelserne angivet, at der ville blive indgået rammekontrakt med alle tilbudsgivere, der opfyldte nogle nærmere angivne betingelser, og udbyderen indgik efter tilbuddenes modtagelse rammekontrakter med 84 tilbudsgivere, da alle tilbud opfyldte udbudsbetingelserne.

Klagen var indgivet af en organisation af vognmænd og vedrørte tildeling af de enkelte kørsler i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagenævnet udtalte: Klagenævnet har kompetence til at behandle klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af fællesskabsretten i forbindelse med indgåelse af kontrakter. Klagenævnet har derimod ikke kompetence til at tage stilling til kontrakter, der indgås på grundlag af EU-udbud eller til at tage stilling til indholdet af kontrakter eller til ordregivernes måde at administrere dem på. Da det, som klageren ønskede, var Klagenævnets stillingtagen til indholdet af de indgåede kontrakter og en tvist om udbyderens forpligtelser i henhold til dem, afviste Klagenævnet klagen.

#### **12. juli 2007. Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune**

*Ikke erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da udbyderen anså klagerens produkter for reelt uantagelige, hvorfor udbyderen ikke havde pligt til at indgå kontrakt med klageren, ligesom udbyderen kunne eller skulle have annulleret udbuddet. Skønsmæssigt fastsat erstatning til dækning af negativ kontraktinteresse. Sagsomkostninger*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 12. februar 2007 i samme sag. Sagen angik et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende indkøb af høretekniske hjælpemidler m.m. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Der indkom to tilbud, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med den ene af tilbudsgiverne. Den anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet, og ved kendelsen af 12. februar 2007 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på forskellige punkter. Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav.

Principalt påstod klageren sig tillagt sig ca. 3,2 mio. kr. til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, dvs. den fortjeneste, som klageren ifølge sin angivelse ville have opnået, hvis klageren havde fået tildelt kontrakten. Subsidiært påstod klageren sig tillagt ca. 56.000 kr. til dækning af negativ kontraktinteresse, dvs. de udgifter, som klageren ifølge sin angivelse havde haft ved udarbejdelsen af sit tilbud.

Udbyderen erkendte at være erstatningsansvarlig på grund af overtrædelserne fastslået ved kendelsen af 12. februar 2007, men påstod erstatningen fastsat til et lavere beløb end påstået af klageren.

Klagenævnet udtalte:

Det centrale i udbyderens vurdering af de to tilbud var, at udbyderen anså klagerens produkter for at have langt lavere kvalitet end den anden tilbudsgivers produkter, således at klagerens produkter reelt var uantagelige, selvom de opfyldte udbudsbetingelsernes krav. Klagenævnet havde ikke grundlag for at gå ud fra, at denne vurdering var usaglig. Hvis udbyderen blev tilpligtet at dække klagerens positive opfyldelsesinteresse, ville dette derfor være ensbetydende med en konstatering af, at udbyderen havde haft pligt til at tildele klageren kontrakten, selvom udbyderen anså klagerens produkter for reelt uantagelige.

En udbyder har imidlertid ikke pligt til at antage et tilbud, der angår produkter, som udbyderen – ikke usagligt – anser for reelt uantagelige. Hertil kommer, at en udbyder ikke har pligt til at indgå kontrakt i henhold til et udbud, hvis udbyderen har saglig grund til at annullere udbuddet. Udbyderen havde en sådan saglig grund, idet udbyderens krav til de ønskede produkter ikke var beskrevet tilstrækkeligt i udbudsbetingelserne, hvilket Klagenævnet havde konstateret i kendelsen af 12. februar 2007. Efter tilbuddenes modtagelse kunne eller skulle udbyderen således have annulleret udbuddet og iværksat et nyt udbud med tilstrækkelig angivelse af kravene til produkterne, og Klagenævnet havde ikke grundlag for at gå ud fra, at et tilbud fra klageren under et sådant nyt udbud ville være blevet anset som det økonomisk mest fordelagtige bud.

Klagenævnet fandt herefter ikke grundlag for at tillægge klageren erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse.

Klagenævnet fandt derimod, hvilket også var erkendt af udbyderen, at udbyderen skulle betale erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, dvs. klagerens udgift ved udarbejdelsen af tilbud. Denne erstatning fastsattes skønsmæssigt til 50.000 kr.

Som følge af sagens udfald i forhold til påstandene bestemte Klagenævnet, at udbyderen ikke skulle betale yderligere sagsomkostninger til klageren.

### **13. juli 2007. Magnus Informatik A/S mod Skat**

*Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved ikke at oplyse underkriteriernes vægtning i udbudsbetingelserne, men først under en spørgerunde. Underkriterierne og tilbudsvurderingen var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved modstridende angivelser om alternative tilbud i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Ufyldestgørende beskrivelse af det udbudte i udbudsbekendtgørelsen. Et kriterium om tilbudsgivers erfaring var et udvælgelseskræterium og var ikke egnet til tillige at fungere som underkriterium. Ikke opsættende virkning. Annullation*

En ordregiver iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en ydelse, der i udbudsbekendtgørelsen blev beskrevet som »en rammeaftale for levering og implementering af elektroniske lovsamlinger«.

I udbudsbetingelserne var angivet en række »minimumskrav« og »minimumsoptioner«, som tilbuddene skulle opfylde for at komme i betragt-

ning. Herudover var der angivet en række »krav« og »optioner«, hvis opfyldelse skulle indgå i tilbudsvurderingen.

Af udbudsbetingelserne fremgik, at der tilsigtedes indgået flere kontrakter på grundlag af udbuddet, nemlig dels en såkaldt »licenskontrakt« med en enkelt tilbudsgiver om en »basisydelse« omfattende minimumskravene og minimumsoptionerne, dels »rammekontrakter« med højst 5 tilbudsgivere.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier: A. Funktionalitetsopfyldelse, B. Pris, C. Faglig kvalitet, D. Leveringstid, E. Tilbudsgivers erfaring med lignende leverancer og F. Tilbudsgivers support og hotline. Der var ikke i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne angivet vægtning for underkriterierne, men under en spørgerunde før tilbudsafgivningen oplyste udbyderen, at underkriterierne ville blive vægtet på nærmere angiven måde.

Der indkom tilbud fra tre af fire prækvalificerede tilbudsgivere. Udbyderen besluttede at indgå »licenskontrakt« med en af tilbudsgiverne og »rammekontrakter« med alle de tre tilbudsgivere. En af de tilbudsgivere, med hvem der kun skulle indgås rammekontrakt, 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 vægtningen af underkriterierne ikke var angivet i udbudsbetingelserne (påstand 1 a):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet og genomsigtighedsprincippet ved ikke i udbudsbetingelserne at angive, hvad udbyderen ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterierne bortset fra underkriteriet B. Pris (påstand 2):

Klagenævnet henviste til følgende: Ved tilbudsvurderingen havde udbyderen med hensyn til »licenskontrakten« konstateret, om tilbuddene opfyldte minimumskravene og minimumsoptionerne, men havde ikke vurderet, på hvilken måde opfyldelsen ville ske. Efter karakteren af minimumskravene og minimumsoptionerne og de tilbudte ydelser fandt Klagenævnet imidlertid, at udbyderen ikke kunne identificere det økonomisk mest fordelagtige bud uden en vurdering af, hvordan tilbuddene opfyldte minimumskravene og minimumsoptionerne. Klagenævnet henviste herved bl.a. til, at udbyderen ved tilbudsvurderingen med hensyn til licenskontrakten havde tillagt tilbudspriserne afgørende vægt, og til, at den faktiske efterfølgende leverance fra den tilbudsgiver, med hvem der var indgået licenskontrakt, efter det oplyste på en række punkter ikke opfyldte minimumskravene og minimumsoptionerne. Klagenævnet henviste desuden til, at udbyderen havde ladet tilbuddenes opfyldelse af »krav« og »optioner« indgå i tilbudsvurderingen med hensyn til licenskontrakten, selv om disse forhold ikke var afgørende for »basisydelsen«. Klagenævnet henviste videre til, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde placeret nogle »krav« under underkriteriet A. Funktionalitetsopfyldelse og de øvrige »krav« under underkriteriet C. Faglig kvalitet, men at disse begreber ikke var beskrevet i udbudsbetingelserne, således at var usikkert for tilbudsgiverne, hvad de dækkede, ligesom placeringen efter Klagenævnets vurdering ikke virkede sagligt velbegrunder. Klagenævnet henviste desuden til, at det efter sagens oplysninger forekom usikkert, hvorledes udbyderen havde vurderet tilbuddene i relation til underkriteriet B. Pris, og at

udbyderen af nærmere angivne grunde havde anvendt underkriteriet D. Leveringstid på en uigennemskuelig måde.

På den anførte baggrund konstaterede Klagenævnet, at udbyderen med hensyn til »licenskontrakten« havde overtrådt Udbudsdirektivet ved at fastsætte et tildelingskriterium og foretage en tilbudsvurdering, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Bl.a. fordi »licenskontrakten« var den afgørende kontrakt, fandt Klagenævnet herefter ikke anledning til at tage stilling til det omhandlede klagepunkt for så vidt angik »rammekontrakterne«.

3) Klager over, at udbyderen ikke havde foretaget tilbudsvurderingen i relation til underkriterierne (påstand 3 og 4):

På baggrund af de konstateringer, der er nævnt under 2, fandt Klagenævnet ikke anledning til at tage stilling til disse klagepunkter.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 24, stk. 2 (om alternative tilbud) ved i udbudsbekendtgørelsen at angive, at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning, og ved i udbudsbetingelserne at angive, at tilbudsgiverne havde mulighed for at afgive alternative tilbud (påstand 5):

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen som følge af angivelsen i udbudsbetingelserne var forpligtet til at afvise alternative tilbud, og at udbyderen desuagtet havde undladt at afvise et alternativt tilbud. Nogle synspunkter hos udbyderen om indholdet af begrebet »alternative tilbud« blev ikke tillagt betydning.

6) Klage over, at udbyderen ikke havde afvist tilbuddet fra den tilbudsgiver, med hvilken udbyderen indgik »licenskontrakt«, selvom dette tilbud ikke opfyldte en lang række af minimumskravene (påstand 6):

Klagenævnet afviste påstanden med henvisning til, at påstanden ikke indeholdt nogen præcisering af, hvilke minimumskrav, der ikke var opfyldt. Udtalt, at Klagenævnet som følge af konstateringerne under punkt 2 ikke fandt anledning til at tage spørgsmålet op ex officio.

7) Taget op ex officio (spørgsmål 9): Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved ikke at beskrive den udbudte ydelse fyldestgørende i udbudsbekendtgørelsen, idet det ikke i denne var angivet, at der både skulle indgås »licenskontrakt« med en enkelt tilbudsgiver og »rammekontrakter« med flere tilbudsgivere.

8) Taget op ex officio (spørgsmål 10): Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved at fastsætte underkriteriet E. Tilbudsgivers erfaring med lignende leverancer, idet dette kriterium var et udvælgelseskriterium, der kunne have været anvendt ved prækvalifikationen, men som efter sit indhold og karakteren af den udbudte ydelse ikke var egnet til tillige at fungere som underkriterium.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om indgåelse af kontrakterne og henviste herved til, at udbyderen efter karakteren af den overtrædelse, der er nævnt under punkt 2, ikke havde haft mulighed for at tage stilling til, hvilket tilbud, der var det økonomisk mest fordelagtige (påstand 7 og 8).

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 4. december 2007.

### **19. juli 2007. ISS Facility Services A/S mod Skejby Sygehus**

*Overtrædelser af Udbudsdirektivet ved manglende angivelse af vægtning af underkriterierne, ved anvendelse af et delkriterium, der ikke var angivet i*

*udbudsbetingelserne, ved undladelse af EU-udbud samt ved tildelingsbeslutning i strid med prækvalifikation. En række klagepunkter ikke taget til følge. Ikke taget stilling til det principielle spørgsmål, om en vurderingsmodel, der kunne føre til forkerte resultater, generelt var i strid med udbudsreglerne. Sagsomkostninger. Ikke annullation*

Et sygehus iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivets af en tjenesteydelse bestående af rengøring. Ydelsen blev udbudt som to delaftaler, således at der kunne gives tilbud på en eller begge delaftaler eller på den samlede rengøring. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne A. Kvalitet, B. Miljø og arbejdsmiljø og C. Pris. I udbudsbetingelserne var for de to førstnævnte underkriterier angivet nogle delkriterier, dvs. nogle forhold, som udbyderen ville tillægge vægt ved vurderingen af tilbuddene efter disse underkriterier.

Der indkom tilbud fra 4 prækvalificerede tilbudsgivere, hvorefter udbyderen indgik særskilte kontrakter om hver delaftale med to af tilbudsgiverne. Udbyderens rådgiver anså ganske vist et tilbud på den samlede rengøring fra den ene af disse tilbudsgivere, ID, for det økonomisk mest fordelagtige bud. Rådgiveren vurderede det imidlertid sådan, at ID ikke havde tilstrækkelige ressourcer til at udføre den samlede rengøring, men alene havde ressourcer til at udføre en delaftale til trods for, at ID var prækvalificeret til at afgive tilbud på den samlede rengøring.

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

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, ved hverken i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at have angivet den relative vægtning af underkriterierne (påstand 1):

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde påvist, at det ikke var muligt at fastsætte en relativ vægtning af underkriterierne.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene efter underkriterium A. Kvalitet at have taget hensyn til antallet af ledelsestimer, selvom antallet af ledelsestimer ikke var angivet i udbudsbetingelserne som delkriterium til underkriteriet (påstand 2).

Udbyderen henviste til, at det under tilbudsvurderingen blev besluttet at anvende antallet af ledelsestimer som delkriterium, da tilbuddene ikke afgrænsede ledelsestimer fra andre timer på samme måde, og da der derfor ikke kunne ske en forsvarlig vurdering af tilbuddene uden at anvende antallet af ledelsestimer som delkriterium.

Klagepunktet blev taget til følge, idet Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde anvendt det pågældende delkriterium, selvom det ikke var angivet i udbudsbetingelserne.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved at anvende en evalueringsmodel, ifølge hvilken den tilbudsgiver, der tilbød flest timer, altid ville få tildelt kontrakten uanset tilbudsprisen (påstand 3):

Ikke taget til følge. Henvist til, at evalueringsmodellen tillagde det tilbudte antal timer stor betydning, men at Klagenævnet ikke havde grundlag for at fastslå, at modellen altid ville føre til et resultat som angivet i klagepunktet.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed som følge af, at antallet af timer på nærme-

re angiven måde indgik flere gange i tilbudsvurderingen i forhold til underkriterium A. Kvalitet (påstand 4):

Ikke taget til følge med henvisning til, at forholdet utvetydigt fremgik af udbudsbetingelserne. Herved udtalt, at Klagenævnet ikke havde taget stilling til hensigtsmæssigheden af de fastsatte underkriterier og delkriterier.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved i forbindelse med tilbudsvurderingen ikke at have anvendt visse af de fastsatte delkriterier til underkriterierne (påstand 5 og 6):

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag for at fastslå, at udbyderen ikke havde anvendt de pågældende delkriterier.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i forbindelse med tilbudsvurderingen at have anvendt et pointsystem, hvorefter flere tilbud, der vedrørende et givent underkriterium afveg med mere end 50 % i forhold til det bedst placerede tilbud, blev vurderet ens (påstand 7):

Udtalt, at parternes synspunkter vedrørende dette klagepunkt reelt gik ud på følgende: Klageren gjorde gældende, at en vurderingsmodel, der kan føre til et resultat i strid med indholdet af de vurderede tilbud, generelt strider mod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, uanset om vurderingsmodellen under et konkret udbud har ført til et sådant resultat. Udbyderen gjorde heroverfor gældende, at en vurderingsmodel som omtalt ikke er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis modellen kan fungere under de faktisk forventelige forhold og har fungeret under det konkrete udbud.

Bl.a. fordi de beskrevne problemer ikke opstod under det aktuelle udbud, fandt Klagenævnet ikke anledning til at beskæftige sig med det omhandlede principielle spørgsmål, og Klagenævnet tog herefter ikke stilling til klagepunktet.

7) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde lagt vægt på oplysninger om timer og priser, der ikke fremgik af tilbuddene (påstand 8):

Ikke taget til følge, da klageren ikke havde ført bevis for klagepunktets rigtighed.

8) Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med reglerne om standstill-ordningen ved at have underskrevet kontrakterne med de valgte tilbudsgivere samtidig med meddelelsen til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen (påstand 9):

Ikke taget til følge, da udbyderen havde overholdt reglerne i standstill-ordningen, og da en mellemliggende korrespondance mellem klageren og udbyderen var helt uden betydning.

9) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 40, stk. 2, ved ikke at have vedlagt udbudsbetingelserne eller givet oplysning om elektronisk adgang til udbudsbetingelserne i forbindelse med anmodningen til de prækvalificerede virksomheder om at afgive tilbud (påstand 10):

Ikke taget til følge, da den omhandlede henvendelse fra udbyderen til de prækvalificerede virksomheder utvetydigt alene var en underretning om prækvalifikationen og ikke indeholdt en anmodning om at afgive tilbud.

10) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved samtidig med tildelingsbeslutningen vedrørende de udbudte

ydelser at have indgået kontrakt med et vaskeri om linnedservice og sengevask, uden at tilbudsgiverne havde haft mulighed for at afgive tilbud på den pågældende ydelse (påstand 11).

Denne påstand sigtede til, at udbyderen som følge af en fejl ikke samtidig med udbuddet af rengøring havde iværksat et særskilt EU-udbud vedrørende linnedservice og sengevask. Udbyderen anmodede i stedet de virksomheder, der var prækvalificerede til at afgive tilbud vedrørende rengøringen, om tillige at afgive et separat tilbud vedrørende linnedservice og sengevask, ligesom udbyderen indhentede et tilbud fra det omtalte vaskeri.

Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved at indgå kontrakt om den pågældende tjenesteydelse uden forudgående EU-udbud.

11) Taget op ex officio (spørgsmål 16):

Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved at beslutte ikke at indgå kontrakt med ID vedrørende hele den udbudte rengøring med den begrundelse, at ID ikke havde kapacitet til at udføre den. Herved henvist til, at ID var prækvalificeret til at afgive tilbud vedrørende hele den udbudte rengøring. Det var uden betydning, at udbyderen gjorde gældende, at det alene havde været tilsigtet at prækvalificere ID med hensyn til en af delaftalerne.

Nogle påstande om annullation af tildelingsbeslutningerne (påstand 12 og 13) blev ikke taget til følge, da de konstaterede overtrædelser ikke gav grundlag herfor.

Det pålagdes udbyderen at betale 70.000 kr. i sagsomkostninger til klageren. Ved fastsættelsen af omkostningsbeløbets størrelse tog Klagenævnet hensyn til et unødvendigt arbejde, som udbyderen havde påført klageren ved fremsendelsen af et forkert dokument, samt til, at klageren kun havde fået medhold i begrænset omfang.

### **10. august 2007. M.T. Højgaard A/S mod Lejerbo Herning, afdeling 86-0**

*Tilbud med forbehold vedrørende tidsplan måtte ikke tages i betragtning. Overtrædelse af udbudsreglerne ved uklart underkriterium, ved prissammenligning af usammenlignelige tilbud og ved under tilbudsvurderingen at lægge vægt på forhold, der udgjorde et udvælgelseskriterium. Annullation*

En offentlig ordregiver iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende et byggearbejde. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes på nærmere angiven måde: 1. Pris i relation til omfang og kvalitet, 2. Projektorganisation, 3. Projektoptimering og 4. Sikkerhed og sundhed.

Underkriteriet 1. Pris i relation til omfang og kvalitet sigtede til følgende: Udbyderen havde afsat et bestemt beløb til arbejdet, og dette beløb kunne ikke overskrides. For det tilfælde, at en tilbudsgiver ikke kunne udføre hele det udbudte arbejde for beløbet, indeholdt udbudsbetingelserne en såkaldt reduktionsliste, dvs. en fortegnelse over enkelttydelser, der i en bestemt rækkefølge ikke skulle medtages i tilbuddet, indtil tilbudssummen nåede ned på eller under det fastsatte beløb.

Der indkom tilbud fra tre prækvalificerede virksomheder. Udbyderen afviste tilbuddet fra en af tilbudsgiverne som ukonditionsmæssigt og be-

sluttede at indgå kontrakt med en anden af tilbudsgiverne. Den tredje tilbudsgiver klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage det valgte tilbud i betragtning, selvom tilbuddet indeholdt forbehold over for den tidsplan, der var angivet i udbudsbetingelserne (påstand 1, a):

Taget til følge med henvisning til, at en bemærkning i det valgte tilbud om vejrspilddage ikke kunne forenes med udbudsbetingelserne og var unødvendig, hvis den (som hævdet af udbyderen) skulle forstås som en bekræftelse af udbudsbetingelserne. Angivelsen måtte derfor anses som et forbehold over for udbudsbetingelsernes angivelser om vejrspilddage.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage det valgte tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne var vedlagt referencer og cv'er for underentreprenører (påstand 1, b):

Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede forholdet.

3) Klage over, udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved uklare angivelser i udbudsbetingelserne om, hvad udbyderen ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbuddene (påstand 3):

Taget til følge med henvisning til, at det var uklart, hvad underkriterium 3. Projektoptimering sigtede til, idet udbyderen tilsyneladende selv havde forstået underkriteriet som sigtende til »produktoptimering«, dvs. mulighed for at afgive alternative tilbud.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under tilbudsvurderingen vedrørende underkriterium 1. Pris i relation til omfang og kvalitet at have foretaget separate vurderinger af tilbuddenes tilbudspriser og ydelsesomfang (påstand 4):

Taget til følge med henvisning til, at klagerens tilbud havde et højere ydelsesomfang end den valgte tilbudsgivers tilbud, idet klagerens tilbud i modsætning til den valgte tilbudsgivers tilbud ikke var reduceret med alle punkterne i reduktionslisten. Ved at vurdere tilbuddene på den angivne måde havde udbyderne foretaget prissammenligning af klagerens tilbud og den valgte tilbudsgivers tilbud, selvom tilbuddenes ydelser således ikke var sammenlignelige.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 53 (om tildelingskriterier) ved under tilbudsvurderingen vedrørende underkriterium 2. Projektorganisation at have lagt vægt på de tekniske kompetencer hos tilbudsgivernes underentreprenører og udbyderens erfaringer med underentreprenørerne, selvom disse forhold udgjorde et udvælgelseskriterium og ikke var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud (påstand 5):

Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede forholdet.

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

Klagenævnet fandt ikke anledning til at tage stilling til forskellige yderligere klagepunkter (påstand 2 og 6-9).

Opretholdt ved Retten i Århus' dom af 6. maj 2009 i sag BS 9-2355/2007, der tillige tog stilling til erstatningsspørgsmålet i sagen.

**15. august 2007. Stürup A/S mod Billund Kommune**

*Overtrædelse af Tilbudsloven ved udsættelse uden saglig grund af fristen for at afgive tilbud. Det var uden betydning, at nogle tilbudsgivere havde accepteret udsættelsen. Også overtrædelse af Tilbudsloven ved for sen underretning til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation*

En kommune iværksatte en begrænset licitation efter Tilbudsloven vedrørende et anlægsarbejde, og i et udbudsbrev var angivet, at tilbud skulle være modtaget på kommunens kontor i byen G senest den 2. maj 2007 kl. 11.00. I et senere brev, der blev sendt til de virksomheder, der var anmodet om at afgive tilbud, var angivet, at tilbud skulle være modtaget på kommunens kontor i byen B inden udløbet af den nævnte frist.

Den 2. maj 2007 før kl. 11.00 var repræsentanter for to af de virksomheder, der var anmodet om at afgive tilbud, til stede på kommunens kontor i byen B og afleverede tilbud.

Samme dag før kl. 11.00 var repræsentanter for tre andre af de virksomheder, der var anmodet om at afgive tilbud, til stede på kommunens kontor i byen G, hvor de ønskede at aflevere tilbud. Kommunen fastholdt heroverfor, at tilbuddene skulle afleveres på kommunens kontor i byen B, men udsatte tilbudsfristens udløb til kl. 11.15, hvilket kommunen efter sin opfattelse fik godkendt af repræsentanterne for de to tilbudsgivere, der var til stede på kommunens kontor i byen B. Repræsentanterne for de tre virksomheder, der var til stede i byen G, kørte derefter til kommunens kontor i byen B, hvor de afleverede deres tilbud.

Kommunen besluttede herefter at indgå kontrakt med en af de tre virksomheder, der havde været til stede på kommunens kontor i byen G, men som var kørt til byen B og havde afleveret tilbuddet der. En af de virksomheder, der fra begyndelsen havde været til stede på kontoret i byen B, klagede til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at kommunen havde overtrådt Tilbudsloven ved ikke at afvise tilbuddene fra de tre tilbudsgivere, der var kørt fra byen G til byen B og havde afleveret tilbuddene på kommunens kontor der, idet tilbuddene var afleveret efter tilbudsfristens udløb kl. 11.00:

Ikke taget til følge, idet det efter sagens oplysninger var bevist, at de pågældende tilbud blev afleveret på kommunens kontor i byen B inden kl. 11.00.

2) Klage over, at kommunen havde overtrådt Tilbudsloven ved at udsætte tilbudsfristens udløb fra kl. 11.00 til kl. 11.15:

Taget til følge med henvisning til, at kommunen ikke havde haft saglig grund til at udsætte tilbudsfristens udløb. Udtalt, at det var uden betydning, om de tilbudsgivere, der fra begyndelsen havde været til stede på kommunens kontor i byen B, havde accepteret udsættelsen.

3) Klage over, at kommunen havde besluttet at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, selvom denne tilbudsgivers tilbud var modtaget efter tilbudsfristens udløb kl. 11.00:

Ikke taget til følge, da tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver som anført ad punkt 1 var modtaget før kl. 11.00.

4) Klage over, at kommunen havde overtrådt Tilbudslovens § 14, stk. 1 (om hurtigst mulig underretning til tilbudsgiverne om ordretildelingen

m.m.) ved for sen underretning til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen:

Taget til følge med henvisning til, at tildelingsbeslutningen var truffet i perioden 14.-16. maj 2007, og at beslutningen først blev meddelt tilbudsgiverne ved et brev af 31. maj 2007.

En begæring fra klageren om annullation af tildelingsbeslutningen blev ikke taget til følge med henvisning til afgørelsen ad punkt 1.

## **20. august 2007, Dansk Industri mfl. mod Silkeborg Kommune**

*En udbyder skulle ikke betale erstatning til tilbudsgiverne i anledning af en ansvarspådragende usaglig annullation af et udbud, da udbyderen kunne have annulleret udbuddet lovligt, hvorfor tilbudsgiverne ikke havde lidt noget tab*

Denne kendelse angår samme udbud som Klagenævnets kendelse af 24. april 2007. Der var tale om et begrænset udbud vedrørende nogle rengøringsopgaver iværksat af en kommune i henhold til Udbudsdirektivet.

Efter at have modtaget og vurderet tilbuddene og konstateret, hvilket af tilbuddene, der var det økonomisk mest fordelagtige, annullerede kommunen udbuddet.

Kendelsen af 24. april 2004 angår en klage fra Konkurrencestyrelsen over annullationen. Ved kendelsen af 24. april 2007 konstaterede Klagenævnet, at kommunens annullation af udbuddet var i strid med ligebehandlingsprincippet, og Klagenævnet henviste herved til følgende: Kommunens beslutning om at annullere udbuddet byggede på uunderbyggede formodninger og subjektive forventninger om, at den tilbudsgiver, hvis tilbud var bedømt som det økonomisk mest fordelagtige, ikke ville opfylde kravene vedrørende rengøringens standard og arbejdsmiljømæssige forhold. Kommunen havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved med denne begrundelse at annullere udbuddet, også selvom kommunen som udgangspunkt havde været berettiget til at ombestemme sig med hensyn til, om opgaven skulle udliciteres.

Den her resumerede kendelse angår en klage fra to erhvervsorganisationer og fire tilbudsgivere over kommunens annullation af udbuddet. Klagen gik ud på, at kommunens begrundelse for annullationen til dels var usaglig (påstand 1 og 2) og i øvrigt var helt arbitrær (påstand 3). Desuden nedlagde klagerne påstande om, at kommunen skulle tilpligtes at betale nærmere angivne erstatninger til tilbudsgiverne (påstand 4-11). Den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, krævede erstatning principalt efter positiv opfyldelsesinteresse, subsidiært efter negativ kontraktsinteresse. De øvrige klagere krævede erstatning efter negativ kontraktsinteresse.

Klagenævnet gentog ex officio sin afgørelse i kendelsen af 24. april 2004 og fandt herefter ikke anledning til at tage stilling til klagerens påstand 1-3.

Klagenævnet henviste videre til, at kommunen ved sin beslutning om annullationen af udbuddet kunne have taget hensyn til mulige effektiviseringer som følge af kommunesammenlægningen. Dette hensyn udgjorde en saglig grund til at annullere udbuddet, og kommunen kunne således lovligt have annulleret udbuddet, hvis kommunen havde gjort sig de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed klart. Der var derfor ikke ved kommunens ansvarspådragende adfærd påført tilbudsgi-

verne noget tab, hvorfor Klagenævnet frifandt kommunen for erstatningspåstandene.

Erstatningsspørgsmålet i sagen blev endeligt afgjort ved Vestre Landsrets dom af 15. maj 2009 i sagerne B-0257-08 og BG-0258-08. Denne dom ændrede endvidere Klagenævnets ovennævnte kendelse af 24. april 2007.

## **21. august 2007. Centralforeningen af Taxiforeninger i Danmark mod Midttrafik**

*Udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende taxikørsel. Udbyderens kontrakt med en virksomhed, som havde afgivet tilbud under udbuddet, men hvis tilbud var indgivet for sent, var ikke indgået på grundlag af udbuddet. Indgåelsen af denne kontrakt kunne ske uden udbud, da kontraktens værdi var under tærskelværdien. Standstill-ordningen gælder kun for EU-udbud efter Udbudsdirektivet. men ikke for udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet. En organisation, der har klageadgang, er ikke klageberettiget med hensyn tvister om indgåede kontrakter, og Klagenævnet har ikke kompetence til at behandle tvister om indgåede kontrakter*

Trafikselskabet Midttrafik iværksatte et offentligt udbud i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet af taxikørsel i Midttrafiks område, fordelt efter et edb-styret kørselskoordineringssystem kaldet »Planet«. I udbudsbetingelserne var angivet, at der ville blive indgået kontrakt med alle de tilbudsgivere, der opfyldte de fastsatte udvælgelseskriterier, og udbudsbetingelserne indeholdt ikke et tildelingskriterium.

Ved tilbudsfristens udløb den 22. januar 2007 havde 76 vognmandsvirksomheder afgivet tilbud. Da alle virksomhederne opfyldte udvælgelseskriterierne, besluttede udbyderen den 26. januar 2007 at indgå kontrakter med alle 76 virksomheder.

Efter tilbudsfristens udløb indkom der tilbud fra yderligere 2 vognmandsvirksomheder, bl.a. Skive Taxa, men udbyderen afviste disse tilbud som indgivet for sent.

Udbyderen konstaterede herefter, at de kontrakter, der var indgået på grundlag af udbuddet, ikke gav mulighed for at dække behovet for kørsel med vogne baseret i Skive by. Udbyderen indgik derfor aftale med Skive Taxa om kørsel med vogne, der havde Skive by som hjemsted. Aftalen blev indgået med en højere timepris end den, der fulgte af udbudsbetingelserne. Som følge af indretningen af kørselskoordineringssystemet »Planet« medførte den højere timepris, at Skive Taxa reelt kun ville få bestillinger på kørsler i den tidligere Skive Kommune, men ikke i hele Midttrafiks område.

Ved breve af 27. februar 2007 sendte udbyderen underskrevne kontrakter til de 76 tilbudsgivere og til Skive Taxa. Udbyderen gav i brevene de 76 tilbudsgivere underretning om kontrakten med Skive Taxa.

En organisation, der er tillagt Klageadgang ved Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud, klagede til Klagenævnet, der afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra Skive Taxa i betragtning, selvom det var indgivet efter tilbudsfristens udløb:

Ikke taget til følge, da udbyderen ikke havde taget tilbuddet i betragtning, men derimod havde afvist det, og da udbyderens aftale med Skive Taxa ikke var indgået på grundlag af udbuddet.

2) Subsidiært i forhold til punkt 1: Klage over, at udbyderen havde indgået kontrakt med Skive Taxa uden forudgående EU-udbud:

Ikke taget til følge, da udbyderen med rette havde anslået værdien af kontrakten med Skive Taxa til at ligge under Forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdi for tjenesteydelser.

3) Klage over, at udbyderne havde overtrådt reglerne om pligt til at give tilbudsgiverne underretning om kontrakten med Skive Taxa samtidig med kontraktens indgåelse:

Ikke taget til følge, da kontrakten med Skive Taxa lovligt var indgået uden EU-udbud. Desuden henviset til, at reglerne om standstill-ordningen kun gælder for EU-udbud efter Udbudsdirektivet, men ikke gælder for udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet (§ 6 a og § 6 b i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 som ændret ved bekendtgørelse nr. 588 af 12. juni 2006).

Klageren gjorde yderligere gældende, at kontrakten med Skive Taxa var i strid med udbudsbetingelserne i henhold til EU-udbuddet og dermed i strid med kontrakterne med de 76 tilbudsgivere, idet disse kontrakter indeholdt en henvisning til udbudsbetingelserne.

Klagenævnet udtalte herom, at klageren ikke var klageberettiget med hensyn til tvister om indgåede kontrakter, og at Klagenævnet ikke har kompetence til at tage stilling til sådanne tvister.

#### **24. august 2007. LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S**

*Udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet af projektering m.m. vedrørende et anlægsprojekt. Udbyderen kunne ikke undlade at prækvalificere en virksomhed med den begrundelse, at virksomheden havde erfaringer fra et tidligere lignende projekt. Udbyderen kunne prækvalificere virksomheder, der havde stillet medarbejdere til rådighed for forberedelsen af det udbudte projekt, men ikke enighed i Klagenævnet om begrundelsen herfor og dissens. En udbyder må ikke undlade at prækvalificere en virksomhed med den begrundelse, at en ansat hos udbyderen har tætte forbindelser til den pågældende virksomhed. Ikke opsættende virkning*

Efter anlægget af den københavnske metros etape 1-3 iværksatte Trafikministeriet et udredningsarbejde med hensyn til, om der skulle anlægges en yderligere metrolinje, benævnt »Cityringen«. Udredningsarbejdet blev forestået af en styregruppe med repræsentanter for staten og de berørte kommuner mfl. Ørestadsselskabet I/S, der driver metroen, fungerede som rådgiver for styregruppen. Til brug herfor indgik Ørestadsselskabet I/S aftale med nogle ingeniør- og arkitektfirmaer, der havde fungeret som rådgivere under anlægget af metroens etape 1-3, om at stille forskellige »ressourcepersoner« til rådighed ved udredningsarbejdet, dvs. nogle personer, der som ansatte i de pågældende virksomheder havde beskæftiget sig med metroens etape 1-3. De pågældende ressourcepersoner deltog herefter i udarbejdelsen af en udredningsrapport vedrørende Cityringen.

Efter udredningsarbejdets afslutning iværksatte Ørestadsselskabet I/S et udbud efter forhandling i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet af en tjenesteydelse bestående i projektering m.m. vedrørende Cityringen. Der prækvalificeredes 5 konsortier, der hver bestod af forskellige ingeniørvirksomheder m.m. Alle 5 konsortier indgav tilbud, hvorefter Ørestadsselskabet indledte forhandlinger med tilbudsgiverne.

Kort efter forhandlingernes iværksættelse klagede en af tilbudsgiverne til Klagenævnet over prækvalifikationen af tre af de andre tilbudsgivere.

En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge med henvisning til, at Klagenævnets afgørelse i sagen ville foreligge hurtigt, og inden udbyderens forhandlinger med tilbudsgiverne ville være afsluttet.

Klageren gjorde gældende, at prækvalifikationen af de tre tilbudsgivere var i strid med ligebehandlingsprincippet, fordi de pågældende konsortier omfattede virksomheder, der havde stillet resourcepersoner til rådighed for udredningsarbejdet.

Alle Klagenævnets medlemmer udtalte:

Ifølge udbudsbetingelserne skulle Cityringen projekteres sådan, at erfaringerne fra etape 1-3 i vidt omfang kunne udnyttes. Cityringen var imidlertid et helt nyt projekt, og udbyderen var derfor ikke berettiget til at undlade at kvalificere virksomheder, der ved deltagelse i etape 1-3 havde opnået en viden om etape 1-3, som andre virksomheder ikke havde, uanset at sådanne virksomheder som følge heraf ville have en betydelig konkurrencefordel. Det afgørende var derimod, om de virksomheder, der havde stillet resourcepersoner til rådighed for udredningsarbejdet vedrørende Cityringen, herved havde opnået en konkurrencefordel ud over den konkurrencefordel, som de havde i forvejen som følge af deres deltagelse i etape 1-3. En sådan yderligere konkurrencefordel ville i givet fald af nærmere angivne grunde kun kunne foreligge i relation til den indledende fase af udførelsen af den udbudte tjenesteydelse.

Et af Klagenævnets medlemmer fandt af nærmere angivne grunde, at der ikke var tilført de virksomheder, der havde stillet resourcepersoner til rådighed for udredningsarbejdet, en yderligere konkurrencefordel, hvorfor dette medlem stemte for ikke at tage klagen til følge.

Et andet af Klagenævnets medlemmer fandt af nærmere angivne grunde, at de virksomheder, der havde stillet resourcepersoner til rådighed for udredningsarbejdet, havde opnået en yderligere konkurrencefordel. Dette medlem af Klagenævnet fandt imidlertid af nærmere angivne grunde, at den yderligere konkurrencefordel for 2 af de pågældende virksomheder ikke havde nogen praktisk betydning, og at den yderligere konkurrencefordel for den tredje virksomhed ikke var så betydende, at udbyderen havde pligt til ikke at prækvalificere den tilbudsgiver, som den pågældende virksomhed indgik i. Medlemmet af Klagenævnet henviste herved til, at det relevante underkriterium kun skulle vægtes med 10 %. Dette medlem af Klagenævnet stemte herefter ligeledes for ikke at tage klagen til følge.

Det tredje medlem af Klagenævnet udtalte følgende: Resourcepersonernes særlige viden ville medføre tidsbesparelser for de pågældende tilbudsgivere, og udbyderen havde ikke sikret, at den særlige viden var tilgængelig for alle tilbudsgiverne. Under disse omstændigheder havde udbyderen bevisbyrden for, at de virksomheder, der havde stillet resourcepersoner til rådighed, ikke havde opnået en konkurrencefordel. Denne bevisbyrde var ikke løftet, hvorfor dette medlem stemte for at tage klagen til følge.

Som følge af stemmeflertallet blev klagen ikke taget til følge.

Med hensyn til en af de tre tilbudsgivere gjorde klageren yderligere gældende, at en ledende medarbejder hos udbyderen havde aktier i en af de virksomheder, der indgik i det pågældende konsortium og havde været ansat i denne virksomhed, og at udbyderen allerede af denne grund havde været forpligtet til at undlade at prækvalificere dette konsortium.

Klagenævnet udtalte om dette punkt alene, at en beslutning om ikke at prækvalificere en virksomhed, fordi en person ansat hos udbyderen har tætte forbindelser til virksomheden, vil være en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10.

Opretholdt ved Østre Landsrets dom af 18. september 2009 i sag 16. afd. B-926-08.

Klagenævnets kendelse af 14. januar 2008 angår en yderligere klage fra samme klager over samme udbud.

### **29. august 2007. Sectra A/S mod Region Syddanmark**

*Tilbudsgiveren havde risikoen for ikke klart og overbevisende at have redegjort for, at et tilbudt antal softwarelicenser var tilstrækkelige. Nogle prissætninger var uberettigede, da de pågældende forhold ikke var omfattet af udbudsbetingelsernes krav, og en anden prissætning var ved en fejl beregnet forkert. Nogle yderligere prissætninger var berettigede, bl.a. fordi det skulle sikres, at tilbudsgiveren ikke fik en uberettiget konkurrencefordel. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved manglende angivelse af, hvorledes tilbud på optioner ville indgå i tilbudsvurderingen. Ikke taget stilling til klage over pointtildeling. Egenskaber ved det tilbudte kunne indgå i tilbudsvurderingen vedrørende de ikke-økonomiske underkriterier. En evalueringsmodel om rangordning af tilbuddene i forhold til det bedste tilbud var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Ikke opsættende virkning. Annuliation*

En region iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet af levering af et it-system til håndtering af radiologiske patientdata. I udbudsbetingelserne var angivet en række krav, som det tilbudte it-system skulle opfylde. Desuden var angivet en række ønsker til systemet.

I udbudsbetingelserne var endvidere angivet en række optioner vedrørende forskellige funktionaliteter. Tilbuddene skulle angå visse af optionerne, medens de øvrige optioner var frivillige, således at tilbudsgiverne selv kunne vælge, om og i hvilket omfang tilbuddene skulle omfatte dem.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. funktionalitet og brugervenlighed (40 %), 2. anskaffelsesøkonomi (20 %), 3. vedligeholdelsesøkonomi (20 %), 4. it-system og design (15 %) og 5. udviklingsmuligheder og udviklingsplaner (5 %).

Der indkom tilbud fra 5 virksomheder. Udbyderen indgik 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 lagt et beløb for softwarelicenser til klagerens tilbudspris (påstand 1).

Dette klagepunkt sigtede til følgende: I udbudsbetingelserne var angivet, at der skulle etableres 90 arbejdspladser til brug for den pågældende software. Klagerens tilbud omfattede 20 licenser som »flydende licenser«, dvs. licenser, der kunne bruges på alle 90 arbejdspladser, men kun på 20 af dem samtidig. Efter klagerens opfattelse var dette tilstrækkeligt, idet det ikke kunne ventes, at softwaren ville blive brugt på flere end 20 arbejdspladser samtidig. Udbyderen fandt ikke 20 flydende licenser tilstrækkelige og tillagde klagerens tilbudspris et beløb i den anledning.

Klagenævnet udtalte (lidt sammentrængt): Klagenævnet fandt ikke grundlag for at tilsidesætte udbyderens vurdering om behovet for antallet af licenser, og det var klagerens risiko, at tilbuddet ikke tilstrækkelig præcist og overbevisende havde redegjort for, at det tilbudte antal licenser svarede til behovet. Udbyderen, der anså klagerens tilbud for konditionsmæssigt, havde herefter valget mellem at lade forholdet indgå i vurderingen af klagerens tilbud med hensyn til underkriteriet om funktionalitet eller at tillægge klagerens tilbudspris et beløb. Klagenævnet fandt ikke anledning til at kritisere udbyderens valg af det sidstnævnte alternativ.

Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge. Klagenævnet bemærkede dog, at udbyderen havde begået en fejl ved at forhøje klagerens tilbudspris med prisen for 90 licenser i stedet for med prisen for 70 yderligere licenser.

2) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde lagt til grund, at klagerens tilbud vedrørende nogle softwarelicenser lød på et nærmere angivet beløb, uanset at tilbuddet lød på et nærmere angivet lavere beløb (påstand 3, forholdet skyldtes en fejlskrift):

Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede forholdet.

3) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde lagt nogle beløb til klagerens tilbudspris vedrørende forskellige funktionaliteter (cd'er til patienter m.m., påstand 4-6):

Taget til følge med henvisning til, at de pågældende funktionaliteter ikke var omfattet af de krav, som det tilbudte it-system i henhold til udbudsbetingelserne skulle opfylde, og at udbyderen derfor havde været uberettiget til at foretage prissætning.

4) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde lagt nogle beløb til klagerens tilbudspris vedrørende »spejlet drift« og decentrale korttidslagre (påstand 8-9):

Taget til følge med henvisning til, at spejlet drift og decentrale korttidslagre ikke var omfattet af de krav, som det tilbudte it-system i henhold til udbudsbetingelserne skulle opfylde.

5) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde lagt nogle beløb til klagerens tilbudspris vedrørende konvertering af nogle eksisterende data, subsidiært klage over beregningen af de pågældende beløb (påstand 10-11):

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

6) Klage over, at udbyderen havde lagt andre tilbudsgiveres priser til grund ved prissætning af klagerens tilbud med hensyn til drift og vedligehold af visse softwarelicenser og med hensyn til levering af printere m.m. (påstand 13-14):

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen ved prissætningen havde været berettiget til at skønne på en sådan måde, at det med sikkerhed blev undgået, at klageren fik en uberettiget konkurrencefordel.

7) Klage over, at udbyderen ikke havde angivet i udbudsbetingelserne, hvor mange licenser de frivillige optioner skulle omfatte (påstand 15), og klage over, at udbyderen havde inddraget de frivillige optioner i tilbudsvurderingen (påstand 19):

Klagenævnet henviste til følgende: Tilbudsgiverne havde ikke haft grundlag for at regne med, at tilbud vedrørende de frivillige optioner ville indgå i tilbudsvurderingen, og tilbudsgiverne havde derfor ikke haft anledning til at overveje, hvordan de skulle lade de frivillige optioner indgå i tilbuddene for at konkurrere bedst muligt. Endvidere havde udbyderen

valgt kun at lade tilbud på en frivillig option indgå i tilbudsvurderingen, såfremt samtlige tilbudsgivere havde afgivet tilbud på den, og tilbudsvurderingen byggede for så vidt på tilfældige omstændigheder, som ikke på forhånd havde været gennemskuelige. Klagen over, at udbyderen havde inddraget de frivillige optioner i tilbudsvurderingen (påstand 19), blev herefter taget til følge, medens der ikke var anledning til at tage stilling til punktet i øvrigt (påstand 15).

8) Klage over, at udbyderen havde foretaget ukorrekt prissætning af klagerens tilbud med hensyn til vedligeholdelse af nærmere angivet software (påstand 16).

Dette klagepunkt sigtede til følgende: I klagerens tilbud var med hensyn til den pågældende vedligeholdelse angivet, at der blev ydet 1 års garanti, og at den årlige tilbudspris for vedligeholdelsen var baseret på en 5-årig aftale. Ved tilbudsvurderingen beregnede udbyderen udgiften til vedligeholdelsen over 6 år og beregnede herved klagerens tilbudspris som 6 gange klagerens årlige tilbudspris for den.

Klagepunktet blev taget til følge, da man som følge af klagerens 1-årige garanti kun skulle multiplicere klagerens årlige tilbudspris for vedligeholdelsen med 5 for at nå frem til prisen over 6 år.

9) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde forhøjet klagerens tilbudspris for vedligeholdelse af servere (påstand 16 A):

Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

10) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde tildelt klagerens tilbud for lave pointtal vedrørende underkriterierne om anskaffelsesøkonomi og vedligeholdelsesøkonomi (påstand 17 og 18):

Ikke taget stilling til disse klagepunkter. Henvist til, at Klagenævnet ikke i forbindelse med konstatering af overtrædelser af udbudsreglerne tager stilling til, hvilken relativ vurdering af tilbuddene, der skulle have været foretaget, hvis udbudsreglerne var blevet fulgt.

11) Klage over, at udbyderen havde ladet nogle nærmere angivne egenskaber ved det af klageren tilbudte edb-system indgå i vurderingen af klagerens tilbud (påstand 20-22):

Ikke taget til følge. Henvist til, at der var tale om et kompliceret tilbud med angivelse af en lang række ønsker fra udbyderen, og til, at underkriterierne bortset fra underkriterierne om økonomi vægtede med 60 %. Der var herefter ikke grundlag for at kritisere, at udbyderen havde ladet de pågældende egenskaber ved klagerens system indgå i vurderingen af klagerens tilbud med hensyn til flere af de ikke-økonomiske underkriterier.

12) Taget op ex officio (spørgsmål 24):

Henvist til følgende: Udbyderens evalueringsmodel for tilbudsvurderingen gik bl.a. ud på at foretage en rangordning af tilbuddene med hensyn til hvert underkriterium, sådan at det bedste tilbud fik 5 points og det næstbedste 4 points osv., men evalueringsmodellen gik derimod ikke ud på at vurdere hvert tilbud for sig målt mod udbudsbetingelserne. Modellen tog derfor ikke højde for, at flere tilbud kunne være lige gode eller lige dårlige i forhold til det enkelte underkriterium og gav fx heller ikke mulighed for at nå til, at ingen af tilbuddene kunne opnå maksimumpoints med hensyn til et underkriterium. Klagenævnet konstaterede herefter, at den anvendte evalueringsmodel var en overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver og henviste herved til, at udbyderen på væsentlige punkter havde foretaget prissætninger af klagerens tilbud i strid med Udbudsdirektivet, hvilket måtte antages at have haft væsentlig indflydelse på tildelingsbeslutningen.

Opretholdt ved Østre Landsrets dom af 30. marts 2009 i sag 7. afd. B-2541-07, der tillige traf afgørelse om et erstatningsspørgsmål i sagen.

### **3. september 2007. SP Medical A/S mod Skat**

*Åbenbar skrivefejl i anmodning om prækvalifikation kunne berigtiges. En virksomhed kunne prækvalificeres, selvom den ikke havde fremsendt regnskabsmateriale, da kravet herom var uklart, hvorfor fejlen var beskeden, og da prækvalifikationen ikke var udtryk for forskelsbehandling. Et krav om medarbejdere tæt på udbyderen var opfyldt af medarbejdere i Tyskland. Udbyderens skøn ved tilbudsvurderingen vedrørende et underkriterium om leveringssikkerhed ikke tilsidesat. Overtrædelse af gennemsigthedsprincippet ved ufuldstændige oplysninger om omfanget af den udbudte leverance. Krav om oplysning om underleverandører var en ordensforskrift, og kravet kunne opfyldes ved en teknisk afklaring efter tilbudsafgivelsen. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at lægge vægt på forhold, der ikke var omfattet af underkriterierne. Ikke opsættende virkning. Annullation*

Skat iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet af produktion og levering af nummerplader m.m. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. leveringssikkerhed (60 %) og 2. økonomi (40 %).

Der prækvalificeredes tre virksomheder, heraf den hidtidige leverandør af nummerplader, S, og en tysk virksomhed, U. Alle prækvalificerede afgav tilbud, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med U. S klagede til Klagenævnet. En begæring fra S om opsættende virkning blev ikke taget til følge, og udbyderen indgik efter klagens indgivelse kontrakt med U.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra U i betragtning, selvom der ikke var identitet mellem den juridiske person, der var prækvalificeret, og den juridiske person, der var indgået kontrakt med (påstand 1):

Ikke taget til følge, da der forelå identitet.

2) Klage over, at udbyderen havde prækvalificeret U, selvom U ikke som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen havde afgivet erklæring om at have betalt forfaldne skatter mv. i Danmark (påstand 2).

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Ved anmodningen om prækvalifikation afgav U en erklæring om at have betalt forfaldne skatter mv. i Tyskland. I en senere e-mail til udbyderen berigtigede U erklæringen til at angå forfaldne skatter mv. i Danmark.

Klagepunktet blev ikke taget til følge, da U's erklæring om at have betalt forfaldne skatter mv. i Tyskland af nærmere angivne grunde fremstod som en åbenbar skrivefejl, hvorfor det var berettiget, at udbyderen havde tilbudt U at berigtige fejlen.

3) Klage over, at udbyderen havde prækvalificeret U, selvom U ikke som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen ved anmodningen om prækvalifi-

fikation havde vedlagt oplysninger om nøgletal samt de regnskaber, som nøgletallene var baseret på (påstand 3):

Ikke taget til følge med henvisning til følgende: U havde oplyst nøgletal som foreskrevet, og det var ikke afgørende, at U ikke havde vedlagt det underliggende regnskabsmateriale. Udbudsbekendtgørelsen måtte ganske vist forstås sådan, at regnskabsmaterialet skulle vedlægges, men udbudsbekendtgørelsens krav herom var af nærmere angivne grunde uklart, og U's manglende vedlæggelse af regnskabsmaterialet var en beskeden fejl, der måtte tilskrives den pågældende uklarhed. Udbyderens prækvalifikation af U uden regnskabsmaterialet var endvidere ikke udtryk for en forskelsbehandling.

4) Klage over, at udbyderen havde prækvalificeret U, selvom U ikke som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen havde vedlagt anmodningen om prækvalifikation CV'er for medarbejdere tæt på udbyderen, idet U havde vedlagt CV'er for nogle medarbejdere i Tyskland (påstand 4):

Ikke taget til følge med henvisning til, at kravet om CV'er for medarbejdere tæt på udbyderen havde ringe betydning som følge af, at der i udbudsbetingelserne var stillet krav om et sikkerhedslager. U's medarbejdere var således lokaliseret tilstrækkelig tæt på udbyderen.

5) Klage over, at udbyderen havde prækvalificeret U, selvom U ikke som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen havde vedlagt anmodningen om prækvalifikation en erklæring, der bekræftede, at U kunne kommunikere mv. på dansk, samt en nærmere angivet referenceliste (påstand 5-6):

Ikke taget til følge, da U havde opfyldt de pågældende krav.

6) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde tildelt U et nærmere angivet pointtal vedrørende underkriteriet om leveringssikkerhed, selvom U ikke havde dokumenteret, at U reelt kunne levere i overensstemmelse med udbudsbetingelserne (påstand 7):

Ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke fandt anledning til at tilside-sætte udbyderens skøn på det pågældende punkt.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke klart at i udbudsbetingelserne at have angivet antallet af nummerplader, der skulle produceres pr. år (påstand 8):

Udtalt følgende:

Udbyderen havde ikke overtrådt ligebehandlingsprincippet, da angivelserne i udbudsbetingelserne om det forventede antal nummerplader var ens for alle tilbudsgivere.

Udbyderen havde derimod overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke i udbudsbetingelserne klart at have opgjort antallet af nummerplader, der skulle produceres inden for de forskellige kategorier. Endvidere var udbyderen ved angivelserne i udbudsbetingelserne om det forventede antal nummerplader gået ud fra en årlig produktion, der lå væsentligt under den hidtidige. Dette var særligt tilfældet med hensyn til en bestemt kategori af nummerplader, hvis produktionsomkostninger måtte ventes at være en del højere end produktionsomkostningerne for almindelige nummerplader, og udbudsbetingelsernes ufuldstændige oplysninger på dette punkt havde kunnet påvirke både tilbudsgivernes beregning af tilbudspri-serne og udbyderens vurdering af tilbuddene.

Klagepunktet blev herefter taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke klart i udbudsbetingelserne at have opgjort antallet af nummerplader,

der skulle produceres pr. år, herunder fordelt på kategorier af nummerplader.

8) Klage over, at udbyderen havde taget U's tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav vedrørende emballage (påstand 9):

Ikke taget til følge, da U's tilbud opfyldte kravet.

9) Klage over, at udbyderen havde taget U's tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke som foreskrevet i udbudsbetingelserne indeholdt angivelse om underleverandører (påstand 10).

Dette klagepunkt sigtede til, at U først under en teknisk afklaring efter tilbuddets afgivelse gav oplysning om en underleverandør, som U ville benytte til produktion af en bestemt kategori af nummerplader.

Klagenævnet tilsluttede sig udbyderens synspunkt om, at forholdet var uden betydning, bl.a. fordi U's organisation ikke var fastlagt ved tilbuddets indgivelse, og fordi kravet om oplysning om underleverandør var en ordensforskrift. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

10) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under tilbudsvurderingen at have lagt vægt på tilbudsgivernes produktionsapparat (påstand 11):

Klagenævnet lagde efter sagens oplysninger til grund, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde lagt vægt på karakteren af tilbudsgivernes produktionsapparat (hvilke udbyderen havde bestridt). Dette kunne ikke rummes inden for nogen af underkriterierne, og klagepunktet blev herefter taget til følge.

Som følge af de konstaterede overtrædelser annullerede Klagenævnet udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med U.

Opretholdt ved Retten i Horsens' dom af 20. maj 2009, der tillige tog stilling til erstatningsspørgsmålet i sagen.

## **18. september 2007. P. Kortegaards Planteskole A/S mod Kolding Kommune**

*Klagenævnet havde ikke kompetence til at tage stilling til en klage over en licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende et vareindkøb. Klagenævnet har ikke kompetence til at tage stilling til klager over kontraktretlige spørgsmål. En udbyder har almindeligvis ikke pligt til at kontrollere, at den tilbudte ydelse opfylder de stillede krav. Et krav om, at visse planter skulle være af dansk herkomst, var i strid med Traktatens forbud mod kvantitative indførselsrestriktioner*

En kommune iværksatte i oktober 2006 en begrænset licitation efter Tilbudsloven vedrørende levering af forskellige typer planter. Leverancens værdi lå under Udbudsdirektivets tærskelværdi vedrørende indkøb af varer. Tildelingskriteriet var laveste pris. I udbudsbetingelserne var angivet, at højstammede træer skulle være af dansk herkomst.

Efter at der var indkommet tilbud fra nogle prækvalificerede virksomheder, indgik udbyderen kontrakt med tilbudsgiveren med den laveste pris. En anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet over følgende:

1) at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom den valgte tilbudsgivers tilbud ikke opfyldte licitationsbetingelsernes krav til kvalitet, og selvom det var kendeligt for udbyderen, at den valgte tilbudsgiver ikke kunne levere en konditions-mæssig ydelse,

2) at udbyderen havde overtrådt de almindelige principper om konkurrence og ligebehandling i Tilbudslovens § 2, og

3) at udbyderen havde tilsidesat sin loyalitetsforpligtelse over for tilbudsgiverne ved ikke at have foretaget en effektiv og fagligt korrekt modtagekontrol af den valgte tilbudsgivers planter, subsidiært havde misligholdt licitationsbetingelserne væsentligt.

Klagen sigtede til, at den lavere pris i det valgte tilbud efter klagerens opfattelse skyldtes, at den valgte tilbudsgivers planter ikke opfyldte licitationsbetingelsernes krav til alder, kvalitet og oprindelse, herunder at de tilbudte højstammede træer ikke var af dansk oprindelse.

Klagenævnet rejste under sagen spørgsmålet, om Klagenævnet havde kompetence til at behandle klagen. Både klageren og udbyderen henviste herom til, at de almindelige EU-retlige principper finder anvendelse på en vareindkøbskontrakt under Udbudsdirektivets tærskelværdi. Klageren henviste desuden til, at udbyderen havde valgt at iværksætte licitationen i form af en licitation efter Tilbudsloven. Klageren og udbyderen var herefter enige om, at Klagenævnet havde kompetence til at behandle klageren. Udbyderen gjorde dog gældende, at Klagenævnet ikke havde kompetence med hensyn til punkt 3, da dette punkt angik et kontraktretligt spørgsmål.

Klagenævnet rejste endvidere ex officio spørgsmålet, om kravet om dansk herkomst for højstammede træer var i strid med EF-traktatens bestemmelser om varenes frie bevægelighed.

Både klageren og udbyderen gjorde herom gældende, at kravet ikke var i strid med reglerne om varenes frie bevægelighed. Begge parter henviste herved til undtagelsesbestemmelsen i Traktatens artikel 30, der bl.a. nævner hensynet til beskyttelse af planter. Begge parter henviste desuden til, at det er sædvanligt at stille krav til planters »proveniens«, dvs. herkomst.

Klagenævnet udtalte (noget sammentrængt):

Ad klagerens påstande:

Tilbudsloven finder ikke anvendelse på vareleverancer, men alene på bygge- og anlægsarbejder, og Klagenævnet havde derfor ikke kompetence til at tage stilling til, om udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven. Klagerens påstande angik endvidere reelt spørgsmålet, om den valgte tilbudsgiver havde leveret kontraktmæssig ydelse, hvilket også ligger uden for Klagenævnets kompetence. Efter Klagenævnets praksis påhviler det i øvrigt ikke en udbyder at kontrollere, at den tilbudte ydelse opfylder de stillede krav.

Klagenævnet afviste herefter klagerens påstande.

Ad det spørgsmål, som Klagenævnet havde rejst ex officio:

Et krav om proveniens ved udbud af indkøb af planter er velbegrundet, fordi planter vokser bedst under vante klima- og jordbundsforhold. Dette betyder imidlertid ikke, at der kan stilles krav til planters nationalitet. Et krav om, at højstammede træer skal være af dansk herkomst, er i direkte strid med Traktatens artikel 28 om forbud mod kvantitative indførselsrestriktioner og er ikke omfattet af undtagelsesbestemmelsen i Traktatens artikel 30.

Klagenævnet konstaterede herefter, at kravet om, at højstammede træer skulle være af dansk herkomst, var i strid med Traktatens regler om varenes frie bevægelighed.

Det bemærkes, at Tilbudsloven nu finder anvendelse på visse vareindkøb, jfr. Tilbudslovens afsnit II, der er indsat ved lov nr. 572 af 6. juni 2007 med ikrafttræden 1. juli 2007.

**19. september 2007. Råstof og Genanvendelse Selskabet af 1990 A/S mod Århus Kommune**

*Da udbyderen ikke havde modtaget en virksomheds anmodning om prækvalifikation inden udløbet af fristen herfor, var udbyderen forpligtet til ikke at prækvalificere virksomheden. Det var uden betydning, om der inden fristens udløb havde været kontakt mellem virksomheden og udbyderen, og hvad denne kontakt havde drejet sig om*

Et aktieselskab, R, udførte afhentning og behandling af spildevandsslam for en kommune i henhold til kontrakt. Behandlingen blev foretaget på R's fabrik. På et tidspunkt blev aktierne i R solgt til et andet selskab. Den nye ejer ville ikke fortsætte R's behandling af spildevandsslam, og fabrikken blev derfor sat til salg. I forbindelse hermed opsagde R kontrakten med kommunen.

Kommunen iværksatte herefter et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet af afhentning og behandling af spildevandsslam. R's nye ejer, der ønskede at sælge R, mente, at R bedst kunne sælges som en »going concern«, hvorfor R anmodede om prækvalifikation.

Da kommunen ikke ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation havde modtaget anmodninger fra et tilstrækkeligt antal virksomheder, annullerede kommunen udbuddet og iværksatte et nyt begrænset udbud efter Udbudsdirektivet. R anmodede også om prækvalifikation under dette udbud og henviste ved anmodningen til det materiale, som R havde sendt til kommunen i forbindelse med anmodningen om prækvalifikation under det første udbud. R blev ikke prækvalificeret under det andet udbud med henvisning til, at R's anmodning om prækvalifikation var modtaget i kommunen efter udløbet af fristen herfor.

R klagede til Klagenævnet over ikke at være blevet prækvalificeret under det andet udbud og gjorde gældende, at kommunen havde været forpligtet til at prækvalificere R, fordi kommunen havde bibragt R den opfattelse, at R kunne afgive tilbud. R henviste herved til, at kommunen ikke havde tilbagesendt noget materiale, som R havde indsendt i forbindelse med anmodningen om prækvalifikation under det første udbud, og til, at der før udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation under det andet udbud havde været forhandlinger mellem R og kommunen om spørgsmålet om prækvalifikation.

Kommunen gjorde gældende, at kommunen ikke havde givet R en berettiget forventning om, at R var prækvalificeret under det andet udbud. Kommunen bestred, at R havde fremsendt materiale i forbindelse med anmodningen om prækvalifikation under det første udbud. Kommunen gjorde desuden gældende, at der ikke havde været forhandlinger mellem R og kommunen før udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation under det andet udbud, men at der blot havde været tale om en henvendelse fra R.

Klagenævnet henviste til, at R ikke inden udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation under det andet udbud havde afleveret en anmodning om prækvalifikation indeholdende alle de oplysninger, som anmodningen efter udbudsbekendtgørelsen skulle indeholde. Kommunen

var derfor forpligtet til ikke at prækvalificere R, og det var uden betydning, om der inden fristens udløb havde været kontakt mellem R og kommunen, og hvad denne kontakt havde drejet sig om.

Klagen blev således ikke taget til følge.

### **21. september 2007. Joca Trading A/S mod Renosyd I/S**

*Skønsmæssigt fastsat erstatning 650.000 kr. til forbigået tilbudsgiver, da det var godtgjort, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 5. september 2006 i samme sag. Sagen angik en offentlig ordregivers udbud af indkøb af plastbeholdere i henhold til Indkøbsdirektivet. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten. Ved kendelsen af 5. september 2006 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde begået en lang række overtrædelser af udbudsreglerne, herunder at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved at tage tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver og nogle andre tilbudsgivere i betragtning, selvom disse tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav.

Den her resumerede kendelse angår klagerens erstatningskrav.

Klageren påstod udbyderen tilpligtet at betale en erstatning på ca. 757.000 kr. til dækning af den fortjeneste, som klageren ville have opnået ved at få kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse), subsidiært en erstatning på ca. 270.000 kr. til dækning af klagerens udgifter ved at udarbejde tilbud m.m. (negativ kontraktsinteresse).

Udbyderen erkendte, at der forelå et ansvarsgrundlag, men påstod frifindelse med henvisning til, at der ikke var årsagsforbindelse mellem udbyderens overtrædelser og klagerens hævdede tab, da klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, og da udbyderen kunne have annulleret udbuddet. Udbyderen bestred endvidere rigtigheden af den beløbsmæssige opgørelse af klagerens subsidiære påstand om erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse.

Ud fra en samlet vurdering af sagens oplysninger fandt Klagenævnet det tilstrækkelig godtgjort, at klageren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt med udbudsreglerne. Klagenævnet fandt endvidere, at de almindelige erstatningsbetingelser om årsagssammenhæng, påregnelighed og adækvans var opfyldt, og Klagenævnet pålagde herefter udbyderen at betale erstatning til dækning af klagerens mistede fortjeneste (positiv opfyldelsesinteresse). Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 650.000 kr.

### **16. oktober 2007. Kuwait Petroleum A/S mod Sønderborg Kommune**

*Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved under vurderingen af tilbuddene at have anvendt underkriterier, der ikke var anført i udbudsbetingelserne, ved ikke i udbudsbetingelserne at have beskrevet underkriterierne tilstrækkeligt samt ved ikke i udbudsbetingelserne at have beskrevet den udbudte ydelse. Annulation. Opsættende virkning. Generelle bemærkninger om betingelserne for opsættende virkning*

En kommune iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet af levering af forskellige olieprodukter i en periode. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som anført: 1. økonomi (70 %), 2. leveringstid- og betingelser (20 %) og 3. service (10 %).

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

Der indkom tilbud fra et antal virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. Få dage efter, at udbyderen havde givet tilbudsgiverne underretning om tildelingsbeslutningen, klagede en af de andre tilbudsgivere til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev imødekommet.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen havde lagt vægt den valgte tilbudsgivers overtagelse af nogle tankanlæg og installation af edb-udstyr (påstand 1):

Erkendt af udbyderen og taget til følge med henvisning til, at det af udbudsbetingelserne fremgik, at de pågældende forhold ikke var underkriterier, men derimod krav, som alle tilbudsgivere skulle opfylde.

2) Klage over, at det var uklart, hvad der sigtedes til med underkriterierne 2. og 3., og at der var tale om ufravigelige udbudsvilkår (påstand 2 og 5):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

3) Klage over, at den udbudte opgave ikke var beskrevet tilstrækkeligt i udbudsbetingelserne (påstand 3):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

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

Kendelsen indeholder et referat af Klagenævnets begrundelse for at tillægge klagen opsættende virkning. Denne begrundelse omfatter nogle generelle udtalelser om betingelserne for at give en klage opsættende virkning.

### **17. oktober 2007. Triolab A/S mod Region Hovedstaden**

*Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved ikke at have udformet en fyldestgørende, skriftlig tilbudsvurdering. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og af forhandlingsforbuddet ved, at udbudsbetingelserne gav mulighed for forbehold og forhandling vedrørende samtlige punkter, og angav, at tilbudsgiverne skulle kapitalisere forbehold. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved angivelse af, at nogle standardbetingelser fandt anvendelse, selvom disse standardbetingelser efter deres indhold kun fandt anvendelse, hvis de ikke var fraveget ved aftale. Ikke taget stilling til en påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige bud. Ikke opsættende virkning. Ikke annulation*

En region iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende udførelse af visse laboratorieundersøgelser af blodprøver. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle nærmere angivne underkriterier.

Der indkom tilbud fra tre virksomheder. Udbyderen afviste tilbuddet fra en af tilbudsgiverne som ukonditionsmæssigt og besluttede at indgå kontrakt med en anden af tilbudsgiverne. Den tredje tilbudsgiver klagede ca. to måneder derefter til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke at udarbejde entydige retningslinjer for tilbudsvurderingen (påstand 1, 1). Klagepunktet sigtede til, at tilbuddene var blevet

vurderet af forskellige personer på flere sygehuse under forskellige omstændigheder.

Ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke havde grundlag for at fastslå, at retningslinjerne ikke havde været entydige. Herved bl.a. henvist til, at retningslinjerne var fastsat af overlæger og bioanalytikere med høj ekspertise.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke at udforme en fyldestgørende skriftlig tilbudsvurdering (påstand 1, 2):

Taget til følge med henvisning til, at tilbudsvurderingen byggede på en række underbilag og mødereferater, og at der ikke var udarbejdet et egentligt beslutningsnotat.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved upræcise angivelser i udbudsbetingelserne om, hvad tilbudsgiverne skulle redegøre for, og hvad der var minimumskrav, som tilbuddene skulle opfylde (påstand 1, 3):

Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

4) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom dette tilbud ikke som krævet i udbudsbetingelserne omfattede en nærmere angivet analyse (påstand 2):

Ikke taget til følge, da udbudsbetingelserne ikke stillede et sådant krav.

5) Klage over, at udbyderen havde indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver, selvom denne tilbudsgiver ikke havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud (påstand 3):

Ikke taget stilling til påstanden. Udtalt, at Klagenævnet generelt ikke har grundlag for at tilsidesætte en udbyders skøn med hensyn til, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt forhandlingsforbuddet som følge af, at tilbudsgiverne skulle udfylde et svarskema, der gav mulighed for at tage forbehold om samtlige punkter og for at lægge op til forhandling om samtlige punkter (påstand 4):

Taget til følge med henvisning til Klagenævnets afgørelse om et tilsvarende skema i kendelse af 14. december 2006, Baxter A/S mod Roskilde Amt mfl. Det fremgår, at skemaet indgår i nogle standardiserede udbudsbetingelser vedrørende medicinal-området, og at disse udbudsbetingelser er under omarbejdelse. Ved kendelsen af 14. december 2006 konstaterede Klagenævnet, at skemaet er i strid med udbudsreglerne.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt forhandlingsforbuddet ved i udbudsbetingelserne at angive, at tilbudsgiverne skulle kapitalisere forbehold (påstand 5). Også på dette punkt var der tale om en angivelse i de standardiserede udbudsbetingelser vedrørende medicinal-området.

Taget til følge med henvisning til, at det er udbyderen og ikke tilbudsgiverne, der skal prissætte forbehold.

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at nogle standardbetingelser fandt anvendelse, selvom disse standardbetingelser efter deres indhold kun fandt anvendelse i det omfang, de ikke var fraveget ved aftale (påstand 6):

Taget til følge med henvisning til, at de pågældende standardbetingelser som følge af forholdet var meningsløse i udbudsretlig sammenhæng.

9) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at lade tilbudsgivernes priser for køb af et nærmere angivet udstyr fra udbyderen indgå i vurderingen af tilbudspriserne (påstand 7):

Ikke taget til følge. Henvist til, at tilbuddene ifølge udbuds-betingelserne kunne indeholde priser for køb af det pågældende udstyr, og at dette kun gav mening, hvis disse priser indgik i vurderingen af tilbudspriserne.

En påstand om annullation af tildelingsbeslutningen blev ikke taget til følge med henvisning til, at den utilstrækkelige skriftlige tilbudsvurdering (punkt 2 ovenfor) på baggrund af det, der i øvrigt var oplyst om tilbudsvurderingen, ikke kunne antages at have haft indflydelse på udbuddets udfald, og til, at de øvrige konstaterede overtrædelser heller ikke kunne føre til en annullation.

## **22. oktober 2007. Grønbech Construction A/S mod Albertslund Boligselskab mfl.**

*Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved under vurderingen af tilbuddene at have vægtet underkriterierne på en anden måde end fastsat i udbuds-betingelserne. Forhandlingsforbuddet ikke overtrådt ved et afklarende møde med en tilbudsgiver. Der er ikke pligt til at oplyse vurderingsmodeller for tilbudsvurdering i udbudsbetingelserne. En vurderingsmodel, hvorefter tilbuddene for hvert underkriterium tildeltes karakter efter en karakterskala, var ikke uproblematisk, men havde i det konkrete tilfælde ikke ført til usaglig forskelsbehandling*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 27. februar 2007 i samme sag.

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende facaderenoveringsarbejder, iværksat af to almene boligselskaber i fællesskab. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der skulle vægtes som angivet: 1. pris (60 %), 2. logistik (15 %) og 3. facadesystem (25 %).

Underkriterierne 2. logistik og 3. facadesystem sigtede til arbejdets tilrettelæggelse og udførelse m.m. Udbudsbetingelserne indeholdt nærmere angivelser herom og angav desuden, at tilbuddene skulle indeholde redegørelser om de pågældende forhold.

Der indkom tilbud fra et antal virksomheder. Udbyderne fandt alle tilbud uantagelige, fordi tilbudspriserne oversteg udbydernes økonomiske ramme for projektet, og udbyderne iværksatte derefter forhandlinger med tilbudsgiverne med henvisning til Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, a. Efter forhandlingerne foretog udbyderne en tilbudsvurdering, der gennemførtes således: For hvert af de tre underkriterier tildeltes tilbuddene en karakter efter følgende skala: 10 (god), 8 (over middel), 7 (middel), 6 (under middel) og 2 (ringe). De tildelte karakterer blev vægtede og derefter sammenlagt for hver tilbudsgiver.

Tilbudsvurderingen førte til, at tilbuddet fra en tilbudsgiver, E, opnåede flest points og dermed var det økonomisk mest fordelagtige bud. Udbyderen besluttede på et tidspunkt at indgå kontrakt med E.

En anden tilbudsgiver, G, klagede til Klagenævnet og gjorde bl.a. gældende, at E's tilbud var ukonditionsmæssigt, således at udbyderne havde været uberettigede til at tage det i betragtning. Ved kendelsen af 27. februar 2007 fastslog Klagenævnet imidlertid, at E's tilbud ikke var ukonditionsmæssigt, og at udbyderne derfor havde været berettigede til at tage det i betragtning.

Den her resumerede kendelse angår nogle øvrige punkter i G's klage. Klagenævnet tog stilling til disse punkter således:

1) Klage over, at udbyderne havde overtrådt forhandlingsforbuddet i forbindelse med et afklarende møde med G efter tilbuddenes indgivelse (påstand 1):

Ikke taget til følge, da sagens oplysninger ikke gav anledning til at antage, at der var sket en overtrædelse af forhandlingsforbuddet.

2) Klage over, at udbyderne havde overtrådt reglen om tildelingskriterier i Udbudsdirektivets artikel 53 ved under tilbudsvurderingen at have vægtet tilbuddenes opfyldelse af underkriterierne anderledes end angivet i udbudsbetingelserne (påstand 2):

Erkendt af udbyderne og taget til følge.

Forholdet skyldtes en beregningsfejl. Under sagen foretog udbyderne en fornyet tilbudsvurdering med rigtig vægtning. Også denne tilbudsvurdering førte til, at E's tilbud fik flest points og dermed var det økonomisk mest fordelagtige bud.

3) Klage over, at udbyderne havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke forud for tilbudsgivningen at have givet oplysning om den anvendte vurderingsmodel (påstand 3):

Ikke taget til følge med henvisning til, at EU-udbudsreglerne ikke stiller krav om, at vurderingsmodeller, som anvendes ved tilbudsvurdering, skal angives i udbudsbetingelserne.

4) Klage over, at udbydernes model for tilbudsvurderingen førte til urimelige resultater vedrørende underkriteriet 1. pris (påstand 4-5):

Ikke taget til følge med henvisning til, at Klagenævnet ikke havde anledning til at tilsidesætte udbydernes skøn ved bedømmelsen af tilbuddene, og til, at den konkrete anvendelse af vurderingsmodellen ikke havde ført til usaglig forskelsbehandling af tilbudsgiverne. Dog udtalt, at den anvendte vurderingsmodel ikke var uproblematisk, da den indebar, at mindre forskelle i bedømmelsen af tilbuddene kunne udløse uforholdsmæssige variationer i den samlede vægtning i strid med ligebehandlingsprincippet.

5) Klage over, at udbyderne havde vurderet E's og G's tilbud forkert med hensyn til underkriterierne 2. logistik og 3. facadesystem (påstand 6-7).

Ikke taget til følge med begrundelse som ad punkt 4 ovenfor.

6) Klage over, at udbyderne ved vurderingen af tilbuddenes opfyldelse af underkriteriet 2. logistik havde taget hensyn til »logistisk redegørelse» og »tidsplanlægning«:

Ikke taget til følge, da disse forhold var omfattet af udbudsbetingelsernes angivelser vedrørende det pågældende underkriterium.

Ved kendelse af 16. oktober 2008 tog Klagenævnet stilling til nogle yderligere spørgsmål vedrørende samme udbud.

**7. november 2007. SJ AB mod Trafikstyrelsen for jernbaner og færger**

*Udbyderen havde ikke pligt til undtagelsesvis at kontrollere rigtigheden af oplysningerne i et tilbud. En vurderingsmodel om vurdering af tilbudspriserne i forhold til hinanden kunne i ekstreme tilfælde føre til uhenigtsmæssige og uigennemsigtige resultater, men ville normalt ikke medføre problemer og havde heller ikke gjort det i det konkrete tilfælde. Ved et udbud efter forhandling uden for Udbudsdirektivet er der mulighed for ændringer, som ikke tillades ved udbud efter direktivet. Koordinering af tildelingsbeslutningen ved et dansk udbud med tildelingsbeslutningen under et parallelt svensk udbud var i den foreliggende situation ikke i strid med fællesskabsretten. Klagenævnet kan ikke tage stilling til, om en tilbudsgiver har fået ulovlig statsstøtte, men kan tage stilling til, hvordan en udbyder skal reagere, hvis omstændighederne tyder på, at en tilbudsgiver har modtaget en sådan statsstøtte. Påstand om annullation af et afsluttet udbud afvist. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation*

Trafikstyrelsen iværksatte et EU-udbud efter forhandling vedrørende en tjenesteydelse bestående af udførelse af togdriften på den danske side af Øresund. Da jernbanedrift er omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B, var udbuddet ikke omfattet af Udbudsdirektivet (bortset fra med hensyn til tekniske specifikationer m.m., jf. direktivets artikel 21), men var alene omfattet af almindelige EU-udbudsretlige principper, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. pris (50 %), 2. kvalitet (30 %) og 3. leveringssikkerhed (20 %).

I udbudsbetingelserne var gjort rede for en model, der ville blive anvendt ved tilbudsvurderingen. Denne model gik i hovedtræk ud på følgende: Med hensyn til underkriteriet 1. pris ville tilbuddet med den laveste tilbudspris få maksimumpoints og de øvrige tilbud points i forhold hertil. Med hensyn til hvert af underkriterierne 2. kvalitet og 3. leveringssikkerhed ville det bedste tilbud få maksimumpoints og de øvrige tilbud points i forhold hertil.

Efter tilbuddenes indgivelse ændrede udbyderen modellen med hensyn til underkriterierne 2. kvalitet og 3. leveringssikkerhed til i hovedtræk at gå ud på følgende: Tilbud, som på udmærket vis opfyldte det pågældende underkriterium, ville få maksimumpoint, medens tilbud, som kun opfyldte udbudsbetingelsernes minimumskrav i relation til underkriteriet, ville få minimumpoint. De øvrige tilbud ville få points efter, hvordan de var placeret mellem disse to yderpunkter. Ændringen skete efter samråd med Konkurrencestyrelsen og var foranlediget af Klagenævnets kendelse af 12. februar 2007 i sagen Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune. I denne kendelse udtalte Klagenævnet, at tilbud ved udbud med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud skal vurderes i forhold til underkriterierne og ikke i forhold til hinanden, i hvert fald med hensyn til andre underkriterier end pris.

Der indkom tilbud fra 5 af 7 prækvalificerede tilbudsgivere, og efter en forhandlingsrunde med tilbudsgiverne besluttede udbyderen at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En anden tilbudsgiver 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 tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav med hensyn til standsningsmønster, tidstabeller og togsstørrelse (påstand 1 a og 1 b):

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderens vurdering, hvorefter den valgte tilbudsgivers tilbud opfyldte de pågældende krav, af nærmere angivne grunde var en korrekt vurdering, og til, at udbyderen ikke havde haft pligt til undtagelsesvis at kontrollere de pågældende oplysninger i den valgte tilbudsgivers tilbud.

2) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke opfyldte et krav vedrørende antallet af togsæt, som udbyderen havde meddelt klageren under forhandlingsrunden (påstand 1 c):

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke under forhandlingsrunden havde stillet krav til antallet af togsæt eller havde stillet forskellige krav til tilbudsgiverne.

3) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde tildelt tilbuddene points i forhold til hinanden (påstand 2 a og 2 b):

Ikke taget til følge, da der ikke forelå en overtrædelse af de almindelige fællesskabsretlige regler om offentlige kontrakter.

Herved henvist til følgende med hensyn til underkriteriet 1. pris: Den anvendte vurderingsmodel medførte, at tilbuddene blev vurderet i forhold til hinanden, og modellen kunne under ekstreme forudsætninger føre til u hensigtsmæssige og i hvert fald uigennemsigtige resultater. En vurderingsmodel som den anvendte giver imidlertid normalt ikke problemer med hensyn til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og modellen havde efter Klagenævnets vurdering ikke medført sådanne problemer i det konkrete tilfælde.

Særligt med hensyn til underkriterierne 2. kvalitet og 3. leveringssikkerhed henvist til, at den endelige model efter ændringen af udbudsbetingelserne gik ud på at vurdere tilbuddene i forhold til de to underkriterier. Udtalt, at Klagenævnet ikke havde taget stilling til, om det er hensigtsmæssigt eller påkrævet i udbudsbetingelserne at oplyse, hvorledes der vil blive givet points ved tilbudsvurderingen.

4) Klage over, at udbyderen efter tilbuddenes indgivelse som omtalt ovenfor havde ændret vurderingsmodellen med hensyn til underkriterierne om kvalitet og leveringssikkerhed (påstand 3):

Ikke taget til følge. Henvist til, at udbuddet var et udbud efter forhandling, der ikke var omfattet af Udbudsdirektivet, og at der derfor var mulighed for ændringer, der ikke tillades ved udbud efter Udbudsdirektivet. Desuden lagt en vis vægt på, at tilbudsgiverne ved udformningen af tilbuddene næppe havde tillagt den omhandlede pointberegning særlig betydning.

5) Klage over, at udbyderen havde fastsat en såkaldt korrektionsmodel for tilbudsvurderingen, hvilket var oplyst i udbudsbetingelserne (påstand 4 a).

Den omtalte korrektionsmodel, der havde været forelagt for Europa-Kommissionen, havde til formål at koordinere tilbudsvurderingen med tilbudsvurderingen under et samtidigt svensk udbud af jernbanedriften på den svenske side af Øresund. Efter klagerens opfattelse var korrektionsmodellen uforståelig og var dermed i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til følgende: Korrektionsmodellen var klar og kunne ikke fremkalde tvivl hos tilbudsgiverne. Korrektionsmodellen indebar, at forhold ved det svenske udbud kunne få indflydelse på tildelingsbeslutningen under det danske udbud, men dette var en uundgåelig følge af, at det danske og det svenske udbud blev gennemført som parallelle udbud, og af, at de to udbydere ønskede at undgå risiko for to særskilte kontrakter, der ikke samlet set ville medføre det økonomisk mest fordelagtige resultat. De grundlæggende fællesskabsretlige regler om offentlige kontrakter måtte fortolkes sådan, at de ikke er til hinder for en forsvarlig fremgangsmåde i en situation som den foreliggende.

6) Klage over, at udbyderen havde frataget tilbudsgiverne adgang til at klage over den omtalte korrektionsmodel (påstand 4 b):

Ikke taget til følge, allerede fordi klagepunktet af nærmere angivne grunde var uden retligt indhold.

7) Klage over, at udbyderen ikke havde foretaget tilstrækkelige undersøgelser med hensyn til, om det skyldtes ulovlig statsstøtte, at den valgte tilbudsgiver havde afgivet et urealistisk lavt tilbud (påstand 5):

Udtalt følgende:

Klagenævnet havde ikke kompetence til at tage stilling til, om der var ydet statsstøtte til den valgte tilbudsgiver i strid med fællesskabsretlige regler. Klagenævnet har derimod kompetence til at tage stilling til, om en udbyder skal udvise en særlig adækvat adfærd, hvis omstændighederne tyder på, at en tilbudsgiver har modtaget ulovlig statsstøtte, og en påstand fra udbyderen om afvisning af klagepunktet blev derfor ikke taget til følge. Klagenævnet havde imidlertid intet grundlag for at fastslå, at den valgte tilbudsgivers tilbud var urealistisk lavt, og allerede som følge heraf blev klagepunktet ikke taget til følge.

En påstand fra klageren om annullation af tildelingsbeslutningen (påstand 6) blev ikke taget til følge.

En påstand fra klageren om annullation af udbuddet (påstand 7) blev afvist med henvisning til, at Klagenævnet i medfør af § 6, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud kan påbyde en ordregiver at annullere et igangværende udbud, men at det ville savne mening at annullere et afsluttet udbud.

Indbragt for domstolene.

### **23. november 2007, Sejlstrup Entreprenørforretning A/S mod Hjørring Vandselskab A/S**

*Annulatio af licitatio som følge af fejl i licitationsbetingelserne var ikke usaglig. Udbyderen havde bevisbyrden for, at begrundelsespligten i Tilbudslovens § 14, stk. 1, var overholdt, og denne bevisbyrde var ikke løftet. Ikke annullation*

En offentlig ordregiver iværksatte en begrænset licitatio efter Tilbudsloven vedrørende en kloakeringsentreprise i et udstykningsområde. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Ifølge licitationsbetingelserne omfattede entreprisen tilslutning til nogle eksisterende kloaksystemer, hvilket var benævnt »udbudt tracé«. Det var dog yderligere angivet, at tilbuddene også skulle angå tilslutning alene til et enkelt af disse kloaksystemer, hvilket var benævnt »alternativ tracé«. Dette hang sammen med, at det udbudte tracé i modsætning til det alternative tracé forudsatte arbejder på nogle arealer, der ikke tilhørte

udbyderen, og at udbyderen var usikker med hensyn til, om ejerne af disse arealer ville acceptere, at de pågældende arbejder blev udført.

Tilbudspriserne skulle angives i en tilbudsliste, der indgik i licitationsbetingelserne. Tilbudslisten indeholdt en rubrik for merprisen ved det alternative tracé, og denne merpris skulle efter tilbudslisten indgå i den samlede tilbudspris.

Der indkom fire tilbud. Tilbuddet fra en tilbudsgiver, S, havde den laveste samlede tilbudspris.

Kort efter tilbuddenes åbning konstaterede udbyderen, at de ovenfor omtalte lodsejere ikke havde indvendinger mod, at der blev udført arbejder på deres arealer, og udbyderen besluttede derfor, at det var det udbudte tracé og ikke det alternative tracé, der skulle udføres. Udbyderen annullerede derefter licitationen og iværksatte en ny licitation alene vedrørende det udbudte tracé. Under den nye licitation blev der afgivet tilbud fra de samme tilbudsgivere som ved den første licitation. Tilbuddet fra en tilbudsgiver, V, havde laveste tilbudspris, hvorfor udbyderen besluttede at indgå kontrakt med V.

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

1) Klage over, at udbyderen havde annulleret den første licitation:

Ikke taget til følge. Henvist til, at det var en fejl ved den første licitation, at prisen for det alternative tracé efter tilbudslisten skulle indgå i den samlede tilbudspris, således at tilbudsprisen vedrørende det udbudte tracé ikke fremgik umiddelbart. Som følge af fejlens karakter var udbyderens annullation af den første licitation ikke usaglig.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Tilbudslovens § 14, stk. 1, ved ikke i forbindelse med underretningen til S om annullationen af den første licitation at have givet en begrundelse for annullationen:

Taget til følge. Henvist til, at udbyderen ikke havde givet en skriftlig begrundelse. Desuden henvist til, at udbyderen havde bevisbyrden for rigtigheden af et anbringende om, at udbyderen havde givet en fyldestgørende mundtlig begrundelse, og til, at denne bevisbyrde ikke var løftet.

3) Klage over, at udbyderen havde indgået kontrakt med V ved den anden licitation:

Ikke taget til følge i konsekvens af afgørelsen vedrørende punkt 2.

En påstand fra S om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med V blev i konsekvens af afgørelsen vedrørende punkt 2 ikke taget til følge.

### **30. november 2007, Ejnar Kristensen mod Vejen Kommune**

*Klagenævnet var ikke kompetent til at tage stilling til en klage over en licitation efter Tilbudsloven vedrørende en kontrakt om tjenesteydelser. Ikke opsættende virkning*

En kommune iværksatte i marts 2007 en offentlig licitation efter Tilbudsloven vedrørende renholdning af kørebaner og rensning af brønde. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud.

Der indkom tilbud fra et antal virksomheder, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. En anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet over forskellige forhold. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet udtalte:

Afgørende for, om et arbejde skal anses for et bygge- og anlægsarbejde i henhold til Tilbudsloven, er i medfør af lovens § 1, stk. 5, om det

pågældende arbejde er et bygge- og anlægsarbejde i henhold til Udbudsdirektivet og Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Renholdning af kørebaner og rensning af brønde er imidlertid ikke bygge- og anlægsarbejder i henhold til direktiverne, men er derimod tjenesteydelser omfattet af kategori 16 i opregningen af udbudspligtige tjenesteydelser i de to direktivers bilag II A. Renholdning af kørebaner og rensning af brønde er herefter ikke omfattet af begrebet bygge- og anlægsarbejder i Tilbudsloven, og kommunen havde derfor ikke haft pligt til at afholde licitation efter Tilbudsloven eller haft pligt til at overholde lovens bestemmelser i øvrigt.

Klagenævnet havde herefter ikke kompetence til at behandle klagen, jf. § 1, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud (hvorefter Klagenævnet behandler klager over »overtrædelse« af bl.a. Tilbudsloven).

Klagenævnet afviste herefter sagen.

Det bemærkes, at Tilbudsloven, således som loven er ændret ved lov nr. 572 af 6. juni 2007 med virkning fra 1. juli 2007, indeholder et afsnit II, der bl.a. omfatter kontrakter om tjenesteydelser.

### **3. december 2007, Stina system Inventar ApS mod Lemvig Kommune** *Forbehold i et tilbud vedrørende licitationsbetingelsernes tidsplan angik et grundlæggende element, hvorfor tilbuddet ikke måtte tages i betragtning*

En kommune iværksatte en offentlig licitation efter Tilbudsloven vedrørende levering og opsætning af inventar ved ombygning af en skole. Tildelingskriteriet var laveste bud. Licitationsbetingelserne indeholdt en tidsplan for arbejdets udførelse.

Klagen var indgivet af den tilbudsgiver, hvis tilbud havde laveste pris. Klagerens tilbud indeholdt et forbehold vedrørende tidsplanen med henvisning til, at klageren var afhængig af underleverandører.

Efter tilbuddenes åbning anså udbyderens tekniske rådgiver klagerens tilbud for valgt, hvilket bl.a. fremgik af, at rådgiveren indrykkede en annonce i bladet »Licitationen« om, at klagerens tilbud var antaget. Der var herefter kontakt mellem klageren og rådgiveren om betydningen af forbeholdet og om levering af farveprøver m.m. Ca. en måned efter tilbuddenes åbning tilkendegav rådgiveren imidlertid over for klageren, at klagerens tilbud som følge af forbeholdet ikke kunne komme i betragtning, og udbyderen besluttede at indgå kontrakt med tilbudsgiver, der havde afgivet tilbuddet med den næstlaveste pris.

Klageren klagede herefter til Klagenævnet over, at udbyderen havde afvist klagerens tilbud, og gjorde gældende, at udbyderen på baggrund af forløbet havde været uberettiget til at afvise tilbuddet.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge med henvisning til, at forbeholdet vedrørende tidsplanen angik et grundlæggende element, således at udbyderen uanset det konkrete forløb var forpligtet til ikke at tage tilbuddet i betragtning.

#### **4. december 2007. Magnus Informatik A/S mod Skat**

*Skønsmæssigt fastsat erstatning 1,5 mio. kr. til dækning af forbigået tilbudsgivers positive opfyldelsesinteresse, selvom udbyderen lovligt kunne have annulleret udbuddet som følge af fejl ved dette. (Dissens for at fastsætte erstatningen til 500.000 kr. til dækning af tilbudsgiverens negative kontraksinteresse)*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 13. juli 2007 i samme sag. Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en tjenesteydelse bestående af levering og drift af elektroniske lovsamlinger. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Klageren var en tilbudsgiver, som ikke havde fået kontrakten.

Ved kendelsen af 13. juli 2007 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på 5 forskellige punkter, og Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt på grundlag af udbuddet.

Den her resumerede kendelse angik et erstatningskrav fra klageren.

Klagenævnet udtalte, at hver af de 5 overtrædelser indebar, at udbyderen var erstatningsansvarlig over for klageren.

2 medlemmer af Klagenævnet udtalte yderligere:

Udbyderen ville ved en professionel og kvalificeret vurdering af klagerens tilbud have konstateret, at klagerens tilbud kunne ventes at opfylde udbudsbetingelsernes krav. Udbyderen ville endvidere ved en professionel og kvalificeret vurdering af tilbuddet fra den tilbudsgiver, som udbyderen havde indgået kontrakt med, have konstateret, at denne tilbudsgivers tilbud ikke kunne ventes at opfylde udbyderens krav. Udbyderen kunne herefter have indgået kontrakt med klageren, ligesom udbyderen lovligt kunne have valgt at annullere udbuddet med henblik på at iværksætte et nyt udbud med mere egnede udbudsbetingelser. Da udbyderen i stedet bevidst havde valgt at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, havde udbyderen handlet erstatningspådragende over for klageren og herved forårsaget, at klageren ikke fik kontrakten. Klageren havde derfor krav på at få dækket sit tab efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse. Disse medlemmer stemte herefter for at tillægge klageren en skønsmæssigt fastsat erstatning på 1,5 mio. kr.

Et medlem af Klagenævnet udtalte:

Hvis udbyderen havde foretaget en professionel og kvalificeret vurdering af de indkomne tilbud, ville udbyderen være blevet klar over, at udbudsbetingelserne ikke var egnede til at danne grundlag for en forsvarlig vurdering af tilbuddene, og at udbuddet derfor ikke var egnet til at udgøre et forsvarligt grundlag for indgåelse af kontrakt. Udbyderen havde derfor haft saglig grund til at annullere udbuddet, og klageren havde således ikke ført bevis for, at klageren ville have fået kontrakten, hvis de ansvarspådragende fejl ikke var begået. Klageren kunne derfor ikke få erstatning som positiv opfyldelsesinteresse. 4 af de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne kunne heller ikke danne grundlag for erstatning til dækning af klagerens forgæves omkostninger til afgivelse af tilbud, da klageren havde valgt at afgive tilbud, selvom klagerens var bekendt med disse overtrædelser, og da klageren således ikke på grund af dem havde haft forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud. En overtrædelse gående ud på, at udbyderen ikke havde foretaget en forsvarlig og professionel vurdering af tilbuddene, havde derimod pådraget klageren et tab vedrørende

for gæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbud, da klageren med føje var gået ud fra, at udbyderen uanset de mangelfulde udbudsbetingelser ville foretage en forsvarlig og professionel vurdering af tilbuddene, og da klageren ikke ville have afgivet tilbud, hvis klageren på forhånd havde vidst, at dette ikke ville blive tilfældet. Dette medlem af Klagenævnet stemte herefter for at tillægge klageren en erstatning på 500.000 kr. til dækning af for gæves afholdte udgifter.

Efter stemmeflertallet pålagde Klagenævnet udbyderen at betale en erstatning på 1,5 mio. kr. til klageren.

Ændret ved Østre Landsrets dom af 5. marts 2009 i 21. afd. B-1649-08 og B-1650-08, der tiltrådte dissensen i Klagenævnets kendelse.

### **7. december 2007. Scan-Plast Produktion A/S mod Herning Kommune**

*Overtrædelse af Tilbudsloven ved gennemførelse af et bygge- og anlægsarbejde uden forudgående licitation. Ordregiveren skulle ikke betale erstatning til en virksomhed, der som følgende af den manglende licitation havde været afskåret fra at afgive tilbud, da det ikke var godtgjort, at virksomheden ville have fået kontrakten, hvis der var blevet gennemført en licitation*

En kommune iværksatte et bygge- og anlægsarbejde vedrørende renovering af et landskab. Udgiften var anslået til 14 mio. kr. Kommunen indhentede et underhåndsbud fra en virksomhed vedrørende to toiletbygninger, der skulle opføres som et led i projektet, og indgik kontrakt herom med denne virksomhed for ca. 560.000 kr.

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

1) Klage over, at kommunen havde overtrådt Tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 1, ved at have indhentet underhåndsbud vedrørende toiletbygningerne, selvom værdien af opførelsen af toiletbygningerne oversteg 500.000 kr.:

Erkendt af kommunen og taget til følge.

2) Taget op ex officio: Udtalt, at kommunen havde overtrådt Tilbudsloven ved ikke at have gennemført en licitation vedrørende det samlede projekt.

Forholdet var erkendt af kommunen.

En påstand fra klageren om erstatning til dækning af den fortjeneste, som klageren ville have haft, hvis kontrakten om opførelsen af toiletbygningerne havde været indgået med klageren, blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at udbyderen var erstatningsansvarlig over for klageren, men at det ikke var godtgjort, at klageren ville have fået kontrakten, hvis kommunen havde iværksat en licitation efter Tilbudsloven.

### **14. december 2007, Akupunktør og massør Thomas Borgå mod Skive Kommune**

*En ordregiver, der ønsker tilbud på bilag II B-tjenesteydelser, kan indhente indledende oplysninger fra branchen, om hvilke tjenesteydelser, der kan udføres. Det følger imidlertid af Udbudsdirektivets artikel 23, at disse oplysninger skal danne grundlag for ordregiverens efterfølgende beskrivelse af den ønskede ydelse til de virksomheder, som ordregiveren ønsker tilbud fra, og det er i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis or-*

*dregiveren indgår kontrakt med en virksomhed på grundlag af de indledende oplysninger. Ikke annullation*

En kommune nedsatte en arbejdsgruppe, der skulle komme med forslag til udformningen af en sundhedsordning for kommunens medarbejdere, dvs. en ordning, hvorefter medarbejderne uden udgift for dem kunne blive behandlet på arbejdspladsen for visse lidelser. Arbejdsgruppen inviterede 6 virksomheder til et møde i januar 2007 med henblik på, at de skulle komme med bud på, hvordan en sundhedsordning kunne udformes, og oplyse priser herfor. En af disse virksomheder, B, der drev virksomhed med akupunktur og massage, fremkom under mødet med et fuldt færdigt oplæg til en sundhedsordning og et tilbud vedrørende oplægget. I april 2007 indgik kommunen kontrakter med en anden virksomhed, F, dels om en sundhedsordning, der svarede til B's oplæg, dels om psykologbistand, der ikke var omfattet af B's oplæg.

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

1) Konstateret, at der var tale om tjenesteydelser omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B (kategori 25, sundheds- og socialvæsen), og at kommunen derfor ikke havde haft pligt til at iværksætte EU-udbud, jf. Udbudsdirektivets artikel 21.

2) Udtalt følgende: I medfør af Udbudsdirektivets artikel 21 gælder direktivets artikel 23 for anskaffelser af bilag II B-tjenesteydelser. Når kommunen ønskede tilbud, havde kommunen derfor haft pligt til at sikre, at de virksomheder, som kommunen rettede henvendelse til, fik lige muligheder, og til at sikre, at der ikke blev skabt ubegrundede hindringer for konkurrencen. Disse forpligtelser var ikke opfyldt, da kommunen i sin opfordring til virksomhederne til at afgive tilbud ikke havde beskrevet den ønskede ydelse så præcist og udtømmende som muligt, hvorved kommunen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 23, særligt stk. 2.

3) Udtalt følgende: Udbudsdirektivets artikel 23 var ikke til hinder for, at kommunen før udarbejdelsen af sin beskrivelse af den ønskede ydelse havde taget kontakt til virksomheder inden for branchen. En sådan indledende kontakt skal imidlertid ske sådan, at der ikke bliver skabt ubegrundede hindringer for konkurrencen, og kommunens kontakt til virksomhederne skulle danne grundlag for kommunens beslutning om, hvilken ydelse der ønskedes indgået kontrakt om. De oplysninger, der var fremkommet under den indledende kontakt, skulle således alene have dannet grundlag for kommunens beskrivelse af den ønskede ydelse i de opfordringer til at afgive tilbud, som kommunen derefter skulle have udsendt til udvalgte virksomheder i branchen. Kommunen havde herefter overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at indgå kontrakt med F alene på grundlag af den indledende kontakt.

En påstand af annullation af kommunens beslutning om at indgå kontrakt med F blev ikke taget til følge med henvisning til, at kommunen havde oplyst, at den snarest muligt ville gennemføre en ny tilbudsindhentning under overholdelse af Udbudsdirektivets regler.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 14. juli 2008.

**19. december 2007. HIQ Wise A/S mod Danske Spil A/S**

*Udbyderen var berettiget til at afvise en anmodning om prækvalifikation, da anmodningen ikke var vedlagt den krævede dokumentation med hensyn til udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2*

En offentlig ordregiver iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende udførelse af nogle it-konsulenttydelser.

I udbudsbekendtgørelsen var angivet, at virksomheder, der anmodede om prækvalifikation, skulle vedlægge anmodningen følgende: 1. En erklæring på tro og love om, at virksomheden havde opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter, afgifter og sociale bidrag, eller en aktuel serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen herom. 2. En serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der attesterede, at virksomheden ikke var omfattet af udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, eller – hvis en serviceattest ikke kunne fremskaffes, eller ikke kunne fremskaffes rettidigt – den dokumentation herfor, der er nævnt i direktivets artikel 45, stk. 3.

En virksomhed, der anmodede om prækvalifikation, vedlagde anmodningen en erklæring på tro og love om, at virksomheden havde opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter, afgifter og sociale bidrag, og om, at virksomheden ikke var omfattet af udelukkelsesgrundene i artikel 45, stk. 2. Virksomheden vedlagde desuden en serviceattest fra 2002 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Udbyderen afviste virksomhedens anmodning om prækvalifikation med henvisning til, at virksomheden ikke havde opfyldt de beskrevne dokumentationskrav.

Virksomheden klagede til Klagenævnet, der udtalte:

De omtalte angivelser i udbudsbekendtgørelsen måtte forstås således, at muligheden for at opfylde dokumentationskravene ved en erklæring på tro og love kun angik betaling af skatter, afgifter og sociale bidrag.

Med hensyn til de øvrige udelukkelsesgrunde, der er nævnt i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2 (konkurs og domfældelse for visse strafbare handlinger m.m.), kunne virksomheder, der anmodede om prækvalifikation, i henhold til udbudsbekendtgørelsen opfylde dokumentationskravene ved erklæringer fra de relevante myndigheder, hvis en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke kunne fremskaffes inden ansøgningsfristens udløb. Klageren havde ikke opfyldt disse krav.

Udbyderens afvisning af klagerens anmodning om prækvalifikation havde herefter været berettiget, og klagen blev således ikke taget til følge.

Klagenævnet bemærkede, at angivelserne i artikel 45, stk. 3, sidste afsnit (om erklæringer for notar m.m.) ikke er relevante i Danmark.

**21. december 2007. Damm Cellular Systems A/S mod Økonomistyrelsen**

*Klage over overtrædelse af ligebehandlingsprincippet afvist, da klagen ikke angik det udbudsretlige ligebehandlingsprincip. Ikke opsættende virkning*

I medfør af lovgivningen om tildeling af radiofrekvenser m.m. gav IT- og Telestyrelsen i 2001 virksomheden Dansk Beredskabskommunikation A/S (herefter DB) tilladelse til at udnytte 2 frekvenser inden for frekvensbåndet 380-400 MHz med henblik på etablering af et landsdækkende net til nød- og beredskabsformål under anvendelse af den såkaldte Tetra-teknologi.

Om Tetra-teknologien bemærkes: Betegnelsen »Tetra« sigter til en international standard for digital jordbaseret radiokommunikation. Betegnelsen er en forkortelse for »Terrestrial Trunked Radio«, der tilsyneladende bedst kan oversættes til »jordbaseret forgrenet radio«.

I 2006 besluttede den danske stat, at der skal etableres et landsdækkende Tetra-net til nød- og beredskabsformål. Økonomistyrelsen blev i den anledning pålagt at gennemføre et udbud i form af konkurrencepræget dialog i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende etablering og drift af et sådant net. Dette udbud blev gennemført i 2006, og den her resumerede kendelse vedrører en klage over dette udbud.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af 4 underkriterier.

Der blev prækvalificeret tre virksomheder, nemlig DB, klageren Damm Cellular Systems A/S (herefter DC) samt en tredje virksomhed. I løbet af den konkurrenceprægede dialog udtrådte den tredje virksomhed som tilbudsgiver, således at der herefter kun var tilbudsgiverne DB og DC tilbage.

Udbyderen besluttede at indgå kontrakt med DB, og DC indgav samme dag klage til Klagenævnet. En begæring fra DC om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

DC nedlagde for Klagenævnet 17 påstande. Klagenævnet besluttede at tage særskilt stilling til påstand 1-10, og den her resumerede kendelse er Klagenævnets stillingtagen til disse påstande.

Påstand 1-10 angik alle det forhold, at DB efter DC's opfattelse var stillet bedre end de øvrige tilbudsgivere, fordi DB havde de ovenfor omtalte frekvenstilladelser. Dette var efter DC's opfattelse en overtrædelse af det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, og DC gjorde følgende gældende: Frekvenstilladelserne skulle ikke have været tildelt før udbuddet. Der skulle i stedet først have været gennemført et udbud vedrørende kontrakten om det landsdækkende net til nød- og beredskabsformål og være indgået kontrakt med den tilbudsgiver, der havde afgivet med det økonomisk mest fordelagtige bud i henhold til udbuddet. Staten skulle så efterfølgende have givet denne tilbudsgiver de nødvendige frekvenstilladelser.

Klagenævnet udtalte:

En eventuel tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet angik ikke det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, da frekvenstilladelserne var udstedt før iværksættelsen af det udbud, som sagen angik, og af en anden myndighed end den ordregivende myndighed i henhold til dette udbud. Efter § 1 i Lov om Klagenævnet for Udbud har Klagenævnet kompetence til at tage stilling til overtrædelser af fællesskabsretten om offentlige kontrakter, men påstand 1-10 angik som følge af det anførte ikke fællesskabsretten om indgåelse af offentlige kontrakter. Klagenævnet havde derfor ikke kompetence til at tage stilling til påstand 1-10, hvorfor Klagenævnet afviste disse påstande.

Ved kendelser af 14. april 2008 og 27. april 2010 tog Klagenævnet stilling til de yderligere påstande i sagen.