

Klagenævnet for Udbud

**RESUMÉER AF
KENDELSER
FRA
KLAGENÆVNET
FOR
UDBUD
2008**

2009

(senere mindre revisioner kan have fundet sted)

Efter indholdsfortegnelsen indeholdes nedenfor resuméer af de kendelser, som Klagenævnet for Udbud har afsagt i 2008. 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

En ordregiver har et vist begrænset skøn med hensyn til, om betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog er opfyldt, og det var Klagenævnets vurdering, at ordregiveren havde været berettiget til at anvende konkurrencepræget dialog. Udbudsdirektivet er ikke til hinder for, at ordregiveren giver mulighed for afgivelse af alternative tilbud ved konkurrencepræget dialog. I et særlig komplekst udbud som det foreliggende var det ikke usagligt at udskyde dele af det udbudte til en senere konkurrencepræget dialog eller at annullere udbuddet vedrørende delaftaler. Det var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet at tildele en tilbudsgiver den udbudte kontrakt, selvom tilbudsgiveren havde samarbejde med en person, der tidligere havde været ansat hos ordregiverens rådgiver. Ikke opsættende virkning	9
En underentreprenør for en tilbudsgiver kunne gøre erstatningskrav gældende over for udbyderen, men erstatningskravet blev afvist, da det ikke var omfattet af Klagenævnets kompetence, idet det påberåbte tab ikke var forårsaget af udbyderens ansvarspådragende adfærd i forbindelse med licitationen, men derimod var forårsaget af udbyderens senere handlinger.....	11
Klagenævnet har ikke kompetence til at tage stilling til, om en udbyder har overtrådt Forvaltningslovens regler om speciel inhabilitet. Det forhold, at en ansat hos udbyderen havde forbindelse til en af tilbudsgiverne, havde ikke påvirket udbyderens udbudsproces således, at der ved beslutningen om, hvem der skulle indgå kontrakt med, var sket overtrædelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip. En stillingtagen til påstande vedrørende tilrettelæggelsen af arbejdet hos udbyderen under udbuddet uden samtidig stillingtagen til udbyderens beslutninger under udbuddet ligger uden for den kontrol, som Klagenævnet skal foretage med hensyn til ordregiverens overholdelse af ligebehandlingsprincippet.	12
En angivelse i en udbudsbekendtgørelse af, at der ville blive indgået kontrakt om en rådgivningsydelse med en gruppe af rådgivere med solidarisk hæftelse, var ikke i strid med Udbudsdirektivets artikel 4, stk. 2. Udbyderen havde med rette undladt at prækvalificere en ansøger om prækvalifikation, da ansøgeren ikke bestod af en gruppe af rådgivere	14
Angår Forsyningsvirksomhedsdirektivet. En bemærkning i et tilbud om regulering af tilbudsprisen ved større ændringer af markedsprisen var et forbehold, der bevirkede, at tilbuddet ikke måtte tages i betragtning. Underretningsspligten i direktivets artikel 49 overholdt ved mundtlig tilkendegivelse	15
Ordregiverens afvisning af en anmodning om fra en virksomhed om prækvalifikation var berettiget, da virksomheden ikke opfyldte udbudsbekendtgørelsens krav til økonomisk og finansiell formåen. Ordregiveren havde ikke pligt til at oplyse potentielle tilbudsgivere om Udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, hvorefter økonomisk og finansiell formåen under visse betingelser kan baseres på en tredjemands formåen	16
Udbyderen havde været berettiget til at beslutte, at en virksomhed ikke skulle prækvalificeres. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved henvisning til Tjenesteydelsesdirektivet i stedet for Udbudsdirektivet. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved prækvalifikation af en virksomhed, der ikke havde indsendt serviceattest rettidigt. Et udvælgelseskriterium om repræsentation i lokalområdet var i strid med ligebehandlingsprincippet. Annulation	17
Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav til den tilbudte ydelse. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved at vurdere tilbuddene i forhold til hinanden i stedet for i forhold til de kvalitative underkriterier. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved modstridende	

Klagenævnet for Udbud, Danmark

angivelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne om opdeling i delaftaler. Annullation	18
En kontrakt, der indeholdt mulighed for en varighed på 8 år, var ikke i strid med princippet om, at offentlige kontrakter med et vist mellemrum skal udsættes for konkurrence, da ordregiveren til enhver tid kunne opsige kontrakten	19
Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 53 ved manglende angivelse i udbudsbetingelserne af den relative vægtning af underkriterierne. Det gjorde ikke forskel heri, at vægtningen var oplyst i et brev til tilbudsgiverne kort før tilbudsfristens udløb. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved, at ordregiveren besvarede nogle spørgsmål fra en tilbudsgiver uden at oplyse besvarelsen over for de andre tilbudsgivere. Forskellige angivelser i tilbuddene var ikke forbehold	20
Udsendelse af tilbudsliste med angivelse af de centrale udbudte varer knap ca. 3 uger før tilbudsfristens udløb, og krav om, at tilbudsgivernes varekataloger skulle være dateret senest dagen før udsendelsen af tilbudslisten, var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og med Udbudsdirektivets artikel 38 og 39. Krav om, at tilbuddene skulle omfatte mindst 4.000 varenumre, og tilbudsevaluering på grundlag af priserne for nogle få af varerne var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Når en klage er indgivet inden for standstill-perioden, og klageren har anmodet om opsættende virkning, må udbyderen ikke indgå kontrakt, før Klagenævnet har truffet bestemmelse om opsættende virkning. Annullation. Opsættende virkning	22
Ligebehandlingsprincippet var ikke overtrådt ved, at udbudsbetingelserne var udformet ud fra en forventning om, at det danske marked ville kunne levere den udbudte ydelse, da fastsættelsen ikke var sket for at udelukke udenlandske leverandører, og da udbyderen ikke havde haft pligt til at sikre et vist antal tilbudsgivere. Forbehold om tidsplan angik et grundlæggende element. Udbudsbetingelsernes krav med hensyn til leveringstidspunkter var ikke uklare og uopnåelige, og klagerens forståelse af kravene var uden mening. Ikke opsættende virkning	24
Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have vurderet tilbuddene på en anden måde end angivet i udbudsbetingelserne og ved at have vurderet samme forhold under to underkriterier. Opsættende virkning. Ikke annullation	25
Udbyderen har ikke pligt til at kræve dokumentation for ønskede oplysninger. En påstand afvist, da klageren ikke havde præciseret, hvad den sigtede til, hvorfor Klagenævnet var afskåret fra en forsvarlig behandling af påstanden. En angivelse i udbudsbekendtgørelsen var en betingelse for indgåelse af kontrakt og var ikke et udvælgelseskriterium. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved anvendelse af udbudsformen konkurrencepræget dialog, selvom betingelserne herfor ikke var opfyldt. Ikke annullation bl.a. som følge af sagens forløb for Klagenævnet	26
Klage ikke taget til følge. Udtalt, at beskrivelsen af en udbudt ydelse skal sætte tilbudsgiverne i stand til at overskue konsekvenserne af at afgive tilbud, herunder den økonomiske risiko	28
Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved under tilbudsvurderingen at lægge vægt på et forhold, selvom det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at der ville blive lagt vægt på forholdet. Et underkriterium om tilbudsforbehold var i strid med Udbudsdirektivets artikel 53. Det var desuden i strid med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen reelt prissatte forbehold i nogle af tilbuddene og vurderede forbehold i et andet af tilbuddene efter det omtalte underkriterium. Ikke annullation	29
Udbyderen havde ikke pligt til i udbudsbetingelserne at angive retningslinjer for tildeling af karakter vedrørende de enkelte underkriterier. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved at have anvendt en uklar fremgangsmåde ved ændring af udbudsbetingelserne. Ikke opsættende virkning	30

Udbyderens pointtildeling vedrørende underkriterier ikke tilsidesat. Udbyderens afvisningspåstand ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke fandt klagerens påstande uegnede til behandling	31
Ligebehandlingsprincippet overtrådt ved åbning af et tilbud nogle timer før tilbudsfristens udløb. Det var i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 52, at udbyderen krævede erklæring fra en bank som betingelse for at prækvalificere en virksomhed uden at stille samme krav til de øvrige virksomheder, der anmodede om prækvalifikation. Klagenævnet havde ikke kompetence til at tage stilling til, om de varer, som den valgte tilbudsgiver havde leveret, svarede til de tilbudte varer. Udbyderen ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at tilbuddene var vurderet efter de fastsatte underkriterier og kun dem. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved at tage et tilbud i betragtning, selvom et gelænder, der efter udbudsbetingelserne skulle have en højde på 1 m, ifølge tilbuddet havde en højde på 95 cm. Et underkriterium om forbehold var uden mening og var i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet.....	32
En mindre væsentlig ændring af udbudsbetingelserne var ikke i strid med Udbudsdirektivet. Udbyderen overtrådte Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at sende svar på spørgsmål fra tilbudsgiverne til alle tilbudsgivere samtidig. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation	34
Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved at tage et tilbud i betragtning, selvom det ikke som krævet var vedlagt tilbudsgiverens seneste regnskab. Desuden overtrædelse af Udbudsdirektivet ved anvendelse af et udvælgelseskriterium som underkriterium. Der forelå ikke særlige omstændigheder, der kunne føre til pligt for udbyderen til at kontrollere eller kræve dokumentation for oplysninger i tilbuddene. Et underkriterium var ikke uklart beskrevet i udbudsbetingelserne, og Klagenævnet havde ikke grundlag for at tilsidesætte udbyderens tilbudsvurdering i relation til underkriteriet. Annullation	35
Klage over udbydernes tilbudsvurdering i relation til underkriterierne ikke taget til følge. Ikke opsættende virkning	36
Projektkonkurrence. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved manglende angivelse i udbudsbekendtgørelsen af bedømmelseskriterierne. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved væsentlig ændring af bedømmelseskriterierne og ved at udpege et ukonditionsmæssigt projektforslag som vinder. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved gennemførelsen af projektkonkurrencen med hensyn til antallet af vindere m.m. Overtrædelse af effektivitetsprincippet og Lov om Klagenævnet for Udbud ved opfordring til de prækvalificerede om at give afkald på retten til at klage. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved at gennemføre projektkonkurrencen, selvom alle projektforslag overskred udbyderens oplyste anlægsramme betydeligt, og ved under vurderingen af projektforslagene at lægge vægt på et forhold, der ikke var omfattet af bedømmelseskriterierne	36
Ligebehandlingsprincippet ikke overtrådt ved telefoniske anmodninger i 2006 til nogle virksomheder om tilbud på et indkøb under tærskelværdien, da det var bevist, at anmodningerne var identiske. Udtalt, at ordregiveren havde bevisbyrden herfor.....	38
Et tilbud var ukonditionsmæssigt, da det afveg fra udbudsbetingelserne på et punkt, over for hvilket der efter udbudsbetingelserne ikke kunne tages forbehold. Udbudsbetingelserne var ikke uklare med hensyn til, hvad der kunne tages forbehold overfor, heller ikke for så vidt angik alternative tilbud	39
En angivelse i et tilbud om sædvanlig udførelse af en tjenesteydelse var ikke et forbehold, selvom tjenesteydelsen ikke kunne udføres på sædvanlig måde, da udbyderen vidste dette og skulle have angivet det i udbudsbetingelserne. En angivelse i udbudsbetingelserne om kontrol af den valgte tilbudsgivers udstyr var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, da kontrollen først skulle finde sted efter tildelingsbeslutningen. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved væsentlig ændring af udbudsbetingelserne og ved anvendelse af en pointmodel, der bevirkede, at forskelle i tilbudspriserne havde vilkårlige konsekvenser. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved angivelse i	

Klagenævnet for Udbud, Danmark

udbudsbetingelserne af, at den udbudte tjenesteydelse var omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B, selvom den var omfattet af bilag II A, ved forbehold om at forkaste alle tilbud og annullere udbuddet og ved forbehold om at forkaste eller acceptere tilbud med forbehold og alternative tilbud.....	39
Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved at tage nogle tilbud i betragtning, selvom tilbuddene ikke opfyldte udbudsbetingelsernes dokumentationskrav m.m. Udbyderens svar på spørgsmål fra tilbudsgiverne under et tidligere annulleret udbud var uden betydning. Gennemsigtighedsprincippet ikke overtrådt ved angivelser i udbudsbetingelserne af, at nogle møbler »ca.« skulle have visse dimensioner, men gennemsigtighedsprincippet overtrådt ved uklare angivelser i udbudsbetingelserne. Annullation som følge af grove overtrædelser, selvom klagen først var indgivet ca. ½ år efter tildelingsbeslutningen.....	41
Ikke erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse til tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten vedrørende en bilag II B-tjenesteydelse, men erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da tilbudsgiverens forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud mv. var forårsaget af ordregiverens ansvarspådragende adfærd ved indhentningen af tilbud	43
Det fremgik klart af udbudsbetingelserne, at der under et sideordnet udbud af 10 forskellige entrepriser kunne bydes på en entreprise, flere entrepriser eller alle entrepriser	44
Udbyderens afvisning af et tilbud som ukonditionsmæssigt var uberettiget, da tilbuddet ikke afveg fra licitationsbetingelserne. Ikke opsættende virkning. Annullation. Dissens	45
Klage ikke taget til følge. Udbyderens kontrol af, om tilbud opfylder udbudsbetingelserne, skal ske ved at sammenholde tilbuddene med udbudsbetingelserne, og udbyderen har kun under særlige omstændigheder pligt til at indhente yderligere oplysninger.....	45
Rammer for vægtning var i strid med Udbudsdirektivet, da rammerne var fastsat således, at de enkelte underkriterier ved vægtningen kunne bytte plads i vægtningsrækkefølgen. Udsving på +/-5 % inden for de enkelte rammer var passende og var ikke en overtrædelse af direktivet. Overtrædelse af direktivet ved uklarhed med hensyn til, hvad nogle underkriterier sigtede til. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved vurdering af it-systemers brugervenlighed på grundlag af afprøvning af et enkelt af de tilbudte systemer og ved forkert opgørelse af tilbudspriserne. Betegnelsen standardssystem kunne ikke forstås som sigtende til, at systemet skulle være implementeret hos andre. En skematisk opstilling over fordele og ulemper ved de enkelte tilbud var ikke udtryk for, at tilbuddene var vurderet i forhold til hinanden i stedet for i forhold til underkriterierne. Ikke opsættende virkning. Annullation	47
Et krav i udbudsbetingelserne om erklæringer fra tilbudsgiverne om gæld til det offentlige m.m. skulle som en selvfølgelighed forstås sådan, at erklæringerne skulle afgives af alle deltagerne i et konsortium, der afgav tilbud.....	49
Der forelå ikke særlige omstændigheder, der kunne føre til en pligt for udbyderne til at kontrollere rigtigheden af en angivelse i et tilbud om, at det tilbudte opfyldte et ufravigeligt mindstekrav i udbudsbetingelserne. Et tilbud skulle tages i betragtning, da det opfyldte udbudsbetingelsernes kravspecifikation, og det gjorde ingen forskel, at tilbuddet omfattede yderligere funktioner. Ikke opsættende virkning.....	50
Udbyderne havde ikke overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at vurdere, at en angivelse i et tilbud var et forbehold over for en del af udbudsbetingelserne, der ifølge udbudsbetingelserne ikke kunne tages forbehold for.....	51
En faglig organisation havde ikke retlig interesse i at klage til Klagenævnet over en kommunes indgåelse af kontrakt vedrørende brandslukning mv. i kommunen	51
EU-udbudsreglerne regulerer ikke, hvordan udbyderne skulle forholde sig, efter at Klagenævnet havde konstateret, at udbyderne havde overtrådt udbudsreglerne. Ikke erstatning til forbigået tilbudsgiver til dækning af positiv opfyldelsesinteresse i anledning af udbydernes overtrædelse af udbudsreglerne	

ved tilbudsvurderingen, da det var helt overvejende sandsynligt, at udbyderne også ved en rigtig tilbudsvurdering ville have anset den valgte tilbudsgivers tilbud som det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Heller ikke erstatning til negativ kontraktsinteresse, da den forbigåede tilbudsgiver ville have afgivet tilbud, selvom tilbudsgiveren havde vidst, hvordan udbyderen ville vurdere tilbuddene, og da udbyderne ikke havde tilsigtet forskelsbehandling 52

Tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 3, og Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, finder anvendelse, hvis alle tilbud indeholder forbehold, og det kræves ikke, at forbeholdene angår grundlæggende elementer. Udbyderen havde været berettiget til at indhente underhåndsbud i medfør af Tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 3, men fulgte i stedet fremgangsmåden om forhandling med tilbudsgivere i medfør af Tilbudslovens § 11, hvorfor sagen skulle bedømmes på grundlag af denne bestemmelse. Et forbehold om tidsplan var et forbehold om et grundlæggende element, i hvert fald fordi licitationsbetingelserne angav, at tidsplanens overholdelse var af største vigtighed, Udbyderens forhandling med tilbudsgivere i medfør af Tilbudslovens § 11 må ikke omfatte en tilbudsgiver, hvis tilbud indeholder forbehold om et grundlæggende element, og derfor skal afvises. Klagenævnet tager ikke stilling til, hvilken pointtildeling udbyderens vurdering af tilbuddene skal føre til. Ikke annullation, da klagen var indgivet næsten 6 måneder efter, at klageren havde fået underretning om tildelingsbeslutningen 53

Udbudsdirektivet indeholder ikke regler om, hvornår udbyderen skal fastsætte den endelige vægtning af underkriterierne i tilfælde, hvor udbyderen har fastsat en relativ vægtning af dem. Som følge af de udbudte produkters beskaffenhed m.m. var det i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen kun kvalitetsvurderede en mindre del af de tilbudte produkttyper. Udbudsdirektivet indeholder ikke regler om, hvordan udbyderen skal vurdere de tilbudte varers kvalitet, og udbyderen har ikke pligt til at anonymisere de vareprøver, der anvendes ved vurderingen af kvaliteten. En udbyder har ikke pligt til at anvende et pointsystem ved tilbudsvurderingen og har heller ikke pligt til at anvende samme pointsystem vedrørende alle underkriterier. Det var godtgjort, at den valgte tilbudsgivers tilbud bedre end klagerens tilbud opfyldte udbudsbetingelsernes krav vedrørende et delkriterium til et underkriterium. Ikke opsættende virkning 55

Nogle klagepunkter afvist, da Klagenævnet ved en tidligere kendelse havde taget stilling til de spørgsmål, som klagepunkterne angik. Klagenævnet har ikke kompetence til at tage stilling til tvister vedrørende indgåede kontrakter, og der var ikke før indgåelsen af kontrakten med den valgte tilbudsgiver sket ændring af kontraktgrundlaget i strid med udbudsbetingelserne. Ikke opsættende virkning 56

Det var en saglig grund til annullation af et udbud, at nogle forhold, som udbyderen lagde afgørende vægt på, ikke fremgik af udbudsbetingelserne. Ikke opsættende virkning 58

Indhentning af tilbud efter Tilbudslovens afsnit II med tildelingskriterium laveste pris. Udbyderen havde ikke fastsat forbud mod alternative tilbud og var derfor berettiget til at tage et alternativt tilbud i betragtning. Udbyderen var desuden berettiget til at indgå kontrakt på grundlag af det alternative tilbud, da det havde den laveste pris..... 59

Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved, at et underkriterium var uklart og ikke gav tilbudsgiverne grundlag for at vurdere, hvilket indhold de skulle give tilbuddene. Hvis tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, og de kvalitative underkriterier er uegnede, kan udbyderen annullere udbuddet, hvorimod det ville stride mod gennemsigtighedsprincippet, hvis udbyderen i stedet vurderer tilbuddene ud fra tildelingskriteriet laveste pris. En angivelse i udbudsbetingelserne om, at udbyderen eventuelt ville forkaste alle tilbud, var i strid med Udbudsdirektivet. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved forskellige angivelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne og ved manglende angivelse af mindstekrav for alternative tilbud. Udbyderens henvisning til bestemte varemærker m.m. var berettiget som følge af den udbudte ydelses karakter. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved prækvalifikation af 6 virksomheder, selv om det i udbudsbekendtgørelsen var angivet, at der ville blive

Klagenævnet for Udbud, Danmark

prækvalificeret 5 virksomheder. Annullation, selvom klagen først var indgivet efter ca. 6 måneder	60
EU-udbud af lægevagtskørsel. En tilbudsgiver, der havde bevilling til limousinekørsel, opfyldte et krav i udbudsbetingelserne om at have de nødvendige tilladelser efter taxilovgivningen. Klagenævnet har kompetence til præjudicielt at tage stilling til dansk ret	63
Udbudsbetingelsernes beskrivelse af mindstekravene til alternative tilbud var tilstrækkelig. Et alternativt tilbud opfyldte ikke et krav i udbudsbetingelserne om, at alternative tilbud skulle angå alle opgaver under den pågældende delaftale, hvorfor det alternative tilbud ikke måtte tages i betragtning. Udbyderen har bevisbyrden for, at en prissætning ikke giver den pågældende tilbudsgiver en konkurrencemæssig fordel, og en foretagen prissætning opfyldte ikke kravet herom. Opsættende virkning. Annullation	63
Klage over pointtildeling ved tilbudsvurdering ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke havde grundlag for at tilsidesætte udbyderens skøn. Et underkriterium om organisationens egnethed og kompetence hos nøglepersoner kunne anvendes som tildelingskriterium, da underkriteriet angik den udbudte opgaves udførelse og derfor ikke var et udvælgelseskriterium. Ikke opsættende virkning	65
Udbyderen var forpligtet til ikke at tage et tilbud med forbehold om tidsplanen i betragtning	66
Udbyderen har ikke pligt til på forhånd at oplyse beregningsmetoder for tilbudsvurdering. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved anmodning om oplysning af rabatter på produkter, der ikke var nævnt i tilbudslisten, men som naturligt hørte under det udbudte. Ikke annullation.....	66
Udbyderens meddelelse til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen skal indeholde oplysning om den valgte tilbudsgiver. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, ved, at udbyderens meddelelse om tildelingsbeslutningen ikke blev sendt hurtigst muligt, og overtrædelse af § 6 a i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 ved, at meddelelsen blev sendt med almindeligt brev. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 32 ved kontraktbestemmelse om udbyderens option om at forlænge kontrakten ved dens udløb efter 3 år, selvom optionen ifølge udbudsbetingelserne skulle udnyttes inden for et år fra tildelingsbeslutningen. Ikke annullation.....	68

Resuméer

8. januar 2008. WAP Wöhr Automatikparksysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkerings A/S

En ordregiver har et vist begrænset skøn med hensyn til, om betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog er opfyldt, og det var Klagenævnets vurdering, at ordregiveren havde været berettiget til at anvende konkurrencepræget dialog. Udbudsdirektivet er ikke til hinder for, at ordregiveren giver mulighed for afgivelse af alternative tilbud ved konkurrencepræget dialog. I et særlig komplekst udbud som det foreliggende var det ikke usagligt at udskyde dele af det udbudte til en senere konkurrencepræget dialog eller at annullere udbuddet vedrørende delaf-taler. Det var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet at tildele en tilbudsgiver den udbudte kontrakt, selvom tilbudsgiveren havde samarbejde med en person, der tidligere havde været ansat hos ordregiverens rådgiver. Ikke opsættende virkning

En offentlig ordregiver iværksatte et udbud i form af konkurrencepræget dialog i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende levering og drift af et automatisk parkeringsanlæg. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne teknik og økonomi. Til begge underkriterier var knyttet en række delkriterier.

Der indkom tilbud fra 5 prækvalificerede tilbudsgivere. Den afsluttende konkurrencepræget dialog blev holdt med to tilbageværende tilbudsgivere, dels Westfalia Logistics Solutions Austria GmbH, i det følgende kaldet Westfalia, dels klageren, i det følgende kaldet WAP. Efter dialogens afslutning sendte ordregiveren endelige udbudsbetingelser til de to tilbudsgivere, der derefter afgav endelige tilbud. Udbyderen besluttede herefter at indgå kontrakt med Westfalia, hvorefter WAP klagede til Klagenævnet. En begæring fra WAP om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at ordregiveren havde anvendt udbudsformen konkurrencepræget dialog, selvom betingelserne i Udbudsdirektivet for anvendelse af denne udbudsform ikke var til stede (påstand 1).

Dette klagepunkt sigtede til, at der efter WAP's opfattelse af nærmere angivne grunde ikke var tale om en særlig kompleks kontrakt, hvilket efter direktivets artikel 1, litra 11, c, og artikel 29 er en betingelse for anvendelse af udbudsformen konkurrencepræget dialog. WAP henviste desuden til betragtning 31 i direktivets præambel, hvorefter udbudsformen konkurrencepræget dialog kun kan anvendes, hvis det som følge af det pågældende projekts komplekse karakter ikke er muligt at gennemføre et offentligt eller begrænset udbud.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til følgende: Efter ordlyden af Udbudsdirektivets artikel 29 er der tillagt ordregiverne et vist begrænset skøn ved vurderingen af, om betingelserne for anvendelse af udbudsformen konkurrencepræget dialog er opfyldt, og det kan uanset præambelens ordlyd ikke antages, at anvendelsen af denne udbudsform er begrænset til tilfælde af »absolut umulighed«. Klagenævnet henviste herved til EF-domstolens praksis, hvorefter en betragtning i en præambel nok kan være vejledende, men ikke er en retsregel i sig selv. Af nærmere angivne grunde og efter en samlet

vurdering fandt Klagenævnet endvidere, at den kontrakt, som sagen angik, måtte anses for at være særlig kompleks, og at ordregiveren derfor havde været berettiget til at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog.

2) Klage over, at ordregiveren havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed m.m. ved at angive underkriterierne til tildelingskriteriet væsentligt forskelligt i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne (påstand 2).

Dette klagepunkt sigtede til, at ordregiveren i det væsentlige først fastlagde delkriterierne til underkriterierne i de endelige udbudsbetingelser, der blev sendt til WAP og Westfalia efter afslutningen af den konkurrenceprægede dialog.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til følgende: Delkriterierne havde først kunnet fastsættes endeligt efter afslutningen af den konkurrenceprægede dialog. Der var endvidere ikke grundlag for at antage, at ordregiveren havde vildledt tilbudsgiverne ved under den konkurrenceprægede dialog at have henvist til andre delkriterier, og ordregiverens evaluering af tilbuddene fulgte nøje de delkriterier, der var angivet i de endelige udbudsbetingelser.

3) Klage over, at ordregiveren havde handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 29 ved i udbudsbetingelserne at tillade alternative tilbud, selvom alternative tilbud er uforenelige med udbudsformen konkurrencepræget dialog (påstand 3):

Ikke taget til følge, da der ikke i Udbudsdirektivet kan indfortolkes et forbud mod, at der gives mulighed for alternative tilbud under en konkurrencepræget dialog.

4) Subsidiær klage i forhold til punkt 3 over, at ordregiveren havde taget et alternativt tilbud fra Westfalia i betragtning, selvom dette tilbud ikke var vedlagt nogle krævede oplysninger, idet disse oplysninger kun var vedlagt Westfalia's hovedtilbud (påstand 4):

Ikke taget til følge med henvisning til, at Westfalia's alternative tilbud var konditionsmæssigt, selvom de omtalte bilag alene var vedlagt i ét eksemplar.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed m.m. ved under den konkurrenceprægede dialog at have givet WAP og Westfalia forskellige oplysninger på nogle nærmere angivne punkter og ved at have vurderet de to tilbudsgiveres tilbud på forskelligt grundlag med hensyn til tekniske præstationer (påstand 5 og 6):

Ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke havde grundlag for at fastslå, at ordregiveren havde handlet som beskrevet.

6) Klage over, at ordregiveren havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under den konkurrenceprægede dialog at have ændret den udbudte ydelse fra at angå 3 parkeringsanlæg til kun at angå et enkelt parkeringsanlæg, idet dette var en væsentlig ændring, der forudsatte et nyt udbud, og ved ikke at have givet WAP og Westfalia mulighed for at afgive tilbud på en option om hel eller delvis opførelse af den bygning, som parkeringsanlægget skulle anbringes i, idet en sådan option ifølge udbudsbekendtgørelsen var omfattet af udbuddet (påstand 7 og 8):

Ikke taget til følge. Henvist til, at det ikke var ganske klart, om ordregiveren med WAP's og Westfalia's accept havde udskudt to af tre

parkeringsanlæg, der var omfattet af udbudsbekendtgørelsen, til en senere konkurrencepræget dialog, eller om ordregiveren havde opgivet at gennemføre udbuddet vedrørende de to pågældende parkeringsanlæg. Videre henvist til, at det i et særlig komplekst udbud som det foreliggende ikke var usagligt undervejs i processen at udskyde dele af udbuddet til et senere udbud som konkurrencepræget dialog eller eventuelt at annullere udbuddet vedrørende delaftaler, som ikke havde vist sig realiserbare.

7) Klage over, at ordregiveren havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tildele Westfalia kontrakten, selvom Westfalia havde samarbejde med en person, P, der tidligere havde været ansat hos ordregiverens rådgiver (påstand 9).

Dette klagepunkt sigtede til følgende: P var på udbudsbekendtgørelsens tidspunkt ansat i et ingeniørfirma, der var rådgiver for ordregiveren, og var i denne egenskab projektleder for udbuddet. På et tidspunkt opsagde han sin stilling i ingeniørfirmaet med henblik på at tiltræde en stilling hos en virksomhed, der forhandler parkeringsanlæg, og som har indgået et samarbejde med Westfalia. Han deltog derefter i den første del af den konkurrenceprægede dialog og besigtigede i forbindelse hermed WAP's produktionsfaciliteter og udviklingsafdeling, ligesom han foretog en vurdering af WAP's oprindelige tilbud. WAP gjorde gældende, at Westfalia herefter havde en særlig viden om WAP's forhold og derfor havde en fordel i strid med ligebehandlingsprincippet.

Ordregiveren gjorde heroverfor følgende gældende: P havde ikke til Westfalia videregivet information, der stillede Westfalia bedre i konkurrencen end WAP ved afgivelsen af de endelige tilbud. P var endvidere fratrådt sin stilling hos ordregiverens rådgiver før den afsluttende runde i den konkurrenceprægede dialog, og samarbejdet mellem Westfalia og den virksomhed, som P nu er ansat i, var først indledt på et nærmere angivet tidspunkt. Ordregiveren henviste desuden til, at Westfalia's tilbud var langt bedre end WAP's med hensyn til de afgørende konkurrenceparametre, og at det ikke ville have gjort nogen forskel, selvom P havde videre oplysninger om WAP's tilbud til Westfalia.

Med henvisning til det, som ordregiveren havde anført, blev klagepunktet ikke taget til følge.

9. januar 2008. Thorup Gruppen A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune

En underentreprenør for en tilbudsgiver kunne gøre erstatningskrav gældende over for udbyderen, men erstatningskravet blev afvist, da det ikke var omfattet af Klagenævnets kompetence, idet det påberåbte tab ikke var forårsaget af udbyderens ansvarspådragende adfærd i forbindelse med licitationen, men derimod var forårsaget af udbyderens senere handlinger

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 6. november 2006 i en sag mellem klageren og Skjern kommune, der senere ved kommunesammenlægning er indgået i Ringkøbing-Skjern Kommune.

Sagen angik en begrænset licitation efter Tilbudsloven iværksat af Skjern Kommune vedrørende projektering og udførelse af en udbygning af nogle sportshaller til et kulturcenter. Som et led i udbygningen skulle der opføres en ny hal, benævnt hal III. Der indkom 5 tilbud, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne, A.

Ved kendelse af 25. oktober 2005 konstaterede Klagenævnet, at Skjern Kommune havde overtrådt tilbudslovgivningen ved efter tilbuddenes modtagelse at opfordre A til at ændre sit projekt, så det med hensyn til placeringen af hal III m.m. kom til at svare til projektet fra en anden tilbudsgiver, B. Ved en efterfølgende kendelse af 23. februar 2006 tillagde Klagenævnet B erstatning hos Skjern Kommune bl.a. med henvisning til, at det var sikkert, at B ville have fået kontrakten, hvis Skjern Kommune ikke havde begået de konstaterede overtrædelser.

Kendelsen af 6. november 2006 angik en klage fra en arkitekt T, der havde udført arkitektarbejdet ved udformningen af tilbuddet fra en tilbudsgiver C. Ved denne kendelse konstaterede Klagenævnet, at Skjern Kommune havde overtrådt tilbudslovgivningen ved at give de andre tilbudsgivere oplysning om indretningen af hal III i C's projekt.

Den her resumerede kendelse af 9. januar 2008 angik et erstatningskrav fra T, der påstod sig tillagt en erstatning på 500.000 kr. til dækning af tab ved mistet honorar for arkitektarbejde ved indretningen af hal III.

Klagenævnet udtalte:

Som følge af den overtrædelse af tilbudslovgivningen, som Klagenævnet havde konstateret ved kendelsen af 6. november 2006, var Ringkøbing-Skjern Kommune erstatningsansvarlig ikke alene over for C, men også over for T som underentreprenør for C. Det forhold, at det – som udtalt i kendelsen af 23. februar 2006 – var sikkert, at B ville have fået kontrakten, hvis Skjern Kommune ikke havde begået de overtrædelser, der var konstateret ved kendelsen af 25. oktober 2006, udelukkede endvidere ikke et erstatningsansvar over for T, hvis der var årsagssammenhæng mellem den overtrædelse, som Klagenævnet havde konstateret ved kendelsen af 6. november 2006, og det tab, som T krævede dækket.

Det tab, som T begrundede sit erstatningskrav med, var imidlertid ikke forårsaget af den overtrædelse, der var konstateret ved kendelsen af 6. november 2006, dvs. uberettiget videregivelse af oplysninger, men var derimod forårsaget af Skjern Kommunes efterfølgende handlinger, herunder indgåelse af kontrakten med A. T's erstatningskrav byggede således ikke på ansvarspådragende adfærd i forbindelse med licitationen, hvorfor T's erstatningskrav ikke var omfattet af Klagenævnets kompetence i henhold til § 6, stk. 3, jf. § 1, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnet afviste herefter T's erstatningskrav.

14. januar 2008. LSI Metro Gruppen mod Metroselskabet I/S

Klagenævnet har ikke kompetence til at tage stilling til, om en udbyder har overtrådt Forvaltningslovens regler om speciel inhabilitet. Det forhold, at en ansat hos udbyderen havde forbindelse til en af tilbudsgiverne, havde ikke påvirket udbyderens udbudsproces således, at der ved beslutningen om, hvem der skulle indgås kontrakt med, var sket overtrædelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip. En stillingtagen til påstande vedrørende tilrettelæggelsen af arbejdet hos udbyderen under udbuddet uden samtidig stillingtagen til udbyderens beslutninger under udbuddet ligger uden for den kontrol, som Klagenævnet skal foretage med hensyn til ordregivers overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

Sagen angik et udbud efter forhandling i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende en rådgivningsopgave i forbindelse

med udbygning af den københavnske metro. Der blev prækvalificeret 5 konsortier. Efter nogle forhandlingsrunder opfordrede udbyderen tre af de prækvalificerede konsortier til at afgive endelige tilbud, hvilket skete. Udbyderen besluttede derefter at indgå kontrakt med et af de tre konsortier, Cowi Arup Systra JV, og indgik kontrakt med dette konsortium.

Før tildelingsbeslutningen klagede et af de prækvalificerede konsortier, LSI Metro Gruppen, til Klagenævnet. Dette konsortium var ikke blandt de konsortier, som var blevet opfordret til at afgive endelige tilbud. LSI Metro Gruppen gjorde for Klagenævnet gældende, at prækvalifikationen af tre af de prækvalificerede konsortier, herunder Cowi Arup Systra JV, af nærmere angivne grunde havde været i strid med ligebehandlingsprincippet. LSI Metro Gruppen gjorde desuden gældende, at det var i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, at udbyderens projektdirektør havde været ansat i en virksomhed, Cowi Danmarks A/S, der indgik i Cowi Arup Systra JV, og havde aktier i Cowi Danmark A/S.

Klagenævnet tog stilling til den omtalte klage ved en kendelse af 24. august 2007. Ved kendelsen fik LSI Metro Gruppen ikke medhold. Med hensyn til anbringendet om, at udbyderens projektdirektørs tilknytning til Cowi Danmark A/S var i strid med ligebehandlingsprincippet, udtalte Klagenævnet, at det ville være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis en udbyder undlader at prækvalificere en virksomhed med den begrundelse, at en ansat hos udbyderen har tætte forbindelser til virksomheden.

Den her resumerede kendelse angår en yderligere klage fra LSI Metro Gruppen vedrørende samme udbud. LSI Metro Gruppen nedlagde nu påstande om, at Klagenævnet skulle konstatere, at det var i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, at udbyderen havde ladet sin projektdirektør deltage i følgende beslutninger m.m., selvom projektdirektøren som følge af sin forbindelse til Cowi Danmark A/S havde særlig personlig og økonomisk interesse i udbuddets udfald: Beslutningen om, hvem der skulle prækvalificeres (påstand 1), evalueringen af tilbuddene (påstand 2), beslutningen om, hvilke konsortier, der skulle deltage i yderligere forhandlinger (påstand 3), og beslutningen om at indgå kontrakt med Cowi Arup Systra JV (påstand 4).

LSI Metro Gruppen gjorde yderligere gældende, at udbyderens projektdirektørs deltagelse i de nævnte beslutninger m.m. var i strid med Forvaltningslovens regler om inhabilitet. LSI Metro Gruppen henviste også til, at projektdirektørens ægtefælle er ansat i Cowi Danmark A/S.

Om projektdirektøren oplyste udbyderen: Han blev ansat hos udbyderen som projektdirektør på et nærmere angivet tidspunkt, der lå før udbuddets iværksættelse. På et nærmere angivet andet tidspunkt, der lå efter indgivelsen af de tre endelige tilbud, men før tildelingsbeslutningen, besluttede udbyderen, at projektdirektøren ikke længere skulle deltage i gennemførelsen af udbuddet, og han deltog derfor ikke i evalueringen af de tre endelige tilbud. Udbyderen oplyste videre, at projektdirektøren og hans ægtefælle har afhændet deres aktier i Cowi Danmark A/S.

Klagenævnet udtalte:

Der var ikke (som hævdet af udbyderen) grundlag for at afvise klagen med den begrundelse, at Klagenævnet allerede havde taget stilling til de påklagede overtrædelser ved kendelsen af 24. august 2007, idet de påstande, som LSI Metro Gruppen havde nedlagt under den aktuelle sag, ikke svarede til de påstande, som LSI Metro Gruppen havde nedlagt under den første sag.

Klagenævnet havde ikke kompetence til at tage stilling til, om udbyderen havde overtrådt Forvaltningsloven.

Ved de nedlagte påstande havde LSI Metro Gruppen alene anmodet Klagenævnet om at tage stilling til udbyderens tilrettelæggelse af arbejdet ved gennemførelsen af udbuddet, men havde ikke anmodet Klagenævnet om at tage stilling til, hvilken betydning de påberåbte forhold havde haft for udbyderens beslutninger, og havde heller ikke anmodet Klagenævnet om at tage stilling til, om udbyderens beslutninger skulle annulleres som følge af de påberåbte forhold. En stillingtagen til LSI Metro Gruppen's påstande lå således uden for den kontrol, som det påhviler Klagenævnet at foretage med hensyn til ordregivernes overholdelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip i relation til speciel inhabilitet.

Klagenævnet afviste derfor LSI Metro Gruppen's fire påstande.

Klagenævnet udtalte herefter, at Klagenævnet på baggrund af sagens forløb havde besluttet at tage stilling til følgende spørgsmål:

Om udbyderen havde overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at beslutte at indgå kontrakt med Cowi Arup Systra JV, selvom udbyderens projektdirektør, der havde personlige relationer til Cowi Danmark A/S, havde påvirket beslutningsprocessen under udbuddet til fordel for Cowi Arup Systra JV ved at deltage i følgende: Beslutningen om, hvem der skulle prækvalificeres, tilbudsevalueringen, beslutningen om, hvilke konsortier, der skulle deltage i yderligere forhandlinger, og beslutningen om at indgå kontrakt med Cowi Arup Systra JV.

Klagenævnet foretog herefter en vurdering af følgende forhold: Relationerne mellem udbyderens projektdirektør og Cowi Danmark A/S, sagens oplysninger om den interne forretningsgang hos udbyderen, projektdirektørens muligheder for at favorisere Cowi Arup Systra JV under denne forretningsgang og Klagenævnets kendskab til udbuddet gennem de to klagesager. På grundlag af denne vurdering konkluderede Klagenævnet, at der ikke ved udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med Cowi Arup Systra JV var sket nogen overtrædelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

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

15. januar 2008. Arkitektfirmaet C.F. Møller A/S mod Universitets- og Byggestyrelsen

En angivelse i en udbudsbekendtgørelse af, at der ville blive indgået kontrakt om en rådgivningsydelse med en gruppe af rådgivere med solidarisk hæftelse, var ikke i strid med Udbudsdirektivets artikel 4, stk. 2. Udbyderen havde med rette undladt at prækvalificere en ansøger om prækvalifikation, da ansøgeren ikke bestod af en gruppe af rådgivere

En udbyder iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en tjenesteydelse bestående af rådgivende arkitekt- og ingeniørarbejde m.m. ved projektering og opførelse af et byggeri. I udbudsbekendtgørelsen var angivet, at der ville blive indgået kontrakt med en totalrådgivergruppe med solidarisk og direkte hæftelse mellem gruppens medlemmer. Der indkom 22 anmodninger om prækvalifikation.

Klagen var indgivet af et arkitektfirma, der havde anmodet om prækvalifikation, og som i anmodningen havde angivet, at rådgivergruppen ville bestå af arkitektfirmaet med et nærmere angivet ingeniørfirma som underrådgiver. Udbyderen havde meddelt klageren, at klagerens anmod-

ning om prækvalifikation ikke ville blive taget i betragtning, da klageren havde tilkendegivet at ville afgive tilbud på en måde, der var i strid med angivelsen i udbudsbekendtgørelsen om, at der skulle indgås kontrakt med en rådgivergruppe med solidarisk og direkte hæftelse mellem gruppens medlemmer. Udbyderen sendte en tilsvarende meddelelse til 7 andre arkitektfirmaer, der havde anmodet om prækvalifikation med angivelse af ingeniørfirmaer m.m. som underrådgivere.

Klageren gjorde for Klagenævnet gældende, at klagerens anmodning om prækvalifikation kun kunne forstås således, at klageren og det ingeniørfirma, der var nævnt i anmodningen, ville optræde som totalrådgivergruppe. Klageren henviste desuden bl.a. til, at udbyderen havde taget nogle nærmere angivne anmodninger om prækvalifikation i betragtning, selv om de ikke var indgivet af grupper af rådgivere.

Klagenævnet udtalte:

Det var i udbudsbekendtgørelsen angivet, at kun sammenslutninger af økonomiske aktører kunne opnå ordren. Dette var ikke i strid med Udbudsdirektivets artikel 4, stk. 2 (hvorefter grupper af økonomiske aktører kan være bl.a. ansøgere om prækvalifikation, og hvorefter ordregiverne ikke kan kræve, at sådanne grupper antager en bestemt retlig form). Virksomheder, der ved anmodningen om prækvalifikation udtrykkeligt havde anført, at de ikke ansøgte om prækvalifikation som en sammenslutning, kunne herefter ikke komme i betragtning.

Udbyderen havde derfor med rette undladt at prækvalificere klageren, der i anmodningen om prækvalifikation udtrykkeligt havde angivet, at klageren skulle være totalrådgiver med et ingeniørfirma som underrådgiver. Klagenævnet bemærkede herved, at udbyderen havde bedømt klagerens anmodning om prækvalifikation på samme måde som anmodninger fra andre virksomheder, der udtrykkeligt havde angivet at skulle være totalrådgivere med andre virksomheder som underrådgivere.

Klagen blev herefter ikke taget til følge.

18. januar 2008. Eurofins Miljø A/S mod Aalborg Kommune

Angår Forsyningsvirksomhedsdirektivet. En bemærkning i et tilbud om regulering af tilbudsprisen ved større ændringer af markedsprisen var et forbehold, der bevirkede, at tilbuddet ikke måtte tages i betragtning. Underretningspligten i direktivets artikel 49 overholdt ved mundtlig tilkendegivelse

En ordregiver iværksatte et begrænset udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende udtagning og analyse af vandprøver. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne pris og kvalitet.

I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbudspriserne skulle opgives som faste priser for en nærmere angivet periode, og at priserne efter periodens udløb skulle reguleres i overensstemmelse med nettoprisindekset. Det var desuden bl.a. angivet, at nye analysemetoder, der fremkom i kontraktperioden, skulle anvendes, og at dette skulle ske uden vederlag, medmindre der var betydelige ekstra omkostninger forbundet med det.

Der prækvalificeredes 3 virksomheder, der alle afgav tilbud. I tilbuddet fra en af tilbudsgiverne, E, var angivet, at yderligere regulering af prisen kunne komme på tale ved større ændringer i markedsprisen, og at en sådan regulering ville blive forhandlet med ordregiveren. Det var desuden i tilbuddet angivet, at E ikke havde forbehold.

Ordregiverens rådgiver indstillede, at der blev indgået kontrakt med E om en del af den udbudte ydelse, og meddelte E dette skriftligt. Senere meddelte rådgiveren E mundtligt, at bemærkningen i E's tilbud om regulering af prisen blev opfattet som et forbehold. E protesterede skriftligt herimod, hvorefter ordregiveren skriftligt meddelte E, at E's tilbud som følge af forbeholdet ikke ville blive taget i betragtning.

E klagede til Klagenævnet. En begæring fra E om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at ordregiveren havde anset bemærkningen i E's tilbud om regulering af tilbudsprisen ved større ændringer af markedsprisen som et forbehold.

E gjorde gældende, at bemærkningen sigtede til udbudsbetingelsernes angivelse om nye analysemetoder, og at disse angivelser var uklare, hvorfor der var tale om en tilladelig præcisering i forhold til udbudsbetingelserne. E henviste desuden bl.a. til angivelsen i tilbuddet om, at der ikke blev taget forbehold.

Klagepunktet blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til, at den omhandlede bemærkning i udbudsbetingelserne efter sit klare indhold kun angik nye analysemetoder, og at E havde taget et utvetydigt forbehold for ændringer i markedsprisen. Ordregiveren havde derfor været forpligtet til ikke at tage E's tilbud i betragtning, og det var uden betydning, at E havde angivet, at der ikke blev taget forbehold.

2) Klage over, at ordregiveren havde overtrådt Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 49 ved ikke hurtigst muligt at have givet E en korrekt og fyldestgørende begrundelse for ikke at tage E's tilbud i betragtning:

Ikke taget til følge med henvisning til følgende: E var blevet mundtligt orienteret om, at ordregiveren trods tidligere meddelelse om det modsatte ikke tog E's tilbud i betragtning. Begrundelsen, der var enkel, blev givet samtidig, og det fremgik af den efterfølgende korrespondance, at E ikke havde været i tvivl om, hvad begrundelsen var.

8. februar 2008. Haubjerg Interiør A/S mod Københavns Kommune

Ordregiverens afvisning af en anmodning om fra en virksomhed om prækvalifikation var berettiget, da virksomheden ikke opfyldte udbudsbekendtgørelsens krav til økonomisk og finansiel formåen. Ordregiveren havde ikke pligt til at oplyse potentielle tilbudsgivere om Udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, hvorefter økonomisk og finansiel formåen under visse betingelser kan baseres på en tredjemands formåen

En offentlig ordregiver iværksatte i 2007 et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet af indkøb af møbler. Af udbudsbekendtgørelsen fremgik, at virksomheder skulle opfylde nogle mindstekrav for at blive prækvalificeret, bl.a. at de i de sidste 3 regnskabsår skulle have haft en soliditetsgrad på mindst 15, beregnet på nærmere angivet måde.

En virksomhed H anmodede om prækvalifikation og angav i anmodningen, at H's soliditetsgrad havde været 12,24 i 2004.

Ordregiveren meddelte H, at H ikke kunne prækvalificeres, og angav som begrundelse, at H ikke havde fremlagt dokumentation for, at de »egnethedsniveauer«, som H ikke selv opfyldte, blev opfyldt af en tredjemand, hvis ressourcer H havde rådighed over, jf. Udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2.

(Udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, der angår økonomisk og finansiel formåen, går ud på, at en økonomisk aktør kan basere sig på andre enheders formåen og i så fald skal dokumentere, at han råder over de nødvendige ressourcer. Betegnelsen økonomisk aktør er en fællesbetegnelse for entreprenører, leverandører og tjenesteydere, jf. direktivets artikel 1, stk. 8).

H klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at det ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at mindstekravene for prækvalifikation kunne opfyldes gennem en tredjemand, og at ordregiverens afvisning af H's anmodning om prækvalifikation derfor var sket på fejlagtig grundlag.

Klagenævnet henviste til, at H ikke ved sin anmodning om prækvalifikation opfyldte udbudsbekendtgørelsens krav om soliditetsgrad. Klagenævnet udtalte videre, at ordregiveren ikke havde haft pligt til at oplyse potentielle tilbudsgivere om Udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2. Ordregiveren havde herefter ikke handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at tage H's anmodning om prækvalifikation i betragtning.

Klagen blev således ikke taget til følge.

12. februar 2008. Rengøringsgrossisten ved Ingelise Mortensen mod Skive Kommune

Udbyderen havde været berettiget til at beslutte, at en virksomhed ikke skulle prækvalificeres. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved henvisning til Tjenesteydelsesdirektivet i stedet for Udbudsdirektivet. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved prækvalifikation af en virksomhed, der ikke havde indsendt serviceattest rettidigt. Et udvælgelseskriterium om repræsentation i lokalområdet var i strid med ligebehandlingsprincippet. Annullation

En kommune iværksatte i 2007 et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende et antal delaftaler om rengøring af kommunens skoler og børnehaver, således at der kunne afgives tilbud på en eller flere delaftaler. Anmodning om prækvalifikation skulle være modtaget inden en nærmere angivet frist. Udbudsbekendtgørelsen var udarbejdet med bistand fra et konsulentfirma.

Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at der ville blive prækvalificeret 6 virksomheder, og at der ved prækvalifikationen ville blive lagt vægt på repræsentation i lokalområdet og referencer til lignende ydelser. I udbudsbekendtgørelsen var endvidere angivet, at virksomheder, der anmodede om prækvalifikation, skulle indsende forskellige oplysninger, herunder bevis for erhvervsansvarsforsikring, dokumentation for, at virksomheden ikke var udelukket fra at afgive tilbud efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 29, hvilket kunne gives ved en højst 3 måneder gammel serviceattest, og referenceliste over sammenlignelige tjenesteydelser i geografisk nærhed af kommunen.

Der indkom anmodninger om prækvalifikation fra 7 virksomheder, hvorefter kommunen prækvalificerede 6 af virksomhederne. Udbyderen meddelte samtidig den 7. virksomhed R, at R ikke var blevet prækvalificeret, fordi R's referenceliste var betydeligt mindre end de øvrige virksomheders referencelister, hvorfor det måtte antages, at de øvrige virksomheder havde større ledelsesmæssig erfaring end R og kunne løfte opgaven bedre.

Efter at der var indkommet tilbud fra de prækvalificerede virksomheder, besluttede udbyderen at indgå kontrakt med en dem vedrørende nogle

af delaftalerne og med en anden af dem, F, vedrørende de øvrige delaftaler, og sådanne kontrakter blev indgået.

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

1) Klage over, at kommunen ikke havde prækvalificeret R med henvisning til referencelistens størrelse, idet der ikke i udbudsbekendtgørelsen var stillet krav om en referenceliste af en bestemt størrelse:

Ikke taget til følge med henvisning til, at R's ansøgning alene indeholdt reference vedrørende en enkelt børnehave, medens de øvrige anmodninger om prækvalifikation alle indeholdt flere referencer til skoler, rådhus, hospitaler og kommuner. Kommunen, der skulle begrænse antallet af tilbudsgivere til 6, havde herefter ikke overtrådt Udbudsdirektivet ved at skønne, at R var den af de 7 virksomheder, der ikke skulle prækvalificeres.

Desuden udtalt, at kommunen havde haft pligt til ikke at prækvalificere R, fordi R ikke havde indsendt den krævede dokumentation for erhvervsansvarsforsikring.

2) Klage over, at kommunen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved i udbudsbekendtgørelsen at kræve dokumentation med hensyn til udelukkelsesgrundene i Tjenesteydelsesdirektivet, der var ophævet på udbuddets tidspunkt:

Taget til følge.

3) Klage over, at kommunen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at prækvalificere F, selvom F ikke havde vedlagt anmodningen om prækvalifikation en serviceattest, der højst var 3 måneder gammel:

Taget til følge ved. Udtalt, at kommunen som følge af forholdet havde været forpligtet til ikke at prækvalificere F, og at det var i strid med ligebehandlingsprincippet, at kommunen havde taget hensyn til en ny serviceattest, som F havde indsendt efter udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation.

Desuden udtalt, kommunen ikke (som hævdet af kommunen) havde kunnet udelukke R, fordi heller ikke R havde indsendt en serviceattest inden udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation. Herved henvist til, at udbudsbekendtgørelsen ikke stillede et ubetinget krav om serviceattest, og til, at nogle erklæringer fra advokat og revisor, som R havde vedlagt anmodningen om prækvalifikation, opfyldte udbudsbetingelsernes krav om dokumentation med hensyn til udelukkelsesgrunde.

4) Klage over, at kommunen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved i udbudsbekendtgørelsen at henvise til CPV-klassifikationen rengøring af lokaler, idet der burde have været henvist til CPV-klassifikationen rengøring af skoler:

Ikke taget til følge, da udbuddet ikke alene angik rengøring af skoler.

5) Taget op ex officio og erkendt af kommunen: Konstateret, at udvælgelseskriteriet »repræsentation i lokalområdet« var i strid med ligebehandlingsprincippet.

Som følge af den overtrædelse, der er omtalt under punkt 3), annullerede Klagenævnet kommunens beslutning om at prækvalificere F.

14. februar 2008. Jysk Erhvervsbeklædning ApS mod Hjørring Kommune

Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav til den tilbudte ydelse. Overtrædelse af ligebehandlings-

princippet ved at vurdere tilbuddene i forhold til hinanden i stedet for i forhold til de kvalitative underkriterier. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved modstridende angivelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne om opdeling i delaftaler. Annullation

En kommune iværksatte et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende indkøb af beklædning til kommunens pleje- og køkkenpersonale. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes på nærmere angiven måde: a. pris, b. funktionalitet og komfort, c. kvalitet og d. miljø og sundhed.

Der indkom tilbud fra et antal virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt om beklædning til plejepersonale med en af tilbudsgiverne og kontrakt om beklædning til køkkenpersonale med en anden af tilbudsgiverne. En af de øvrige tilbudsgivere klagede til Klagenævnet, der afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver vedrørende beklædning til plejepersonale i betragtning, selvom tilbuddet ikke opfyldte et krav i udbudsbetingelserne om, at beklædningens ærmer skulle være udformet på nærmere angiven måde:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

2) Klage over, at det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, hvilke mindstekrav alternative tilbud skulle opfylde:

Ikke taget til følge med henvisning til, at det i udbudsbekendtgørelsen var angivet, at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning, hvorfor der ikke skulle angives mindstekrav for alternative tilbud.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved med hensyn til underkriterierne b. funktionalitet og komfort, c. kvalitet og d. miljø og sundhed at have vurderet tilbuddene i forhold til hinanden og ikke i forhold til underkriterierne:

Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede forholdet.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at angive, at den udbudte kontrakt var opdelt i 3 delaftaler, selvom der efter udbudsbetingelserne kunne afgives tilbud på en eller flere delaftaler eller på alle delaftaler:

Taget til følge med henvisning til, at den udbudte kontrakt efter udbudsbetingelserne var inddelt i 3 delaftaler, hvorimod et punkt i udbudsbekendtgørelsen om opdeling i delaftaler ikke var udfyldt. Dette var en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet.

Som følge af den overtrædelse, som Klagenævnet havde konstateret vedrørende punkt 1), annullerede Klagenævnet udbyderens beslutning om at indgå kontrakt vedrørende beklædning til plejepersonale.

Klagenævnets afgørelse om erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 12. januar 2009.

18. februar 2008. Willis I/S mod Lejerbo

En kontrakt, der indeholdt mulighed for en varighed på 8 år, var ikke i strid med princippet om, at offentlige kontrakter med et vist mellemrum skal udsættes for konkurrence, da ordregiveren til enhver tid kunne opsiges kontrakten

En offentlig ordregiver gennemførte i 2006 et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en tjenesteydelse bestående af for-

sikringsmæglerydelser, og på grundlag af udbuddet indgik ordregiveren kontrakt med en tilbudsgiver. I kontrakten var angivet, at kontrakten havde en ordinær løbetid på 4 år, men at ordregiveren havde option på forlængelse med 2 gange 2 år. Det var videre bl.a. angivet, at ordregiveren til enhver tid kunne opsige kontrakten med 3 måneders varsel, og at virksomheden efter en begyndelsesperiode kunne opsige kontrakten med 6 måneders varsel.

I 2007 klagede en virksomhed, der udfører forsikringsmægling, men som ikke havde deltaget i udbuddet, til Klagenævnet over, at den omtalte kontrakt uden saglig grund var indgået med mulighed for en kontraktperiode på indtil 8 år.

Klagenævnet udtalte:

En vedvarende kontrakt, som ordregiveren når som helst kan opsige, er ikke i sig selv i strid med det EU-udbudsretlige princip om, at offentlige kontrakter som udgangspunkt med et vist mellemrum skal udsættes for konkurrence. Det kan derimod være i strid med dette princip, hvis ordregiveren lader en sådan kontrakt løbe over en længere årrække. Det kan ligeledes være i strid med det omtalte princip, hvis en ordregiver indgår en vedvarende kontrakt, der er i en længere årrække er uopsigelig fra ordregiverens side.

Den kontrakt, som den foreliggende sag angik, kunne når som helst opsiges af ordregiveren og kunne også opsiges af forsikringsmæglervirksomheden. Optionen om forlængelse i 2 gange 2 år var således alene udtryk for en tilkendegivelse fra forsikringsmæglervirksomheden om, at virksomheden var indstillet på, at kontrakten skulle løbe i 8 år, og en tilkendegivelse fra ordregiveren om, at ordregiveren muligvis ville lade kontrakten løbe i 8 år. Ordregiveren havde således ikke forpligtet sig til at lade kontrakten løbe i en bestemt kontraktperiode.

Klagen blev herefter ikke taget til følge.

Klagenævnet konstaterede i overensstemmelse med ordregiverens erkendelse, at ordregiveren havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 35, stk. 4, 1. afsnit, ved ikke rettidigt at have sendt meddelelse om den indgåede kontrakt til Kommissionen.

29. februar 2008. Aktieselskabet Karl Jensen Murer- og Entreprenørfirma mod Hobro Boligforening

Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 53 ved manglende angivelse i udbudsbetingelserne af den relative vægtning af underkriterierne. Det gjorde ikke forskel heri, at vægtningen var oplyst i et brev til tilbudsgiverne kort før tilbudsfristens udløb. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved, at ordregiveren besvarede nogle spørgsmål fra en tilbudsgiver uden at oplyse besvarelsen over for de andre tilbudsgivere. Forskellige angivelser i tilbuddene var ikke forbehold

En offentlig ordregiver iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende opførelse af et boligbyggeri i totalentreprise. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af 5 underkriterier. Der blev prækvalificeret 5 virksomheder, der alle afgav tilbud. Ordregiveren besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, hvorefter en anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at ordregiveren havde overtrådt ligebehandlingsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 24, stk. 3 (hvorefter ordregivere, der til-

lader alternative tilbud, skal angive mindstekravene herfor i udbudsbetingelserne) ved ikke i udbudsbetingelserne at have fastsat mindstekrav for alternative tilbud, selvom det var angivet i udbudsbekendtgørelsen, at der kunne afgives alternative tilbud:

Erkendt af ordregiveren og taget til følge.

2) Klage over, at ordregiveren havde taget det valgte tilbud i betragtning, selvom tilbuddet indeholdt et forbud om myndighedsgodkendelse:

Ikke taget til følge. Udtalt, at et afsnit i tilbuddet med overskriften »Myndighedsforbehold« var uklart, og at tilbudsgiveren havde risikoen for uklarheden, men at der efter Klagenævnets vurdering ikke var tale om et forbehold.

3) Klage over, at ordregiveren havde taget det valgte tilbud i betragtning, selvom den valgte tilbudsgivers projekt kun kunne gennemføres, hvis der blev givet dispensation fra lokalplanen:

Ikke taget til følge med henvisning til, at de pågældende angivelser i den valgte tilbudsgivers tilbud af nærmere angivne grunde ikke var i strid med udbudsbetingelserne.

4) Klage over, at ordregiveren ikke havde prissat en angivelse i den valgte tilbudsgivers tilbud om, at tilbuddet ikke omfattede deponeringsudgifterne for forurenede jord, selvom denne udgift ifølge udbudsbetingelserne skulle være omfattet af tilbuddene:

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbudsbetingelsernes angivelser om forurenede jord var uklare, men at de måtte forstås sådan, at tilbuddene ikke skulle omfatte udgift til deponering af forurenede jord.

5) Klage over, at ordregiveren ikke havde prissat et forhold i den valgte tilbudsgivers tilbud om, at stikledninger forudsattes ført frem til bebyggelsen:

Ikke taget til følge, da tilbuddene efter udbudsbetingelserne ikke skulle omfatte stikledninger.

6) Klage over, at ordregiveren ikke havde prissat et forbehold i den valgte tilbudsgivers tilbud om, at det forudsattes, at kloakledninger var tilsluttet en skelbrønd:

Ikke taget til følge, da forudsætningen ikke var i strid med udbudsbetingelserne.

7) Klage over, at ordregiveren havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 53 ved ikke i udbudsbetingelserne at have angivet den relative vægtning af underkriterierne til tildelingskriteriet.

Ordregiveren erkendte, at underkriteriernes relative vægtning ikke var angivet i udbudsbetingelserne, men henviste til, at vægtningen blev oplyst i et brev til tilbudsgiverne kort før tilbudsfristens udløb.

Klagenævnet konstaterede, at ordregiveren havde overtrådt Udbudsdirektivet som anført i klagepunktet.

8) Klage over, at ordregiveren ikke havde indgået kontrakt med klageren, selvom klagerens tilbud var det eneste, der var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Dette klagepunkt sigtede til, at de øvrige tilbud efter klagerens opfattelse enten ikke opfyldte udbudsbetingelserne krav om overholdelse af eksisterende byggefelt og om det krævede antal boliger eller en af disse betingelser.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til, at udbudsbetingelserne ikke stillede krav om overholdelse af det eksisterende byggefelt og om et bestemt antal boliger. Herved bl.a. henvist til, at klageren

først under den mundtlige forhandling for Klagenævnet havde gjort gældende, at udbudsbetingelserne stillede krav om et bestemt antal boliger, og at ordregiveren derfor ikke havde haft lejlighed til at belyse dette fortolkningsspørgsmål.

9) Taget op ex officio:

Udtalt, at ordregiveren havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved før tilbuddenes afgivelse i et brev at have besvaret nogle spørgsmål fra den valgte tilbudsgiver uden at sende kopi af brevet til de andre prækvalificerede.

27. marts 2008. AV Form A/S mod Esbjerg Kommune mfl.

Udsendelse af tilbudsliste med angivelse af de centrale udbudte varer knap ca. 3 uger før tilbudsfristens udløb, og krav om, at tilbudsgivernes varekataloger skulle være dateret senest dagen før udsendelsen af tilbudslisten, var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og med Udbudsdirektivets artikel 38 og 39. Krav om, at tilbuddene skulle omfatte mindst 4.000 varenumre, og tilbudsevaluering på grundlag af priserne for nogle få af varerne var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Når en klage er indgivet inden for standstill-perioden, og klageren har anmodet om opsættende virkning, må udbyderen ikke indgå kontrakt, før Klagenævnet har truffet bestemmelse om opsættende virkning. Annullation. Opsættende virkning

Nogle kommuner iværksatte i fællesskab et offentligt udbud vedrørende en rammeaftale om levering af beskæftigelsesmateriale til skoler. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes på nærmere angiven måde: 1. pris, 2. kvalitet og service og 3. miljøegenskaber

I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbuddene skulle angå mindst 4.000 varenumre. Tilbudsgivernes varekataloger med angivelse af priser for de enkelte varer skulle vedlægges tilbuddene, ligesom tilbuddene skulle angive rabatter. Udbyderne opdelte de udbudte varer i et »A-sortiment« og et »B-sortiment«. Med hensyn til A-sortimentet udfærdigede udbyderne en tilbudsliste omfattende 264 forskellige varer, hvorimod udbyderne ikke udfærdigede en tilbudsliste for B-sortimentet.

Udbydernes tilbudsevaluering i relation til underkriteriet pris skete med hensyn til A-sortimentet på grundlag af varekatalogernes angivelser af priser og tilbuddenes angivelse af rabatter for varerne i dette sortiment og med hensyn til B-sortimentet på grundlag af de generelle rabatter, der var anført i tilbuddene. Det blev først ved udsendelsen af tilbudslisten for A-sortimentet oplyst, at tilbudsevalueringen ville ske således.

Udbudsbetingelsernes fastsættelse af, hvilke varer, der var omfattet af A-sortimentet, fremgik kun af tilbudslisten for A-sortimentet. Denne tilbudsliste indgik ikke i de oprindelige udbudsbetingelser, men blev derimod udsendt til tilbudsgiverne knap 3 uger før tilbudsfristens udløb. Tilbudsgiverne blev således først på dette tidspunkt bekendt med om, hvilke varer A-sortimentet omfattede.

I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbudsgivernes varekataloger skulle være dateret senest på en dato, der lå knap 3 uger før tilbudsfristens udløb, og udsendelsen af tilbudslisten for A-sortimentet til tilbudsgiverne skete dagen efter denne dato. Denne fremgangsmåde skyldtes, at udbyderne ønskede at forhindre tilbudsgiverne i at placere avancer vedrørende det ene sortiment i tilbudspriser under det andet sortiment.

Der indkom tilbud fra 4 virksomheder, hvorefter udbyderne besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet. Klagen skete inden for standstill-perioden, og en begæring fra klageren om opsættende virkning blev taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt Udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2 (om en tilbudsfrist på mindst 52 dage ved offentlige udbud) ved kravet om, at tilbudsgivernes varekataloger skulle være dateret senest på en dato, der lå knap 3 uger før tilbudsfristens udløb:

Taget til følge med henvisning til, at tilbudsgiverne først ved fremsendelsen af tilbudslisten dagen efter den omhandlede dato fik oplysning om, hvilke ydelser der blev stillet krav om.

2) Klage over, at udbyderne havde overtrådt de nævnte bestemmelser samt Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 1 (om supplerende oplysninger fra udbyderen) ved først at have udsendt tilbudslisten for A-sortimentet knap 3 uger før tilbudsfristens udløb:

Taget til følge. Henvist til, at tilbudslisten dannede grundlag for tilbudsgivernes helt legitime overvejelser om, hvordan tilbuddene skulle udformes, og at det ikke var muligt for tilbudsgiverne uden kendskab til tilbudslisten at vide, hvad udbyderne krævede leveret. Den anvendte fremgangsmåde havde ikke hjemmel i Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2 (om supplerende oplysninger fra udbyderen senest 6 dage før tilbudsfristens udløb), således som det var hævdet af udbyderne.

3) Klage over, at udbyderne havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at fastsætte, at tilbuddene skulle angå mindst 4.000 varenumre:

Taget til følge bl.a. med henvisning til, at kravet var uden sammenhæng med tilbudslisten, der dannede grundlaget for evalueringen, og at udbyderne ikke havde anført saglige grunde for kravet, der var vilkårligt.

4) Klage over, at udbyderne havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under tilbudsevalueringen i relation til underkriteriet pris kun at have lagt vægt på priserne for varerne i A-sortimentet:

Taget til følge med henvisning til, at den anvendte evalueringsmetode indebar, at B-sortimentets faktiske priser ikke indgik. Desuden henvist til, at tilbudsgiverne ikke på det tidspunkt, hvor varekatalogerne senest skulle være dateret, vidste, hvilke varer tilbudslisten omfattede, og efter hvilken model evalueringen af tilbudspriserne ville blive foretaget.

5) Klage over, at udbyderne havde overtrådt § 6 b, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 ved at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, selvom klageren havde indgivet klage til Klagenævnet med begæring om opsættende virkning inden 10 dage efter udbyderens afsendelse af underretning om afgørelsen om, hvem der ville blive indgået kontrakt med.

Udbyderne sendte den 13. december 2007 meddelelse til tilbudsgiverne om beslutningen om indgåelse af kontrakt, jf. § 6 a i den nævnte bekendtgørelse. Klageren indgav klagen til Klagenævnet den 21. december 2007 – dvs. inden udløbet af standstill-perioden på 10 dage – og anmodede samtidig om opsættende virkning. Klageren underrettede samtidig som foreskrevet i § 4, stk. 3, i Lov om Klagenævnet for Udbud udbyderne om klagens indgivelse. Det påhvilede herefter udbyderne ikke at underskrive

kontrakten, før Klagenævnet havde truffet bestemmelse om spørgsmålet om opsættende virkning efter § 6, stk. 2, i Lov om Klagenævnet for Udbud. Udbyderne indgik desuagtet kontrakt den 4. januar 2008. Pligten til ikke at indgå kontrakt, inden Klagenævnet har truffet beslutning om spørgsmålet om opsættende virkning, er ikke betinget af, at udbyderen har modtaget underretningen fra Klagenævnet omtalt i § 6 a, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud. Udbyderen underskrev kontrakten den 4. januar 2008 umiddelbart før modtagelsen af Klagenævnets underretning.

På baggrund af de overtrædelser, der var konstateret ad punkterne 1-4, annullerede Klagenævnet udbydernes beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Opretholdt ved Retten i Hernings dom af 5. november 2009 i sag BS 1-542/2008.

31. marts 2008. Cowi A/S mod Kort og Matrikelstyrelsen

Ligebehandlingsprincippet var ikke overtrådt ved, at udbudsbetingelserne var udformet ud fra en forventning om, at det danske marked ville kunne levere den udbudte ydelse, da fastsættelsen ikke var sket for at udelukke udenlandske leverandører, og da udbyderen ikke havde haft pligt til at sikre et vist antal tilbudsgivere. Forbehold om tidsplan angik et grundlæggende element. Udbudsbetingelsernes krav med hensyn til leveringstidspunkter var ikke uklare og uopnåelige, og klagerens forståelse af kravene var uden mening. Ikke opsættende virkning

Kort og Matrikelstyrelsen iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende indkøb af brugsretten til en digital højdemodel, dvs. et system til tredimensional kortlægning af landet. Før udbuddets iværksættelse havde udbyderen henvendt sig til et konsulentfirma, som havde orienteret sig på bl.a. på det danske marked, og som havde gennemført interviews med 2 virksomheder.

De to virksomheder var de eneste, der anmodede om at blive prækvalificeret under udbuddet. De blev begge prækvalificeret og afgav begge tilbud. Udbyderen afviste tilbuddet fra den ene af virksomhederne C som ukonditions-mæssigt og besluttede at indgå kontrakt med den anden virksomhed.

C klagede derefter til Klagenævnet. En begæring fra C om opsættende virkning blev ikke taget til følge. Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt princippet om ligebehandling ved at have opstillet en række betingelser, der begrænsede de mulige tilbudsgivere til virksomheder, der allerede var aktive på det danske marked:

Ikke taget til følge. Henvist til, at udbuddets betingelser måtte anses fastsat ud fra en forventning om, at markedet for højdemodeller i Danmark ville kunne levere i overensstemmelse hermed, og ikke for at udelukke udenlandske producenter. Desuden henvist til, at udbyderen ikke havde haft pligt til at sikre, at der ville være et vist antal tilbudsgivere under udbuddet.

2) Klage over, at udbyderen havde afvist C's tilbud som ukonditions-mæssigt:

Ikke taget til følge med henvisning til, at C's tilbud indeholdt et forbehold vedrørende udbudsbetingelsernes tidsplan, hvilket var et forbehold vedrørende et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Udbyderen

havde derfor været ikke blot berettiget, men også forpligtet til at afvise C's tilbud.

3) Klage over, at udbyderne havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i udbudsbetingelserne at have opstillet uklare og uopnåelige krav til leveringstidspunkter, herunder således, at udbudsbetingelserne gav indtryk af, at nærmere angivne ydelser kunne udføres efter kontraktsindgåelsen, selvom de nødvendigvis skulle have været udført forinden (påstand 3 og 4).

Disse klagepunkter sigtede til, at udbudsbetingelsernes angivelser om leveringstidspunkterne og udbyderens frister for godkendelse af leverancer efter C's opfattelse indebar, at de omhandlede ydelser skulle være udført før kontraktsindgåelsen.

Klagepunkterne blev ikke taget til følge. Bl.a. henvist til, at C's forståelse af udbudsbetingelserne ikke gav mening, og at en nærmere angivet anden forståelse var den naturlige.

10. april 2008, MT Højgaard A/S mod 1. Slots- og Ejendomsstyrelsen og 2. Helsingør Kommune

Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have vurderet tilbuddene på en anden måde end angivet i udbudsbetingelserne og ved at have vurderet samme forhold under to underkriterier. Opsættende virkning. Ikke annullation

To offentlige ordregivere iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende udførelse af et bygge- og anlægsarbejde i form af totalentreprise og partneringaftale. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne a. pris, b. tilbudsprojekt, c. udførelse og jordhåndtering, d. organisation og partnering og e. kvalitets- og miljøstyring. Der indkom tilbud fra 5 prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderne besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne.

En anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderne havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at vurdere tilbuddene i forhold til underkriteriet a. pris på en anden måde end angivet i udbudsbetingelserne.

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Det udbudte arbejde angik dels en basisydelse, dels nogle optioner. I udbudsbetingelserne var angivet, at prisen vægtedes med 50 %, og at vægtningen af prisen ville blive opdelt i 70 % for basisydelsen og 30 % for optionerne. Udbyderne havde imidlertid med den valgte formulering tilsigtet, at tilbudsvurderingen med hensyn til tilbudspriserne skulle foretages på grundlag af en fiktiv pris, der fremkom som summen af 70 % af tilbudsprisen for basisydelsen og 30 % af prisen for optionerne.

Klagenævnet konstaterede, at udbyderne havde overtrådt udbudsreglerne som angivet i klagepunktet.

2) Klage over, at udbydernes vurdering af tilbuddenes opfyldelse af underkriteriet a. pris, jf. ovenfor, var sket på en måde, der var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud:

Ikke taget til følge. Bl.a. henvist til, at hverken den vurderingsmetode, der var angivet i udbudsbetingelserne, men som ikke blev anvendt, eller

den vurderingsmetode, der faktisk var anvendt, generelt var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

3) Klage over, at udbyderne havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet c. udførelse og jordhåndtering at lægge vægt på miljøhensyn, der var omfattet af underkriteriet e. kvalitets-og miljøstyring:

Taget til følge med henvisning til, at miljøforhold som følge af den pågældende fejl var indgået to gange i tilbudsvurderingen.

En påstand fra klageren om annullation af udbydernes beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge, og Klagenævnet henviste herved til følgende: En udbyders vurdering af tilbuddene på en anden måde end den, der er fastsat i udbudsbetingelserne, er en overtrædelse, der typisk vil føre til annullation, og klageren havde påvist, at udbydernes vurdering af tilbuddene ville være faldet anderledes ud, hvis udbyderne havde fulgt den fremgangsmåde, der var anført i udbudsbetingelserne i stedet for at anvende den fremgangsmåde, som hele tiden havde været tilsigtet anvendt og tilsigtet beskrevet i udbudsbetingelserne. Klageren havde imidlertid ikke påvist, at fejlen havde haft betydning for klagerens udformning af sit tilbud, og der måtte desuden tages hensyn til den betydning, som en annullation ville have for udbydernes gennemførelse af projektet.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 1. oktober 2008. Denne afgørelse blev ændret ved Østre Landsrets dom af 14. maj 2010 i 22. afd. sag B-338-09.

14. april 2008. Damm Cellular Systems A/S mod Økonomistyrelsen

Udbyderen har ikke pligt til at kræve dokumentation for ønskede oplysninger. En påstand afvist, da klageren ikke havde præciseret, hvad den sigtede til, hvorfor Klagenævnet var afskåret fra en forsvarlig behandling af påstanden. En angivelse i udbudsbekendtgørelsen var en betingelse for indgåelse af kontrakt og var ikke et udvælgelseskriterium. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved anvendelse af udbudsformen konkurrencepræget dialog, selvom betingelserne herfor ikke var opfyldt. Ikke annullation bl.a. som følge af sagens forløb for Klagenævnet

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 21. december 2007 i samme sag.

Sagen angik et udbud i form af konkurrencepræget dialog i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende etablering og drift af et landsdækkende net for radiokommunikation til nød- og beredskabsformål under anvendelse af den såkaldte Tetra-teknologi. Der blev prækvalificeret tre virksomheder, nemlig en virksomhed DB og et konsortium, som klageren (herefter DC) indgik i. I løbet af den konkurrenceprægede dialog udtrådte den tredje virksomhed, således at der herefter kun resterende DB og det omtalte konsortium. Udbyderen besluttede at indgå kontrakt med DB, hvorefter DC klagede til Klagenævnet.

Ved kendelsen af 21. december 2007 afviste Klagenævnet påstand 1-10. Disse påstande sigtede til, at udbyderen efter DC's opfattelse havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved, at DB før udbuddet fra en anden statsmyndighed end udbyderen havde fået tilladelse til at udnytte to radiofrekvenser til etablering af et kommunikationsnet som det udbudte. Som begrundelse for afvisningen henviste Klagenævnet til, at en eventuel til-

sidesættelse af et ligebehandlingsprincip ikke angik det udbudsretlige ligebehandlingsprincip i relation til det aktuelle udbud.

Den her resumerede kendelse angik nogle yderligere påstande fra DC, nemlig påstand 11-17, og Klagenævnet tog stilling til disse påstande således:

Påstand 11): Klage over, at der ikke i udbudsbekendtgørelsen var stillet krav om dokumentation for nogle oplysninger om bl.a. frekvensadgang, der skulle gives ved anmodningen om prækvalifikation:

Ikke taget til følge med henvisning til, at en udbyder ikke efter udbudsreglerne har pligt til at stille krav om dokumentation for oplysninger som de pågældende.

Påstand 12): Klage over, at udbyderen ikke havde anført klare og objektive krav i relation til nogle angivelser i udbudsbekendtgørelsen om dækning og kapacitet:

Ikke taget til følge bl.a. med henvisning til, at udbudsbekendtgørelsen alene skulle danne grundlag for virksomhedernes vurdering af, om de ville anmode om prækvalifikation, og for udbyderens beslutning om, hvem der skulle prækvalificeres.

Påstand 13): Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet:

Påstanden afvist, da DC ikke havde præciseret, hvad påstanden sigtede til, hvorfor Klagenævnet var afskåret fra en forsvarlig behandling af påstanden.

Påstand 14): Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med proportionalitetsprincippet ved i udbudsbekendtgørelsen at have fastsat som udvælgelseskriterium, at det var en betingelse for tildeling af ordren, at tjenesteyderen havde den nødvendige frekvenstilladelse senest 7 dage efter tilbudsfristens udløb:

Ikke taget til følge med henvisning til, at der ikke var tale om et udvælgelseskriterium, men om en betingelse for indgåelse af kontrakt. Desuden henvist til, at formålet med angivelsen havde været at sikre, at virksomheder, der ikke kunne eller ville opfylde betingelsen, ikke brugte ressourcer på en anmodning om prækvalifikation.

Påstand 15): Klage over, at udbyderen havde handlet i strid med proportionalitetsprincippet ved i forbindelse med tildelingsbeslutningen at have lagt vægt på, om tilbudsgiveren allerede havde den nødvendige frekvensadgang:

Ikke taget til følge med begrundelse svarende til begrundelsen ad påstand 14.

Påstand 16): Klage over, at udbyderen havde anvendt udbudsformen konkurrencepræget dialog, selvom betingelserne herfor i Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, ikke var opfyldt. (Efter bestemmelsen er det en forudsætning for konkurrencepræget dialog, at der er tale om en særligt kompleks kontrakt, og at udbyderen mener, at det ikke er muligt at indgå en kontrakt på grundlag af et offentligt eller begrænset udbud).

Påstanden taget til følge med henvisning til, at det havde været muligt at foretage en objektiv beskrivelse af udbyderens behov og en objektiv præcisering af de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med projektet. Desuden bl.a. henvist til, at udbyderen kendte sine behov og krav før udbuddet.

Dissens for ikke at tage påstanden til følge med henvisning til, at der var særegne omstændigheder i forbindelse med kontraktsindgåelsen på

grund af de forudgående frekvenstilladelser til DB, og at anvendelse af udbudsformen konkurrencepræget dialog derfor gav udbyderen den bedste mulighed for under udbuddet at give tilbudsgiverne en lige behandling.

Påstand 17): Påstand om annullation af udbyderens beslutning om at tildele DB kontrakten:

Ikke taget til følge bl.a. med henvisning til sagens forløb for Klagenævnet.

Klagenævnets flertals afgørelse vedrørende påstand 16 blev kendt ugyldig ved Østre Landsrets dom af 29. juni 2009 i sag 15. afd. B-2542-08 som følge af utilstrækkelig begrundelse. Klagenævnet traf ny afgørelse om påstand 16 ved kendelse af 27. april 2010.

15. april 2008. FSBbolig mod Lægeforeningens Boliger s.m.b.a.

Klage ikke taget til følge. Udtalt, at beskrivelsen af en udbudt ydelse skal sætte tilbudsgiverne i stand til at overskue konsekvenserne af at afgive tilbud, herunder den økonomiske risiko

Et boligselskab iværksatte et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet af en tjenesteydelse bestående af administration af udbyderens ejendomme. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. priser (30 %), 2. drift og leveringssikkerhed (10 %), 3. sikring af kvalitet og service (25 %), 4. tilbudsgivers organisatoriske og personalemæssige forhold (25 %) og 5. indhold og omfang af tilbudsgivers eventuelle forbehold (10 %). I et prisblad, der indgik i udbudsbetingelserne, skulle tilbudsgiverne angive et generelt administrationsvederlag pr. lejemål samt priser for forskellige tillægsydelser.

Der indkom tilbud fra 5 tilbudsgivere, hvorefter udbyderen holdt møder med alle tilbudsgiverne. Der var ikke enighed mellem sagens parter om karakteren af disse møder. Udbyderen besluttede derefter at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. To af de andre tilbudsgivere indgav klage til Klagenævnet, der tog stilling til den ene af klagerne i den her resumerede kendelse og til den anden klage i en kendelse af 16. april 2008.

Klagenævnet afgjorde sagen vedrørende den første klage således:

1) Klage over, at udbyderen ved bedømmelsen af tilbuddene i relation til underkriterium 1. priser havde lagt særskilt vægt på prisen for en nærmere angivet tillægsydelse, idet prisen for denne ydelse skulle indgå i det generelle administrationsvederlag pr. lejemål:

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde lagt særskilt vægt på prisen for den pågældende tillægsydelse.

2) Klage over, at underkriterierne 2. drift og leveringssikkerhed og 3. sikring af kvalitet og service var upræcise og uegnede til at vurdere tilbuddene i forhold til hinanden:

Ikke taget til følge, da de pågældende underkriterier efter Klagenævnets vurdering ikke var uklare.

3) Klage over, at der ikke i udbudsbetingelserne var indeholdt en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af den udbudte tjenesteydelse:

Ikke taget til følge. Udtalt, at beskrivelsen af en udbudt ydelse skal sætte tilbudsgiverne i stand til at overskue konsekvenserne af at afgive tilbud, herunder den økonomiske risiko. Videre henvist til, at beskrivelsen i udbudsbetingelserne af den udbudte ydelse efter Klagenævnets vurde-

ring var tilstrækkelig, ligesom den havde været gældende for alle tilbudsgivere.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved efter tilbuddenes modtagelse at have forhandlet med alle tilbudsgivere:

Ikke taget til følge, da sagens oplysninger ikke gav grundlag herfor.

16. april 2008. Boligkontoret Danmark mod Lægeforeningens Boliger s.m.b.a.

Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved under tilbudsvurderingen at lægge vægt på et forhold, selvom det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at der ville blive lagt vægt på forholdet. Et underkriterium om tilbudsforbehold var i strid med Udbudsdirektivets artikel 53. Det var desuden i strid med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen reelt prissatte forbehold i nogle af tilbuddene og vurderede forbehold i et andet af tilbuddene efter det omtalte underkriterium. Ikke annullation

Et boligselskab iværksatte et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet af en tjenesteydelse bestående af administration af udbyderens ejendomme. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. priser (30 %), 2. drift og leveringssikkerhed (10 %), 3. sikring af kvalitet og service (25 %), 4. tilbudsgivers organisatoriske og personalemæssige forhold (25 %) og 5. indhold og omfang af tilbudsgivers eventuelle forbehold (10 %).

Der indkom tilbud fra 5 tilbudsgivere, hvorefter udbyderen holdt møder med alle tilbudsgiverne. Der var ikke enighed mellem sagens parter om karakteren af disse møder. Udbyderen besluttede derefter at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. To af de andre tilbudsgivere indgav klage til Klagenævnet, der tog stilling til den første klage i en kendelse af 15. april 2008 og til den anden klage i den her resumerede kendelse.

Klagenævnet afgjorde sagen vedrørende den anden klage således:

1) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde tildelt klagerens tilbud for lave pointtal med hensyn til underkriterierne 2. drift og leveringssikkerhed og 3. sikring af kvalitet og service:

Ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke havde grundlag for at tilside-sætte udbyderens skøn med hensyn til den pågældende pointtildeling.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebe-handling og gennemsigtighed ved i forbindelse med tilbudsvurderingen at have lagt vægt på den geografiske placering af tilbudsgivernes medarbejdere:

Taget til følge med henvisning til, at det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, at udbyderen ville lægge vægt på forholdet, der ikke kunne anses omfattet af underkriterium 4. tilbudsgivers organisatoriske og personalemæssige forhold.

3) Klage over, at udbyderen som følge af forbehold i klagerens tilbud havde tildelt dette tilbud et lavere pointtal end de øvrige tilbud vedrørende underkriterium 5. indhold og omfang af tilbudsgivers eventuelle forbehold, selvom der også var forbehold i de andre tilbudsgivers tilbud:

Ikke fundet anledning til at tage stilling til dette klagepunkt.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebe-handling og gennemsigtighed ved ikke at prissætte forbeholdene i klagerens tilbud:

Taget til følge med henvisning til de almindelige principper for en udbyders håndtering af tilbudsforbehold og til, at underkriterium 5. indhold og omfang af tilbudsgivers eventuelle forbehold var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud og derfor var i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, nr. 1 (om tildelingskriterier). Endvidere henvist til, at udbyderen reelt havde prissat nogle forbehold i de øvrige tilbudsgiveres tilbud, men ikke havde prissat klagerens forbehold og i stedet havde vurderet dem efter det omtalte underkriterium, hvilket var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt forhandlingsforbuddet ved efter tilbuddenes modtagelse at have forhandlet med alle tilbudsgivere:

Ikke taget til følge, da sagens oplysninger ikke gav grundlag herfor.

En påstand om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge med henvisning til følgende: Underkriterium 5. indhold og omfang af tilbudsgivers eventuelle forbehold vægtede kun 10 %, og udbyderen kunne have undladt at tage klagerens tilbud i betragtning på grund af forbeholdene i tilbuddet. Endvidere havde den overtrædelse, som Klagenævnet havde konstateret ad punkt 2, ikke været afgørende for udfaldet af udbudsforretningen.

29. april 2008. Funder Ådalkonsortiet mod Vejdirektoratet

Udbyderen havde ikke pligt til i udbudsbetingelserne at angive retningslinjer for tildeling af karakter vedrørende de enkelte underkriterier. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved at have anvendt en uklar fremgangsmåde ved ændring af udbudsbetingelserne. Ikke opsættende virkning

En offentlig ordregiver iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en totalentreprise bestående af projektering og opførelse af en motorvejsbro. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes på nærmere angiven måde: a. »tilbudssum + akkumuleret rentetilskrivning«, b. »kvalitet, teknik og drift & vedligeholdelseshensyn«, c. »æstetik« og d. »organisation, kompetence og kvalitetsstyringsprogram«.

I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbuddene med hensyn til underkriterierne b. - d. ville blive bedømt efter en karakterskala fastlagt ud fra skalatrinene 10, 9, 7, 3 og 0, således at disse karakterer ville blive tildelt tilbuddene efter nærmere angivne retningslinjer. Det var desuden angivet, at alle karakterer i skalaen fra 0 til 10 ville blive brugt i bedømmelsen.

I udbyderens referat af et møde med tilbudsgiverne før tilbuddenes afgivelse var angivet, at udbyderen efter nærmere angivne retningslinjer ville reducere tilbuddenes karakter vedrørende underkriterium c. »æstetik« med fra 0 til 5 points i forhold til antallet af tilbudte brofag.

Der indkom tilbud fra tre prækvalificerede tilbudsgivere. Udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, hvorefter en af de andre tilbudsgivere 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 overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterierne b. - d. at have anvendt andre karakterer inden for skalaen 0 til 10 end karaktererne 10, 9, 7, 3 og 0, og ved herunder at have

tildelt klagerens tilbud karakteren 8 med hensyn til underkriterierne b. og d. (påstand 1 og 2):

Ikke taget til følge med henvisning til, at det utvetydigt fremgik af udbudsbetingelserne, at alle karaktererne fra 0 til 10 ville blive anvendt ved tilbudsvurderingen.

2) Subsidiær klage over, at der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat kriterier for anvendelsen af andre karakterer inden for skalaen 0 til 10 end karaktererne 10, 9, 7, 3 og 0 (påstand 3):

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde haft pligt til en sådan angivelse. Herved udtalt, at udbyderen ikke havde haft pligt til at medtage beskrivelsen af, hvorledes karaktererne 10, 9, 7, 3 og 0 ville blive anvendt.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterium c. »æstetik« ikke alene at foretage fradrag i karakteren i overensstemmelse med angivelserne i mødereferatet, men også at have vurderet antallet af brofag som et selvstændigt delkriterium under underkriterium c. (påstand 4):

Ikke taget til følge. Udtalt, at den retlige beskaffenhed af de omtalte angivelser i mødereferatet var uklar, hvilket var en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet, men at angivelserne måtte fortolkes som et rettelserblad til udbudsbetingelserne. Desuden udtalt, at de fastsatte ændringer efter deres indhold var uklare, fordi de gik ud på at opstille to delkriterier til underkriterium c., dvs. dels et delkriterium om antallet af brofag, dels et yderligere delkriterium, uden at det var beskrevet, hvad dette yderligere delkriterium vedrørte. Imidlertid henvist til, at udbyderen ved vurderingen af tilbuddene havde overholdt angivelserne om fradragspoints vedrørende antallet af brofag, og at udbyderen efter Klagenævnets vurdering ikke i øvrigt i relation til underkriterium c. havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Som følge af den omtalte overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet bestemte Klagenævnet, at klagegebyret skulle tilbagebetales til klageren.

30. april 2008. SCA Hygiene Products A/S mod Sorø Kommune

Udbyderens pointtildeling vedrørende underkriterier ikke tilsidesat. Udbyderens afvisningspåstand ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke fandt klagerens påstande uegnede til behandling

En kommune iværksatte et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende indkøb af bleer til voksne. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud, der vægtedes som angivet: 1. priser/rabatstruktur samt prisregulering (45 %), 2. kvalitet/sortimentsbredde (25 %), 3. service (20 %), 4. forhold omkring levering m.m. (5 %) og 5. miljø (5 %).

Der indkom tilbud fra to tilbudsgivere, A og S. Ved udbyderens tilbudsvurdering opnåede A's tilbud et højere samlet pointtal end S' tilbud, hvorfor udbyderen besluttede at indgå kontrakt med A. S klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde tildelt S' tilbud et for lavt pointtal med hensyn til underkriterium 1. priser/rabatstruktur.

Dette klagepunkt sigtede til, at udbyderen ved pointtildelingen med hensyn til underkriterium 1. alene havde lagt vægt på prisen pr. ble, selv-

Klagenævnet for Udbud, Danmark

om udbyderen efter S' opfattelse også burde have lagt vægt på, at S' bleer medførte kortere skiftetider og sjældnere bleskift.

Klagepunktet blev ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke fandt grundlag for at tilsidesætte pointtildelingen.

2) Klage over, at udbyderen havde tildelt A's tilbud for høje pointtal med hensyn til underkriterierne 2. kvalitet/sortimentsbredde og 5. miljø:

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag for at tilsidesætte udbydere-rens evalueringsmodel eller pointtildeling. Herved bl.a. henvist til, at evalueringen var sket efter afprøvning af de to tilbudsgiverens produkter over en periode.

Klagenævnet henviste generelt til, at Klagenævnet alene tog stilling til pointtildelingen og ikke til, hvilken tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud. Klagenævnet henviste desuden bl.a. til, at de fastsatte underkriterier var egnede, klare og forståelige.

Det fremgik, at S' produkter er af højere kvalitet end A's produkter og har højere pris end disse. Det fremgik videre, at S' produkter bliver foretrukket af udbyderens medarbejdere, og at en arbejdsgruppe ved en indledende tilbudsvurdering tildelte S' tilbud et højere samlet pointtal end A's tilbud.

Udbyderen havde påstået klagen afvist med henvisning til, at S' påstande var uklare og uegnede til Klagenævnets bedømmelse. Udbyderen fik imidlertid ikke medhold heri, da Klagenævnet ikke fandt påstandene uegnede til behandling.

14. maj 2008. Trans-Lift ApS mod DSB

Ligebehandlingsprincippet overtrådt ved åbning af et tilbud nogle timer før tilbudsfristens udløb. Det var i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 52, at udbyderen krævede erklæring fra en bank som betingelse for at prækvalificere en virksomhed uden at stille samme krav til de øvrige virksomheder, der anmodede om prækvalifikation. Klagenævnet havde ikke kompetence til at tage stilling til, om de varer, som den valgte tilbudsgiver havde leveret, svarede til de tilbudte varer. Udbyderen ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at tilbuddene var vurderet efter de fastsatte underkriterier og kun dem. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved at tage et tilbud i betragtning, selvom et gelænder, der efter udbudsbetingelserne skulle have en højde på 1 m, ifølge tilbuddet havde en højde på 95 cm. Et underkriterium om forbehold var uden mening og var i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet

DSB iværksatte i december 2005 et begrænset udbud i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende levering af 25 eldrevne cateringtraktorer og service på disse. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. Prisforhold (40 %), 2. Tekniske krav (30 %), 3. Miljø- og arbejdsforhold samt sikkerhed (15 %) og 4. Eventuelle forbehold for kontraktsudkast (15 %).

Ved tilbudsfristens udløb i marts 2006 var der indkommet tilbud fra nogle af de prækvalificerede virksomheder. Udbyderen iværksatte forhandlinger med tilbudsgiverne og fastsatte en frist i maj 2006 for afgivelse af endelige tilbud. Ved udløbet af denne frist var der indkommet tilbud fra 3 tilbudsgivere, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne.

I januar 2008 klagede en anden af tilbudsgiverne til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at åbne klagerens oprindelige tilbud 4 timer før tilbudsfristens udløb (påstand 1).

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Ca. 4 timer før udløbet af fristen for afgivelse af det oprindelige tilbud afleverede klageren sit tilbud hos udbyderen. En medarbejder hos udbyderen åbnede straks tilbuddet og så det igennem.

Klagepunktet blev taget til følge med bemærkning, at der var tale om en intern procedurefejl hos udbyderen, og at fejlen ikke havde haft praktisk betydning.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at give den valgte tilbudsgiver adgang til separat besigtigelse og ved at have ændret udbuddets specifikationer til fordel for den valgte tilbudsgiver (påstand 2):

Ikke taget til følge med konkret begrundelse.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet og Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 52, stk. 1, a (hvorefter udbyderen ikke må stille krav til en økonomisk aktør, der ikke er stillet til andre) ved som betingelse for prækvalifikation af klageren at kræve erklæring fra klagerens bank om garantistillelse for klagerens forpligtelser uden at stille et tilsvarende krav til de andre prækvalificerede (påstand 3).

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Udbyderen havde som betingelse for prækvalifikation stillet krav om forskellige oplysninger om soliditet m.v. for de virksomheder, der anmodede om prækvalifikation. Som følge af klagerens oplysninger på de pågældende punkter var det efter udbyderens vurdering ikke umiddelbart forsvarligt at indgå kontrakt med klageren. Da klageren imidlertid tidligere havde leveret cateringtraktorer til klageren, ønskede udbyderen dog at modtage tilbud fra klageren, hvorfor udbyderen besluttede at prækvalificere klageren på betingelse af, at klageren stillede betryggende sikkerhed for leverancen i form af den omtalte bankgaranti.

Klagepunktet blev taget til følge med henvisning til følgende: Som følge af de omtalte oplysninger fra klageren ville det have været sagligt velbegrundet, hvis udbyderen havde undladt at prækvalificere klageren. Det var imidlertid i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 52, stk. 1, a, at udbyderen havde stillet det omtalte krav til klageren uden at stille det til andre.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, selvom denne tilbudsgivers cateringtraktorer ikke opfyldte forskellige nærmere angivne krav i udbudsbetingelserne (påstand 4):

Ikke taget til følge med henvisning til følgende: Den valgte tilbudsgivers cateringtraktorer opfyldte nogle præcise krav i udbudsbetingelserne, og udbyderen havde været berettiget til at gå ud fra, at traktorerne opfyldte forskellige generelt formulerede krav (»robust« m.m.). Klagenævnet havde endvidere ikke kompetence til at tage stilling til, om de cateringtraktorer, som den valgte tilbudsgiver faktisk havde leveret, svarede til det tilbudte.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 (om tildelingskriterier) ved ikke at have valgt det

økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af samtlige fastsatte underkriterier og ved at have inddraget »funktionalitet« og »driftssikkerhed« i bedømmelsen, selvom disse forhold ikke i udbudsbetingelserne var fastsat som underkriterier (påstand 5).

Dette klagepunkt sigtede til, at udbyderen ved tilbudsvurderingen bl.a. lagde vægt på funktionalitet og driftssikkerhed for de tilbudte cateringtraktorer, og til, at udbyderen ikke havde udfærdiget et evalueringskema.

Klagepunktet blev taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at tilbuddene var vurderet efter de fastsatte underkriterier og kun dem.

6) Taget op ex officio (spørgsmål 7): Konstateret, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage klagerens tilbud i betragtning, selvom klageren ikke havde fremsendt den krævede bankerklæring om garantistillelse, jf. punkt 2.

7) Taget op ex officio (spørgsmål 8): Konstateret, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage klagerens tilbud i betragtning, idet højden på et gelænder på de af klageren tilbudte cateringtraktorer var 95 cm, selvom gelænderet ifølge udbudsbetingelserne skulle have en højde på 1 m.

8) Taget op ex officio (spørgsmål 9): Konstateret, at udbyderen havde overtrådt Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 (om tildelingskriterier) ved at fastsætte underkriteriet 4. Eventuelle forbehold for kontraktsudkast. Udtalt, at et sådant underkriterium ikke giver mening. Desuden henvist til generelle principper for en udbyders håndtering af forbehold.

Indbragt for domstolene.

29. maj 2008. Hermedico A/S mod Høje-Taastrup Kommune mfl.

En mindre væsentlig ændring af udbudsbetingelserne var ikke i strid med Udbudsdirektivet. Udbyderen overtrådte Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at sende svar på spørgsmål fra tilbudsgiverne til alle tilbudsgivere samtidig. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation

Nogle kommuner iværksatte i fællesskab et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende levering af diabetespræparater. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne 1. pris og 2. service, information og uddannelse.

Der indkom tilbud fra tre tilbudsgivere, hvorefter udbyderne besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En af de andre tilbudsgivere 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 udbyderne havde overtrådt Udbudsdirektivet ved at ændre udbudsbetingelserne i stedet for at annullere udbuddet og iværksætte et nyt udbud med ændrede udbudsbetingelser.

Dette klagepunkt sigtede til følgende: I de oprindelige udbudsbetingelser var angivet, at præparaterne skulle kunne leveres til borgerne ved udlevering på et apotek. Af forskellige grunde ændrede udbyderne dette til, at det i tilbuddene skulle angives, om præparaterne kunne udleveres på et apotek, således at tilbuddenes angivelser herom ville indgå i tilbudsvurderingen i relation til underkriterium 2. service, information og uddannelse.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til, at der var tale om en mindre væsentlig ændring, der var meddelt alle virksomheder, som havde rekvireret udbudsbetingelserne.

2) Klage over, at udbyderne havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 ved at sende svar på spørgsmål fra tilbudsgiverne til klageren knap 3 uger efter, at svaret var sendt til de andre tilbudsgivere:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

En påstand fra klageren om annullation af beslutningen om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge med henvisning til karakteren af den konstaterede overtrædelse.

30. maj 2008. Serviceselskabet for vagtlæger i Region Midt ApS mod Region Midtjylland

Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved at tage et tilbud i betragtning, selvom det ikke som krævet var vedlagt tilbudsgiverens seneste regnskab. Desuden overtrædelse af Udbudsdirektivet ved anvendelse af et udvælgelseskriterium som underkriterium. Der forelå ikke særlige omstændigheder, der kunne føre til pligt for udbyderen til at kontrollere eller kræve dokumentation for oplysninger i tilbuddene. Et underkriterium var ikke uklart beskrevet i udbudsbetingelserne, og Klagenævnet havde ikke grundlag for at tilsidesætte udbyderens tilbudsvurdering i relation til underkriteriet.
Annulatio

En region iværksatte et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende lægevagtkørsel i 7 distrikter. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. pris (40-60 %), 2. service og kvalitet (20-30 %) og 3. erfaring med lignende opgaver (20-30 %).

Der indkom tilbud fra et antal virksomheder, hvorefter udbyderen indgik kontrakter med to af tilbudsgiverne om kørsel i henholdsvis 4 distrikter og et distrikt. Ca. et halvt år derefter klagede en af de andre tilbudsgivere til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den ene af de valgte tilbudsgivere i betragtning, selvom dette tilbud ikke som krævet i udbudsbetingelserne var vedlagt tilbudsgiverens regnskab for det seneste år:

Taget til følge.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved at fastsætte underkriterium 3. erfaring med lignende opgaver:

Taget til følge med henvisning til, at der var tale om et udvælgelses-kriterium, som ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

3) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde givet de to valgte tilbudsgivere maksimumpoints med hensyn til underkriterium 2. service og kvalitet, selvom udbyderen vidste, at den ene af de valgte tilbudsgivers service og kvalitet ikke var tilstrækkelig, og selvom de to tilbudsgivere ikke havde dokumenteret deres niveau for service og kvalitet:

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde foretaget en saglig vurdering af tilbuddene, og til, at der ikke forelå særlige omstændigheder, der kunne føre til en pligt for udbyderen til at kontrollere eller kræve dokumentation for angivelserne i de to tilbud om service og kvalitet.

4) Klage over, at udbyderen ikke i udbudsbetingelserne tilstrækkeligt klart havde beskrevet, hvordan tilbuddene ville blive vurderet i relation til underkriterium 2. service og kvalitet:

Klagenævnet for Udbud, Danmark

Ikke taget til følge, da angivelserne i udbudsbetingelserne var tilstrækkeligt klare.

5) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde anvendt et pointsystem, der var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud med hensyn til underkriterium 2. service og kvalitet:

Ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke fandt tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte den måde, hvorpå udbyderen havde anvendt underkriteriet.

Som følge af de konstaterede overtrædelser, jf. punkt 1 og 2 ovenfor, annullerede Klagenævnet udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med de valgte tilbudsgivere.

Klagenævnet traf afgørelse om et erstatningsspørgsmål i sagen ved kendelse af 27. maj 2009.

26. juni 2008. UAB Baltic Orthoservice mod Furesø Kommune mfl.

Klage over udbydernes tilbudsvurdering i relation til underkriterierne ikke taget til følge. Ikke opsættende virkning

Nogle kommuner iværksatte i fællesskab et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende levering af forskellige hjælpemidler for borgere. Sagen angik udbuddet vedrørende nogle af disse hjælpemidler, dvs. ortopædisk fodtøj og fodindlæg.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. Pris (50 %), 2. Kundeservice (30 %) og 3. Sortiment (20 %). Til underkriterium 2. Kundeservice var fastsat 11 delkriterier om bestilling, leveringstid og kommunikation med brugeren m.m.

Der indkom tilbud fra 5 tilbudsgivere, hvorefter udbyderne besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En af de andre tilbudsgivere 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 udbyderne ved tilbudsvurderingen havde tildelt klagerens tilbud for få points vedrørende underkriterium 3. Sortiment:

Ikke taget til følge, da Klagenævnet efter sagens oplysninger intet grundlag havde for at fastslå, at udbyderne ikke havde vurderet klagerens tilbud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, eller havde handlet i strid med Udbudsdirektivet i øvrigt.

2) Klage over, at udbyderne ved tilbudsvurderingen havde tildelt klagerens tilbud for få points vedrørende samtlige delkriterier til underkriterium 2. Kundeservice:

Ikke taget til følge med forskellige begrundelser ad de enkelte delkriterier, herunder begrundelser svarende til begrundelsen ad punkt 1.

27. juni 2008, Danske Arkitektvirksomheder mod Handels- og Søfartsmuseet

Projektkonkurrence. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved manglende angivelse i udbudsbekendtgørelsen af bedømmelseskriterierne. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved væsentlig ændring af bedømmelseskriterierne og ved at udpege et ukonditionsmæssigt projektforslag som vinder. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved gennemførelsen af projektkonkurrencen med hensyn til antallet af vindere m.m. Overtrædelse af effektivitetsprincippet og Lov om Klage-

nævnet for Udbud ved opfordring til de prækvalificerede om at give afkald på retten til at klage. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved at gennemføre projektkonkurrencen, selvom alle projektforslag overskred udbyderens oplyste anlægsramme betydeligt, og ved under vurderingen af projektforslagene at lægge vægt på et forhold, der ikke var omfattet af bedømmelseskriterierne

En offentlig ordregiver iværksatte en lukket projektkonkurrence i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende projektering og opførelse af et søfartsmuseum i en tidligere tørdok. Der blev prækvalificeret 5 virksomheder.

I et konkurrenceprogram, der blev sendt til de prækvalificerede virksomheder, var som bedømmelseskriterier angivet: 1. arkitektonisk, æstetisk, funktionel og teknisk vurdering, 2. økonomisk vurdering, 3. nøglepersoner, der i givet fald ville blive ansvarlige for opgaven, og 4. drifts- og vedligeholdelsesmæssige forhold.

I konkurrenceprogrammet var endvidere anført, at udbyderen forbeholdt sig at udpege to vindere, der i så fald begge skulle deltage i en bearbejdningsfase før udpegningen af den endelige vinder. Det var desuden bl.a. anført, at udbyderen forbeholdt sig at anse et konkurrenceforslag som ukonditionsmæssigt, hvis det væsentligt overskred udbyderens anlægsramme på 130 mio. kr.

Alle de prækvalificerede virksomheder indgav konkurrenceforslag. Udbyderens tekniske rådgivere gennemgik konkurrenceforslagene og konstaterede derved, at alle forslagene væsentligt overskred anlægsrammen på 130 mio. kr..

I et brev til de prækvalificerede virksomheder foreslog udbyderen derefter, at projektkonkurrencen blev gennemført på nærmere angiven måde, herunder således, at der blev udpeget to vindere, og at udbyderen var fritstillet med hensyn til, om begge vindere skulle deltage i bearbejdningsfasen. Det anførtes i brevet, at forslaget blev stillet under forudsætning af, alle de prækvalificerede tiltrådte det og samtidig fraskrev sig retten til at klage over fremgangsmåden.

4 af de 5 prækvalificerede virksomheder tiltrådte, at projektkonkurrencen blev gennemført som foreslået i udbyderens brev, og fraskrev sig retten til at klage, mens den 5. prækvalificerede virksomhed ikke ønskede at gøre dette. Udbyderen besluttede derefter at gennemføre projektkonkurrencen i overensstemmelse med forslaget i brevet, og udbyderens bedømmelseskomité udpegede et af konkurrenceforslagene som vinder.

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

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 70, jf. bilag VII D (om udbudsbekendtgørelser ved projektkoncurrencer) ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have anført de kriterier, der ville blive anvendt ved vurderingen af konkurrenceforslagene:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage bedømmelseskriterium 3. nøglepersoner, der i givet fald ville blive ansvarlige for opgaven, ud af bedømmelseskriterierne:

Erkendt af udbyderen og taget til følge med bemærkning, at der var tale om en væsentlig ændring af konkurrencevilkårene.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have gennemført projektkon-

kurrencen anderledes end fastsat i konkurrencevilkårene med hensyn til antallet af vindere og vindernes deltagelse i bearbejdningsfasen:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt det EU-retlige effektivitetsprincip samt § 4, stk. 1, nr. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud (om Klagenævnets kompetence) ved at have opfordret de prækvalificerede til at fraskrive sig adgangen til at klage:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved at gennemføre projektkurrencen, selvom alle projektforslag overskred udbyderens anlægsramme betydeligt og derfor ikke måtte tages i betragtning:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved, at dommerkomiteen havde tillagt det betydning, at det vindende projektforslag havde tilbudt noget ekstraordinært i forhold til de særlige udgifter til renovering af dokken:

Erkendt af udbyderen og taget til følge med bemærkning, at konkurrenceprogrammet ikke gav grundlag for at tage det nævnte forhold i betragtning.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at udpege et forslag som vinder, selvom forslaget ikke opfyldte et krav i konkurrenceprogrammet om, at søfartsmuseet skulle placeres i dokken, idet forslaget placerede museet i jorden uden for dokken:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

2. juli 2008. Scan-Plast Produktion A/S mod Herning Kommune

Ligebehandlingsprincippet ikke overtrådt ved telefoniske anmodninger i 2006 til nogle virksomheder om tilbud på et indkøb under tærskelværdien, da det var bevist, at anmodningerne var identiske. Udtalt, at ordregiveren havde bevisbyrden herfor

En kommune indhentede i 2006 telefoniske tilbud fra 4 leverandører om levering af et parti affaldskasser. Der indkom tilbud fra 3 af leverandørerne, hvorefter kommunen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. En af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at kommunen ikke havde foretaget forudgående EU-udbud:

Ikke taget til følge med henvisning til, at anskaffelsens værdi (ca. 1 mio. kr.) klart lå under tærskelværdien for kommunale indkøb (ca. 1,5 mio. kr.).

2) Subsidiær klage over, at kommunen havde overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at have anmodet klageren om at give tilbud på en anden type affaldskasser end den type affaldskasser, som anmodningen til de andre virksomheder havde angået:

Udtalt, at kommunen ved ikke at indhente tilbuddene skriftligt havde bragt sit i en bevismæssigt vanskelig situation, da kommunen havde bevisbyrden for, at anmodningerne til de 4 virksomheder havde været identiske. Klagepunktet blev imidlertid ikke taget til følge, da kommunen på nærmere angiven måde havde bevist, at kommunen havde anmodet alle virksomhederne om tilbud på den samme type affaldskasser, men som

følge af, at kommunen ikke havde indhentet tilbuddene skriftligt, bestemte Klagenævnet, at klagegebyret skulle tilbagebetales til klageren.

Kommunens indhentning af tilbud var iværksat før ikrafttrædelsen den 1. juli 2007 af § 15 c i Tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007) om annonceringspligt.

Delvis ændret ved Vestre Landsrets dom af 26. april 2010 i sag B-0855-09.

9. juli 2008. Informi GIS A/S mod Kulturarvsstyrelsen

Et tilbud var ukonditionsmæssigt, da det afveg fra udbudsbetingelserne på et punkt, over for hvilket der efter udbudsbetingelserne ikke kunne tages forbehold. Udbudsbetingelserne var ikke uklare med hensyn til, hvad der kunne tages forbehold overfor, heller ikke for så vidt angik alternative tilbud

En ordregivende myndighed iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende udvikling af et it-system. Der blev prækvalificeret 5 virksomheder, hvoraf 4 afgav tilbud.

Udbyderen anså tilbuddet fra en af tilbudsgiverne IG som ukonditionsmæssigt og besluttede derfor ikke at tage IG's tilbud i betragtning. Dette skyldtes følgende:

Udbudsbetingelserne indeholdt et udkast til kontrakt, og det var i udbudsbetingelserne angivet, at der ikke kunne tages forbehold over for udkastet bortset fra på nogle nærmere angivne punkter. IG's tilbud indeholdt en kontrakt, der afveg fra et af de punkter i udbudsbetingelsernes kontraktsudkast, over for hvilket der efter udbudsbetingelserne ikke kunne tages forbehold.

Efter at udbyderen havde meddelt IG, at IG's tilbud ikke ville blive taget i betragtning, klagede IG til Klagenævnet herover. En begæring fra IG om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagen var begrundet med, at udbudsbetingelserne efter IG's opfattelse var uklare, og IG henviste herved til følgende: Udbudsbetingelserne indeholdt en omfattende kravspecifikation, og det var angivet, at nogle nærmere angivne dele af kravspecifikationen var mindstekrav, hvis manglende overholdelse ville medføre ukonditionsmæssighed. Det var i udbudsbetingelserne videre angivet, at alternative tilbud ville blive taget i betragtning, og at alternative tilbud skulle opfylde mindstekravene. Disse forhold bevirkede efter IG's opfattelse, at det var uklart, på hvilke punkter der kunne tages forbehold.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge. Klagenævnet henviste til, at IG's tilbud afveg fra udbudsbetingelsernes kontraktsudkast på et punkt, over for hvilket der efter udbudsbetingelserne ikke kunne tages forbehold. Klagenævnet henviste desuden til, at det klart fremgik af udbudsbetingelserne, på hvilke punkter der ikke kunne tages forbehold, og at dette også var gældende for alternative tilbud.

10. juli 2008. European Land Solutions Ltd. mod Kystdirektoratet

En angivelse i et tilbud om sædvanlig udførelse af en tjenesteydelse var ikke et forbehold, selvom tjenesteydelsen ikke kunne udføres på sædvanlig måde, da udbyderen vidste dette og skulle have angivet det i udbudsbetingelserne. En angivelse i udbudsbetingelserne om kontrol af den valgte tilbudsgivers udstyr var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, da kontrollen først skulle finde sted efter tildelingsbeslutningen. Overtrædelse

af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved væsentlig ændring af udbudsbetingelserne og ved anvendelse af en pointmodel, der bevirkede, at forskelle i tilbudspriserne havde vilkårlige konsekvenser. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved angivelse i udbudsbetingelserne af, at den udbudte tjenesteydelse var omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B, selvom den var omfattet af bilag II A, ved forbehold om at forkaste alle tilbud og annullere udbuddet og ved forbehold om at forkaste eller acceptere tilbud med forbehold og alternative tilbud

Kystdirektoratet iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet af en tjenesteydelse, der bestod af rydning af et område ved Vestkysten for miner. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriteriet pris og nogle andre underkriterier.

Der indkom tilbud fra 4 prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. Ca. et år derefter klagede en af de andre tilbudsgivere til Klagenævnet, der tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet indeholdt et forbehold vedrørende et grundlæggende element i udbudsbetingelserne.

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Udbudsbetingelserne indeholdt nogle angivelser om, hvor dybt minerydningen skulle gennemføres, og den valgte tilbudsgivers tilbud indeholdt angivelser om, hvor dybt minerydningen ville blive gennemført. Udbyderen vidste imidlertid fra tidligere minerydningsprojekter, at rydning af miner i vådt sand ved brug af sædvanligt minerydningsudstyr ikke kan udføres så dybt som angivet i tilbuddet, og udbyderen lagde derfor ved tilbudsvurderingen et beløb til den valgte tilbudsgivers tilbudspris.

Klagenævnet henviste til følgende: Markedets viden, herunder den valgte tilbudsgivers viden, omfattede ikke kendskab til nogle helt specielle vanskeligheder ved minerydning i vådt sand, og udbyderen, der havde et sådant kendskab, skulle have oplyst om forholdet i udbudsbetingelserne. På denne baggrund kunne angivelserne om rydningsdybden i den valgte tilbudsgivers tilbud ikke anses for et forbehold om et grundlæggende element med den konsekvens, at tilbuddet ikke måtte tages i betragtning.

Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

2) Subsidiær klage over, udbyderen havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at prissætte angivelserne om rydningsdybde i den valgte tilbudsgivers tilbud, selvom disse angivelser ikke var et forbehold:

Taget til følge i konsekvens af afgørelsen ad punkt 1.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at beslutte at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver uden forinden at have foretaget kontrol af den valgte tilbudsgivers opfyldelse af udbudsbetingelsernes krav om rydningsgenstand og rydningsdybde.

Dette klagepunkt sigtede til følgende: I udbudsbetingelserne var angivet, at der efter kontraktsindgåelsen, men før rydningens påbegyndelse, skulle foretages en nærmere angivet kvalitetskontrol af den valgte tilbudsgivers rydningsudstyr. Efter udbyderens indgåelse af kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev der foretaget en sådan kvalitetskontrol af tilbudsgiverens udstyr, og denne kvalitetskontrol førte tilsyneladende til forskellige ændringer i opgaven.

Klagepunktet blev taget til følge. Klagenævnet udtalte, at en udbyder som udgangspunkt ikke har pligt til at sikre sig, at tilbud lever op til det tilbudte, men at udbyderen i dette tilfælde havde fastsat, at der skulle foretages en kontrol heraf. Denne kontrol blev imidlertid først foretaget efter tildelingsbeslutningen, hvilket var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristens udløb at ændre udbudsbetingelserne væsentligt.

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Efter den omtalte kontrol af den valgte tilbudsgivers udstyr blev der foretaget en række ændringer i opgaven, og den valgte tilbudsgiver udførte disse ændringer som ekstraarbejder mod betaling ud over tilbudsprisen (sådan som denne var forhøjet, jf. punkt 1). Et af ekstraarbejderne angik minerydning i vådt sand, og ekstrabetalingen herfor svarede til ca. 80 % af den valgte tilbudsgivers forhøjede tilbudspris.

Klagepunktet blev taget til følge med henvisning til, at ændringen vedrørende minerydning i vådt sand var så væsentlig, at den havde krævet nyt udbud.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet pris at have anvendt en pointmodel, der ikke fremgik af udbudsbetingelserne, og hvorefter de enkelte tilbud fik points på en vilkårlig og uigennemskuelig måde.

Den omtalte pointmodel gik ud på, at tilbuddet med laveste tilbudspris fik 4 points, og at tilbud med tilbudspris 0-20 %, 20-50 %, 50-100 % og mere end 100 % over laveste tilbudspris fik henholdsvis 3, 2, 1 og 0 points.

Klagepunktet blev taget til følge med henvisning til, at forskelle i tilbudspriserne som følge af pointmodellen medførte vilkårlige konsekvenser ved tilbudsvurderingen.

6) Klage over, at udbyderen i udbudsbetingelserne havde angivet, at den udbudte tjenesteydelse var omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B, kategori 27, »andre ydelser«, selvom tjenesteydelsen er omfattet af direktivets bilag II A, kategori 16, »Kloakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser«:

Erkendt af udbyderen og taget til følge med bemærkning, at den fejlagtige klassificering ikke havde haft betydning for udbyderens gennemførelse af udbuddet.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at have forbeholdt sig ret til at acceptere eller afvise et hvilket som helst tilbud, og ret til at annullere udbuddet og afvise alle tilbud, samt havde forbeholdt sig ret til at acceptere eller afvise afvisninger, forbehold og alternative tilbud:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

Indbragt for domstolene.

11. juli 2008. Labofa Munch A/S mod 1. Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S og 2. Finansministeriet

Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved at tage nogle tilbud i betragtning, selvom tilbuddene ikke opfyldte udbudsbetingelsernes dokumentationskrav m.m. Udbyderens svar på spørgsmål fra tilbudsgiverne under et

tidligere annulleret udbud var uden betydning. Gennemsigtighedsprincippet ikke overtrådt ved angivelser i udbudsbetingelserne af, at nogle møbler »ca.« skulle have visse dimensioner, men gennemsigtighedsprincippet overtrådt ved uklare angivelser i udbudsbetingelserne. Annullation som følge af grove overtrædelser, selvom klagen først var indgivet ca. 1/2 år efter tildelingsbeslutningen

To offentlige ordregivere iværksatte i august 2006 et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en rammeaftale om levering af kontormøbler m.m. I november 2006 annullerede ordregiverne udbuddet med henvisning til, at der ikke var indkommet forskriftsmæssige og/eller antagelige bud, og iværksatte samtidig et nyt begrænset udbud om samme ydelse som hasteprocedure.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud under det nye udbud den 4. december 2006 var der indkommet tilbud fra 10 prækvalificerede virksomheder. Den 7. december 2006 besluttede ordregiverne at indgå kontrakter med 3 af tilbudsgiverne, K, J og E, hvilket ordregiverne samme dag meddelte de øvrige tilbudsgivere. Den 15. december 2006 indgik ordregiverne kontrakterne.

Nogle dage derefter begærede en af de tilbudsgivere, der ikke havde fået tildelt kontrakt, L, aktindsigt i sagens dokumenter, og i februar 2007 gav ordregiverne L aktindsigt med visse undtagelser.

Efter at have gennemgået de dokumenter, i hvilke L havde fået aktindsigt, klagede L i juli 2007 til Klagenævnet, der tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at ordregiverne havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbuddene fra K og J i betragtning, selvom disse tilbud ikke opfyldte nogle nærmere angivne dokumentationskrav i udbudsbetingelserne (påstand 1-2):

Taget til følge. Herved henvist til, at ordregivernes svar på nogle spørgsmål fra tilbudsgiverne under det annullerede første udbud ikke (som hævdet af ordregiverne) kunne tillægges betydning.

2) Klage over, at ordregiverne havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbuddet fra E i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte nogle nærmere angivne krav i udbudsbetingelserne (påstand 3):

Ikke taget til følge med hensyn til tilbuddets opfyldelse af en angivelse i udbudsbetingelserne om, at en stol »ca.« skulle have en bestemt højde, da ordregiverne med angivelsen sigtede til en stol til høje personer og derfor havde været berettiget til at udøve et skøn med hensyn til, om den tilbudte stol opfyldte kravet.

I øvrigt taget til følge med begrundelse svarende til begrundelsen ad punkt 1.

3) Klage over, at udbyderne havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved nogle modstridende angivelser i udbudsbetingelserne (påstand 4):

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

4) Klage over, at ordregiverne havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved den under punkt 2 nævnte angivelse i udbudsbetingelserne af, at en stol »ca.« skulle have en bestemt højde (påstand 5):

Ikke taget til følge, da det ikke var en overtrædelse af udbudsreglerne, at der som følge af angivelsen var overladt et skøn til ordregiverne. Herved henvist til baggrunden for angivelsen, dvs. ordregivernes ønske om en stol til høje personer.

5) Klage over, at ordregiverne havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved en angivelse i udbudsbetingelserne om, at buer i borde »ca.« kunne have en bestemt dimension (påstand 6):

Ikke taget til følge med henvisning til, at formålet med angivelsen var at give tilbudsgiverne mulighed for at give tilbud på borde med forskellig facon.

6) Klage over, at ordregiverne havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved en række uklare angivelser i udbudsbetingelserne (påstand 7-9):

Delvis taget til følge med konkret begrundelse, delvis ikke taget til følge med konkret begrundelse.

Klagenævnet annullerede ordregivernes beslutning om at indgå kontrakt med K og J og udtalte herved:

Tilbuddene fra K og J opfyldte på en lang række punkter ikke udbudsbetingelsernes krav om dokumentation, og ordregiverne havde derfor overtrådt udbudsreglerne groft ved at indgå kontrakter med disse tilbudsgivere.

Det var af mindre betydning, at L først på et noget senere tidspunkt klagede til Klagenævnet. Herved bl.a. henvist til, at ordregiverne traf beslutningen om indgåelse af kontrakter med de valgte tilbudsgivere samtidig med, at meddelelsen herom blev udsendt til de øvrige tilbudsgivere. Desuden bl.a. henvist til, at ordregiverne ved deres gennemførelse af udbuddet og som følge af L's aktindsigt havde udsat sig for og påtaget sig risikoen for, at en klage med påstand om annulation af tildelingsbeslutningen først ville fremkomme efter flere måneder.

Som følge af karakteren af ordregivernes overtrædelse i relation til beslutningen om at indgå kontrakt med E fandt Klagenævnet ikke grundlag for at annullere ordregivernes beslutning om at indgå kontrakt med E.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 13. februar 2009.

14. juli 2008. Thomas Borgå mod Skive Kommune

Ikke erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse til tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten vedrørende en bilag II B-tjenesteydelse, men erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da tilbudsgiverens forgesves udgifter til udarbejdelse af tilbud mv. var forårsaget af ordregiverens ansvarspådragende adfærd ved indhentningen af tilbud

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 14. december 2007 i samme sag.

Sagen angik en kommunes anskaffelse af nogle tjenesteydelser, der var omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B. Kommunen henvendte sig til et antal virksomheder om levering af tjenesteydelsen. To af virksomhederne afgav egentlige tilbud, hvorefter kommunen indgik kontrakt med den ene af tilbudsgiverne. Klagen var indgivet af den anden tilbudsgiver.

Ved kendelsen af 14. december 2007 fastslog Klagenævnet, at kommunen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 23 (om tekniske specifikationer) ved at indgå kontrakten, selvom kommunen ikke havde beskrevet den ønskede ydelse over for de virksomheder, den havde henvendt sig til. Klagenævnet fastslog desuden, at kommunen havde overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved alene at have forhandlet med den virksomhed, som kommunen indgik kontrakt med.

Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav. Klageren påstod kommunen pålagt at betale erstatning principalt ca. 450.000 kr. til dækning af klagerens mistede fortjeneste ved ikke at have fået tildelt kontrakten, subsidiært 30.000 kr. til dækning af klagerens udgift ved at udarbejde tilbud mv.

Klagenævnet udtalte, at kommunen efter almindelige erstatningsregler var erstatningsansvarlig over for klageren. Da klageren ikke havde bevist, at han ville have fået kontrakten ved en korrekt gennemført indhentning af tilbud, havde kommunens ansvarspådragende adfærd ikke medført et tab som anført i klagerens principale påstand. Klageren havde derimod krav på dækning af sine forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud mv., da disse udgifter var forårsaget af kommunens ansvarspådragende adfærd. Erstatningen fastsattes i overensstemmelse med klagerens opgørelse af udgifterne til 30.000 kr.

21. juli 2008. Palle W. Hansen A/S mod Hasseris Boligselskab

Det fremgik klart af udbudsbetingelserne, at der under et sideordnet udbud af 10 forskellige entrepriser kunne bydes på en entreprise, flere entrepriser eller alle entrepriser

En offentlig ordregiver iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende 10 fagentrepriser ved et byggearbejde. Tildelingskriteriet var laveste pris. I udbudsbekendtgørelsen havde ordregiveren ved afkrydsning af de relevante rubrikker angivet, at der kunne afgives tilbud på en entreprise, flere entrepriser eller alle entrepriser. I udbudsbekendtgørelsen var tillige angivet, at der »vil kunne bydes i fag- eller storentreprise«.

En virksomhed P blev prækvalificeret til at afgive tilbud vedrørende to af fagentrepriserne, nemlig tagentreprisen og facadeentreprisen, men afgav kun tilbud vedrørende facadeentreprisen.

En anden virksomhed, J, blev også prækvalificeret til at afgive tilbud vedrørende to af fagentrepriserne, nemlig facadeentreprisen og murerentreprisen. J afgav særskilte tilbud vedrørende hver af disse entrepriser, men afgav også et samlet tilbud på begge disse entrepriser.

P's tilbud havde den laveste tilbudspris for facadeentreprisen. J's tilbud havde den næstlaveste tilbudspris for facadeentreprisen og den laveste tilbudspris for murerentreprisen. J's samlede tilbud for facadeentreprisen og murerentreprisen havde den laveste tilbudspris for disse to entrepriser under ét.

Ordregiveren besluttede at indgå kontrakt med J om facadeentreprisen og murerentreprisen. P klagede derefter til Klagenævnet over, at ordregiveren havde taget J's samlede tilbud vedrørende facade- og murerentreprisen i betragtning, idet P gjorde gældende, at der ikke efter udbudsbetingelserne kunne afgives samlede tilbud på flere entrepriser.

Klagenævnet henviste til, at det tilstrækkelig klart fremgik af udbudsbetingelserne, at der kunne afgives tilbud som sket. Ordregiveren havde derfor været forpligtet til at indgå kontrakt med J om facadeentreprisen og murerentrepriserne, da tilbudsprisen i J's samlede tilbud vedrørende disse entrepriser var lavere end summen af de laveste tilbudspriser i de separate tilbud vedrørende de to entrepriser. P fik således ikke medhold.

10. september 2008. LK Gruppen A/S mod Københavns Kommune

Udbyderens afvisning af et tilbud som ukonditionsmæssigt var uberettiget, da tilbuddet ikke afveg fra licitationsbetingelserne. Ikke opsættende virkning. Annullation. Dissens

En kommune iværksatte en begrænset licitation efter Tilbudsloven vedrørende etablering af en havnepromenade. Tildelingskriteriet var laveste pris. Som et led i projektet skulle der lægges granitfliser på nogle torvepladser, og licitationsbetingelserne indeholdt forskellige krav til disse granitfliser. I licitationsbetingelserne var med hensyn til flisernes farve fastsat, at de skulle være i en lys og en mørk nuance og i overensstemmelse med to granitprøver, som kunne besigtiges hos udbyderen.

Der indkom tilbud fra 5 prækvalificerede virksomheder. I tilbuddet fra tilbudsgiveren L var i et afsnit med overskriften »Forbehold« anført, at tilbudsprisen var baseret en nærmere angivet type lys granitflise og en nærmere angivet type mørk granitflise. Udbyderen opfattede denne passus i tilbuddet som et forbehold. Udbyderen forsøgte at prissætte forholdet, men opgav dette og afviste i stedet L's tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til, at en prissætning ikke var mulig.

L klagede til Klagenævnet. En begæring fra L om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

L gjorde for Klagenævnet principalt gældende, at den omtalte angivelse i L's tilbud om granitfliser ikke var et forbehold, subsidiært at udbyderen skulle have prissat angivelsen.

Klagenævnet henviste til følgende: Licitationsbetingelserne stillede ikke krav om bestemte og entydige lyse og mørke nuancer, men gav et vist spillerum, og det forhold, at der kunne besigtiges prøver, ændrede ikke herved. L's tilbud omfattede en lys granitflise og en mørk granitflise, og udbyderen kunne efter sagens oplysninger ikke være i tvivl herom.

Klagenævnet konstaterede herefter, at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven ved ikke at tage L's tilbud i betragtning. Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om ikke at tage tilbuddet i betragtning.

(Dissens for ikke at tage klagen til følge med henvisning til følgende: Da det ikke fremgik af L's tilbud, at L ville levere granitfliser med de farver, som udbyderens granitprøver havde, opfyldte L's tilbud ikke et væsentligt krav i licitationsbetingelserne. Udbyderen havde derfor været forpligtet til at afvise L's tilbud. Udbyderens forsøg på prissætning havde været ukorrekt, da der ikke var tale om et forbehold).

11. september 2008. Pro-Safe Reflection A/S mod Farvandsvæsenet

Klage ikke taget til følge. Udbyderens kontrol af, om tilbud opfylder udbudsbetingelserne, skal ske ved at sammenholde tilbuddene med udbudsbetingelserne, og udbyderen har kun under særlige omstændigheder pligt til at indhente yderligere oplysninger

Farvandsvæsenet iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet af en kontrakt om levering af en hurtig redningsbåd samt option på at levere yderligere en hurtig båd. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle underkriterier.

Det fremgår af sagen, at hurtige redningsbåde kan godkendes i henhold til nogle internationale standarder. En sådan godkendelse meddeles af forskellige organer. Det fremgår videre, at Søfartsstyrelsen skulle meddele sejladstilladelse til den hurtige redningsbåd, som ville blive købt.

Ifølge udbudsbetingelserne skulle de tilbudte hurtige redningsbåde med visse modifikationer opfylde de omtalte internationale standarder.

Der indkom tilbud fra tre prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet, der tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde prækvalificeret den valgte tilbudsgiver og havde taget denne tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom den valgte tilbudsgiver ikke var godkendt i henhold til de omtalte internationale standarder (påstand 1 og 4):

Ikke taget til følge, da der ikke i udbudsbekendtgørelsen var stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle være godkendt i henhold til de internationale standarder.

Klageren tilsluttede sig en indsigelse fra udbyderen om, at en godkendelse som omtalt kun gives til produkter, dvs. ikke til virksomheder.

2) Klage over, at udbyderen havde prækvalificeret den valgte tilbudsgiver, selvom tilbudsgiveren ikke tidligere havde leveret hurtige redningsbåde, der var godkendt i henhold til de internationale standarder (påstand 2):

Ikke taget til følge, da der ikke i udbudsbekendtgørelsen var stillet krav om, at en virksomhed for at blive prækvalificeret tidligere skulle have leveret hurtige redningsbåde med den omtalte godkendelse.

3) Klage over, at udbyderen havde prækvalificeret den valgte tilbudsgiver, selvom denne tilbudsgiver ikke som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen havde vedlagt anmodningen om prækvalifikation en årsrapport for regnskabsåret 2006/2007 (påstand 3):

Ikke taget til følge, da forskelligt regnskabsmateriale, som den valgte tilbudsgiver havde vedlagt, var tilstrækkeligt.

Tilbudsgiverens årsrapport vedrørende det regnskabsår, der efter de oplysninger, der forelå for udbyderen, var afsluttet senest, var ikke indleveret sammen med ansøgningen om prækvalifikation. Klagenævnet lagde bl.a. vægt på, at fristen for indlevering af en sådan årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke var udløbet på tidspunktet for udløbet af fristen for ansøgning om prækvalifikation.

4) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom de tilbudte bådmotorer ikke var godkendt og ikke kunne godkendes efter de omtalte internationale regler, subsidiært klage over, at tilbudsgiveren ikke kunne opfylde udbudsbetingelsernes leveringsfrist som følge af den tid, der ville medgå til godkendelse af motorerne (påstand 5 og 6):

Ikke taget til følge med henvisning til følgende: En ordregivers kontrol af, om tilbud opfylder udbudsbetingelserne, skal ske ved at sammenholde tilbuddene med udbudsbetingelserne, og kun hvis der foreligger særlige omstændigheder, er ordregiveren forpligtet til at indhente yderligere oplysninger. Der forelå ikke særlige omstændigheder, der kunne forpligte udbyderen til en nærmere undersøgelse af, om den valgte tilbudsgiver var i stand til at opfylde udbudsbetingelsernes krav til levering og godkendelse. Derimod var det efter tilbuddets indhold og udbyderens oplysninger om tidshorizonten for Søfartsstyrelsens meddelelse af sejladstilladelse realistisk at antage, at tilbudsgiveren kunne opfylde disse krav.

12. september 2008. Master Data I/S mod Københavns Kommune

Rammer for vægtning var i strid med Udbudsdirektivet, da rammerne var fastsat således, at de enkelte underkriterier ved vægtningen kunne bytte plads i vægtningsrækkefølgen. Udsving på +/- 5 % inden for de enkelte rammer var passende og var ikke en overtrædelse af direktivet. Overtrædelse af direktivet ved uklarhed med hensyn til, hvad nogle underkriterier sigtede til. Overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved vurdering af it-systemers brugervenlighed på grundlag af afprøvning af et enkelt af de tilbudte systemer og ved forkert opgørelse af tilbudspriserne. Betegnelsen standardssystem kunne ikke forstås som sigtende til, at systemet skulle være implementeret hos andre. En skematisk opstilling over fordele og ulemper ved de enkelte tilbud var ikke udtryk for, at tilbuddene var vurderet i forhold til hinanden i stedet for i forhold til underkriterierne. Ikke opsættende virkning. Annullation

En kommune iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet af levering af et it-baseret kostberegningssystem til nogle plejehjem. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der skulle vægtes inden for de angivne rammer: 1. kvalitet (35-45 %), 2. teknisk og funktionsmæssig værdi (20-30 %), 3. pris (15-25 %) og 4. service og teknisk bistand (10-20 %).

Der indkom tilbud fra tre prækvalificerede tilbudsgivere. Udbyderen konstaterede, at det ene af tilbuddene var uden interesse som følge af en meget høj tilbudspris. Udbyderen foretog en vurdering af de to andre tilbud og vægtede herved de enkelte underkriterier med medianen inden for de angivne rammer, dvs. at underkriterierne blev vægtet således: 1. kvalitet: 40 %, 2. teknisk og funktionsmæssig værdi: 25 %, 3. pris: 20 % og 4. service og teknisk bistand: 15 %.

I udbudsbetingelserne indgik en kravspecifikation omfattende 180 punkter.

Efter at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med den ene af de to tilbudsgivere, hvis tilbud var indgået i den omtalte vurdering, klagede den anden af disse tilbudsgivere til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over rammerne for vægtning af underkriterierne (påstand 1):

Konstateret, at de i udbudsbetingelserne fastsatte rammer for vægtning af underkriterierne var i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 (om tildelingskriterier), da de kunne føre til, at underkriterierne 2. og 3. og underkriterierne 3. og 4. indbyrdes skiftede plads i vægtningsrækkefølgen.

Udtalt, at de angivne udsving inden for de enkelte rammer, dvs. +/- 5 % i forhold til medianen, var passende og derfor ikke (som hævdet af klageren) var i strid med Udbudsdirektivets artikel 53.

2) Klage over, at vægtningen af underkriterium 3. pris var for lav til, at der ved tilbudsvurderingen kunne ske en identifikation af det økonomisk mest fordelagtige bud (påstand 2):

Ikke taget til følge med henvisning til, at det af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne fremgik, at kvaliteten ville blive tillagt den væsentligste betydning. Også henvist til, at det udbudte it-system skulle anvendes i det daglige af personalet på plejehjemmene, hvorfor der i vurderingen indgik flere økonomiske aspekter end tilbudsprisen.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 53 som følge af, at det ikke tilstrækkelig præcist fremgik af udbudsbe-

tingelserne, hvad der ville blive lagt vægt på ved vurderingen af tilbudene i relation til underkriterierne 1. kvalitet og 2. teknisk og funktionsmæssig værdi (påstand 3 og 4):

Taget til følge med henvisning til følgende: I en definition i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne af »kvalitet« indgik henvisning til samtlige krav i kravspecifikationen. I en definition af »teknisk og funktionsmæssig værdi« indgik bl.a. en henvisning til kundens egen mulighed for konfiguration. Definitionen af de to underkriterier var herefter så upræcis, at det ikke havde været klart for tilbudsgiverne, hvilket af de to underkriterier de enkelte punkter i kravspecifikationen angik.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterium 1. kvalitet alene at have lagt vægt på det tilbudte systems brugervenlighed og ved ikke at have vurderet brugervenligheden af klagerens system (påstand 5):

Konstateret, at det var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, at udbyderens projektgruppe før tilbudsvurderingen havde afprøvet brugervenligheden af den valgte tilbudsgivers system, men ikke havde afprøvet brugervenligheden af klagerens system.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved vurderingen af tilbuddenes opfyldelse af underkriterium 3. pris.

Udbyderen havde vurderet tilbuddenes opfyldelse af underkriterium 3. pris på grundlag af anskaffelsesudgiften + udgiften ved 3 års drift. Udbyderen havde på forhånd anslået anskaffelsesudgiften + udgiften til 3 års drift til 1,5 mio. kr. Den pågældende udgift udgjorde for begge de to tilbud lidt under 1,5 mio. kr., hvorfor udbyderen havde tildelt de to tilbud samme pointtal med hensyn til underkriterium 3. pris.

Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke at have taget hensyn til, at klagerens tilbudspris var lavere end den valgte tilbudsgivers tilbudspris, og Klagenævnet henviste herved til følgende: Ved vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet 3. pris var udbyderen gået ud fra, at kontraktperioden ville være 3 år. Det fremgik imidlertid af en kontrakt, der indgik i udbudsbetingelserne, at kontraktperioden skulle være 4 år, og den relevante pris var herefter engangsumudgiften + udgiften til 4 års drift. Som følge af de to tilbuds sammensætning medførte dette, at klagerens pris var under det forventede beløb på 1,5 mio. kr., mens den valgte tilbudsgivers pris var over det forventede beløb på 1,5 mio. kr. Klagerens tilbud skulle herefter have haft et højere pointtal end den valgte tilbudsgivers tilbud, hvorfor kontrakten skulle have været tildelt klageren.

Klagenævnet henviste desuden til, at udbyderen skulle have lagt et beløb til den valgte tilbudsgivers tilbudspris som følge af, at det på tidspunktet for tilbudsvurderingen var usikkert, om en nærmere angivet teknisk ændring af den valgte tilbudsgivers system var nødvendig.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke under tilbudsvurderingen at have taget hensyn til, at den valgte tilbudsgivers system ikke var et standardsystem, der ikke var implementeret hos andre, selvom det af udbudsbetingelserne fremgik, at der ville blive lagt vægt på, at det tilbudte system var et standardsystem (påstand 7):

Ikke taget til følge, da den valgte tilbudsgivers system var et standardsystem, og da der ikke i udbudsbetingelserne kunne indfortolkes et krav om, at systemet skulle være implementeret hos andre.

Det bemærkes, at den valgte tilbudsgivers system efter sagens oplysninger tilsyneladende var implementeret hos andre kunder.

7) Klage over, at udbyderen havde vurderet tilbuddene i forhold til hinanden i stedet for i forhold til underkriterierne (påstand 8):

Ikke taget til følge, da tilbuddene var vurderet i forhold til underkriterierne. En skematisk opstilling, som udbyderen havde foretaget af fordele og ulemper ved klagerens tilbud og den valgte tilbudsgivers tilbud, var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet.

8) Klage over, at udbyderen ikke havde udarbejdet en skriftlig tilbudsvurdering før tildelingsbeslutningen (påstand 9):

Ikke taget til følge med henvisning til, at nogle notater fra udbyderens projektgruppe indgik i grundlaget for tilbudsvurderingen.

Som følge af de overtrædelser, der blev konstateret under punkt 3 og punkt 5, annullerede Klagenævnet udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Indbragt for domstolene, men retssagen senere hævet.

Klagenævnet traf en efterfølgende afgørelse om sagsomkostninger ved kendelse af 29. juni 2009.

15. september 2008. Totalrådgivergruppen bestående af Cubo Arkitekter A/S, Søren Jensen Rådgivende Ingeniører A/S og Thing og Wainø Landskabsarkitekter A/S mod Universitets- og Bygningsstyrelsen

Et krav i udbudsbetingelserne om erklæringer fra tilbudsgiverne om gæld til det offentlige m.m. skulle som en selvfølge forstås sådan, at erklæringerne skulle afgives af alle deltagerne i et konsortium, der afgav tilbud

En offentlig ordregiver iværksatte begrænsede udbud efter Udbudsdirektivet af 7 parallelle rammeaftaler med totalrådgivergrupper vedrørende teknisk rådgivning ved ombygninger. Der blev prækvalificeret 14 totalrådgivergrupper, der alle afgav tilbud.

I udbudsbekendtgørelsen var angivet, at der ville blive indgået kontrakter med totalrådgivergrupper med solidarisk ansvar. Det var desuden angivet, at der for hver deltager i totalrådgivergrupperne skulle indsendes nærmere angiven dokumentation for økonomisk og teknisk kapacitet m.m. I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbudsgiverne skulle vedlægge tro- og loveerklæringer om gæld til det offentlige og overholdelse af arbejdsmiljøregler m.m.

Sagen angik et tilbud fra en totalrådgivergruppe T, der bestod af tre virksomheder. T's tilbud var alene vedlagt tro- og loveerklæringer som omtalt fra en af de tre deltagere i T, og efter at have modtaget T's tilbud meddelte udbyderen T, at tilbuddet som følge heraf ikke ville blive taget i betragtning.

T klagede til Klagenævnet og gjorde herved gældende, at de omtalte tro- og loveerklæringer efter udbudsbetingelserne ikke skulle afgives af alle deltagere i en totalrådgivergruppe. T gjorde desuden gældende, at de tro- og loveerklæringer, som den ene af deltagerne i T havde afgivet, dækkede alle deltagerne i T.

Klagenævnet udtalte:

Det var en selvfølge, at de omtalte tro- og loveerklæringer skulle afgives for hver af de virksomheder, der indgik i en totalrådgivergruppe. Selvom dette ikke var angivet udtrykkeligt i udbudsbetingelserne, kunne der efter Klagenævnets vurdering ikke være tvivl herom og om, og at en

erklæring alene fra en af deltagerne i en totalrådgivergruppe ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav om tro- og loveklæringer.

Klagen blev herefter ikke taget til følge.

17. september 2008. Bien-Air Dental SA mod 1. Århus Universitet og 2. Københavns Universitet

Der forelå ikke særlige omstændigheder, der kunne føre til en pligt for udbyderne til at kontrollere rigtigheden af en angivelse i et tilbud om, at det tilbudte opfyldte et ufravigeligt mindstekrav i udbudsbetingelserne. Et tilbud skulle tages i betragtning, da det opfyldte udbudsbetingelsernes kravspecifikation, og det gjorde ingen forskel, at tilbuddet omfattede yderligere funktioner. Ikke opsættende virkning

To tandlægeskoler iværksatte i fællesskab et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende indkøb af udstyr til tandlægeklinikker.

Udbuddet angik tre indkøbsområder. Den her resumerede kendelse angik det ene af disse indkøbsområder, nemlig »roterende instrumenter«, omfattende både såkaldte dentale instrumenter og såkaldte kirurgiske instrumenter. Klagenævnets kendelse af 18. september 2008, der vedrører samme udbud, angår de to andre indkøbsområder.

I udbudsbetingelserne var som et ufravigeligt mindstekrav angivet, at de tilbudte instrumenter alle skulle være af samme fabrikat. Det var desuden som et »højt prioriteret« krav angivet, at visse instrumenter, bortset fra visse kirurgiske instrumenter, skulle have indbygget lys.

Der blev prækvalificeret 5 virksomheder, som alle afgav tilbud. Udbyderne besluttede at indgå kontrakt med en tilbudsgiver S og meddelte tilbudsgiverne dette.

I tilbuddet fra S var angivet, at tilbuddet opfyldte det ovenfor omtalte mindstekrav, og at S var producent og leverandør af alle de tilbudte instrumenter.

En anden tilbudsgiver B klagede til Klagenævnet. En begæring fra B om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderne havde taget S' tilbud til følge, selvom de af S tilbudte dentale instrumenter, men ikke de af S tilbudte kirurgiske instrumenter, er produceret af S selv, hvorfor S' tilbud ikke opfyldte mindstekravet om, at alle de tilbudte instrumenter skulle være af samme fabrikat:

Klagenævnet henviste til, at det efter Klagenævnets faste praksis ikke havde påhvilet udbyderne at iværksætte kontrol med, at det tilbudte opfyldte de stillede krav, medmindre der forelå særlige omstændigheder. Som følge af angivelserne i S' tilbud om, at tilbuddet opfyldte det omhandlede mindstekrav, fandt Klagenævnet endvidere ikke, at der havde været anledning for udbyderne til at indhente yderligere oplysninger.

Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

2) Klage over, at udbyderne havde taget S' tilbud i betragtning, selvom de af S tilbudte kirurgiske instrumenter har indbygget lys, idet udbudsbetingelserne efter B's opfattelse måtte forstås sådan, at de kirurgiske instrumenter skulle være uden lys:

Ikke taget til følge, da de af S tilbudte kirurgiske instrumenter opfyldte udbudsbetingelsernes kravspecifikation, og da det ikke gjorde nogen forskel heri, at S havde tilbudt yderligere funktioner.

18. september 2008. XO Care A/S mod 1. Århus Universitet og 2. Københavns Universitet

Udbyderne havde ikke overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at vurdere, at en angivelse i et tilbud var et forbehold over for en del af udbudsbetingelserne, der ifølge udbudsbetingelserne ikke kunne tages forbehold for

To tandlægeskoler iværksatte i fællesskab et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende indkøb af udstyr til tandlægeklinikker.

Udbuddet angik tre indkøbsområder. Den her resumerede kendelse angik to af disse indkøbsområder, nemlig arbejdsunits og patientstole m.m. Klagenævnets kendelse af 17. september 2008, der vedrører samme udbud, angår det tredje indkøbsområde.

Udbudsbetingelserne indeholdt et kontraktsudkast, der bl.a. indeholdt følgende angivelser: a. fakturering for leverede ydelser kunne ske, når risikoen for leverancen var overgået til kunden (dvs. den pågældende tandlægeskole), b. kunden kunne udskyde en leverance som følge af forsinkelse hos andre leverandører m.m.

I udbudsbetingelserne var angivet, at der ikke kunne tages forbehold over for kontraktsudkastet bortset fra angivelsen under punkt b.

I tilbuddet fra en tilbudsgiver X var angivelsen under punkt b erstattet af en angivelse om, at kunden uanset angivelsen under punkt a ved udskydelse af en leverance skulle betale 80 % af faktureringsbeløbet for leverancen.

Udbyderne besluttede ikke at tage X' tilbud i betragtning med henvisning til, at den omtalte angivelse i tilbuddet i realiteten var et forbehold over for punkt a.

X klagede til Klagenævnet, men fik ikke medhold. Klagenævnet udtalte, at udbyderne ikke (som hævdet af X) havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at have vurderet, at den omtalte angivelse i X' tilbud var et forbehold over for punkt a.

23. september 2008. Holstebro Brandvæsens Brandkorpsforening af 1906 mod Holstebro Kommune

En faglig organisation havde ikke retlig interesse i at klage til Klagenævnet over en kommunes indgåelse af kontrakt vedrørende brandslukning mv. i kommunen

En ny storkommune, der var blevet dannet ved sammenlægning af tre kommuner, indgik kontrakt med et redningskorps om brandslukning og udførelse af forskellige servicearbejder i hele den nye storkommune.

Kontrakten angik både tjenesteydelser, der var omfattet af Udbudsdirektivets bilag II A, og tjenesteydelser, der var omfattet af direktivets bilag II B. Da værdien af de tjenesteydelser, der var omfattet af bilag II B, efter storkommunens vurdering oversteg værdien af de tjenesteydelser, der var omfattet af bilag II A, havde storkommunen i medfør af Udbudsdirektivets artikel 22 ikke iværksat EU-udbud, men havde i stedet foretaget en annoncering i medfør af Tilbudslovens § 15 c.

Før indgåelsen af kontrakten med redningskorpset havde brandslukningen i en af de tre tidligere kommuner været varetaget af et kommunalt brandvæsen. En faglig organisation for brandfolk ved dette brandvæsen klagede til Klagenævnet. Klagen angik, dels at storkommunen ikke havde iværksat EU-udbud før indgåelsen af kontrakten med redningskorpset, dels at storkommunen i forbindelse med kontraktsindgåelsen havde hand-

let i strid med forskellige regler mv., og dels at storkommunen før kontraktsindgåelsen havde haft en forhåndsdialog med redningskorpset.

Klagenævnet udtalte, at klageren kunne have interesse i indholdet af kontrakten med redningskorpset og muligvis også i den procedure, der var fulgt ved kontraktsindgåelsen. Denne interesse var imidlertid ikke en retlig interesse omfattet af § 4, stk. 1, nr. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud (om retlig interesse som betingelse for at kunne klage til Klagenævnet).

Klagenævnet afviste herefter klagen.

1. oktober 2008. MT Højgaard A/S mod 1. Slots- og Ejendomsstyrelsen og 2. Helsingør Kommune

EU-udbudsreglerne regulerer ikke, hvordan udbyderne skulle forholde sig, efter at Klagenævnet havde konstateret, at udbyderne havde overtrådt udbudsreglerne. Ikke erstatning til forbigået tilbudsgiver til dækning af positiv opfyldelsesinteresse i anledning af udbydernes overtrædelse af udbudsreglerne ved tilbudsvurderingen, da det var helt overvejende sandsynligt, at udbyderne også ved en rigtig tilbudsvurdering ville have anset den valgte tilbudsgivers tilbud som det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Heller ikke erstatning til negativ kontraktsinteresse, da den forbigåede tilbudsgiver ville have afgivet tilbud, selvom tilbudsgiveren havde vidst, hvordan udbyderen ville vurdere tilbuddene, og da udbyderne ikke havde tilsigtet forskelsbehandling

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 10. april 2008 i samme sag. Sagen angik et begrænset udbud af et bygge- og anlægsarbejde i form af totalentreprise og partneringaftale. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af forskellige underkriterier. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten.

Ved kendelsen af 10. april 2008 konstaterede Klagenævnet, at udbyderne havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed:

1) ved at vurdere tilbuddene i relation til underkriteriet pris anderledes end fastsat i udbudsbetingelserne, nemlig på en måde, der havde været tilsigtet ved udformningen af udbudsbetingelserne, men som ved en fejl ikke var beskrevet i disse,

2) ved under vurderingen af tilbuddene i relation til et andet underkriterium at lægge vægt på nogle forhold, der var omfattet af et tredje underkriterium, og som derfor blev vurderet to gange.

Klagenævnet tog ved kendelsen af 10. april 2008 ikke en påstand fra klageren om annullation af udbyderens tildelingsbeslutning til følge bl.a. med henvisning til, at den fejlagtige formulering af udbudsbetingelserne ad punkt 1 ikke havde haft betydning for klagerens udformning af sit tilbud.

Den her resumerede kendelse angik et erstatningskrav fra klageren, der principalt påstod udbyderne tilpligtet at betale ca. 25 mio. kr. til dækning af klagerens mistede fortjeneste ved ikke at have fået kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse), og som subsidiært påstod udbyderne tilpligtet at betale ca. 600.000 kr. til dækning af klagerens udgifter ved at afgive tilbud (negativ kontraktsinteresse).

I forbindelse med Klagenævnets behandling af erstatningsspørgsmålet anmodede klageren Klagenævnet om at tage stilling til et yderligere klagepunkt, gående ud på:

3) at udbyderne havde handlet i strid med udbudsreglerne ved efter Klagenævnets kendelse af 10. april 2008 at have indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Klagenævnet tog ikke det yderligere klagepunkt til følge og henviste herved til, at Klagenævnet ved kendelsen af 10. april 2008 ikke havde givet udbyderne pålæg om at lovliggøre udbudsforretningen, ligesom Klagenævnet ikke havde annulleret nogen beslutning i forbindelse med udbuddet, specielt ikke udbydernes tildelingsbeslutning, selvom klageren havde nedlagt påstand herom. Klagenævnet henviste videre til, at EU-udbudsretten ikke regulerer, hvordan udbyderne skulle handle efter afsigelsen af Klagenævnets kendelse af 10. april 2008.

Klagenævnet udtalte, at udbyderne efter almindelige erstatningsregler var erstatningsansvarlige over for klageren i anledning af den overtrædelse, som Klagenævnet havde konstateret ad punkt 1.

Klagenævnet udtalte videre, at det efter de foreliggende oplysninger var helt overvejende sandsynligt, at udbyderne også ved en korrekt anvendelse af underkriteriet pris ville have vurderet tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver som det økonomisk mest fordelagtige. Der var derfor ikke årssagssammenhæng mellem udbydernes overtrædelse og det af klageren hævdede tab med hensyn til mistet fortjeneste, hvorfor Klagenævnet ikke tog klagerens principale erstatningspåstand til følge.

Klagenævnet lagde endvidere til grund, at klageren også ville have afgivet tilbud, selvom den måde, som udbyderne havde vurderet tilbuddene på i relation til underkriteriet pris, klart var fremgået af udbudsbetingelserne, og at udbyderne ikke med den ukorrekte formulering af udbudsbetingelserne havde tilsigtet at forskelsbehandle klageren eller andre tilbudsgivere. Herefter, og da overtrædelsen som anført ikke havde haft betydning for udbydernes valg af kontraktspart, måtte klagerens udgifter til afgivelse af tilbud ses som et resultat af den risiko, som enhver tilbudsgiver må påregne. Klagenævnet tog derfor heller ikke klagerens subsidiære erstatningspåstand til følge.

Ændret ved Østre Landsrets dom af 14. maj 2010 i 22. afd. sag B-338-09 for så vidt angår erstatningsspørgsmålet.

2. oktober 2008. C.C. Brun Entreprise A/S mod A/S Storebælt

Tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 3, og Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, finder anvendelse, hvis alle tilbud indeholder forbehold, og det kræves ikke, at forbeholdene angår grundlæggende elementer. Udbyderen havde været berettiget til at indhente underhåndsbud i medfør af Tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 3, men fulgte i stedet fremgangsmåden om forhandling med tilbudsgivere i medfør af Tilbudslovens § 11, hvorfor sagen skulle bedømmes på grundlag af denne bestemmelse. Et forbehold om tidsplan var et forbehold om et grundlæggende element, i hvert fald fordi licitationsbetingelserne angav, at tidsplanens overholdelse var af største vigtighed, Udbyderens forhandling med tilbudsgivere i medfør af Tilbudslovens § 11 må ikke omfatte en tilbudsgiver, hvis tilbud indeholder forbehold om et grundlæggende element, og derfor skal afvises. Klagenævnet tager ikke stilling til, hvilken pointtildeling udbyderens vurdering af tilbuddene skal

føre til. Ikke annullation, da klagen var indgivet næsten 6 måneder efter, at klageren havde fået underretning om tildelingsbeslutningen

En offentlig ordregiver iværksatte en begrænset licitation efter Tilbudsloven vedrørende projektering og opførelse af en bygning. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af 4 underkriterier. Licitationsbetingelserne indeholdt en tidsplan, og det var angivet i licitationsbetingelserne, at det var af største vigtighed, at tidsplanen blev overholdt.

Efter tilbuddenes afgivelse iværksatte udbyderen forhandlinger med to af tilbudsgiverne og tilkendegav herved over for de pågældende tilbudsgivere, at forhandlingerne skete i medfør af Tilbudslovens § 11 (hvorefter udbyderen ved en licitation med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud på nærmere angiven måde kan forhandle med de tre eller færre tilbudsgivere, der har afgivet de økonomisk mest fordelagtige bud). Efter forhandlingerne besluttede udbyderen at indgå kontrakt med en af de to tilbudsgivere.

Knap et halvt år efter tildelingsbeslutningen klagede den anden af de to tilbudsgivere til Klagenævnet.

Udbyderen gjorde for Klagenævnet gældende, at alle tilbuddene indeholdt forbehold, hvorfor de omtalte forhandlinger med to tilbudsgivere havde haft hjemmel i Tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 3 (hvorefter der kan indhentes underhåndsbud, bl.a. hvis der ved en licitation ikke er indkommet et forskriftsmæssigt bud). Klageren gjorde heroverfor gældende, at denne bestemmelse kun finder anvendelse, hvis alle tilbud indeholder forbehold, der bevirker, at udbyderen ikke må tage dem i betragtning, dvs. forbehold vedrørende grundlæggende elementer eller forbehold, der ikke kan prissættes.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Taget op ex officio (spørgsmål 8): Om udbyderen havde haft hjemmel til at anvende Tilbudslovens kapitel 4 om underhåndsbud, herunder navnlig spørgsmålet om forståelsen af lovens § 12, stk. 3, nr. 3:

Klagenævnet udtalte: Tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 3, må forstås i overensstemmelse med den lignende bestemmelse i Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Efter ordlyden vil manglende overholdelse af en hvilken som helst forskrift ikke føre til, at det pågældende tilbud ikke er forskriftsmæssigt, og det kan ikke antages, at der skal være tale om forbehold vedrørende grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne. Da alle tilbuddene indeholdt forbehold om ikke rent bagatelagtige forhold, havde udbyderen derfor været berettiget til at følge fremgangsmåden efter Tilbudslovens § 12. Udbyderen havde imidlertid ikke gjort dette, hvorfor sagen skulle bedømmes på grundlag af den bestemmelse, som udbyderen havde fulgt, dvs. Tilbudslovens § 11.

2) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet indeholdt forbehold over for licitationsbetingelsernes tidsplan (påstand 1):

Taget til følge med henvisning til følgende: Den valgte tilbudsgivers tilbud indeholdt betydelige afvigelser fra licitationsbetingelsernes tidsplan. I hvert fald som følge af angivelsen i licitationsbetingelserne om vigtigheden af tidsplanens overholdelse måtte afvigelserne anses som et forbehold vedrørende et grundlæggende element. Udbyderen havde derfor overtrådt ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at

afvise den valgte tilbudsgivers tilbud og ved at forhandle med tilbudsgiveren i medfør af Tilbudslovens § 11.

3) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde lagt vægt på, at kvaliteten af klagerens projekt var for høj (påstand 2):

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

4) Klage over, at udbyderen havde tildelt klagerens tilbud en for lav karakter vedrørende et af underkriterierne og efter forhandlingerne med den valgte tilbudsgiver havde forhøjet karakteren for denne tilbudsgivers tilbud vedrørende et andet af underkriterierne (påstand 3 og 4):

Ikke taget stilling til disse påstande, da Klagenævnet ikke tager stilling til, hvilken pointtildeling en udbyders vurdering af de enkelte tilbud i relation til underkriterierne skal give sig udslag i. Udbyderen havde påstået de pågældende påstande afvist.

En begæring fra klageren om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge. Klagenævnet lagde herved vægt på, at klagen først blev indgivet næsten 6 måneder efter, at klageren havde fået meddelelse om tildelingsbeslutningen.

Klagenævnets afgørelse om erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 9. januar 2009.

3. oktober 2008. Creative Company A/S mod Århus Kommune

Udbudsdirektivet indeholder ikke regler om, hvornår udbyderen skal fastsætte den endelige vægtning af underkriterierne i tilfælde, hvor udbyderen har fastsat en relativ vægtning af dem. Som følge af de udbudte produkters beskaffenhed m.m. var det i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen kun kvalitetsvurderede en mindre del af de tilbudte produkttyper. Udbudsdirektivet indeholder ikke regler om, hvordan udbyderen skal vurdere de tilbudte varers kvalitet, og udbyderen har ikke pligt til at anonymisere de vareprøver, der anvendes ved vurderingen af kvaliteten. En udbyder har ikke pligt til at anvende et pointsystem ved tilbudsvurderingen og har heller ikke pligt til at anvende samme pointsystem vedrørende alle underkriterier. Det var godtgjort, at den valgte tilbudsgivers tilbud bedre end klagerens tilbud opfyldte udbudsbetingelsernes krav vedrørende et delkriterium til et underkriterium. Ikke opsættende virkning

En kommune iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende indgåelse af en rammeaftale om levering af formnings- og beskæftigelsesmaterialer. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der skulle vægtes som angivet: 1. Pris (55-65 %) og 2. Kvalitet (35-45 %).

Der indkom konditionsmæssige tilbud fra to virksomheder. Udbyderen besluttede at vægte underkriterium 1. Pris med 55 % og underkriterium 2. Kvalitet med 45 % og foretog derefter en vurdering af tilbuddene. På grundlag af tilbudsvurderingen besluttede udbyderen at indgå kontrakt med den ene af tilbudsgiverne.

Den anden tilbudsgiver 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 fastlagt den endelige vægtning af underkriterierne før tilbudsvurderingen:

Ikke taget til følge med henvisning til, at det ikke i Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2 (om udbyderens mulighed for relativ vægtning af un-

derkriterierne inden for en fastsat ramme) er bestemt, hvornår udbyderen skal fastsætte den endelige vægtning af underkriterierne i tilfælde, hvor udbyderen har fastsat en relativ vægtning, og at der heller ikke af andre regler i direktivet kan udledes en regel om, hvornår den endelige vægtning skal fastsættes. Udbyderen havde således ikke overtrådt direktivet ved at fastsætte den endelige vægtning før tilbudsvurderingen.

2) Klage over, at det i udbudsbetingelserne var fastsat, at udbyderen kun ville foretage en kvalitetsvurdering af en nærmere angiven mindre del af de produkter, som udbuddet angik:

Ikke taget til følge. Henvist til de udbudte produkters beskaffenhed og til, at tilbuddene skulle angå et meget stort antal forskelligartede produkter. Den vurdering af de tilbudte produkters kvalitet, der var beskrevet i udbudsbetingelserne, og som blev gennemført i overensstemmelse med den fastsatte fremgangsmåde, opfyldte de krav til en saglig vurdering af de tilbudte varers kvalitet, som følger af Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip.

3) Klage over, at udbyderen ikke havde sikret sig, at de personer, der skulle foretage den under punkt 2 omtalte kvalitetsvurdering af nogle tilbudte produkter, ikke kunne se, hvilken tilbudsgiver de enkelte produkter hidrørte fra:

Ikke taget til følge med henvisning til bl.a., at Udbudsdirektivet ikke indeholder regler om, hvorledes en udbyder skal vurdere tilbudte produkters kvalitet i relation til et underkriterium om kvalitet, og at der ikke påhviler udbyderne pligt til at anonymisere vareprøver.

4) Klage over, at et af udbyderen anvendt pointsystem ikke førte til, at underkriterierne blev vægtet i overensstemmelse med den endeligt fastlagte vægtning:

Ikke taget til følge med henvisning til, at tilbudsvurderingen var udført i overensstemmelse med den endeligt fastlagte vægtning. Desuden bl.a. udtalt, at en udbyder ikke har pligt til at anvende et pointsystem ved tilbudsvurderingen og heller ikke ved brug af pointsystemer har pligt til at anvende samme pointsystem vedrørende alle underkriterier.

5) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde tildelt den valgte tilbudsgivers tilbud et højere pointtal end klagerens tilbud vedrørende et delkriterium til underkriterium 2. Kvalitet. Det pågældende delkriterium angik mulighed for datomærkning ol.

Ikke taget til følge, da det var godtgjort, at den valgte tilbudsgivers tilbud bedre end klagerens opfyldte udbudsbetingelsernes krav med hensyn til det pågældende delkriterium.

16. oktober 2008. Grønbech Construction A/S mod 1. Albertslund Boligselskab og 2. Vridsløselille Andelsboligforening

Nogle klagepunkter afvist, da Klagenævnet ved en tidligere kendelse havde taget stilling til de spørgsmål, som klagepunkterne angik. Klagenævnet har ikke kompetence til at tage stilling til tvister vedrørende indgåede kontrakter, og der var ikke før indgåelsen af kontrakten med den valgte tilbudsgiver sket ændring af kontraktgrundlaget i strid med udbudsbetingelserne. Ikke opsættende virkning

Sagen angik et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende facadeentreprisen ved reovering af nogle bebyggelser. Tildelingskriteriet

var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af et antal underkriterier.

Efter at udbyderne havde besluttet at indgå kontrakt med en tilbudsgiver E, klagede en anden tilbudsgiver G til Klagenævnet og gjorde gældende, at udbyderne af nærmere angivne grunde ikke måtte tage E's tilbud i betragtning. Klagenævnet tog stilling til klagen ved en kendelse af 27. februar 2007, ved hvilken klagen ikke blev taget til følge.

Senere klagede G til Klagenævnet over forskellige andre spørgsmål i forbindelse med udbuddet. Klagenævnet tog stilling til den nye klage ved en kendelse af 22. oktober 2007. Ved denne kendelse konstaterede Klagenævnet, at udbyderne havde handlet i strid med Udbudsdirektivet ved under tilbudsvurderingen at have vægtet underkriterierne anderledes end fastsat i udbudsbetingelserne, hvorimod Klagenævnet ikke tog en række andre klagepunkter til følge.

Den her resumerede kendelse angår endnu en klage fra G vedrørende samme udbud. Klagen blev ikke givet opsættende virkning. Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderne først i forbindelse med tilbudsvurderingen havde fastsat et karaktersystem, og over, at udbyderne ikke havde orienteret om karaktersystemet før den endelige tilbudsvurdering (påstand 1):

Afvist, da Klagenævnet ved kendelsen af 22. oktober 2007 havde taget stilling til de spørgsmål, som klagepunktet angik.

2) Klage over, at udbyderne ved tilbudsvurderingen havde tildelt E's tilbud en for høj karakter vedrørende et underkriterium om logistik (påstand 2):

Afvist, da Klagenævnet ved kendelsen af 22. oktober 2007 havde taget stilling til de spørgsmål, som klagepunktet angik.

3) Klage over, at udbyderne ved tilbudsvurderingen havde vægtet de enkelte underkriterier på vilkårlig måde (påstand 4):

Afvist, da Klagenævnet ved kendelsen af 22. oktober 2007 havde taget stilling til de spørgsmål, som klagepunktet angik.

4) Klage over, at udbyderne ved tilbudsvurderingen havde tildelt E's tilbud en højere karakter end G's tilbud i relation til underkriteriet tilbudt facadesystem, fordi udbyderne havde anset E's facadesystem for bedre end G's med hensyn til vejrligsfølsomhed (påstand 3).

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Udbyderne havde indgået kontrakt med E, og facadeentreprisen var udført. G mente at have konstateret, at E på det punkt, der var tale om, havde udført arbejdet i overensstemmelse med G's tilbud.

Klagenævnet udtalte: Det ligger uden for Klagenavnets kompetence at tage stilling til spørgsmål om opfyldelsen af en kontrakt, der er indgået på grundlag af et udbud. Der forelå endvidere ikke oplysninger, der kunne føre til at fastslå, at der før tildelingen af kontrakten til E var sket ændring af kontraktgrundlaget i strid med udbudsreglene.

Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

5) Klage over, at udbyderne havde handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling som følge af, at E's tilbudspriser vedrørende nogle andre entrepriser var gjort afhængige af, at E skulle udføre facadeentreprisen (påstand 5):

Ikke taget til følge, da det efter sagens oplysninger ikke kunne lægges til grund, at E's tilbudspriser vedrørende de pågældende andre entrepriser var gjort afhængige af, at E fik tildelt facadeentreprisen.

20. oktober 2008. TagVision A/S mod Egedal Kommune

Det var en saglig grund til annullation af et udbud, at nogle forhold, som udbyderen lagde afgørende vægt på, ikke fremgik af udbudsbetingelserne. Ikke opsættende virkning

En ordregivende myndighed iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende indkøb af selvbetjeningsudstyr til biblioteker. Der indkom tilbud fra 4 tilbudsgivere. Da kun tilbuddet fra en tilbudsgiver A opfyldte udbudsbetingelserne, annullerede udbyderen udbuddet og iværksatte et nyt EU-udbud. Sagen angår udbud nr. 2.

Tildelingskriteriet ved udbud nr. 2 var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes på nærmere angiven måde: 1. Økonomi, 2. Kvalitet og 3. Service.

Det fremgik af udbudsbetingelserne, at underkriterium 1. Økonomi angik prisen for leverancen og prisen for en serviceaftale. Endvidere var i udbudsbetingelserne bl.a. gjort rede for, hvorledes der ville blive tildelt tilbuddene points vedrørende de enkelte underkriterier.

Der indkom konditionsmæssige tilbud fra A og fra en anden tilbudsgiver T, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med A. Udbyderen meddelte T dette og gjorde herved bl.a. rede for, hvilke forhold udbyderen havde lagt vægt på ved tildelingen af points til tilbuddene vedrørende underkriterium 2. Kvalitet.

T gjorde derefter over for udbyderen gældende, at udbyderen havde begået fejl ved tildelingen af points til tilbuddene både vedrørende underkriterium 1. Økonomi og underkriterium 2. Kvalitet.

I et svar til T erkendte udbyderen, at der var begået fejl ved tildelingen af points til tilbuddene under tilbudsvurderingen. Udbyderen bestred dog, at der var begået fejl vedrørende tildeling af points med hensyn til underkriterium 2. Kvalitet.

T klagede derefter til Klagenævnet. En begæring fra T om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Efter klagens indgivelse annullerede udbyderen udbud nr. 2 med følgende begrundelse: Der var begået fejl ved tilbudsvurderingen med hensyn til underkriterium 1. Økonomi, idet der var tildelt tilbuddene points vedrørende dette underkriterium ved et skøn i stedet for ved en beregning. Desuden var der begået fejl ved tilbudsvurderingen med hensyn til underkriterium 2. Kvalitet, idet de forhold, som udbyderen havde lagt vægt på, ikke var angivet i udbudsbetingelserne.

Efter annullationen af udbud nr. 2 iværksatte udbyderen ikke et nyt EU-udbud, idet udbyderen havde konstateret, at anskaffelsens værdi ikke nåede op på Udbudsdirektivets tærskelværdi. Udbyderen foretog i stedet en annoncering i henhold til Tilbudslovens § 15 c. Efter annonceringen modtog udbyderen tilbud fra A og T, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med A.

T gjorde for Klagenævnet gældende, at udbyderens annullation af udbud nr. 2 var uberettiget, da begrundelsen for annullationen, jf. ovenfor, ikke var en saglig grund. T gjorde herved gældende, at udbyderen kunne have foretaget en korrekt tilbudsvurdering i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og at annullationen havde haft til formål at afbøde virkningen af klagen til Klagenævnet og at undgå en afgørelse fra Klagenævnet om, at udbyderen skulle have tildelt T kontrakten. T nedlagde på-

stand om, at Klagenævnet skulle annullere udbyderens beslutning om at annullere udbud nr. 2.

Klagenævnet udtalte:

Udbyderen havde ved vurderingen af tilbuddene med hensyn til underkriterium 2. Kvalitet lagt vægt på en række forhold, der ikke fremgik af udbudsbetingelserne. Da udbyderen lagde afgørende vægt på de pågældende forhold, skulle udbyderen have anført disse forhold som underkriterier i udbudsbetingelserne, og udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at undlade dette. Udbyderens annullation af udbud nr. 2 var herefter sagligt begrundet, og Klagenævnet havde ikke anledning til at tage stilling til, om udbyderen også kunne annullere udbudet, fordi der var blevet tildelt points vedrørende underkriterium 1. Økonomi ud fra en skønsmæssig vurdering.

T's klage blev herefter ikke taget til følge.

28. oktober 2008. Bjarne Larsen mod Morsø Kommune

Indhentning af tilbud efter Tilbudslovens afsnit II med tildelingskriterium laveste pris. Udbyderen havde ikke fastsat forbud mod alternative tilbud og var derfor berettiget til at tage et alternativt tilbud i betragtning. Udbyderen var desuden berettiget til at indgå kontrakt på grundlag af det alternative tilbud, da det havde den laveste pris

En kommune indhentede ved en annonce i et dagblad tilbud vedrørende kørsler til flytning af affald fra en genbrugsstation til nærmere angivne destinationer efter rekvirering i hvert enkelt tilfælde. I annoncen var tildelingskriteriet fastsat som laveste pris, ligesom det var fastsat, at tilbuddene skulle angive faste priser for udførelsen af de forskellige kørsler.

Der indkom tilbud fra 4 vognmandsvirksomheder. En tilbudsgiver F afgav et tilbud på grundlag af annoncen og et alternativt tilbud. Forskellen mellem F's to tilbud angik nogle spørgsmål vedrørende håndtering af containere. Både i F's hovedtilbud og i F's alternative tilbud var angivet, at der ved kørsel på søn- og helligdage ville blive debiteret en ekstrabetaling på 500 kr. pr. tilkaldedag.

Kommunen prissatte angivelserne i F's tilbud om ekstrabetaling for kørsel på søn- og helligdage, hvilket skete på grundlag af kommunens erfaring med antallet af rekvireringer af de omhandlede kørsler på søn- og helligdage. Kommunen prissatte desuden angivelserne vedrørende containerhåndtering i F's alternative tilbud. Efter prissætningerne havde F's hovedtilbud næstlaveste pris og F's alternative tilbud laveste pris. Kommunen besluttede herefter at indgå kontrakt med F på grundlag af F's alternative tilbud.

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

1) Klage over, at kommunen havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 15 d ved at tage F's tilbud i betragtning, selvom angivelserne i F's tilbud om ekstrabetaling for kørsel på søn- og helligdage var forbehold over for grundlæggende elementer:

Klagenævnet udtalte: Der var tale om en tilbudsindhentning omfattet af Tilbudslovens afsnit II. Kommunen havde prissat de omtalte angivelser i F's tilbud på grundlag af det erfaringsmæssige antal rekvireringer af kørsler på søn- og helligdage, og Klagenævnet havde ikke grundlag for at tilsidesætte prissætningen. Betingelserne indeholdt ikke forbud mod alternative tilbud, og kommunen var derfor berettiget til at indgå kontrakt med F

på grundlag af F's alternative tilbud, idet F's alternative tilbud efter prissætningen af dette havde den laveste pris. Kommunen havde ganske vist begået en nærmere angivet fejl ved prissætningen af F's alternative tilbud, men denne fejl havde ikke bevirket forrykkelse af tilbuddenes indbyrdes rangordning, og Klagenævnet havde ikke grundlag for at tilsidesætte kommunens prissætning af F's alternative tilbud i øvrigt.

Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge, ligesom nogle yderligere klagepunkter (2 og 3) i konsekvens heraf ligeledes ikke blev taget til følge.

5. november 2008. Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården

Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved, at et underkriterium var uklart og ikke gav tilbudsgiverne grundlag for at vurdere, hvilket indhold de skulle give tilbuddene. Hvis tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, og de kvalitative underkriterier er uegnede, kan udbyderen annullere udbuddet, hvorimod det ville stride mod gennemsigtighedsprincippet, hvis udbyderen i stedet vurderer tilbuddene ud fra tildelingskriteriet laveste pris. En angivelse i udbudsbetingelserne om, at udbyderen eventuelt ville forkaste alle tilbud, var i strid med Udbudsdirektivet. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved forskellige angivelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne og ved manglende angivelse af mindstekrav for alternative tilbud. Udbyderens henvisning til bestemte varemærker m.m. var berettiget som følge af den udbudte ydelses karakter. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved prækvalifikation af 6 virksomheder, selv om det i udbudsbekendtgørelsen var angivet, at der ville blive prækvalificeret 5 virksomheder. Annullation, selvom klagen først var indgivet efter ca. 6 måneder

En almen boligorganisation iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en rammeaftale om udførelse af vvs-arbejde i en større del af boligorganisationens lejligheder. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. »Vurdering af driftsorganisation og cv'er på nøglepersoner« (25 %) og 2. »Tilbudspris« (75 %).

Udbyderen prækvalificerede 6 virksomheder. Der indkom tilbud fra 5 af de prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne.

Ca. et halvt år senere klagede en af de andre tilbudsgivere til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbuddet. Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1 (om tildelingskriterier) som følge af, at udbudsbetingelsernes beskrivelse af kravene til tilbuddene ikke gav grundlag for at vurdere tilbuddene i relation til underkriterium 1. »Vurdering af driftsorganisation og cv'er på nøglepersoner« (påstand 1):

Taget til følge med henvisning til, at det pågældende underkriterium efter sit indhold var uklart, og til, at underkriteriet sammenholdt med udbudsbetingelsernes krav til tilbuddene ikke gav tilbudsgiverne noget sikkert eller acceptabelt grundlag for at vurdere, hvilket indhold de skulle give tilbuddene for at få en god bedømmelse i relation til underkriteriet. Desuden udtalt (sammentrængt gengivet), at underkriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud forudsætter, at det er muligt at formulere andre egnede underkriterier end pris, samt forudsætter, at der i udbudsbetingelser-

ne fastsættes krav til tilbuddene, der gør det muligt at anvende underkriterierne ved tilbudsvurderingen.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, som følge af, at udbyderen ved tildelingsbeslutningen ikke anvendte tildelingskriteriet laveste pris, men i stedet anvendte tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, selvom dette tildelingskriterium ikke var anvendeligt (påstand 2).

Dette klagepunkt sigtede til, at det eneste andet underkriterium end underkriterium 2. »Tilbudspris« var uegnet som underkriterium, jf. punkt 1 ovenfor, hvorfor udbyderen efter klagerens opfattelse var forpligtet til i stedet at anvende tildelingskriteriet »laveste pris« ved tilbudsvurderingen. Denne opfattelse hos klageren var i overensstemmelse med flere tidligere afgørelser fra Klagenævnet.

Klagepunktet blev ikke taget til følge. Klagenævnet udtalte: Hvis udbyderen af et EU-udbud med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud bliver opmærksom på, at udbudsbetingelserne er udformet sådan, at det ikke er muligt at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, har udbyderen en saglig grund til at annullere udbuddet og iværksætte et nyt udbud. Derimod kan det ikke af Udbudsdirektivet udledes, at udbyderen i en sådan situation har pligt til at vurdere tilbuddene på grundlag af tildelingskriteriet laveste pris, idet dette ville være i strid med det tildelingskriterium, der er fastsat i udbudsbetingelserne, og dermed i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip.

Det bemærkes, at Klagenævnets afgørelse vedrørende det her omhandlede klagepunkt er udtryk for en ændring i forhold til Klagenævnets tidligere praksis, hvorefter udbyderen i en situation som den omhandlede havde pligt til at anvende tildelingskriteriet laveste pris, se bl.a. kendelse af 27. februar 2002 og kendelse af 10. marts 2004.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 53 ved i relation til underkriterium 1. »Vurdering af driftsorganisation og cv'er på nøglepersoner« at have vurderet tilbuddene fra klageren og den valgte tilbudsgiver i forhold til hinanden i stedet for i forhold til underkriteriet (påstand 3):

Ikke taget til følge, da de foreliggende oplysninger ikke gav grundlag for at fastslå, at udbyderen havde vurderet de to tilbud som beskrevet i klagepunktet.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at udbyderen »accepterer det tilbud, som er det økonomisk mest fordelagtige, eller forkaster dem alle« (påstand 4):

Taget til følge med henvisning til, at den pågældende angivelse i udbudsbetingelserne var en overtrædelse af Udbudsdirektivet, uanset om den skulle forstås sådan, at udbyderen ville være berettiget til at undlade at vurdere tilbuddene, eller om den skulle forstås sådan, at udbyderen ville være berettiget til at undlade at indgå kontrakt efter at have vurderet tilbuddene. Herved henvist til, at en ordregiver ved et EU-udbud ikke frit kan undlade at vurdere tilbuddene og ikke frit kan annullere udbuddet.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 (om ligebehandling og gennemsigtighed) og artikel 24 (om alternative tilbud) ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at der kunne afgives alternative tilbud, selvom det i udbudsbekendtgørelsen var anført, at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning, og klage over, at udbyderen havde overtrådt direktivets artikel 24 ved ikke i udbudsbe-

tingelserne at have fastsat de mindstekrav, som alternative tilbud skulle opfylde (påstand 5 og 6):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at den udbudte rammeaftales varighed var 2 år med mulighed for forlængelse i 3 år, selvom det i udbudsbekendtgørelsen var angivet, at rammeaftalens varighed var 3 år (påstand 7):

Taget til følge med henvisning til, at de forskellige angivelser af den udbudte kontrakts varighed i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne var en klar overtrædelse af Udbudsdirektivet.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8 (om principielt forbud mod at henvise til bestemte fabrikater m.m.) ved i udbudsbetingelserne at beskrive de ydelser, der skulle leveres, ved angivelse af varemærker og specifikke vvs-produktionsnumre, subsidiært klage over, at udbyderen havde overtrådt den nævnte bestemmelse ved ikke efter de anførte varemærker at have tilføjet »eller tilsvarende« (påstand 8 og 9):

Ikke taget til følge med henvisning til, at den udbudte kontrakt angik vedligeholdelse og udskiftning af defekt eller forældet vvs-udstyr i et meget stort antal lejligheder, og at udbyderen havde en interesse i, at vedligeholdelse og udskiftning skete med vvs-udstyr, der helt svarede til eller bedst muligt harmonerede med det vvs-udstyr, der var i lejlighederne i forvejen. Udbyderen havde derfor været berettiget til i det skete omfang at henvise til bestemte varemærker og vvs-produktionsnumre.

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, ved ikke efter anmodning fra klageren at have givet klageren en fyldestgørende redegørelse for det valgte tilbuds karakteristika og relative fordele (påstand 10):

Taget til følge med henvisning til, at nogle breve til klageren fra udbyderens tekniske rådgiver ikke opfyldte bestemmelsens krav.

9) Klage over, at udbyderen havde prækvalificeret 6 virksomheder til at afgive tilbud, selvom det i udbudsbekendtgørelsen var anført, at det planlagte antal økonomiske aktører var 5 (påstand 11):

Taget til følge med henvisning til, at forholdet var en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet. Udtalt, at det var uden betydning, at de 6 virksomheder, der havde anmodet om prækvalifikation, over for udbyderen havde tilkendegivet, at de ikke havde indvendinger mod, at der blev prækvalificeret 6 virksomheder.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Klagenævnet udtalte herved, at Klagenævnet som følge af udbuddets karakter og karakteren af den overtrædelse, som Klagenævnet havde konstateret ad punkt 1, havde truffet beslutningen om annulation, selvom klagen først var indgivet knap 7 måneder efter underretningen om tildelingsbeslutningen.

Klagenævnets afgørelse om erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 18. maj 2009.

6. november 2008. Dansk Taxi Råd mod Region Sjælland

EU-udbud af lægevagtskørsel. En tilbudsgiver, der havde bevilling til limousinekørsel, opfyldte et krav i udbudsbetingelserne om at have de nødvendige tilladelser efter taxilovgivningen. Klagenævnet har kompetence til præjudicielt at tage stilling til dansk ret

En region iværksatte et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende lægevagtskørsel i forskellige områder i regionen. I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbudsgiverne skulle have eller kunne opnå de nødvendige tilladelser i henhold til taxilovgivningen.

Der indkom tilbud fra 7 vognmandsvirksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne vedrørende kørslerne i alle områderne.

Den valgte tilbudsgiver havde bevilling til »limousinekørsel« med et antal biler, og det var i bevillingen fastsat som vilkår, at bilerne alene blev brugt til lægevagtskørsel.

En organisation klagede til Klagenævnet med påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at udbyderen havde overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning. Organisationen gjorde herved gældende, at det følger af taxilovgivningen, at lægevagtskørsel kræver »taxabevilling«, således at den valgte tilbudsgiver ikke på grundlag af sin bevilling til limousinekørsel kunne udføre lægevagtskørsel.

Afgørende for Klagenavnets stilling til klagen var en fortolkning af taxilovgivningen. Udbyderen gjorde gældende, at Klagenævnet ikke havde kompetence til at foretage en bindende fortolkning af denne lovgivning.

Klagenævnet udtalte:

Klagen over overtrædelsen af ligebehandlingsprincippet var omfattet af Klagenavnets kompetence. Klagenævnet har endvidere kompetence til præjudicielt at tage stilling til dansk ret, når dette er nødvendigt for, at Klagenævnet kan tage stilling til en klage, der hører under Klagenævnet.

Klagenævnet henviste videre til forskellige bestemmelser i taxilovgivningen m.m. og konstaterede herefter, at udbyderen havde været berettiget og forpligtet til at lægge til grund, at den valgte tilbudsgivers tilbud opfyldte udbudsbetingelsernes krav om de nødvendige tilladelser efter taxilovgivningen.

Klagen blev derfor ikke taget til følge.

26. november 2008. NCC Roads A/S mod Vejdirektoratet

Udbudsbetingelsernes beskrivelse af mindstekravene til alternative tilbud var tilstrækkelig. Et alternativt tilbud opfyldte ikke et krav i udbudsbetingelserne om, at alternative tilbud skulle angå alle opgaver under den pågældende delaftale, hvorfor det alternative tilbud ikke måtte tages i betragtning. Udbyderen har bevisbyrden for, at en prissætning ikke giver den pågældende tilbudsgiver en konkurrencemæssig fordel, og en foretagen prissætning opfyldte ikke kravet herom. Opsættende virkning. Annullation

Vejdirektoratet iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende drift og vedligeholdelse af nogle vejstrækninger. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud.

Den udbudte ydelse var opdelt i 8 delaftaler, herunder en delaftale om renholdelse og en delaftale om græsslåning. Delaftalen om græsslåning omfattede forudgående renholdelse i nødvendigt omfang. Der kunne afgi-

ves tilbud på en eller flere delaftaler. Sagen vedrørte delaftalen om græsslåning.

I udbudsbetingelserne var angivet, at der kunne afgives alternative tilbud, som skulle omfatte alle opgaver under den pågældende delaftale, men som kunne indeholde ændringer med hensyn til kvalitet og udførelsesmetoder m.m.

Der indkom tilbud fra 4 virksomheder på delaftalen om græsslåning. Tilbuddet fra en virksomhed K indeholdt et alternativt tilbud med en lavere tilbudspris end hovedtilbuddet angående det tilfælde, at udførelsen af delaftalen om renholdelse skete på bestemte tidspunkter, således at den forudgående nødvendige renholdelse i henhold til delaftalen om græsslåning ville få mindre omfang end ellers. Udbyderen prissatte K's alternative tilbud til 250.000 kr. og besluttede derefter at indgå kontrakt med K.

En anden tilbudsgiver N klagede til Klagenævnet, der tog en begæring fra N om opsættende virkning til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbudsbetingelsernes angivelse om alternative tilbud ikke indeholdt en tilstrækkelig beskrivelse af mindstekravene for alternative tilbud:

Ikke taget til følge, da udbudsbetingelsernes beskrivelse af mindstekravene var tilstrækkelig præcis.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 24 (om alternative tilbud) ved at tage K's alternative tilbud vedrørende delaftalen om græsslåning i betragtning:

Taget til følge med henvisning til, at K's alternative tilbud vedrørende delaftalen om græsslåning ikke omfattede alle opgaver under denne delaftale som følge af forudsætningen om en bestemt udførelse af delaftalen om renholdelse. K's alternative tilbud vedrørende delaftalen om græsslåning opfyldte derfor ikke udbudsbetingelsernes krav om, at alternative tilbud skulle angå alle opgaver under den pågældende delaftale.

3) Klage over, at udbyderens prissætning af K's alternative tilbud vedrørende delaftalen om græsslåning var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed (subsidiær i forhold til punkt 2):

Udtalt, at selvom dette klagepunkt var subsidiært i forhold til punkt 2, fandt Klagenævnet anledning til at fastslå, at udbyderen havde bevisbyrden for, at prissætningen ikke havde givet K en konkurrencemæssig fordel. Videre udtalt, at Klagenævnet på baggrund af sagens oplysninger fandt, at prissætningen ikke opfyldte dette krav. Klagepunktet blev herefter taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 24 (om alternative tilbud) som følge af, at det i udbudsbetingelserne var angivet, at det stod udbyderen frit for, om et uopfordret alternativt tilbud ville komme i betragtning:

Taget til følge. Forholdet var erkendt af udbyderen, ifølge hvem der var tale om en skrivefejl.

Som følge af de overtrædelser, som Klagenævnet havde konstateret under punkt 2 og 3, annullerede Klagenævnet udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med K.

10. december 2008. Nordjysk Kloak- og Industriservice A/S mod Aalborg Kommune

Klage over pointtildeling ved tilbudsvurdering ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke havde grundlag for at tilsidesætte udbyderens skøn. Et underkriterium om organisationens egnethed og kompetence hos nøglepersoner kunne anvendes som tildelingskriterium, da underkriteriet angik den udbudte opgaves udførelse og derfor ikke var et udvælgelseskriterium. Ikke opsættende virkning

En kommune iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet af udførelse af en tjenesteydelse bestående af tømning af brønde og bortskaffelse af slam i en periode.

I udbudsbekendtgørelsen var angivet, at ansøgere om prækvalifikation skulle medsende dokumentation for faglig kompetence og for tilstrækkelig teknisk kapacitet m.m. I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbud skulle indeholde en organisationsplan for tilbudsgiverens gennemførelse af entreprisen, så vidt muligt med angivelse af navn og kvalifikationer for projektlederen og dennes stedfortræder og eventuelle øvrige nøglepersoner.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes på nærmere angiven måde: 1. Pris, 2. Opgaveløsning og 3. Miljøhensyn.

Med hensyn til underkriterium 2. Opgaveløsning var i udbudsbetingelserne angivet, at der ved tilbudsvurderingen ville blive givet points på nærmere angiven måde for a. driftssikkerhed og sikring af kvalitet og b. organisationens egnethed og kompetence hos ledere og nøglepersoner.

Der indkom tilbud fra to prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. Den 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 ved tilbudsvurderingen havde tildelt klagerens tilbud for få points vedrørende underkriterierne 2. Opgaveløsning og 3. Miljøhensyn:

Ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke havde grundlag for at tilsidesætte udbyderens skøn med hensyn til pointtildelingen.

2) Klage over, at underkriterium 2. Opgaveløsning var ufyldstgørende beskrevet i udbudsbetingelserne, således at det ikke var muligt for udbyderen at vurdere tilbuddene i relation til dette underkriterium:

Ikke taget til følge, da underkriteriets indhold var klart beskrevet i udbudsbetingelserne, og da udbyderen ved tilbudsvurderingen i relation til underkriteriet ikke havde lagt vægt på forhold, som ikke fremgik af beskrivelsen.

3) Taget op ex officio: Om udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved i relation til underkriterium 2. Opgaveløsning at lægge vægt på organisationens egnethed og kompetence hos ledere og nøglepersoner, selvom disse forhold skulle tages i betragtning ved udvælgelsen og ikke ved vurderingen af tilbuddene:

Udbyderen anførte herom (sammentrængt gengivet): I prækvalifikationsrunden skulle ansøgerne give dokumentation for deres generelle faglige og tekniske kompetencer. I tilbuddet skulle tilbudsgiverne derimod gøre rede for, hvordan de agtede at gennemføre opgaven. Tilbudsgiverne skulle herved redegøre for udførelsesmetoder og materiel og for kompe-

tencen hos de ledere og nøglepersoner, der skulle stå for opgaven, så vidt muligt med angivelse af disses navne og kvalifikationer.

Klagenævnet fandt på baggrund af udbyderens redegørelse ikke grundlag for at fastslå, at udbyderen havde sammenblandet udvælgelses- og tildelingskriterier.

16. december 2008. Elindco Byggefirma A/S mod Universitets- og Byggestyrelsen

Udbyderen var forpligtet til ikke at tage et tilbud med forbehold om tidsplanen i betragtning

En offentlig ordregiver iværksatte en begrænset licitation uden prækvalifikation efter Tilbudsloven vedrørende et byggearbejde. Der indkom tilbud fra 4 virksomheder.

Licitationsbetingelserne indeholdt en tidsplan for byggeriet. I licitationsbetingelserne var endvidere angivet, at forbehold om grundlæggende elementer, herunder tidsplanen, ikke ville blive accepteret.

Tilbuddet fra en tilbudsgiver E indeholdt en bemærkning om, at tidsplanen forventedes at kunne overholdes, men at det forudsattes, at bygherreafgørelser og myndighedsbehandling blev optimeret tidsmæssigt.

Udbyderen afviste E's tilbud med henvisning til den nævnte bemærkning i tilbuddet og indgik kontrakt med en anden tilbudsgiver. Nogle måneder senere klagede E til Klagenævnet over, at udbyderen havde afvist E's tilbud.

Klagenævnet udtalte, at den citerede bemærkning i E's tilbud måtte forstås som et forbehold vedrørende tidsplanen, der var et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Udbyderen var herefter forpligtet til ikke at tage E's tilbud i betragtning. Også henvist til, at forbeholdet ikke kunne prissættes.

Klagen blev herefter ikke taget til følge.

17. december 2008. Bandagist-Centret A/S mod Århus Kommune

Udbyderen har ikke pligt til på forhånd at oplyse beregningsmetoder for tilbudsvurdering. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved anmodning om oplysning af rabatter på produkter, der ikke var nævnt i tilbudslisten, men som naturligt hørte under det udbudte. Ikke annullation

En kommune iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en rammeaftale om indkøb af ortopædisk fodtøj m.m. Den udbudte ydelse var opdelt i to delaftaler henholdsvis vedrørende fodtøj og indlæg. Der kunne afgives tilbud på en eller begge delaftaler, og udbudsbetingelserne indeholdt en anmodning til tilbudsgiverne om at oplyse en eventuel rabat for det tilfælde, at tilbudsgiveren fik tildelt begge delaftaler. Udbudsbetingelserne indeholdt en tilbudsliste, som tilbudsgiverne skulle udfylde.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes på nærmere angiven måde: 1. Priser, 2. Kvalitet/sortimentsbredde, 3. Levering og 4. Service.

Der indkom tilbud fra 4 virksomheder. Sagen angår tilbuddene fra en tilbudsgiver BC og en tilbudsgiver BO. BO's tilbud indeholdt en rabat for det tilfælde, at BO fik tildelt begge delaftaler, hvorimod BC's tilbud ikke indeholdt en sådan rabat.

Udbyderen foretog vurderinger af tilbuddene under anvendelse af en evalueringsmodel. Vurderingerne førte til højeste score for BO i tilfælde

af kontrakt med forskellige tilbudsgivere for hver af de to delaftaler, og til ens score for BC og BO i tilfælde af kontrakt om begge delaftaler med samme tilbudsgiver. Af nærmere angivne grunde vurderede udbyderen BC's tilbud til at være det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og udbyderen besluttede derfor at indgå kontrakt med BC om begge delaftaler. Udbyderen meddelte BC og de andre tilbudsgivere dette.

BO gjorde derefter over for udbyderen gældende, at der var følgende metodiske fejl i udbyderens tilbudsvurdering: Dels havde BO's rabat ved kontrakt om begge delaftaler af nærmere angivne grunde ikke givet sig tilstrækkeligt udslag i udbyderens evalueringsmodel, dels skulle der have været foretaget en indbyrdes vægtning af de to delaftaler ved sammenligningen af tilbudspriserne.

Udbyderen foretog derefter en ny tilbudsvurdering i overensstemmelse med BO's synspunkter og vægtede herunder ved prissammenligningen delaftalen om fodtøj med 90 % og delaftalen om indlæg med 10 %. Den nye tilbudsvurdering førte til, at BO's tilbud var det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvorfor udbyderen meddelte tilbudsgiverne, at der ville blive indgået kontrakt med BO om begge delaftaler.

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

1) Klage over, at udbyderen ved den nye tilbudsvurdering havde vægtet de to delaftaler indbyrdes, selvom det ikke var oplyst i udbudsbetingelserne, at en sådan vægtning ville finde sted:

Ikke taget til følge, da vægtningen var sagligt begrundet i den forventede fordeling af ydelser under de to delaftaler, og da en udbyder ikke har pligt til på forhånd at oplyse beregningsmetoder for tilbudsvurdering.

2) Konstateret, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved en anmodning i udbudsbetingelserne om oplysning om rabatter på produkter, der ikke var omfattet af tilbudslisten, men som naturligt hørte under det udbudte. Henvist til, at anmodningen gjorde omfanget af den udbudte ydelse uklar, ligesom den vanskelig- eller umuliggjorde prissammenligningen.

3) Klage over, at det i udbudsbetingelserne var anført, at der ved vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriterium 1. Priser ville blive lagt vægt på »prisregulering«:

Ikke taget til følge, da det fremgik af udbudsbetingelserne, at det var et konkurrenceparameter, om tilbudsgiverne ønskede prisregulering efter det første år af kontraktperioden, eller om de tilbød en fast pris i hele kontraktperioden.

En påstand fra DC om, at Klagenævnet skulle annullere udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med BO, blev ikke taget til følge. Herved henvist til, at den ad punkt 2 konstaterede overtrædelse ikke havde haft betydning for tilbudsvurderingen.

Note: Klagenævnet tog ikke under sagen stilling til, om udbyderen handlede i strid med Udbudsdirektivet ved at tilbagekalde beslutningen om at indgå kontrakterne med BC uden samtidig at annullere udbuddet, ligesom Klagenævnet ikke tog stilling til, om udbyderen handlede i strid med Udbudsdirektivet ved at beslutte at indgå kontrakterne med BO uden at gennemføre nyt udbud.

19. december 2008. UAB Baltic Orthoservice mod Ringsted Kommune

Udbyderens meddelelse til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen skal indeholde oplysning om den valgte tilbudsgiver. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, ved, at udbyderens meddelelse om tildelingsbeslutningen ikke blev sendt hurtigst muligt, og overtrædelse af § 6 a i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 ved, at meddelelsen blev sendt med almindeligt brev. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 32 ved kontraktbestemmelse om udbyderens option om at forlænge kontrakten ved dens udløb efter 3 år, selvom optionen ifølge udbudsbetingelserne skulle udnyttes inden for et år fra tildelingsbeslutningen. Ikke annullation

En kommune iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende 5 rammeaftaler om levering af forskellige hjælpemidler. Rammeaftalerne var opdelt i et antal delaftaler. Sagen angår to af delaftalerne. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle underkriterier.

Varigheden af de udbudte delaftaler var i udbudsbetingelserne fastsat til 36 måneder. Udbudsbetingelserne indeholdt endvidere følgende angivelse:

»Optioner:

Ja

Beskrivelse af disse optioner: Mulighed med forlængelse af de enkelte delaftaler med 2 gange 12 måneder.

Foreløbig tidsplan for anvendelse af disse optioner: i måneder: 12 (fra tildeling af kontrakten)

Antal gange, der er mulighed for forlængelse: 2.«

Der indkom tilbud fra 7 virksomheder vedrørende de to delaftaler. Den 8. april 2008 besluttede udbyderen at indgå kontrakt med en tilbudsgiver S. Udbyderen meddelte ved breve af samme dag de andre tilbudsgivere, at deres tilbud ikke var blevet valgt, uden at udbyderen oplyste, at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med S.

Efter at en tilbudsgiver U havde anmodet udbyderen om en nærmere begrundelse for, at U's tilbud ikke var blevet valgt, sendte udbyderen den 15. april 2008 en uddybende meddelelse til U. Heller ikke denne meddelelse indeholdt oplysning om, at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med S.

U klagede til Konkurrencestyrelsen med henvisning til, at udbyderen ikke havde overholdt Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, hvorefter udbyderen på begæring skal give forbigåede tilbudsgivere oplysning om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele, og oplyse navnet på den tilbudsgiver, hvis tilbud er antaget.

Konkurrencestyrelsen henlede udbyderens opmærksomhed på den nævnte direktivbestemmelse, hvorefter udbyderen i et brev til tilbudsgiverne den 14. maj 2008 oplyste, at udbyderen af nærmere angivne grunde havde besluttet at indgå kontrakt med S. Udbyderen indgik senere kontrakt med S.

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

1) Klage over, at udbyderens brev af 14. maj 2008 til tilbudsgiverne ikke opfyldte kravene i Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2:

Ikke taget til følge, da brevet opfyldte kravene.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, ved ikke hurtigst muligt at have underrettet tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen først ved brevet af 14. maj 2008 havde underrettet tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen, selvom afgørelsen om tildeling var truffet den 8. april 2008.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt § 6 a, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 ved ikke at have fremsendt underretningen om tildelingsbeslutningen med det hurtigst mulige kommunikationsmiddel:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderens meddelelse den 14. maj 2008 om tildelingsbeslutningen var sendt ved et brev.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 32 (om rammeaftaler) ved at have indgået kontrakten med S for 3 år med option for udbyderen for forlængelse i 2 gange 12 måneder:

Taget til følge med henvisning til den ovenfor nævnte angivelse i udbudsbetingelserne, hvorefter optionen om forlængelse skulle udnyttes inden for 12 måneder fra tildelingen af kontrakten.

En påstand fra U om annullation af tildelingsbeslutningen blev ikke taget til følge, da de konstaterede overtrædelser ikke gav grundlag herfor.