

Klagenævnet for Udbud

**RESUMÉER AF
KENDELSER
FRA
KLAGENÆVNET
FOR
UDBUD
1. halvår 2009**

2009

(senere mindre revisioner kan have fundet sted)

Efter indholdsfortegnelsen indeholdes nedenfor resuméer af de kendelser, som Klagenævnet for Udbud har afsagt januar - juni 2009. 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

Et tilbud måtte ikke tages i betragtning, da tilbuddet ikke var i overensstemmelse med forskellige krav i udbudsbetingelserne, herunder et af kravene, som det var ændret uden underretning til tilbudsgiveren om ændringen. En vurderingsmodel, hvorefter tilbud, der ikke opnåede et bestemt antal points, ikke ville blive taget i betragtning, var ikke i strid med udbudsreglerne. Annullation	8
Udbyderen frifundet for at betale erstatning til dækning af en forbigået tilbudsgivers udgift til udarbejdelse af tilbud. Udbyderen havde været forpligtet til ikke at tage tilbuddet fra den pågældende tilbudsgiver i betragtning som følge af forbehold i tilbuddet, hvorfor der ikke var årsagsforbindelse mellem udbyderens ansvarspådragende adfærd og tilbudsgiverens udgift til udarbejdelse af tilbud	9
Erstatning efter negativ kontraktsinteresse til forbigået tilbudsgiver i anledning af udbyderens overtrædelse af EU-udbudsreglerne skønsmæssigt fastsat til 75.000 kr.	10
Gennemsigtighedsprincippet overtrådt ved modstridende angivelser i udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen. En udbyder kan indgå kontrakt med en tilbudsgiver, selvom fristen for vedståelse af tilbuddet er udløbet. Udbyderen overtrådte principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved indgåelse af kontrakt med et senere begyndelsestidspunkt end angivet i udbudsbekendtgørelsen, ved utilstrækkelig beskrivelse af det udbudte m.m., ved at lægge vægt på tilbuddenes angivelser om nogle krav, der var udtømmende beskrevet i udbudsbetingelserne, og ved under tilbudsvurderingen at lægge vægt på nogle forhold, der var udvælgelseskriterier. Udbyderen havde saglig grund til at annullere udbuddet som følge af fejl ved udbuddet, og det var uden betydning, at annullationen skete efter indgivelsen af klagen til Klagenævnet. Sagsomkostninger. Ikke opsættende virkning.....	10
Udbyderen overtrådte ligebehandlingsprincippet ved at afvise to anmodninger fra samme virksomhed om prækvalifikation. Ikke opsættende virkning. Annullation. Dissens. Parterne har efterfølgende indgået en aftale, hvorefter klageren erkender, at udbyderen var berettiget til at afvise de to anmodninger om prækvalifikation	13
Tilbud med rette afvist som ukonditionsmæssigt, da det tilbudte udstyr ved en demonstration, der var fastsat i udbudsbetingelserne, ikke levede op til nogle ufravigelige mindstekrav i udbudsbetingelserne. Udbyderen havde saglig grund til at annullere udbuddet, idet udbyderen havde begået grove fejl ved at rette henvendelse til tilbudsgiverne om forståelsen af tilbuddene. Ikke opsættende virkning. Ikke taget stilling til en påstand om annullation	14
Indhentning af tilbud vedrørende Bilag II B-tjenesteydelse efter Tilbudslovens Afsnit II. Ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, overtrådt ved, at ordregiveren ikke gav den valgte tilbudsgiver og de øvrige tilbudsgivere samtidig underretning om tildelingsbeslutningen. Ordregiveren var ikke afskåret fra at indgå kontrakt med en virksomhed, der udførte den pågældende tjenesteydelse i forvejen.....	15
Udbyderen i henhold til et offentligt udbud vedrørende en tjenesteydelse var berettiget til ikke at tage et tilbud i betragtning, da tilbudsgiverens referencer vedrørende tidligere arbejder i det væsentligste ikke som krævet i udbudsbetingelserne angik arbejdsopgaver som den udbudte. Ikke opsættende virkning	16
Klage vedrørende et underkriteriums egnethed og vurderingen af tilbuddene ikke taget til følge	16
Udbyderen var berettiget til ved tilbudsvurderingen at tildele tilbuddene fra en tilbudsgiver vedrørende delentrepriser forskellige points i relation til et fælles underkriterium om organisation og bemanning, da tilbuddenes oplysninger om organisation og bemanning var identiske, således at det ikke kunne ses, hvilke	

Klagenævnet for Udbud, Danmark

personer der skulle udføre de enkelte delentrepriser. Udbyderen kunne endvidere tildele tilbuddet vedrørende en af delentrepriserne et lavere pointtal i relation til underkriteriet end tilbuddet fra en tilbudsgiver, af hvis tilbud det fremgik, hvilke personer der skulle udføre delentreprisen. Klagenævnet efterprøver ikke en udbyders skøn med hensyn til den relative vurdering af tilbuddene. Ikke opsættende virkning	17
Erstatning til dækning af forbigået tilbudsgivers negative kontraktsinteresse fastsat til ca. 126.000 kr. Erstatningsansvaret og erstatningens størrelse var anerkendt af udbyderne	19
Klagenævnet havde ikke kompetence til at behandle en klage over en anskaffelse, der var omfattet af Traktatens artikel 296 om beskyttelse af sikkerhedsinteresser	19
Offentligt udbud efter Udbudsdirektivet. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed overtrådt ved besvarelse af spørgsmål fra potentielle tilbudsgivere uden orientering til de øvrige potentielle tilbudsgivere, ved telefonisk besvarelse af spørgsmål fra potentielle tilbudsgivere og ved manglende besvarelse af et spørgsmål fra en potentiel tilbudsgiver. Udtalt, at der skal orienteres om alle spørgsmål og svar, og at spørgsmål fra potentielle tilbudsgivere skal videresendes til de andre potentielle tilbudsgivere i den form, de er modtaget i. Forhandlingsforbuddet overtrådt ved forhandling om et tilbudsforbehold vedrørende tilbudsgiverens erstatningsansvar, da forbeholdet reelt angik tilbudsprisen. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation.....	20
Bilag II B-tjenesteydelse omfattet af Tilbudslovens afsnit II. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 35, stk. 4, og Tilbudslovens § 15 c. En påstand om pålæg om nyt udbud afvist. Annullation	21
Begrænset udbud omfattet af Udbudsdirektivets Bilag II B og Tilbudslovens afsnit II. Ordregiveren kunne stille krav om, at ansøgninger om prækvalifikation skulle indgives elektronisk gennem Internettet, selvom dette forudsatte brug af en særlig software. Ordregiveren var forpligtet til at afvise en ansøgning om prækvalifikation, da ansøgningen ikke som krævet i udbudsbekendtgørelsen indeholdt oplysning om ubetalt forfalden gæld til det offentlige	22
Begrænset udbud omfattet af Udbudsdirektivets Bilag II B og Tilbudslovens afsnit II. Ordregiveren var forpligtet til at afvise en ansøgning om prækvalifikation, da ansøgningen ikke som krævet i udbudsbekendtgørelsen indeholdt oplysning om ubetalt forfalden gæld til det offentlige. Ikke opsættende virkning	23
Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved, at nogle delkriterier til tildelingskriteriet angik minimumskrav, som tilbuddene skulle opfylde, ved anmodning om oplysning om priser og rabatter på produkter, der ikke var omfattet af det udbudte, ved nogle delkriterier, som udbudsbetingelserne ikke gav mulighed for at vurdere tilbuddene efter, ved at lægge vægt på de samme forhold i relation til flere underkriterier, ved at vurdere tilbud i relation til et underkriterium om kvalitet på grundlag af en lille del af de tilbudte produkter, og ved at vurdere tilbud i relation til et delkriterium om kvalitet som krævet, selvom udbudsbetingelserne indeholdt præcise angivelser af, hvad der skulle afgives tilbud på. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, ved angivelse i udbudsbetingelserne af bestemte fabrikater og varemærker.....	24
Udbyderen kunne tage et tilbud i betragtning, selvom udbyderen var medejer af tilbudsgiveren, men interessesammenfaldet som følge af medejerskabet skulle indgå i vurderingen af, om udbyderen havde forskelsbehandlet tilbudsgiverne. En sådan forskelsbehandling havde ikke fundet sted. Udbyderen var berettiget til ikke at tage et tilbud i betragtning, da den pågældende tilbudsgiver havde foretaget en henvendelse i strid med en forskrift i udbudsbetingelserne, men udbyderen havde ikke pligt hertil, da udbyderen havde løftet sin bevisbyrde for, at henvendelsen ikke havde medført en fordel for tilbudsgiveren. Ikke opsættende virkning	25
Ansøgning om støtte til opførelse af private ungdomsboliger afslået med rette, da ansøgningen ikke opfyldte normkravene. Det var uden betydning, at ansøgeren var villig til at ændre sit projekt	26

Udbyderen var forpligtet til at afvise et tilbud, fordi en vedlagt serviceattest ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav til serviceattestens alder. Udbudsdirektivets artikel 51 fandt ikke anvendelse.....	27
Begrænset udbud af rammeaftale vedrørende bilag II B tjenesteydelse. Udbyderne var berettiget til ved tilbudsvurderingen at give tilbuddene samme karakter vedrørende underkriteriet »Pris«, selvom der var små forskelle mellem tilbudspriserne, således som udbyderne havde opgjort dem. Udbyderne havde ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af oplysninger i et tilbud. Et brev er ikke hurtigst mulige kommunikationsmiddel. Ikke opsættende virkning	28
Klagenævnet havde ikke kompetence til at behandle en klage over en licitation iværksat af Landsforeningen Ældre Sagen. Klage over udbyderens tekniske rådgiver afvist	29
EU-udbud af partneringaftale om et byggearbejde. Udtalt, at forhandlingsforbuddet gælder i partneringfasen. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne indeholdt pris for nogle delydelse. En pointmodel kunne under ekstreme forudsætninger føre til u hensigtsmæssige resultater, men havde ikke gjort det i det konkrete tilfælde, hvorfor den ikke var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at lægge vægt på et delkriterium, der ikke fremgik af udbudsbetingelserne. Annullation	30
Et tilbuds manglende opfyldelse af et krav om oplysning om underentreprenører medførte ikke pligt for udbyderen til at afvise tilbuddet, da der efter AB 92 er ret til at antage underentreprenører, og da kravet ikke angik et grundlæggende element.....	32
EU-udbud af lægevagtskørsel. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved at tage et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne var vedlagt tilbudsgiverens seneste regnskab, og ved at fastsætte et underkriterium om erfaring, selvom dette kriterium var et udvælgelseskræterium. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved uklare oplysninger om, efter hvilke principper kørslen skulle honoreres, og ved på baggrund heraf at lægge et beløb til nogle tilbudspriser. Det påhvilede ikke udbyderen at kontrollere, at tilbudsgiverne havde de nødvendige kørselstilladelser. Påstand om annullation af tildelingsbeslutningen afvist, da Klagenævnet ved en tidligere kendelse havde annulleret tildelingsbeslutningen	32
Klagenævnet havde ikke kompetence til at behandle en klage over et byggearbejde, der iværksat af en velgørende forening.....	34
En forbigået tilbudsgiver har retlig interesse i at klage til Klagenævnet, og det kræves ikke, at der foreligger en loyal retlig interesse. Det var uden betydning for en forbigået tilbudsgivers klageadgang, at klageren havde rettet henvendelse til den valgte tilbudsgiver og til politikere og medier	34
Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at foretage tilbudsvurdering på en måde, der var i strid med udbudsbetingelserne. En påstand om pålæg om lovliggørelse af udbudsforretningen afvist, da udbuddet var afsluttet. Sagsomkostninger. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning	35
Udbyderen frifundet for erstatningskrav fra forbigået tilbudsgiver til dækning af tilbudsgiverens positive opfyldelsesinteresse, da udbyderen ville have overtrådt udbudsreglerne ved at tildele tilbudsgiveren kontrakten. Ved erstatningsafgørelser kan der vedrørende beviset for årsagssammenhæng tages hensyn til hypotetiske forhold. Udbyderen pålagt at erstatte den forbigåede tilbudsgivers udgift til udarbejdelse af tilbud, da tilbudsgiveren ikke ved tilbudsafgivningen kunne forudse en af de ansvarspådragende overtrædelser, der derfor havde været årsag til tilbudsgiverens spildte udgifter til udarbejdelse af tilbud.....	36
En pointmodel var uegnet til at blive anvendt ved vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet »tilbudspris«. Henvi sning til referenceprodukter var uberettiget. Tilbudsvurdering i strid med udbudsbetingelserne i relation til	

Klagenævnet for Udbud, Danmark

underkriteriet »projektforslag« og tildelingsbeslutning i strid med udbudsbetingelserne. Hvis flere tilbud får samme pointtal ved tilbudsvurderingen, skal udbyderen foretage en mere tilbundsående tilbudsvurdering. Overtrædelse ved at anvende underkriteriet »kompetenceprofil« som kriterium og overtrædelse ved at tage alternative tilbud i betragtning, selvom det var angivet i udbudsbekendtgørelsen, at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning. Ikke pålæg til udbyderen om at indgå kontrakt med klageren, allerede fordi udbuddet som følge af udbyderens overtrædelser ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Annullation	38
Udbyderen skulle ikke betale erstatning til dækning af forbigået tilbudsgivers negative kontraktsinteresse, da tilbudsgiverens tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor ikke måtte tages i betragtning, hvorfor der ikke var årsagsforbindelse mellem udbyderens overtrædelser og tilbudsgiverens forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud.....	40
Nogle krav i udbudsbetingelserne var underkriterier, ikke mindstekrav. Udbudsbetingelserne måtte forstås således, at der ønskedes alternative tilbud vedrørende en bestemt udførelsesmetode. Da disse alternative tilbud ikke skulle omfatte hele den udbudte tjenesteydelse, var udbyderen berettiget til at lægge et beløb til tilbudspriserne i dem for at kunne sammenligne med tilbudspriserne i hovedtilbuddene.....	41
Udbyderen havde ikke før modtagelsen af tilbuddene fastlagt den vurderingsmodel, der skulle anvendes ved tilbudsvurderingen, og udbyderen havde allerede derfor ikke haft pligt til at oplyse tilbudsgiverne om modellen på forhånd. En klage med mange klagepunkter taget til følge for nogle få klagepunkters vedkommende. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation, da de konstaterede overtrædelser ikke havde haft betydning for tildelingsbeslutningen.....	43
Forbigået tilbudsgiver ikke tillagt erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke var bevist eller sandsynliggjort i overvejende grad, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten vedrørende en eller flere af de omhandlede tjenesteydelser, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Tilbudsgiveren tillagt en skønsmæssigt fastsat erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da tilbudsgiveren ikke havde kunnet forudse udbyderens overtrædelser, og da det ikke havde påhvilet tilbudsgiveren ikke at afgive tilbud som følge af udbyderens anvendelse af et ulovligt underkriterium	44
Gennemførelse af udbud vedrørende en bilag II B-tjenesteydelse. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed overtrådt ved manglende oplysning om medarbejdere, der skulle overtages i henhold til Virksomhedsoverdragelsesloven, ved oplysning ganske kort før tilbudsfristens udløb om tidsbegrænsning af en kompensation fra udbyderen af meromkostninger som følge af overtagelse af medarbejdere og ved uklare oplysninger kort før tilbudsfristens udløb om inventar, som udbyderen stillede til rådighed. Ligebehandlingsprincippet overtrådt ved udformning af udbudsbetingelserne og gennemførelse af udbuddet på en sådan måde, at kun den aktuelle tjenesteyder kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud. Bekendtgørelse i EF-Tidende og udbyderens tilkendegivelse af at ville overholde af en fristregel i Udbudsdirektivet bevirkede ikke, at direktivet fandt anvendelse i sin helhed. Ikke opsættende virkning	45
EU-udbud af rammeaftale om indkøb. Det fremgik klart af udbudsbetingelserne, at udbyderen ville lægge vægt på antallet af tilbudte produkter, og udbudsbetingelserne indeholdt en tilstrækkelig beskrivelse af de produkter, der ønskedes tilbud om. En udbyder har ikke pligt til på forhånd at oplyse om omfanget af tidligere indkøb af produkter som de udbudte. Beregning af tilbudspriserne på grundlag af tilbuddenes enhedspriser for en del af de tilbudte produkter var ikke i strid med udbudsreglerne. Ikke opsættende virkning	47
Tilbud med rette afvist som ukonditionsmæssigt, da tilbuddet afveg fra udbudsbetingelserne på en række punkter, og da udbyderen som følge nogle af afvigelse havde pligt til at afvise tilbuddet. Overtrædelse af § 6 a, stk. 3, jf. stk. 1, i bekendtgørelse 937 af 16. september 2004 og af Udbudsdirektivets artikel 2 ved kun at angive en af afvigelse som begrundelse for afvisningen. Ikke opsættende virkning	49

Resuméer af kendelser 1. halvår 2009

Udbyderen pålagt at betale sagsomkostninger til en klager, selvom klagen var tilbagekaldt som følge af et forlig mellem klageren og udbyderen..... 50

Resuméer

7. januar 2009. MFI Office Solutions Ltd. mod Udenrigsministeriet

Et tilbud måtte ikke tages i betragtning, da tilbuddet ikke var i overensstemmelse med forskellige krav i udbudsbetingelserne, herunder et af kravene, som det var ændret uden underretning til tilbudsgiveren om ændringen. En vurderingsmodel, hvorefter tilbud, der ikke opnåede et bestemt antal points, ikke ville blive taget i betragtning, var ikke i strid med udbudsreglerne. Annullation

Udenrigsministeriet iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende levering af et antal computere og printere m.m. til den kenyanske stat samt vedligeholdelse af det leverede.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af to underkriterier »teknik« og »pris«. Til underkriteriet »teknik« var der fastsat 5 delkriterier. Tilbudsprisen skulle angives i kenyanske shillings.

Udbudsbetingelserne indeholdt oplysning om, hvorledes der ville blive tildelt tilbuddene points ved tilbudsvurderingen, og angav herved, at tilbud, der ikke opnåede 80 points med hensyn til underkriteriet »teknik«, ville blive anset for uantagelige (»unsuitable«).

I udbudsbetingelserne var de ønskede printere betegnet som laserprintere, men det var samtidig angivet, at printer-teknologien skulle være »Inkjet«.

Der prækvalificeres to virksomheder, C og M. Tilbudsgiverne stillede nogle spørgsmål til udbyderen, herunder et spørgsmål, om printerne skulle være laserprintere eller blækprintere. Udbyderen besvarede dette spørgsmål med, at printerne skulle være laserprintere, og at angivelsen i udbudsbetingelserne af, at printerteknologien skulle være »Inkjet«, skyldtes en skrivefejl. Dette svar blev ved en fejl ikke sendt til C.

Både C og M afgav tilbud. C's tilbud angik blækprintere. Udbyderen tog herefter kontakt til begge tilbudsgiverne om forskellige spørgsmål og opfordrede herunder bl.a. C til at ændre sit tilbud til at angå laserprintere, hvilket skete.

Udbyderen foretog derefter en vurdering af tilbuddene og besluttede at indgå kontrakt med C. Udbyderen meddelte samtidig M, at M's tilbud ikke var kommet i betragtning som følge af, at M's tilbud ikke havde opnået 80 points vedrørende underkriteriet »teknik«. Der blev senere indgået kontrakt med C.

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

1) Klage over, at udbyderen havde taget C's tilbud i betragtning, selvom C's tilbud angik blækprintere og ikke laserprintere, ikke omfattede vedligeholdelse og havde tilbudsprisen angivet i amerikanske dollars (påstand 1-3):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

2) Klage over, at udbyderen efter tilbuddenes modtagelse havde forhandlet med og modtaget tilbud fra C vedrørende laserprintere og vedligeholdelse samt tilbudspris i kenyanske shillings (påstand 4):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

3) Klage over, at udbyderen havde afvist M's tilbud med den begrundelse, at tilbuddet ikke havde opnået 80 points vedrørende underkriteriet »teknik«, idet dette ikke er en lovlig afvisningsgrund (påstand 5).

M gjorde vedrørende dette klagepunkt gældende: En model som den af udbyderen anvendte, hvorefter tilbud ikke kommer i betragtning, hvis de ikke i relation til et underkriterium opnår et bestemt antal points, er ikke lovlig, og en sådan model kan kun have til formål at stille nogle udefinerede og uoplyste krav til tilbuddene. Mindstekrav til tilbuddene skal derimod stilles ved udformning af specifikationer i udbudsbetingelserne.

Udbyderen gjorde heroverfor gældende: En sådan model er lovlig og er sædvanligt anvendt. Den blev således anvendt af Kommissionen ved dennes udbud i den sag for Retten i Første Instans, der er omhandlet i sagerne T-59/05 og T-272/06, Europaïki Dynamiki.

Følgende bemærkes: Der er tale om domme afsagt den 10. september 2008 af Retten i Første Instans i sag T 59/05, Europaïki Dynamiki mod Kommissionen, og i sag T-272/06, Europaïki Dynamiki mod EF-domstolen. Begge sager angik udbud vedrørende it-systemer, og udbudsbetingelserne i begge udbud indeholdt en model som den omtalte. Det fremgår af dommene, at Retten i Første Instans ikke havde indvendinger mod modellen. I ingen af sagerne var det dog tilsyneladende gjort gældende, at modellen var ulovlig.

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at tage klagepunktet til følge og henviste herved til, at evalueringsmodellen var klart beskrevet i udbudsbetingelserne.

4) Subsidiær klage i forhold til punkt 3 over, at udbyderen havde tildelt M's tilbud mindre end 80 points med hensyn til underkriteriet »teknik« (påstand 6), samt klage over udbyderens tildeling af points til M's tilbud på et nærmere angivet punkt (påstand 7):

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

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med C og henviste herved til, at udbyderen havde taget C's tilbud i betragtning, selvom dette tilbud på flere ikke rent bagatelagte punkter var i strid med udbudsbetingelserne. Det kunne ikke føre til andet resultat, at kontrakten var opfyldt.

Klagenævnets afgørelse om erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 20. maj 2009.

9. januar 2009. C.C. Brun Entreprise A/S mod A/S Storebælt

Udbyderen frifundet for at betale erstatning til dækning af en forbigået tilbudsgivers udgift til udarbejdelse af tilbud. Udbyderen havde været forpligtet til ikke at tage tilbuddet fra den pågældende tilbudsgiver i betragtning som følge af forbehold i tilbuddet, hvorfor der ikke var årsagsforbindelse mellem udbyderens ansvarspådragende adfærd og tilbudsgiverens udgift til udarbejdelse af tilbud

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 2. oktober 2008 i samme sag. Sagen angik en licitation efter Tilbudsloven vedrørende projektering og opførelse af en bygning. Klageren var en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten.

Ved kendelsen af 2. oktober 2008 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt Tilbudsloven ved bl.a. at tage tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom dette tilbud indeholdt forbehold over for et grundlæggende element i licitationsbetingelserne.

Den her resumerede kendelse angik et erstatningskrav fra klageren, der påstod udbyderen tilpligtet at betale et beløb til dækning af klagerens udgift ved at afgive tilbud, dvs. negativ kontraktsinteresse.

Klagenævnet fastslog, at udbyderen havde handlet ansvarspådragende, men frifandt udbyderen med henvisning til, at klageren i sit tilbud havde taget forbehold over for grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, hvorfor udbyderen havde været forpligtet til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning. Der var herefter ikke årsagsforbindelse mellem klagerens udgift til udarbejdelse af tilbud og den overtrædelse, som Klagenævnet havde konstateret ved kendelsen af 2. oktober 2008, og som var ansvarspådragende.

12. januar 2009. Jysk Erhvervsbeklædning ApS mod Hjørring Kommune

Erstatning efter negativ kontraktsinteresse til forbigået tilbudsgiver i anledning af udbyderens overtrædelse af EU-udbudsreglerne skønsmæssigt fastsat til 75.000 kr.

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 14. februar 2008 i samme sag. Sagen angik et udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende indkøb af beklædning. Ved kendelsen af 14. februar 2008 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt EU-udbudsreglerne på forskellige punkter.

Klageren var en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten, og den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav. Klageren påstod udbyderen pålagt at betale en erstatning på 115.200 kr. til dækning af klagerens udgift ved udarbejdelse af tilbud og 23.816 kr. til dækning af værdien af nogle vareprøver, som klageren hævdede ikke at have fået tilbage fra udbyderen, i alt 139.016 kr.

Udbyderen erkendte, at udbyderen som følge af de konstaterede overtrædelser var erstatningsansvarlig over for klageren. Udbyderen erkendte endvidere at skulle betale erstatning til klageren til dækning af klagerens udgift til udarbejdelse af tilbud, men påstod erstatningen fastsat til 45.000 kr. Udbyderen påstod frifindelse med hensyn til klagerens krav vedrørende vareprøver, idet udbyderen gjorde gældende, at klageren havde afhentet vareprøverne.

Klagenævnet udtalte, at udbyderen som følge af de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne var erstatningsansvarlig over for klageren. Da den ansvarspådragende adfærd havde forårsaget et tab hos klageren efter reglerne om negativ kontraktsinteresse, skulle udbyderen betale erstatning til dækning heraf. Erstatningen fastsattes til 75.000 kr.

Klagenævnet tog derimod ikke klagerens erstatningskrav vedrørende vareprøver til følge, da klageren af nærmere angivne grunde ikke havde godtgjort dette tab.

15. januar 2009. Ortos A/S mfl. mod Odense Kommune

Gennemsigthedsprincippet overtrådt ved modstridende angivelser i udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen. En udbyder kan indgå kontrakt med en tilbudsgiver, selvom fristen for vedståelse af tilbuddet er udløbet. Udbyderen overtrådte principperne om ligebehandling og gennemsigthed ved indgåelse af kontrakt med et senere begyndelsestidspunkt end angivet i udbudsbekendtgørelsen, ved utilstrækkelig beskrivelse af det udbudte m.m., ved at lægge vægt på tilbuddenes angivelser om nogle krav,

der var udtømmende beskrevet i udbudsbetingelserne, og ved under tilbudsvurderingen at lægge vægt på nogle forhold, der var udvælgelseskriterier. Udbyderen havde saglig grund til at annullere udbuddet som følge af fejl ved udbuddet, og det var uden betydning, at annullationen skete efter indgivelsen af klagen til Klagenævnet. Sagsomkostninger. Ikke opsættende virkning

En kommune iværksatte i oktober 2007 et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende rammeaftaler om køb af ortopædiske hjælpemidler i perioden 1. marts 2008 – 21. februar 2011. Udbuddet var opdelt i delaftaler vedrørende 4 forskellige produktområder. Sagen drejede sig om en af disse delaftaler, der angik bandager m.m. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne A. Økonomi, B. Serviceforhold, C. Kvalitet, D. leveringsforhold og E. Miljøforhold.

I henhold til udbudsbetingelserne udløb fristen for afgivelse af tilbud den 14. december 2007, og tilbudsgiverne skulle vedstå tilbuddene i 3 måneder derefter. Ved tilbudsfristens udløb var der vedrørende den omhandlede delaftale indkommet tilbud fra 4 virksomheder.

I februar 2008 meddelte udbyderen tilbudsgiverne, at udbyderen ikke havde kunnet behandle tilbuddene rettidigt, og at begyndelsestidspunktet for den udbudte rammeaftale blev udskudt til 1. juni 2008. Den 9. juni 2008 besluttede udbyderen at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne med begyndelsestidspunkt 1. september 2008.

De øvrige 3 tilbudsgivere klagede til Klagenævnet, og en af tilbudsgiverne begærede klagen tillagt opsættende virkning. Udbyderen annullerede derefter udbuddet med henvisning til, at der var begået væsentlige procedurefejl, hvorefter Klagenævnet besluttede ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved, at det i udbudsbetingelserne var angivet, at der ville blive indgået kontrakter med 4 virksomheder, selvom udbyderen kun havde til hensigt at indgå én rammeaftale for hver delaftale, hvilket fremgik af udbudsbetingelserne (påstand 1):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

2) Klage over, at udbyderen havde tildelt den valgte tilbudsgiver kontrakten, selvom tilbudsgiveren på tildelingstidspunktet ikke længere var bundet af sit tilbud (påstand 2):

Klagenævnet udtalte: Hvis en tilbudsgiver efter udløbet af fristen for vedståelse af tilbuddet stiller ændrede betingelser for at indgå kontrakt, og kontraktsgrundlaget således ændrer sig, kan udbyderen ikke indgå kontrakt med tilbudsgiveren, men må iværksætte et nyt udbud. Klagenævnet lagde videre til grund, at den valgte tilbudsgiver ikke havde stillet ændrede betingelser for at indgå kontrakten, selvom fristen for vedståelse af tilbuddet var udløbet, og at aftalegrundlaget derfor var det samme som før vedståelsesfristens udløb. Udbyderen var derfor berettiget til at indgå kontrakt og havde ikke haft pligt til at iværksætte nyt udbud.

Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at ændre begyndelsestidspunktet for den udbudte rammeaftale til den 1. september 2008, selvom begyndel-

sestidspunktet i udbudsbekendtgørelsen var fastsat til den 1. marts 2008 (påstand 3):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke i udbudsbetingelserne at have foretaget en tilstrækkelig og præcis beskrivelse af de produkter, som udbyderen ønskede tilbud om (påstand 4):

Erkendt af udbyderen og taget til følge med henvisning til, at de udbudte produkter var beskrevet yderst sparsomt i udbudsbetingelserne, ligesom det var usikkert, hvilken prisstruktur, der skulle angives i tilbuddene. Det havde herefter ikke været muligt for tilbudsgiverne at vurdere, hvordan de bedst kunne optimere deres tilbud, ligesom de nævnte forhold havde gjort det vanskeligt for udbyderen at sammenligne tilbuddene.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under tilbudsvurderingen at have lagt vægt på følgende forhold i relation til henholdsvis underkriterierne A. Økonomi og D. Leveringsforhold: a) tilbudsgivernes ønsker med hensyn til gennemførelsen af prisregulering, selvom det i udbudsbetingelserne udtømmende var fastsat, hvorledes prisregulering skulle finde sted, og b) tilbuddenes oplysninger om leveringsomkostninger og gebyrer m.m., selvom det i udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbuddene skulle omfatte alle udgifter ved leverancerne (påstand 5 og 8):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under tilbudsvurderingen at have lagt vægt på følgende delkriterier, selvom disse delkriterier var udvælgelseskriterier, der ikke kunne anvendes ved tilbudsvurderingen: I relation underkriterium B. Serviceforhold: a. leverandørens faglighed hos alle ansatte, b. leverandørens kapacitet m.m. og c. oplysningsniveau m.m.. I relation til underkriterium C. Kvalitet: et delkriterium om pasningsegenskaber, fejl og tilfredshed m.m. I relation til underkriterium E. Miljøforhold: et delkriterium om miljøcertifikater, miljøpolitik og arbejdspladsvurdering (påstand 6, 7 og 9):

Erkendt af udbyderen og taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde anført forhold, der kunne medføre, at de omtalte delkriterier kunne anvendes ved tilbudsvurderingen.

8) Klage over, at udbyderen havde annulleret udbuddet med henvisning til alvorlige procedurefejl, selvom den reelle begrundelse for annullationen var, at der var blevet klaget til Klagenævnet, hvilket ikke er en saglig begrundelse for en udbyders annulation af et udbud (påstand 10):

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at fastslå, at annullationen af udbuddet alene var motiveret af klagen til Klagenævnet med henblik på at afbøde virkningen af klagen. Klagenævnet bemærkede herved, at en udbyders annulation af et udbud ikke afskærer muligheden for at få eventuelle overtrædelser af udbudsreglerne fastslået gennem en klage til Klagenævnet.

Klagenævnet henviste videre til, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på en række punkter, der ikke var af underordnet karakter eller bagatelagtige. Udbyderen havde herefter været berettiget til at annullere udbuddet som følge af væsentlige procedurefejl, og annullationen var således sagligt begrundet.

Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

Klagenævnet fastsatte de sagsomkostninger, som udbyderen skulle betale til hver af klagerne, til 10.000 kr.

Klagenævnet traf afgørelser om erstatningsspørgsmålet i sagen ved kendelser af 14. december, 15. december og 16. december 2009.

20. januar 2009. Neupart A/S mod Økonomistyrelsen

Udbyderen overtrådte ligebehandlingsprincippet ved at afvise to anmodninger fra samme virksomhed om prækvalifikation. Ikke opsættende virkning. Annullation. Dissens. Parterne har efterfølgende indgået en aftale, hvorefter klageren erkender, at udbyderen var berettiget til at afvise de to anmodninger om prækvalifikation

En ordregivende myndighed iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet af tre rammeaftaler vedrørende rådgivning m.m. om forskellige it-spørgsmål. I udbudsbekendtgørelsen var angivet, at der ville blive prækvalificeret 6 virksomheder og indgået rammeaftaler med 3 virksomheder.

8 virksomheder, herunder en virksomhed N, indsendte anmodning om prækvalifikation.

N indsendte to anmodninger, nemlig en anmodning om prækvalifikation med en bestemt virksomhed som underleverandør, og en anmodning om prækvalifikation med en anden virksomhed som underleverandør. Udbyderen afviste N's anmodninger om prækvalifikation med henvisning til, at der efter udbudsbekendtgørelsens formulering kun var mulighed for at indsende én anmodning om prækvalifikation.

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

Klagenævnet udtalte:

Det spørgsmål, der forelå til afgørelse, var alene, om en udbyder kan afvise en virksomhed, der anmoder om prækvalifikation, fordi virksomheden har anmodet om prækvalifikation med to forskellige underentreprenører, og om udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at afvise at bedømme N's to anmodninger om prækvalifikation.

Klagenævnet skulle derimod ikke tage stilling til, om en virksomhed kan prækvalificeres flere gange med forskellige underentreprenører. Dette spørgsmål er uafklaret. Klagenævnet henviste i denne forbindelse til, at en virksomhed kan prækvalificeres, selvom en underleverandør for virksomheden også indgår som underleverandør for andre virksomheder, der anmoder om prækvalifikation.

En påstand fra N om, at Klagenævnet skulle pålægge udbyderen at annullere udbuddet, blev ikke taget til følge med henvisning til, at kontrakterne i henhold til udbuddet var indgået, og at udbuddet derfor var afsluttet. Klagenævnet annullerede derimod udbyderens beslutning om at afvise N's anmodninger om prækvalifikation.

Dissens fra et af Klagenævnets medlemmer for ikke at tage klagen til følge med henvisning til følgende: Udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, hvorefter der ved begrænset udbud skal prækvalificeres mindst 5 virksomheder, forudsætter, at en virksomhed kun kan indsende én anmodning om prækvalifikation. Udbyderen havde derfor været forpligtet til at afvise de to anmodninger om prækvalifikation. Det ville endvidere have været en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, hvis udbyderen havde taget begge N's anmodninger om prækvalifikation i betragtning, idet udbyderen på forhånd kunne forudse, at udbyderen herved ville komme til at favori-

sere N i forhold til de øvrige virksomheder, der havde anmodet om prækvalifikation.

Følgende er oplyst for Klagenævnet:

Udbyderen agtede at indbringe kendelsen for domstolene. Dette skete imidlertid ikke, idet parterne indgik en aftale, hvorefter klageren under henvisning til dissensen i kendelsen erkender, at udbyderen var berettiget til at afvise de to anmodninger om prækvalifikation.

2. februar 2009. Konsortiet Damm Cellular A/S og Pallas Informatik A/S mod Forsvarets Materieltjeneste

Tilbud med rette afvist som ukonditionsmæssigt, da det tilbudte udstyr ved en demonstration, der var fastsat i udbudsbetingelserne, ikke levede op til nogle ufravigelige mindstekrav i udbudsbetingelserne. Udbyderen havde saglig grund til at annullere udbuddet, idet udbyderen havde begået grove fejl ved at rette henvendelse til tilbudsgiverne om forståelsen af tilbuddene. Ikke opsættende virkning. Ikke taget stilling til en påstand om annullation

En ordregivende myndighed iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende køb af et lejrkommunikationssystem. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af 5 underkriterier.

Udbudsbetingelserne indeholdt nogle ufravigelige mindstekrav, herunder nogle krav vedrørende kommunikationssystemets ydeevne på to nærmere angivne punkter. I udbudsbetingelserne var endvidere anført, at der efter tilbuddenes indgivelse skulle være mulighed for demonstrationer af de tilbudte kommunikationssystemer med henblik på at kontrollere, at systemerne opfyldte udbudsbetingelsernes tekniske specifikationer.

Der indkom tilbud fra 6 tilbudsgivere, herunder et konsortium D og en virksomhed Z. Udbyderen vurderede tilbuddet fra Z som det økonomisk mest fordelagtige og tilbuddet fra D som det økonomisk næstmest fordelagtige. Udbyderen foranledigede herefter demonstrationer af de kommunikationssystemer, som de to tilbudsgivere havde tilbudt.

På et tidspunkt efter demonstrationerne afviste udbyderen D's tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til, at det af D tilbudte udstyr under demonstrationen havde vist sig ikke at opfylde udbudsbetingelsernes ufravigelige mindstekrav på de to omtalte punkter. Udbyderen besluttede samtidig at indgå kontrakt med Z.

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

Efter indgivelsen af klagen til Klagenævnet annullerede udbyderen udbuddet med henvisning til, at en medarbejder hos udbyderen efter tilbuddenes indgivelse havde rettet henvendelse til samtlige tilbudsgivere om bl.a. pris og leveringstid, således at vurderingen af tilbuddene ikke udelukkende var foretaget på grundlag af oplysninger i tilbuddene.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde afvist D's tilbud, selvom det ikke klart fremgik af udbudsbetingelserne, at utilfredsstillende gennemførelse af demonstrationen ville føre til afvisning af tilbuddet:

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde været berettiget til som fastsat i udbudsbetingelserne at kontrollere rigtigheden af oplysningerne i tilbuddene, og at konsekvensen af, at tilbuddenes oplysninger ikke kunne verificeres ved kontrollen, nødvendigvis måtte være afvisning af tilbuddene, såfremt der var tale om krav, der skulle opfyldes.

2) Subsidiær klage i forhold til punkt 1 over, at udbyderen havde afvist D's tilbud, selvom D's udstyr havde opfyldt udbudsbetingelsernes krav på de to omhandlede punkter:

Ikke taget til følge med henvisning til, at D's udstyr efter de oplysninger, der var forelagt Klagenævnet, ikke opfyldte udbudsbetingelsernes ufravigelige mindstekrav på de to punkter

3) Klage over, at udbyderen havde taget Z's tilbud i betragtning, selvom det af Z tilbudte udstyr ved demonstrationen ikke havde levet op til udbudsbetingelsernes krav:

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

Som følge af, at udbuddet var annulleret, tog Klagenævnet ikke stilling til en påstand fra D om, at Klagenævnet skulle annullere udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med Z. Klagenævnet henviste herved til, at udbyderen havde begået grove fejl ved at rette henvendelse til tilbudsgiverne om forståelsen af de enkelte tilbud, og at udbyderen derfor havde haft saglig grund til at annullere udbuddet.

9. februar 2009. Job Dania ApS mod Fødevarestyrelsen

Indhentning af tilbud vedrørende Bilag II B-tjenesteydelse efter Tilbudslovens Afsnit II. Ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, overtrådt ved, at ordregiveren ikke gav den valgte tilbudsgiver og de øvrige tilbudsgivere samtidig underretning om tildelingsbeslutningen. Ordregiveren var ikke afskåret fra at indgå kontrakt med en virksomhed, der udførte den pågældende tjenesteydelse i forvejen

En ordregivende myndighed foretog en tilbudsindhentning i medfør af Tilbudslovens § 15 c vedrørende en tjenesteydelse, der er omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B, og som derfor ikke er omfattet af udbudspligten efter direktivet. Tildelingskriteriet var i annoncen angivet som det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af 9 underkriterier.

Der indkom tilbud fra tre virksomheder, herunder en virksomhed E, der udførte den pågældende tjenesteydelse for ordregiveren i forvejen. Ordregiveren besluttede at indgå kontrakt med E, hvorefter en anden tilbudsgiver J klagede til Klagenævnet. En begæring fra J om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at ordregiveren havde overtrådt Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved først 5 dage efter meddelelsen til E om beslutningen om at indgå kontrakt med E at have givet de andre tilbudsgivere underretning om beslutningen. (Den nævnte bestemmelse går kort gengivet ud på, at ordregiveren ved en procedure i henhold til Tilbudslovens afsnit II ikke må udsætte tilbudsgiverne for forskelsbehandling).

Klagepunktet blev taget til følge med henvisning til, at det var en overtrædelse af bestemmelsen, at ordregiveren først 5 dage efter underretningen til E om tildelingsbeslutningen havde givet de andre tilbudsgivere underretning om tildelingsbeslutningen.

2) Klage over, at ordregiveren allerede før indhentningen af tilbud havde besluttet at indgå kontrakt med E:

Ikke taget til følge, da sagens oplysninger ikke gav grundlag herfor. Desuden udtalt, at sagens oplysninger ikke gav grundlag for at fastslå, at ordregiveren havde favoriseret E til skade for de andre tilbudsgivere, og at ordregiveren ikke var afskåret fra at udvælge E som en af de virksomheder, der skulle indhentes tilbud fra.

Klagenævnet bemærkede, at forskellige spørgsmål, der var rejst af E vedrørende ordregiverens overtrædelse af diverse dansk lovgivning, lå uden for Klagenævnets kompetence.

10. februar 2009. Entreprenørfirma Gustav H. Christensen A/S mod Vejdirektoratet

Udbyderen i henhold til et offentligt udbud vedrørende en tjenesteydelse var berettiget til ikke at tage et tilbud i betragtning, da tilbudsgiverens referencer vedrørende tidligere arbejder i det væsentligste ikke som krævet i udbudsbetingelserne angik arbejdsopgaver som den udbudte. Ikke opsættende virkning

Vejdirektoratet iværksatte et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende forskellige delaftaler om vedligeholdelse m.m. af det statslige vejnet inden for et bestemt område. Sagen angår en af delaftalerne, benævnt »04 Skilte«.

I udbudsbetingelserne var bl.a. angivet, at tilbudsgiverne skulle bevise deres tekniske formåen og faglige dygtighed ved referencer inden for de arbejdsopgaver, som entreprisen vedrørte. Det var herved anført, at der ville blive lagt vægt på, at referencerne i størrelse og art modsvarede de udbudte arbejdsopgaver.

Efter at have modtaget tilbud fra en virksomhed G meddelte udbyderen G, at G's tilbud ikke ville blive taget i betragtning, fordi G's referencer ikke i tilstrækkelig grad modsvarede de arbejdsopgaver, som entreprisen vedrørte.

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

Udbyderen gjorde for Klagenævnet gældende, at delaftale »04 Skilte« angik permanente vejskilte, men at G's referencer i det væsentligste angik skiltning i forbindelse med vejarbejder. G gjorde heroverfor gældende, at det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, at referencerne skulle angå permanente vejskilte, men at der i øvrigt ikke er væsentlig forskel på arbejde vedrørende permanente vejskilte og arbejde vedrørende skiltning ved vejarbejder.

Klagenævnet udtalte:

Det fremgik af nærmere angivne grunde af udbudsbetingelserne, at delaftale »04 Skilte« angik permanente vejskilte og ikke skiltning i forbindelse med vejarbejder. G's referencer angik imidlertid i det væsentligste skiltning ved vejarbejder, og G havde herefter ikke opfyldt udbudsbetingelsernes krav vedrørende teknisk formåen og faglig dygtighed.

Klagen blev således ikke taget til følge.

11. februar 2009. Uggerly Installation A/S mod Aalborg Kommune

Klage vedrørende et underkriteriums egnethed og vurderingen af tilbuddene ikke taget til følge

En kommune iværksatte en offentlig licitation efter Tilbudsloven vedrørende et anlægsarbejde på et renseanlæg. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der blev vægtet som angivet: 1. Prisoplysninger (70 %) og 2. Tekniske og arbejdsmiljømæssige kvaliteter (30 %).

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

1) Klage over, at underkriterium 2. Tekniske og arbejdsmiljømæssige kvaliteter ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Dette klagepunkt sigtede til, at det pågældende underkriterium efter klagerens opfattelse var upræcist, og at det derfor havde været uklart for klageren, hvorledes udbyderen ville vurdere tilbuddene i relation til dette underkriterium.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til, at der i licitationsbetingelserne var givet en detaljeret beskrivelse af det udbudte anlægsarbejde og en detaljeret redegørelse for de tekniske og arbejdsmiljømæssige forhold, som udbyderen stillede krav om eller tillagde betydning.

2) Klage over, at udbyderen havde vurderet tilbuddene i relation til underkriterium 2. Tekniske og arbejdsmiljømæssige kvaliteter efter en skala fra 0 % til 30 %, idet dette efter klagerens opfattelse ikke var gennemsigtigt og derfor havde resulteret i forskelsbehandling:

Ikke taget til følge.

Klagenævnet traf afgørelse om nogle yderligere spørgsmål i sagen ved kendelse af 17. december 2009.

12. februar 2009. NCC Roads A/S mod Vejdirektoratet

Udbyderen var berettiget til ved tilbudsvurderingen at tildele tilbuddene fra en tilbudsgiver vedrørende delentrepriser forskellige points i relation til et fælles underkriterium om organisation og bemanning, da tilbuddenes oplysninger om organisation og bemanning var identiske, således at det ikke kunne ses, hvilke personer der skulle udføre de enkelte delentrepriser. Udbyderen kunne endvidere tildele tilbuddet vedrørende en af delentrepriserne et lavere pointtal i relation til underkriteriet end tilbuddet fra en tilbudsgiver, af hvis tilbud det fremgik, hvilke personer der skulle udføre delentreprisen. Klagenævnet efterprøver ikke en udbyders skøn med hensyn til den relative vurdering af tilbuddene. Ikke opsættende virkning

Vejdirektoratets drift og vedligeholdelse af de veje, der hører under direktoratet, udføres gennem 6 vejcentre, der omfatter hver sit geografiske område, fx Vejcenter Hovedstaden, Vejcenter Sjælland, Vejcenter Syd-danmark mfl.

Vejdirektoratet iværksatte offentlige udbud efter Udbudsdirektivet for hvert vejcenters område vedrørende drift og vedligeholdelse af veje m.m.

Alle udbuddene var opdelt i en række, stort set identiske delentrepriser. Sagen angår tre af delentrepriserne i udbuddet for Vejcenter Hovedstaden. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, som havde givet tilbud på alle delentrepriserne under dette udbud, og som ikke havde fået tildelt kontrakten vedrørende de pågældende tre delentrepriser (men som havde fået tildelt kontrakterne vedrørende de øvrige delentrepriser under udbuddet). En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Tildelingskriteriet for alle delentrepriserne i alle udbuddene var det økonomisk mest fordelagtige bud, bl.a. på grundlag af et underkriterium om »Organisation og bemanning på entreprisen«. I udbuds-betingelserne for alle udbuddene var i relation til dette underkriterium angivet, at tilbud på en delentreprise skulle indeholde nærmere angivne oplysninger om tilbudsgiverens bemanning og cv'er for nøglepersoner m.m., ligesom det var angivet, at der ville blive lagt vægt på forskellige nærmere angivne forhold ved delentreprisens udførelse.

Klageren afgav ikke alene tilbud vedrørende alle delentrepriserne i det udbud, som sagen angår, men afgav desuden tilbud vedrørende alle delen-

trepriserne i udbuddene for alle de øvrige vejcentre. Angivelserne i klagerens tilbud i relation til underkriteriet »Organisation og bemanning på entreprisen« var identiske med hensyn til alle delentrepriserne i det udbud, som sagen angår, og med hensyn til alle delentrepriserne i udbuddet for et andet af vejcentrene, Vejcenter Sjælland.

I det udbud, som sagen angår, fik klagerens tilbud i relation til underkriteriet »Organisation og bemanning på entreprisen« ved tilbudsvurderingen tildelt karakteren 2 for en af delentrepriserne og karakteren 4 for de andre delentrepriser. I udbuddet for Vejcenter Sjælland fik klagerens tilbud i relation til dette underkriterium karakteren 5 for alle delentrepriserne.

Klagen angik en række forskellige klagepunkter. Ved den her resume-rede kendelse tog Klagenævnet stilling til de klagepunkter, der vedrørte underkriteriet »Organisation og bemanning«, hvorimod Klagenævnet udsatte de øvrige klagepunkter til senere behandling. De klagepunkter, som den her resumerede kendelse tog stilling til, var følgende:

1) Klage over, at Vejdirektoratet havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved tildelingen af karakterer til klagerens tilbud for de tre delentrepriser, som klagen angik, vedrørende underkriteriet »Organisation og bemanning på entreprisen«

Klageren gjorde på dette punkt som hovedsynspunkt gældende, at det var i strid med udbudsreglerne at tillægge klagerens tilbud vedrørende delentrepriserne i det udbud, som sagen angår, og i udbuddet vedrørende Vejcenter Sjælland forskellig karakter vedrørende det omtalte underkriterium. Klageren henviste herved til, at angivelserne i klagerens tilbud i relation til underkriteriet var identiske for samtlige delentrepriser i de to udbud.

Vejdirektoratet gjorde heroverfor som hovedsynspunkt gældende, at klagerens tilbud vedrørende de tre delentrepriser, som klagepunktet angik, ikke var udformet med speciel relation til de enkelte delentrepriser, og at Vejdirektoratet derfor ikke ved tilbudsvurderingen havde haft mulighed for at vurdere, hvilke medarbejdere hos klageren der var tilknyttet hver enkelt af de tre delentrepriser.

Klagenævnet udtalte:

Efter fast praksis efterprøver Klagenævnet ikke en udbyders skøn med hensyn til den relative vurdering af tilbuddene. Klagenævnet fandt endvidere, at Vejdirektoratet havde haft ret til at vurdere klagerens tilbud for de enkelte delentrepriser forskelligt i relation til det omhandlede underkriterium, netop fordi klageren havde tilbudt nøjagtig samme bemanning vedrørende samtlige delentrepriser.

Klagepunktet blev således ikke taget til følge.

2) Klage over, udbyderen vedrørende en af de tre delentrepriser havde givet klagerens tilbud en lavere karakter i relation til underkriteriet »Organisation og bemanning på entreprisen« end tilbuddet fra den tilbudsgiver, som Vejdirektoratet havde tildelt den pågældende delentreprise, selvom denne tilbudsgiver skulle være underentreprenør for klageren på delentreprisen (påstand 13).

Klageren gjorde på dette punkt gældende, at den eneste reelle forskel mellem klagerens tilbud og tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i relation til underkriteriet var, at den valgte tilbudsgivers tilbud var vedlagt denne tilbudsgivers organisationsdiagram.

Vejdirektoratet gjorde heroverfor bl.a. gældende, at det af den valgte tilbudsgivers tilbud i modsætning til af klagerens tilbud fremgik, hvilke personer der skulle være tilknyttet opgavens udførelse.

Klagenævnet tog ikke klagepunktet til følge, da Klagenævnet ikke fandt grundlag herfor.

Ved kendelse af 25. maj 2009 tog Klagenævnet stilling til nogle yderligere spørgsmål i sagen.

13. februar 2009. Labofa Munch A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S og Finansministeriet

Erstatning til dækning af forbigået tilbudsgivers negative kontraktsinteresse fastsat til ca. 126.000 kr. Erstatningsansvaret og erstatningens størrelse var anerkendt af udbyderne

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 11. juli 2008 i samme sag. Sagen angik et udbud vedrørende rammeaftaler om køb af kontormøbler, iværksat af to ordregivende myndigheder i fællesskab i henhold til Udbudsdirektivet. Udbyderne indgik kontrakter med nogle af tilbudsgiverne. Klageren var en tilbudsgiver, som udbyderne ikke havde indgået kontrakt med.

Ved kendelsen af 11. juli konstaterede Klagenævnet, at udbyderne havde overtrådt Udbudsdirektivet ved at tage tilbuddene fra de valgte tilbudsgivere i betragtning, selvom disse tilbud på en række punkter ikke opfyldte nogle dokumentationskrav, der var fastsat i udbudsbetingelserne, og ved en uklar angivelse i udbudsbetingelserne.

Den her resumerede kendelse angik klagerens erstatningskrav. Klageren påstod sig tillagt ca. 126.000 kr. til dækning af klagerens negative kontraktsinteresse, dvs. klagerens udgift ved udarbejdelsen af tilbud.

Udbyderne erkendte at være erstatningsansvarlige over for klageren til dækning af klagerens negative kontraktsinteresse og anerkendte klagerens erstatningskrav størrelsesmæssigt.

Klagenævnet pålagde herefter udbyderne at betale erstatning til klageren med ca. 126.000 kr. og pålagde udbyderne at betale omkostninger til klageren i forhold hertil.

16. februar 2009. Saab Danmark A/S mod Forsvarets Materieltjeneste

Klagenævnet havde ikke kompetence til at behandle en klage over en anskaffelse, der var omfattet af Traktatens artikel 296 om beskyttelse af sikkerhedsinteresser

En ordregivende myndighed under forsvaret indhentede tilbud fra nogle virksomheder vedrørende levering af et militært kommunikationssystem.

Ordregiveren afviste tilbuddet fra en af tilbudsgiverne som ukonditionsmæssigt. Den pågældende tilbudsgiver klagede til Klagenævnet herover og over, at ordregiveren havde tilsidesat det udbudsretlige ligebehandlingsprincip på nærmere angiven måde.

Ordregiveren gjorde for Klagenævnet gældende, at Klagenævnet ikke havde kompetence til at behandle klagen som følge af, at anskaffelsen af det militære kommunikationssystem var omfattet af Traktatens artikel 296, stk. 1, b. (Ifølge denne bestemmelse kan medlemsstaterne træffe de foranstaltninger med hensyn til krigsmateriel m.m., som de anser for nødvendige, til beskyttelse af deres væsentlige sikkerhedsinteresser; foran-

staltningerne må ikke forringe konkurrencevilkårene for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål).

Klageren gjorde heroverfor gældende, at Klagenævnet havde kompetence til at behandle klagen, uanset om anskaffelsen skulle anses for at være omfattet af den nævnte traktatbestemmelse. Klageren henviste herved til § 1 i Lov om Klagenævnet for Udbud, hvorefter Klagenævnet behandler klager over overtrædelser af fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter.

Klagenævnet udtalte:

Anskaffelsen var omfattet af Traktatens artikel 296, stk. 1, b. Det følger af nogle udtalelser fra Retten i Første Instans i dom af 30. september 2003 i sag T-26/01, Fiocchi mod Kommissionen, at ordregiveren havde haft en vid skønsbeføjelse til at afgøre, hvilke foranstaltninger der havde været nødvendige til beskyttelse af danske sikkerhedsinteresser. Anskaffelsen havde derfor kunnet gennemføres uden iagttagelse af bestemmelserne i Udbudsdirektivet og de almindelige bestemmelser i Traktaten, og anskaffelsen kunne ikke anses omfattet af fællesskabsretten, således som dette begreb er fastlagt i § 1, stk. 2, i Lov om Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet havde herefter ikke kompetence til at behandle klagen, hvorfor Klagenævnet afviste klagen.

17. februar 2009. CLS Communication A/S mod Miljøministeriet

Offentligt udbud efter Udbudsdirektivet. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed overtrådt ved besvarelse af spørgsmål fra potentielle tilbudsgivere uden orientering til de øvrige potentielle tilbudsgivere, ved telefonisk besvarelse af spørgsmål fra potentielle tilbudsgivere og ved manglende besvarelse af et spørgsmål fra en potentiel tilbudsgiver. Udtalt, at der skal orienteres om alle spørgsmål og svar, og at spørgsmål fra potentielle tilbudsgivere skal videresendes til de andre potentielle tilbudsgivere i den form, de er modtaget i. Forhandlingsforbuddet overtrådt ved forhandling om et tilbudsforbehold vedrørende tilbudsgiverens erstatningsansvar, da forbeholdet reelt angik tilbudsprisen. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation

En ordregivende myndighed iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en oversættelsesopgave. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der indkom tilbud fra 9 virksomheder. Udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne og indgik kontrakten. 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
 - a. at besvare forskellige skriftlige spørgsmål fra nogle af de virksomheder, der havde anmodet om at modtage udbudsbetingelserne, uden at orientere de øvrige virksomheder, der havde anmodet om at modtage udbudsbetingelserne, om spørgsmålene og svarene (påstand 1-2)
 - b. i nogle tilfælde at have modtaget og besvaret spørgsmål fra virksomheder, der havde modtaget udbudsbetingelserne, telefonisk (påstand 3)
 - c. at have undladt at besvare et skriftligt spørgsmål fra den virksomhed, der senere blev indgået kontrakt med (påstand 4):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

Det fremgår, at udbyderens overtrædelser med hensyn til punkterne a-b i hvert fald delvis hang sammen med, dels at udbyderen havde sondret mellem opklarende og uddybende spørgsmål og kun gav underretning om uddybende spørgsmål og svarene på dem til de virksomheder, der havde modtaget udbudsbetingelserne, dels at udbyderen havde redigeret modtagne spørgsmål bl.a. ved at omformulere spørgsmål og sammenskrive spørgsmål fra flere virksomheder.

Klagenævnet udtalte herom bl.a., at den omtalte fremgangsmåde var i strid med Udbudsdirektivet, som foreskriver, at der skal orienteres skriftligt om alle spørgsmål og svar, og at orienteringen skal ske ved, at spørgsmålene videresendes i den form, de er modtaget i.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt det udbudsretlige forhandlingsforbud ved at forhandle med den valgte tilbudsgiver om et forbehold vedrørende en bestemmelse i udbudsbetingelserne om tilbudsgiverens erstatningsansvar, hvilket havde medført, at tilbudsgiveren frafaldt forbeholdet (påstand 5):

Taget til følge med henvisning til, at forbeholdet angik tilbudsgiverens økonomiske forpligtelser og dermed tilbudsprisen.

3) Klage over udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved før udløbet af fristen for afgivelse af tilbud at meddele den senere valgte tilbudsgiver, at det ikke var nødvendigt at vedlægge tilbuddet en erklæring om regnskabsforhold, der var krævet i udbudsbetingelserne (påstand 6):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

En påstand fra klageren om, at Klagenævnet skulle annullere tildelingsbeslutningen, blev ikke taget til følge, bl.a. med henvisning til, at den valgte tilbudsgiver efter sagens oplysninger måtte formodes ikke at ville have taget det i punkt 2 nævnte forbehold, hvis tilbudsgiveren havde fået svar på det spørgsmål, der omhandles i punkt 1, c, og som netop vedrørte et punkt i udbudsbetingelser, som den pågældende tilbudsgiver fandt uklart.

Imidlertid udtalt, at de erkendte overtrædelser ikke som hævdet af udbyderen var udtryk for uvæsentlige misforståelser eller forhold af bagatelagtig karakter, og at der tværtimod var tale om en uforsvarlig og uprofessionel gennemførelse af i hvert fald den første del af udbudsproceduren.

4. marts 2009. Berendsen Textil Service A/S mod Frederikssund Kommune

Bilag II B-tjenesteydelse omfattet af Tilbudslovens afsnit II. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 35, stk. 4, og Tilbudslovens § 15 c. En påstand om pålæg om nyt udbud afvist. Annullation

En kommune indhentede tilbud fra to virksomheder vedrørende en tjenesteydelse om udførelse af tøjvask, dvs. en tjenesteydelse, der er omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B. Tjenesteydelsens værdi oversteg Udbudsdirektivets tærskelværdi. Tjenesteydelsen var endvidere omfattet af Tilbudslovens afsnit II, men kommunen fulgte ikke den fremgangsmåde, der er foreskrevet dér.

Begge virksomheder afgav tilbud, hvorefter kommunen indgik kontrakt med den ene af tilbudsgiverne.

En tredje virksomhed, der blev opmærksom på kontraktindgåelsen, klagede til Klagenævnet over, at kommunen havde overtrådt Tilbudslo-

vens § 15 c ved at indgå kontrakten uden forudgående annoncering, og over, at kommunen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 35, stk. 4, ved ikke at give meddelelse om resultatet af udbudsproceduren:

Kommunen erkendte klagens rigtighed, og Klagenævnet tog klagen til følge.

Klagenævnet annullerede kommunens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver og henviste herved til, at kommunens overtrædelse angik et centralt udbudsretligt princip.

Klagenævnet afviste en påstand om, at Klagenævnet skulle pålægge kommunen at gennemføre et udbud efter Udbudsdirektivets artikel 21 (om bilag II B-tjenesteydelser) og Tilbudslovens § 15 a – d, for det tilfælde, at kommunen fortsat ønskede at benytte en ekstern leverandør til at udføre tjenesteydelsen. Klagenævnet henviste herved til, at et sådant pålæg ikke ville medføre nogen ændring i kommunens retsstilling.

10. marts 2009. Munkebjerg Hotel A/S mod Økonomistyrelsen

Begrænset udbud omfattet af Udbudsdirektivets Bilag II B og Tilbudslovens afsnit II. Ordregiveren kunne stille krav om, at ansøgninger om prækvalifikation skulle indgives elektronisk gennem Internettet, selvom dette forudsatte brug af en særlig software. Ordregiveren var forpligtet til at afvise en ansøgning om prækvalifikation, da ansøgningen ikke som krævet i udbudsbekendtgørelsen indeholdt oplysning om ubetalt forfalden gæld til det offentlige

En ordregivende myndighed iværksatte et begrænset udbud vedrørende et antal rammeaftaler om hotelophold, dvs. en tjenesteydelse, der er omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B og Tilbudslovens afsnit II. Sagen angår en af rammeaftalerne.

Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at ansøgninger om prækvalifikation skulle indgives elektronisk gennem et nærmere angivet websted på Internettet. På det pågældende websted var angivet, at der ved udformning og indgivelse af ansøgninger om prækvalifikation skulle anvendes programmet Adobe Acrobat i version 6 eller højere. Webstedet indeholdt endvidere et link til downloading af Adobe Acrobat.

I udbudsbekendtgørelsen var desuden angivet, at ansøgninger om prækvalifikation skulle indeholde bl.a. en erklæring om, hvorvidt ansøgeren havde ubetalt forfalden gæld til det offentlige. Erklæringen skulle afgives ved afkrydsning af nogle rubrikker i en elektronisk formular.

Klagen var indgivet af en virksomhed, der havde ansøgt om prækvalifikation, men som ikke var blevet prækvalificeret med den begrundelse, at virksomheden ikke havde oplyst, om virksomheden havde ubetalt forfalden gæld til det offentlige.

Klageren gjorde gældende: Klageren havde Microsofts seneste styresystem, Windows Vista, på sin computer, Klageren kunne derfor ikke umiddelbart indgive ansøgning om prækvalifikation, idet den software, der skulle bruges, ikke er kompatibel med Windows Vista. Ordregiveren burde på forhånd have oplyst herom. Problemet blev kun løst ved, at klageren fandt og benyttede en computer med et ældre styresystem, og som følge af den derved opståede travlhed fik klageren ikke udfyldt rubrikken om gæld til det offentlige.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at ordregiveren havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at kræve, at ansøgninger om prækva-

lifikation skulle indgives elektronisk gennem Internettet, selvom ansøgning ikke kunne indgives fra klagerens computer, fordi den havde styresystemet Windows Vista:

Ikke taget til følge med henvisning til, at det på det omtalte websted var angivet, hvilken software, der skulle bruges, og til, at det er en ansøgers eget ansvar, at kravene til software er opfyldt. Også henvist til, at klageren faktisk indgav ansøgningen rettidigt.

2) Klage over, at ordregiveren havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke at prækvalificere klageren som følge af, at klageren ikke havde udfyldt rubrikken om udbetalt forfalden gæld til det offentlige, idet dette var en bagatelagtig fejl:

Ikke taget til følge med henvisning til, at oplysningen om ubetalt forfalden gæld til det offentlige var krævet i udbudsbekendtgørelsen, og til, at den manglende oplysning fra klageren herom ikke kunne betegnes som en bagatelagtig fejl. Ordregiveren var herefter berettiget og forpligtet til at afvise klagerens ansøgning om prækvalifikation.

11. marts 2009. Danske Kroer og Hoteller mod Økonomistyrelsen

Begrænset udbud omfattet af Udbudsdirektivets Bilag II B og Tilbudslovens afsnit II. Ordregiveren var forpligtet til at afvise en ansøgning om prækvalifikation, da ansøgningen ikke som krævet i udbudsbekendtgørelsen indeholdt oplysning om ubetalt forfalden gæld til det offentlige. Ikke opsættende virkning

En ordregivende myndighed iværksatte et begrænset udbud vedrørende et antal rammeaftaler om hotelophold, dvs. en tjenesteydelse, der er omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B og Tilbudslovens afsnit II. Sagen angår nogle af rammeaftalerne.

I udbudsbekendtgørelsen var angivet, at ansøgninger om prækvalifikation skulle indeholde bl.a. en erklæring om, hvorvidt ansøgeren havde ubetalt forfalden gæld til det offentlige. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at hvis en ansøger om prækvalifikation repræsenterede flere selvstændige virksomheder, skulle alle de pågældende virksomheder afgive erklæring som nævnt.

Klageren var en forening for kroer og hoteller. Klageren indgav ansøgning om prækvalifikation for 21 kroer og hoteller, men ordregiveren undlod at prækvalificere klageren og de 21 kroer og hoteller med den begrundelse, at klagerens ansøgning om prækvalifikation ikke indeholdt erklæringer om ubetalt forfalden gæld til det offentlige.

Klagen gik ud på, at ordregiveren havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke at prækvalificere klageren med den nævnte begrundelse. Klageren gjorde herved gældende, at de manglende angivelser om ubetalt forfalden gæld til det offentlige skyldtes et uheld, og at der var tale om en så åbenbar fejl, at ordregiveren burde have gjort opmærksom på den eller accepteret en berigtigelse. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klageren fik ikke medhold. Klagenævnet henviste til, at oplysningen om ubetalt forfalden gæld til det offentlige var krævet i udbudsbekendtgørelsen, og til, at klageren ikke havde oplyst, om klageren eller de virksomheder, som ansøgningen om prækvalifikation angik, havde ubetalt forfalden gæld til det offentlige. Ordregiveren var herefter berettiget og forpligtet til at afvise klagerens ansøgning om prækvalifikation

12. marts 2009. Lyreco Danmark A/S mod Varde Kommune

Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved, at nogle delkriterier til tildelingskriteriet angik minimumskrav, som tilbuddene skulle opfylde, ved anmodning om oplysning om priser og rabatter på produkter, der ikke var omfattet af det udbudte, ved nogle delkriterier, som udbudsbetingelserne ikke gav mulighed for at vurdere tilbuddene efter, ved at lægge vægt på de samme forhold i relation til flere underkriterier, ved at vurdere tilbud i relation til et underkriterium om kvalitet på grundlag af en lille del af de tilbudte produkter, og ved at vurdere tilbud i relation til et delkriterium om kvalitet som krævet, selvom udbudsbetingelserne indeholdt præcise angivelser af, hvad der skulle afgives tilbud på. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, ved angivelse i udbudsbetingelserne af bestemte fabrikater og varemærker

En ordregivende myndighed iværksatte et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en rammeaftale om levering af kontor- og skoleartikler mv. Den udbudte rammeaftale var opdelt i tre delaftaler. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle underkriterier. Til underkriterierne var der knyttet forskellige delkriterier.

Efter at der var indkommet tilbud fra tre tilbudsgivere, besluttede udbyderen af indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne om den ene af rammeaftalerne og med en anden af tilbudsgiverne om de to andre rammeaftaler.

Den tredje tilbudsgiver, en virksomhed L, fremsatte over for udbyderen indsigelse mod tildelingsbeslutningen. Udbyderen henvendte sig til sin advokat, der konstaterede, at både udbudsbetingelserne og tilbudsvurderingen var behæftet med væsentlige mangler. Udbyderen annullerede herefter udbuddet og trak beslutningen om at indgå kontrakter tilbage.

L klagede derefter til Klagenævnet. Klagen bestod af et antal klagepunkter og to erstatningspåstande. Udbyderen erkendte rigtigheden af klagepunkterne, men påstod frifindelse for erstatningspåstandene.

Klagenævnet udsatte behandlingen af erstatningspåstandene, men tog klagepunkterne til følge ved, at Klagenævnet med forskellige begrundelser konstaterede, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne som angivet i klagepunkterne.

De overtrædelser af udbudsreglerne, som Klagenævnet således konstaterede, var følgende:

1) Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved følgende forhold:

a) nogle delkriterier til underkriterierne angik minimumskrav, som tilbuddene skulle opfylde for at være konditionsmæssige (påstand 1-4).

b) udbudsbetingelserne indeholdt anmodning til tilbudsgiverne om at oplyse priser og rabatter på produkter, der ikke var omfattet af udbudsbetingelsernes tilbudsliste (påstand 5).

c) udbyderen havde fastsat nogle delkriterier om sortimentsopfyldelse og kvalitet i forhold til det krævede, selvom kravene i udbudsbetingelserne ikke gav mulighed for at vurdere tilbuddene på grundlag af disse delkriterier (påstand 6).

d) udbyderen havde ved tilbudsvurderingen lagde vægt på de samme forhold i relation til flere underkriterier (påstand 7).

e) udbyderen havde ved tilbudsvurderingen vedrørende en af delaftalerne i relation til et underkriterium om kvalitet kun vurderet kvaliteten af

13 af de tilbudte produkter på grundlag af nogle krævede vareprøver, selvom delaftalen angik 220 produkter (påstand 8).

f) udbyderen havde ved tilbudsvurderingen vedrørende en anden af delaftalerne vurderet tilbuddene efter et delkriterium om kvalitet i forhold til det krævede, selvom udbudsbetingelserne angav præcist, hvilke produkter, der skulle gives tilbud på, uden at stille krav om vareprøver (påstand 9).

2) Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8 (om principielt forbud mod angivelse af bestemte fabrikater m.m.) ved i udbudsbetingelserne vedrørende en af delaftalerne at angive bestemte fabrikater og varemærker, selvom dette ikke var nødvendigt for en tilstrækkeligt nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand.

Klagenævnets afgørelse om erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 24. juli 2009.

24. marts 2009. FMT mod Vestforbrænding

Udbyderen kunne tage et tilbud i betragtning, selvom udbyderen var medejer af tilbudsgiveren, men interessesammenfaldet som følge af medejerskabet skulle indgå i vurderingen af, om udbyderen havde forskelsbehandlet tilbudsgiverne. En sådan forskelsbehandling havde ikke fundet sted. Udbyderen var berettiget til ikke at tage et tilbud i betragtning, da den pågældende tilbudsgiver havde foretaget en henvendelse i strid med en forskrift i udbudsbetingelserne, men udbyderen havde ikke pligt hertil, da udbyderen havde løftet sin bevisbyrde for, at henvendelsen ikke havde medført en fordel for tilbudsgiveren. Ikke opsættende virkning

En ordregivende myndighed iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende transport og behandling af spildevandsslam. Der indkom tilbud fra to prækvalificerede tilbudsgivere, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med den ene tilbudsgiver, et aktieselskab D. 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 overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbuddet fra D i betragtning, selvom udbyderen var aktionær i D:

Ikke taget til følge. Udtalt, at den omstændighed, at udbyderen er en del af ejerkredsen for en tilbudsgiver, ikke medfører, at udbyderen er forpligtet til ikke at tage et tilbud fra denne tilbudsgiver i betragtning, men at det interessesammenfald, der følger af forholdet, skal tages i betragtning ved vurderingen af, om udbyderen har handlet på en sådan måde under udbuddet, at der er sket forskelsbehandling af tilbudsgiveren i forhold til de andre tilbudsgivere. Der var ikke konstateret omstændigheder, der betød, at det nævnte udgangspunkt skulle fraviges.

Det fremgår, at udbyderen er mindretalsaktionær i D, og at D's ledelse ikke udgør en del af udbyderens ledelse.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage D's tilbud i betragtning, selvom D før afgivelsen af sit tilbud havde henvendt sig til et af de renseanlæg, hos hvilke slammet skulle afhentes:

Ikke taget til følge. Lagt til grund, at D havde ringet til det pågældende renseanlæg for at tale med renseanlæggets driftsleder, men uden at træffe denne, og at D derefter ikke havde yderligere kontakt til renseanlægget.

Udtalt, at D ved henvendelsen havde overtrådt en bestemmelse i udbudsbetingelserne, hvorefter henvendelser fra tilbudsgiverne skulle ske skriftligt til udbyderens rådgiver, og at udbyderen derfor kunne have undladt at tage D's tilbud i betragtning. Udbyderen havde imidlertid løftet sin bevisbyrde for, at D ikke havde opnået en fordel ved henvendelsen, hvorfor udbyderen ikke havde været forpligtet til ikke at tage D's tilbud i betragtning.

3) Subsidiær klage i forhold til punkt 1 over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage D's tilbud i betragtning, selvom D før afgivelsen af sit tilbud havde modtaget oplysninger af betydning for tilbudsgivningen:

Ikke taget til følge, da D ikke havde modtaget oplysninger som omtalt.

4) Subsidiær klage i forhold til punkt 1 over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke at have orienteret klageren om de oplysninger, som D havde modtaget:

Ikke taget til følge i konsekvens af afgørelsen vedrørende punkt 4.

Klagen blev således ikke taget til følge.

27. marts 2009. Ungdomsboliger i Aalborg AB mod Velfærdsministeriet

Ansøgning om støtte til opførelse af private ungdomsboliger afslået med rette, da ansøgningen ikke opfyldte normkravene. Det var uden betydning, at ansøgeren var villig til at ændre sit projekt

Sagen angik en klage over, at Velfærdsministeriet havde afslået en ansøgning fra klageren om støtte til opførelse af et antal ungdomsboliger i medfør af Lov om støttede private ungdomsboliger, lov nr. 1089 af 17. december 2002. (I medfør af lovens § 25 kan klager over afgørelser om støtte indbringes for Klagenævnet for udbud).

Bekendtgørelse om støttede private ungdomsboliger, bekendtgørelse nr. 330 af 8. maj 2003, er udstedt i henhold til loven og indeholder forskellige normkrav som betingelse for støtte. I disse normkrav indgår bl.a. at ansøgninger om støtte skal indeholde nærmere angivne oplysninger om areal, at der ved indretning af 1-rums boliger skal etableres mindst et fælles opholdslokale med køkken for hver 15 boliger, og at 1 af 20 boliger skal etableres som bolig for selvhjulpne kørestolsbrugere. Velfærdsministeriets afslag på klagerens ansøgning var begrundet med, at klagerens projekt ikke opfyldte disse normkrav.

Klageren gjorde for Klagenævnet bl.a. gældende, at de krævede fælles opholdslokaler med køkken var projekteret som foranderlige efter behov og derfor ikke var vist på klagerens tegning, at klageren havde udset nogle lejligheder som handicapboliger, og at klageren havde foretaget de efterspurgte arealberegninger. Klageren lagde endvidere op til at ændre projektet, så det kom til at bringe de forhold i orden, som Velfærdsministeriet havde begrundet afslaget om støtte med.

Velfærdsministeriet gjorde heroverfor bl.a. gældende, at det skal fremgå af ansøgningsmaterialet, at kravene er opfyldt, og at der ikke efterfølgende kan rettes op på mangler ved indsendelse af redegørelser eller supplerende materiale.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge med henvisning til, at det projekt, som klageren havde ansøgt om støtte til, ikke opfyldte de ovenfor nævnte normkrav.

3. april 2009. Smith & Nephew A/S mod Region Nordjylland

Udbyderen var forpligtet til at afvise et tilbud, fordi en vedlagt serviceattest ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav til serviceattestens alder. Udbudsdirektivets artikel 51 fandt ikke anvendelse

En ordregivende myndighed iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en indkøbsaftale. I udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbuddene skulle vedlægges en serviceattest om opfyldelse af Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra a-c (om tilbudsgiverens konkurs eller skatterestancer m.m.). Det var desuden bl.a. angivet, at en serviceattest for danske tilbudsgivere udstedes af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og at udenlandske tilbudsgivere skulle rette henvendelse til den kompetente myndighed i deres hjemland. Det var videre bl.a. fastsat, at serviceattesten skulle være udstedt senest 6 måneder før udløbet af tilbudsfristen udløb den 12. december 2008.

En tilbudsgiver vedlagde sit tilbud en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dateret 9. juni 2008 samt en udtalelse af 10. december 2008 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om, at tilbudsgiveren den 3. december 2008 havde anmodet om en ny serviceattest, og at en sådan ville blive udstedt så hurtigt som muligt.

Udbyderen afviste tilbuddet med henvisning til, at den vedlagte serviceattest var for gammel. Tilbudsgiveren klagede til Klagenævnet, der tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved alene at stille krav om, at danske tilbudsgivere skulle vedlægge en serviceattest:

Ikke taget til følge med henvisning til (kort gengivet), at udbyderen havde stillet krav om, at udenlandske tilbudsgivere skulle vedlægge den dokumentation, der omhandles i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 3.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke i udbudsbetingelserne at beskrive konsekvensen af, at en serviceattest var udstedt tidligere end 6 måneder før tilbudsfristens udløb:

Ikke taget til følge. Udtalt, at udbyderen som følge af, at serviceattesten var udstedt tidligere end 6 måneder før tilbudsfristens udløb, havde været forpligtet til at afvise klagerens tilbud.

Det bemærkes, at udbudsbetingelserne indeholdt nogle angivelser om, at udbyderen ville være forpligtet til at afvise tilbud, hvis tilbudsgiveren ikke havde fremsendt udbedte dokumenter og oplysninger i forbindelse med tilbuddet. Klagenævnet henviste ikke hertil i sin begrundelse for afgørelsen, hvilket må tages som udtryk for, at resultatet ville være blevet det samme, selvom udbudsbetingelserne ikke havde indeholdt de pågældende angivelser.

Det bemærkes videre, at klageren bl.a. henviste til Udbudsdirektivets artikel 51, hvorefter en udbyder kan anmode de økonomiske aktører om supplerende eller uddybning af dokumentation i henhold til bl.a. artikel 45. Klagenævnet omtalte ikke artikel 51 i sin begrundelse for afgørelsen. Dette må tages som udtryk for, at Klagenævnet tilsluttede sig et anbringende fra udbyderen, hvorefter artikel 51 ikke finder anvendelse, når den økonomiske aktør ikke har indsendt den krævede dokumentation.

6. april 2009. Danacare A/S mod Brøndby Kommune, Høje-Taastrup Kommune og Ishøj Kommune

Begrænset udbud af rammeaftale vedrørende bilag II B tjenesteydelse. Udbyderne var berettiget til ved tilbudsvurderingen at give tilbuddene samme karakter vedrørende underkriteriet »Pris«, selvom der var små forskelle mellem tilbudspriserne, således som udbyderne havde opgjort dem. Udbyderne havde ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af oplysninger i et tilbud. Et brev er ikke hurtigst mulige kommunikationsmiddel. Ikke opsættende virkning

Nogle ordregivende myndigheder iværksatte i fællesskab et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en tjenesteydelse om levering af vikarer for hjemmehjælp m.m. i 2 år. Tjenesteydelsen var omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud med følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. Pris (40 %), 2. Kvalitet (20 %) og 3. Forsyningssikkerhed (40 %).

De vikarydelser, som udbuddet angik, bestod af forskellige kategorier, og tilbuddene skulle angive timepriser for hver kategori. Det var angivet i udbudsbetingelserne, at der ved tilbudsvurderingen ville blive udført en beregning af den samlede tilbudspris for hvert tilbud, og at der ved denne beregning ville blive foretaget en nærmere angiven vægtning af de tilbudte timepriser for de enkelte kategorier på grundlag af et anslået forventet timeforbrug for hver kategori.

Der indkom tilbud fra tre prækvalificerede virksomheder, D, P og T.

Ved tilbudsvurderingen beregnede udbyderne de samlede tilbudspriser i overensstemmelse med det ovenfor anførte. Beregningen førte til følgende samlede tilbudspriser (her angivet afrundet): D's tilbud: 8,37 mio. kr., P's tilbud: 8,4 mio. kr. og T's tilbud: 8,31 mio. kr.

Udbyderne anså forskellene mellem de beregnede tilbudspriser som marginale. Som følge heraf og som følge af, at beregningen af tilbudspriserne byggede på et anslået timeforbrug, tildelte udbyderne alle tilbuddene samme karakter vedrørende underkriterium 1. Pris.

Udbyderne tildelte endvidere P's tilbud den højeste karakter vedrørende underkriterium 3. Forsyningssikkerhed, hvilket førte til, at udbyderne vurderede P's tilbud som det økonomisk mest fordelagtige. I breve til D og T oplyste udbyderne, at de ville indgå kontrakt med P, »når standstill perioden er udløbet, som er 11 dage fra afsendelsen af dette brev«.

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

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderne havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have tildelt tilbuddene fra D og P samme karakter vedrørende underkriterium 1. Pris.

Dette klagepunkt sigtede til, at udbyderne efter D's opfattelse skulle have beregnet D's og P's tilbudspriser på en anden måde end sket. Efter D's opfattelse ville en nærmere angivet rigtig beregning af tilbudspriserne føre til, at P's tilbudspris oversteg D's tilbudspris med en højere procentdel, end hvad der var tilfældet efter udbydernes beregning af D's og P's tilbudspriser.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til, at D's udregning af forskellen mellem D's og P's tilbudspriser ikke byggede på de kriterier og den vægtningsmodel, der var angivet i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet havde herefter ikke grundlag for at fastslå, at der var en sådan forskel mellem D's og P's tilbudspriser, at de to tilbud skulle have haft forskellig karakter vedrørende underkriterium 1. Pris.

2) Klage over, at udbyderne havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under tilbudsvurderingen i relation til underkriterium 3. Forsyningsikkerhed at lægge vægt på nogle oplysninger i P's tilbud om gennemsnitlig leveringstid, selvom det ikke var oplyst, i hvilken periode denne gennemsnitlige leveringstid var målt:

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderne ikke havde haft pligt til at kontrollere rigtigheden af de pågældende oplysninger i P's tilbud, og til, at udbyderne på grundlag af nogle referencer for P tværtimod havde haft stor sikkerhed for, at oplysningerne var rigtige.

Klagen blev således ikke taget til følge.

Klagenævnet bemærkede yderligere:

Stand-still perioden er ikke 11 dage som anført i udbydernes breve til D og T om tildelingsbeslutningen, men er derimod 10 dage, jf. § 6 b, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 med senere ændringer. Udbydernes underretning om tildelingsbeslutningen var endvidere sendt med brev, hvilket ikke opfyldte kravet om, at en sådan underretning skal gives ved brug af hurtigst mulige kommunikationsmiddel, jf. bekendtgørelsens § 6 a, stk. 1. Udbyderne havde tilsyneladende medregnet forsinkelsen ved brevforsendelsen i beregningen af stand-still fristen.

17. april 2009. Lambæk Gulve A/S mod 1. Landsforeningen Ældre Sagen og 2. Arkitekterne Frederiksen & Knudsen A/S

Klagenævnet havde ikke kompetence til at behandle en klage over en licitation iværksat af Landsforeningen Ældre Sagen. Klage over udbyderens tekniske rådgiver afvist

Landsforeningen Ældre Sagen, i det følgende kaldet Æ, iværksatte en licitation om nogle fagentrepriser vedrørende udførelse af et byggearbejde på Æ's ejendom. Sagen angår en af fagentrepriserne, gulventreprisen.

En virksomhed, der udfører gulvarbejde, klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med licitationen og påstod Æ tilpligtet at betale erstatning. Klagen blev indgivet både mod Æ og en arkitekt, der havde forestået licitationen.

Kendelsen angår kun spørgsmålet, om Klagenævnet havde kompetence til at behandle klagen, og Klagenævnet udtalte herom:

Der forelå ikke spørgsmål, om Udbudsdirektivet fandt anvendelse, da arbejdets værdi ikke nåede op på Udbudsdirektivets tærskelværdi.

Æ er ikke en offentlig myndighed, jfr. Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 1). Æ er heller ikke et offentligretligt organ som omhandlet i bestemmelsen, jf. herved Udbudsdirektivets artikel 1, stk. 9. idet det efter sagens oplysninger kunne lægges til grund, at Æ ikke opfylder betingelserne for at være et offentligretligt organ (offentlig finansiering for størstedelen, offentlig kontrol eller offentlig udpegning af mere end halvdelen af medlemmerne af ledelsesorganer m.m.).

Byggearbejdet var ikke omfattet af Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2 (hvorefter loven omfatter bygge- og anlægsarbejder, der modtager offentlig støtte). Æ modtager ganske vist forskellige former for offentlig støtte, men der er ikke tale om støtte til konkrete byggearbejder.

Æ havde ikke i forbindelse med licitationen utvetydigt tilkendegivet, at Tilbudsloven skulle finde anvendelse, Byggearbejdet var derfor ikke om-

fattet af Tilbudsloven i medfør af lovens § 1, stk. 4 (hvorefter loven finder anvendelse på private bygge- og anlægsarbejder, hvis udbyderen klart tilkendegiver, at loven eller nærmere angivne regler i den skal finde anvendelse).

Æ var således ikke en ordregiver, der var omfattet af Tilbudsloven.

Klagenævnet havde herefter ikke kompetence til at behandle klagen, jf. § 1, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud, hvorfor Klagenævnet afviste klagen over Æ.

Klagenævnet afviste desuden klagen over arkitekten med henvisning til, at arkitekten ikke var udbyder, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 2 (hvoraf det fremgår, at lovens afsnit I kun gælder for udbydere)

Klagen blev således afvist i sin helhed.

21. april 2009. Hoffmann A/S mod Andelsboligforeningen Hørsholm Karlebo

EU-udbud af partneringaftale om et byggearbejde. Udtalt, at forhandlingsforbuddet gælder i partneringfasen. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage et tilbud i betragtning, selv om tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne indeholdt pris for nogle delydelser. En pointmodel kunne under ekstreme forudsætninger føre til uhensigtsmæssige resultater, men havde ikke gjort det i det konkrete tilfælde, hvorfor den ikke var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at lægge vægt på et delkriterium, der ikke fremgik af udbudsbetingelserne. Annullation

En ordregivende myndighed iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en kontrakt om renovering af badeværelser i en bebyggelse. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. Tilbudsprisen (50 %), 2. Kvalitet (20 %), 3. Proces (20 %) og 4. Tilbudsgivers kompetencer (10 %).

(Underkriterierne var formuleret med meget lange betegnelser, og gengivelsen af dem ovenfor er af overskuelighedsgrunde sket i stærkt forkortet form).

Den udbudte kontrakt angik indgåelse af en partneringaftale. Udbudsbetingelserne indeholdt forskellige angivelser herom og lagde herunder op til, at der efter forskellige forhandlinger skulle nås frem til et endeligt projekt, som skulle udføres af tilbudsgiveren i hovedentreprise. Udbudsbetingelserne angav endvidere bl.a., at alle poster i nogle tilbudslister skulle udfyldes, og at tilbudslisterens delpriser skulle betragtes som selvstændige tilbud, som udbyderen frit kunne vælge mellem.

Der indkom tilbud fra et antal 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 overtrådt Udbudsdirektivets artikel 41 (om meddelelser til tilbudsgivere m.m.) og gennemsigtighedsprincippet ved ikke efter klagerens anmodning at have givet klageren oplysning om karakteristika og relative fordele ved det vindende tilbud:

Ikke taget til følge, da nogle breve fra udbyderen og dennes advokat havde opfyldt udbyderens forpligtelser.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne indeholdt delpriser for nogle ydelser, der var angivet i tilbudslisterne:

Taget til følge med henvisning til, at det valgte tilbud ikke indeholdt de pågældende delpriser.

3) Klage over, at udbyderen havde vurderet tilbuddene i forhold til hinanden og ikke i forhold til underkriterierne:

Ikke taget til følge, da det var sandsynliggjort, at tilbuddene var vurderet i forhold til nogle delkriterier til underkriterierne og ikke i forhold til hinanden.

4) Klage over, at udbyderen havde fastsat underkriterium 1. Tilbudsprisen, selvom dette underkriterium ikke vedrørte kontraktsgenstanden. Klagepunktet sigtede til, at tilbudssummen efter klagerens opfattelse ikke havde betydning for den efterfølgende fastlæggelse af entreprisesummen.

Klagenævnet udtalte (af overskuelighedsgrunde sammentrængt og noget omformuleret gengivet): Udbudsdirektivet indeholder ikke særlige bestemmelser, som udtrykkeligt regulerer partnering ved et udbud som det foreliggende. Det følger imidlertid af ligebehandlingsprincippet, at enhver forhandling med tilbudsgivere i udbudsfasen om grundlæggende elementer, navnlig pris, ikke må finde sted, og ligebehandlingsprincippet gælder også efter kontraktsindgåelse. Tilbudsgiverne var bundet af deres tilbudspriser, og en eventuel reduktion i partneringfasen af projektet af økonomiske grunde medførte ikke, at tilbudspriserne ikke vedrørte kontraktsgenstanden.

Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

5) Klage over, at en af udbyderen anvendt pointmodel med hensyn til underkriterium 1. Tilbudsprisen ikke var saglig og ikke sikrede underkriteriet den vægtning, der var fastsat i udbudsbetingelserne (subsidiært klagepunkt i forhold til punkt 4).

Den omtalte model gik ud på følgende: Tilbuddet med den laveste tilbudspris blev tildelt 50 points, medens de øvrige tilbud blev tildelt points ud fra formlen laveste tilbudspris/tilbudspris x 50. Klageren påpegede, at modellen under ekstreme forudsætninger kan føre til u hensigtsmæssige og uigennemsigtige resultater.

Klagenævnet henviste til, at der under det aktuelle udbud ikke havde været tale om ekstreme forudsætninger, og at modellen derfor havde ikke været uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

6) Klage over, at underkriterierne 2. Kvalitet, 3. Proces og 4. Tilbudsgivers kompetencer var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, idet det ikke tilstrækkeligt fremgik af udbudsbetingelserne, hvad udbyderen ville lægge vægt på i relation til disse underkriterier, og da udbudsbetingelserne ikke indeholdt angivelser, der gav et tilstrækkeligt grundlag for at vurdere tilbuddene i forhold til dem:

Ikke taget til følge, da udbudsbetingelserne gav en præcis og klar beskrivelse af, hvad der sigtedes til med de omtalte underkriterier.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriterium 3. Proces at have lagt vægt på et delkriterium om tidsstyring (subsidiært klagepunkt i forhold til punkt 6):

Taget til følge med henvisning til, at et delkriterium om tidsstyring ikke var angivet i udbudsbetingelserne, og til, at tidsstyring ikke var omfattet af et delkriterium om logistik.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver med henvisning til den overtrædelse, som Klagenævnet havde konstateret ad punkt 2. Klagenævnet henviste herved til betydningen af tilbudslisternes delpriser for partneringsfasen og for økonomien i det endelige projekt.

22. april 2009. Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn A/S mod Billund Kommune

Et tilbuds manglende opfyldelse af et krav om oplysning om underentreprenører medførte ikke pligt for udbyderen til at afvise tilbuddet, da der efter AB 92 er ret til at antage underentreprenører, og da kravet ikke angik et grundlæggende element

En kommune iværksatte en offentlig licitation efter Tilbudsloven vedrørende et anlægsarbejde. Tildelingskriteriet var laveste pris. Ifølge licitationsbetingelserne skulle AB 92 være gældende for entreprisen.

I licitationsbetingelserne var fastsat følgende: Tilbudsgiverne skulle oplyse navn og adresse for de underentreprenører, der ville blive anvendt, eller i hvert fald oplyse, hvilke arbejder, der ville blive anvendt underentreprenører for. Hvis der ikke ville blive anvendt underentreprenører, skulle dette oplyses. Udbyderen forbeholdt sig ret til at afvise valg af underentreprenører, der ikke var nævnt i tilbuddet.

Der indkom tilbud fra 22 virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med tilbudsgiveren med den laveste tilbudspris. Denne tilbudsgivers tilbud indeholdt ikke noget om underentreprenører.

Tilbudsgiveren med den næstlaveste tilbudspris klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at udbyderen havde været uberettiget til at tage tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning som følge af, at dette tilbud ikke indeholdt noget om underentreprenører.

Klagenævnet henviste til, at AB 92 skulle være gældende for entreprisen, at en entreprenør efter AB 92 § 5, stk. 4, har ret til at anvende underentreprenører, samt at udbyderen i licitationsbetingelserne havde forbeholdt sig ret til at afvise hovedentreprenørens valg af underentreprenører. Klagenævnet fastslog på grundlag heraf, at licitationsbetingelsernes krav om angivelser om underentreprenører ikke kunne anses for at angå et grundlæggende element. Udbyderen havde derfor ikke haft pligt til at afvise tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver, hvorfor klagen ikke blev taget til følge.

23. april 2009. Saver Comfort ApS mod Region Midtjylland

EU-udbud af lægevagtskørsel. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved at tage et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne var vedlagt tilbudsgiverens seneste regnskab, og ved at fastsætte et underkriterium om erfaring, selvom dette kriterium var et udvælgelseskriterium. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved uklare oplysninger om, efter hvilke principper kørslen skulle honoreres, og ved på baggrund heraf at lægge et beløb til nogle tilbudspriser. Det påhvilede ikke udbyderen at kontrollere, at tilbudsgiverne havde de nødvendige kørselstilladelser. Påstand om annullation af tilde-

lingsbeslutningen afvist, da Klagenævnet ved en tidligere kendelse havde annulleret tildelingsbeslutningen

Denne kendelse angår samme udbud som Klagenævnets kendelse af 30. maj 2008.

Der var tale om et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende lægevagtskørsel i forskellige distrikter. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle underkriterier. Efter at tilbuddene var indkommet, besluttede udbyderen at indgå kontrakter med to af tilbudsgiverne.

Kendelsen af 30. maj 2008 angik en klage fra en tilbudsgiver SV, der ikke havde fået tildelt en kontrakt. Ved denne kendelse konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på to punkter, nemlig dels ved at tage tilbuddet fra en af de valgte tilbudsgivere i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne var vedlagt tilbudsgiverens regnskab for det seneste år, dels ved at fastsætte et underkriterium om erfaring med lignende opgaver, selvom dette kriterium var et udvælgelseskriterium, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Ved kendelsen af 30. maj 2008 annullerede Klagenævnet endvidere udbyderens beslutning om at indgå kontrakter på grundlag af udbuddet.

Den her resumerede kendelse af 23. april 2009 angik en klage fra en anden tilbudsgiver SA, der heller ikke havde fået tildelt en kontrakt. Klagenævnet tog stilling til SA's klage således:

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

Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede forholdet. Afgørelsen er identisk med Klagenævnets afgørelse af det samme spørgsmål i kendelsen af 30. maj 2008.

2) Klage over, at udbyderen havde fastsat et underkriterium om erfaring med lignende opgaver, selvom dette kriterium var et udvælgelseskriterium, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud:

Taget til følge. Afgørelsen er identisk med Klagenævnets afgørelse af det samme spørgsmål i kendelsen af 30. maj 2008.

3) Klage over, at udbyderen havde tillagt tilbudsprisen i bl.a. SA's tilbud en timepris vedrørende kørsel i visse situationer:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen ved en række forskelligartede oplysninger til tilbudsgiverne havde skabt usikkerhed om, efter hvilke principper kørslen skulle honoreres, hvorved udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

4) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra en af de valgte tilbudsgivere i betragtning, selvom denne tilbudsgiver ikke havde dokumenteret at have de nødvendige kørselsbevillinger eller at ville kunne få dem:

Ikke taget til følge med henvisning til, at det ikke havde påhvilet udbyderen at kontrollere, at tilbudsgiverne havde de nødvendige tilladelser.

Klagenævnet afviste en påstand fra SA om annulation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakter med de valgte tilbudsgivere med henvisning til, at Klagenævnet allerede ved kendelsen af 30. maj 2008 havde annulleret denne beslutning.

Klagenævnet traf afgørelse om det principielle erstatningsspørgsmål i sagen ved kendelse af 5. november 2009.

6. maj 2009. Tømrer- og Snedkerfirmaet Henrik Kejser A/S mod Betaniaforeningen i Danmark

Klagenævnet havde ikke kompetence til at behandle en klage over et byggearbejde, der iværksat af en velgørende forening

En velgørende forening indhentede underhåndsbud på et byggearbejde ved at sende materiale til 4 virksomheder. I materialet var angivet, at tildelingskriteriet var laveste pris. Desuden var bl.a. følgende angivet: »Tilbudet er afgivet til fast pris og tid i henhold til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren af 1. september 2005.«

Der indkom tilbud fra tre virksomheder. Kort efter, at tilbuddene var modtaget, udsatte foreningen byggearbejdet af økonomiske grunde, og en del af arbejdet blev senere udført af virksomhed, der ikke var blandt de tre tilbudsgivere.

På et tidspunkt klagede den tilbudsgiver, der havde afgivet tilbuddet med den laveste tilbudspris i henhold til underhåndsbuddet, til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med indhentningen af underhåndsbuddet. Den her resumerede kendelse angik kun spørgsmålet, om Klagenævnet havde kompetence til at behandle klagen, og Klagenævnet udtalte om dette spørgsmål:

Foreningen var ikke en ordregivende myndighed som omhandlet i Tilbudslovens § 1, stk. 1, nr. 1.

Byggearbejdet var ikke omfattet af Tilbudslovens 1, stk. 2, nr. 2, om byggerier, der modtager offentlig støtte. Kommunen havde ganske vist givet tilsagn om at dække udgifterne til byggearbejdet inden for en vis grænse, men dette tilsagn var ikke udtryk for offentlig støtte, men var blot et led i kommunens forpligtelser over for foreningen i henhold til en driftskontrakt. Den ovenfor citerede henvisning i materialet til »lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren af 1. september 2005« var efter sit indhold meningsløs og fremtrådte som resultatet af en uprofessionel sagsbehandling hos foreningens tekniske rådgiver. Foreningen havde derfor ikke ved henvisningen klart tilkendegivet, at Tilbudsloven eller nærmere angivne regler i den ville blive anvendt som grundlag for tildeling af ordren, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 4,

Foreningens indhentelse af underhåndsbud var herefter ikke omfattet af Tilbudsloven, hvorfor Klagenævnet ikke havde kompetence til at behandle klagen, jf. Tilbudslovens § 16 (hvorefter klager over overtrædelse af Tilbudsloven kan indbringes for Klagenævnet).

Klagenævnet afviste derfor klagen.

7. maj 2009. Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen

En forbigået tilbudsgiver har retlig interesse i at klage til Klagenævnet, og det kræves ikke, at der foreligger en loyal retlig interesse. Det var uden betydning for en forbigået tilbudsgivers klageadgang, at klageren havde rettet henvendelse til den valgte tilbudsgiver og til politikere og medier

Kendelsen angår et udbud i henhold til Udbudsdirektivet iværksat af en ordregivende myndighed vedrørende en tjenesteydelse om lufttransport. Der indkom tilbud fra nogle tilbudsgivere, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af disse. En anden af tilbudsgiverne klagede på et tidspunkt, hvor udbyderens endnu ikke havde indgået kontrakt med den

valgte tilbudsgiver, til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbuddet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Udbyderen påstod klagen afvist, og kendelsen angik alene spørgsmålet, om klagen skulle afvises.

Udbyderen begrundede afvisningspåstanden med, at klageren efter Klagenævnets beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning havde foretaget en illoyal og løgnagtig henvendelse til den valgte tilbudsgiver og havde iværksat en smædekampagne mod den valgte tilbudsgiver over for politikere og medier. Disse forhold bevirkede efter udbyderens opfattelse, at klageren ikke havde loyal retlig interesse i at klage til Klagenævnet, og at klagen var i strid med lov og ærbarhed, jf. Danske Lovs 5-1-2, og nogle bestemmelser i aftaleloven.

Klagenævnet henviste til følgende: Klageren havde som forbigået tilbudsgiver retlig interesse i at klage til Klagenævnet i medfør af § 4, stk. 1, nr. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud, og der kan ikke i denne bestemmelse indfortolkes et krav om »loyal« retlig interesse. Klagenævnet havde ikke kompetence til at tage stilling til, om klageren havde overtrådt Danske Lov eller aftaleloven. Som følge af Klagenævnets beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning var udbyderen berettiget til at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver, hvorfor det var uden betydning, at klageren havde rettet henvendelse til politikere og medier.

Afvisningspåstanden blev herefter ikke taget til følge.

Klagenævnet traf afgørelse i klagesagen ved kendelse af 1. oktober 2009.

13. maj 2009. Billetlugen A/S mod Det Kongelige Teater

Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at foretage tilbudsvurdering på en måde, der var i strid med udbudsbetingelserne. En påstand om pålæg om lovliggørelse af udbudsforretningen afvist, da udbuddet var afsluttet. Sagsomkostninger. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning

Et teater, der er en ordregivende myndighed, iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende levering og implementering af et billetteringssystem. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. Kvalitet (60 %) og 2. Pris (40 %). Til underkriterium 1. Kvalitet var fastsat 5 delkriterier, herunder et delkriterium funktionalitet (»Functional requirements«).

Af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne fremgik, at kontrakten med den valgte tilbudsgiver skulle træde i kraft 1. januar 2009, og at billetteringssystemet skulle tages i brug fra januar 2010, således at den mellemliggende periode skulle anvendes til færdiggørelse og implementering af den valgte tilbudsgivers billetteringssystem.

I udbudsbetingelserne var i relation til delkriteriet funktionalitet fastsat 326 nærmere beskrevne funktionskrav. Med hensyn til 71 af disse funktionskrav var det fastsat, at de pågældende krav ubetinget skulle opfyldes. Med hensyn til hvert af de øvrige funktionskrav skulle det i tilbuddene angives, a) om det tilbudte billetteringssystem umiddelbart opfyldte kravet, eller b) om det tilbudte system ikke opfyldte kravet, eller c) om det tilbudte system ikke umiddelbart opfyldte kravet, men ville opfylde det, når systemet blev taget i brug.

Der indkom tilbud fra 4 prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. Kontrakten blev efterfølgende indgået.

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 udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under vurderingen af klagerens tilbud i relation til delkriteriet funktionalitet at lægge vægt på, at klageren med hensyn til et antal af funktionskravene havde angivet, at klagerens billetteringssystem ikke umiddelbart opfyldte kravene, men ville gøre det, når systemet blev taget i brug, jf. punkt c ovenfor.

Klagepunktet sigtede til, at udbyderen ved vurderingen af tilbuddene i relation til delkriteriet funktionalitet udelukkende havde lagt vægt på de funktionskrav, som de tilbudte billetteringssystemer umiddelbart opfyldte, jf. punkt a ovenfor, og ikke havde lagt vægt på, hvilke funktionskrav de tilbudte billetteringssystemer angav ikke på noget tidspunkt at ville opfylde, jf. punkt b ovenfor.

Klagepunktet blev taget til følge, idet udbudsbetingelserne måtte forstås sådan, at kun tilbuddenes angivelser om funktionskrav, der ikke blev opfyldt, jf. punkt b ovenfor, ville blive tillagt negativ betydning.

2) Klage over, at udbyderens vurdering af tilbuddene som beskrevet i punkt 1 yderligere var en sammenblanding af udvælgelseskriterier og tildelingskriterier i strid med Udbudsdirektivet, idet tilbudsgivernes tekniske formåen var blevet konstateret i forbindelse med prækvalifikationen:

Ikke taget til følge, da udbyderens vurdering af tilbuddene ikke var udtryk for en sammenblanding som anført.

En påstand om annullation af udbyderens tildelingsbeslutning blev ikke taget til følge med henvisning til, at den konstaterede overtrædelse udelukkende angik delkriteriet funktionalitet, og til, at klagerens tilbud ikke var blevet vurderet som bedst i relation til nogen af de øvrige delkriterier til underkriterium 1. Kvalitet eller i relation til underkriterium 2. Pris.

Klagenævnet afviste en påstand om, at Klagenævnet skulle pålægge udbyderen at lovliggøre udbudsforretningen. Klagenævnet henviste herved til, at udbuddet var afsluttet som følge af udbyderens tildelingsbeslutning og efterfølgende kontraktindgåelse, således at det ville være uden mening at meddele et pålæg som omhandlet.

Klagenævnet pålagde ikke udbyderen at betale sagsomkostninger til klageren.

Klagenævnets afgørelse om erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 27. januar 2010.

18. maj 2009. Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården

Udbyderen frifundet for erstatningskrav fra forbigået tilbudsgiver til dækning af tilbudsgiverens positive opfyldelsesinteresse, da udbyderen ville have overtrådt udbudsreglerne ved at tildele tilbudsgiveren kontrakten. Ved erstatningsafgørelser kan der vedrørende beviset for årsagssammenhæng tages hensyn til hypotetiske forhold. Udbyderen pålagt at erstatte den forbigåede tilbudsgivers udgift til udarbejdelse af tilbud, da tilbudsgiveren ikke ved tilbudsafgivningen kunne forudse en af de ansvarspådragende

overtrædelser, der derfor havde været årsag til tilbudsgiverens spildte udgifter til udarbejdelse af tilbud

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 5. november 2008 i samme sag. Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en rammeaftale om udførelse af vvs-arbejder i et boligkompleks. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier: 1. »Vurdering af driftsorganisation og cv'er på nøglepersoner« og 2. »Tilbudspris«.

Ved kendelsen af 5. november 2008 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på forskellige punkter, ligesom Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med en anden af tilbudsgiverne end klageren.

Kendelsen af 18. maj 2009 angik et erstatningskrav fra klageren, der påstod udbyderen tilpligtet at betale principalt ca. 2,3 mio. kr. til dækning af klagerens tab ved ikke at have fået tildelt kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse), subsidiært ca. 86.000 kr. til dækning af klagerens udgifter til udarbejdelse af tilbud (negativ kontraktsinteresse).

De overtrædelser af udbudsreglerne, som Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 5. november 2008, var følgende:

- a. underkriterium 1. »Vurdering af driftsorganisation og cv'er på nøglepersoner« var uegnet (påstand 1)
- b. forbehold om at forkaste alle tilbud (påstand 4)
- c. modstridende angivelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne om mulighed for alternative tilbud (påstand 5)
- d. manglende angivelse af mindstekrav for alternative tilbud (påstand 6)
- e. modstridende angivelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne om den udbudte rammeaftales varighed (påstand 7)
- f. utilstrækkelig begrundelse for tildelingsbeslutningen (påstand 10)
- g. prækvalificering af flere virksomheder end angivet i udbudsbetingelserne (påstand 11)

Forskellige andre klagepunkter blev ved kendelsen af 5. november 2008 ikke taget til følge. I den foreliggende sammenhæng er følgende af disse klagepunkter af interesse:

- h. Klage over, at udbyderen ikke havde vurderet tilbuddene efter tildelingskriteriet »laveste pris« som følge af, at det eneste andet underkriterium end underkriterium »2. Tilbudspris« var uegnet, jf. punkt a ovenfor (påstand 2). Klagenævnet udtalte herved, at udbyderen som følge af, at underkriterium 1. »Vurdering af driftsorganisation og cv'er på nøglepersoner« var uegnet, havde haft saglig grund til at annullere udbuddet, og at det ville have været i strid med gennemsigtighedsprincippet, hvis udbyderen i stedet havde vurderet tilbuddene alene på grundlag af underkriterium 2. »Tilbudspris« (dvs. reelt tildelingskriteriet »laveste pris«; en sådan tilbudsvurdering ville have ført til indgåelse af kontrakt med klageren, hvis tilbud havde den laveste tilbudspris).

Klagenævnet udtalte i kendelsen af 18. maj 2009:

Udbyderen var erstatningsansvarlig over for klageren i anledning af de overtrædelser, som Klagenævnet havde konstateret ad punkt a, c, e og g.

Det var imidlertid ikke bevist, at klageren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde begået disse overtrædelser, hvorfor Klagenævnet ikke tog klagerens påstand om erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse til følge. Klagenævnet henviste herved til sine udtalelser i kendelsen af 5. november 2008, hvorefter udbyderen ville have overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved at indgå kontrakt med klageren efter en tilbudsvurdering på grundlag af tildelingskriteriet »laveste pris«, og hvorefter udbyderen kunne have annulleret udbuddet som følge af underkriterium 1's uegnethed.

Klagenævnet henviste videre til, at Klagenævnet ved afgørelsen af, om klageren havde krav på erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, nødvendigvis havde måttet tage stilling til måder at afslutte udbuddet på, som udbyderen ikke valgte, og som derfor kunne betegnes som »hypotetiske«. Denne udtalelse er udtryk for en afstandtagen fra en udtalelse i Klagenavnets kendelse af 7. juli 2005 om, at der ved afgørelser om erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse ikke kan tages hensyn til visse hypotetiske indsigelser.

Klageren havde valgt at afgive tilbud, selvom klageren ved tilbudsafgivningen selv kunne konstatere de åbenbare overtrædelser af udbudsreglerne, som Klagenævnet konstaterede ad punkt c, e og g. Disse overtrædelser havde derfor ikke forårsaget et tab hos klageren. Klageren kunne derimod ikke ved tilbudsafgivningen konstatere den overtrædelse, som punkt a angår, og denne overtrædelse havde derfor påført klageren forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud. Klagenævnet fastsatte skønsmæssigt erstatningen til 50.000 kr.

19. maj 2009. Anker Hansen & Co. A/S mod Rudersdal Kommune

En pointmodel var uegnet til at blive anvendt ved vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet »tilbudspris«. Henvi sning til referenceprodukter var uberettiget. Tilbudsvurdering i strid med udbudsbetingelserne i relation til underkriteriet »projektforslag« og tildelingsbeslutning i strid med udbudsbetingelserne. Hvis flere tilbud får samme pointtal ved tilbudsvurderingen, skal udbyderen foretage en mere tilbunds gående tilbudsvurdering. Overtrædelse ved at anvende underkriteriet »kompetenceprofil« som kriterium og overtrædelse ved at tage alternative tilbud i betragtning, selvom det var angivet i udbudsbekendtgørelsen, at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning. Ikke pålæg til udbyderen om at indgå kontrakt med klageren, allerede fordi udbuddet som følge af udbyderens overtrædelser ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.
Annullation

En ordregivende myndighed iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en totalentreprisekontrakt om projektering og opførelse af et byggeri.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. Tilbudspris (50 %), 2. Projektforslag (30 %), 3. Procesbeskrivelse (10 %) og 4. Kompetenceprofil (10 %). I udbudsbetingelserne var angivet, at der ved tilbudsvurderingen i relation til underkriterium 2. Projektforslag ville blive lagt vægt på en række nærmere angivne arkitektoniske, tekniske og økonomiske faktorer.

Udbudsbetingelserne indeholdt oplysning om en pointmodel, som tilbuddene ville blive bedømt efter. Modellen gik bl.a. ud på, at der for hvert underkriterium ville blive tildelt tilbuddene points efter en skala fra 0 til 10. I relation til underkriterium 1. Tilbudspris ville tilbud med tilbudspris op til 100 mio. kr. få tildelt 8 points, medens tilbud med tilbudspriser over 100 mio. kr. ville få et lavere pointtal efter nærmere angivne principper.

Der indkom tilbud fra 5 prækvalificerede virksomheder. Tilbudspriserne i tilbuddene fra 3 tilbudsgivere A, G og N var henholdsvis ca. 89 mio. kr., ca. 108 mio. kr. og ca. 105 mio. kr. Udbyderen foretog en tilbudsvurdering ved brug af den omtalte pointmodel. Ved tilbudsvurderingen fik tilbuddene fra A, G og N samme samlede pointtal, medens tilbuddene fra de øvrige tilbudsgivere fik lavere samlede pointtal. Udbyderen besluttede herefter at indgå kontrakt med G, fordi G's projektforslag efter udbyderens vurdering havde højere arkitektonisk kvalitet end A's og N's projektforslag.

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

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 (om tildelingskriterier) som følge af, at den anvendte pointmodel ikke var egnet til at adskille tilbuddene fra hinanden med hensyn til underkriterium 1. Tilbudspris og derved ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud:

Taget til følge med henvisning til følgende: Tilbud med tilbudspris op til 100 mio. kr. fik samme pointtal, og kun A's tilbudspris lå inden for udbyderens økonomiske ramme for projektet, hvorimod G's og N's tilbudspriser oversteg denne ramme væsentligt. Under hensyn til, at underkriterium 1. Tilbudspris blev vægtet med 50 %, medførte pointmodellen, at tilbudsprisens betydning ikke kom tilstrækkeligt til udtryk ved tilbudsvurderingen. Desuden tog modellen ikke hensyn til, om tilbudspriserne lå inden for udbyderens økonomiske ramme eller oversteg denne. Pointmodellen var herefter ikke egnet til at adskille tilbuddene fra hinanden.

2) Klage over, at udbyderen havde prissat nogle angivelser i A's tilbud som forbehold, selvom disse angivelser ikke var forbehold:

Ikke taget til følge, da prissætningen var berettiget.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8 (om principielt forbud mod at henvise til bestemte fabrikater m.m.) ved i udbudsbetingelserne at henvise til referenceprodukter, selvom kravene til produkter kunne beskrives uden henvisning til referenceprodukter:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i relation til underkriterium 2. Projektforslag at vurdere tilbuddene på en måde, der ikke fremgik af udbudsbetingelserne:

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen havde foretaget en indbyrdes vægtning i strid med udbudsbetingelserne af de faktorer, der blev lagt vægt på i relation til underkriteriet.

5) Klage over, at udbyderen under tilbudsvurderingen havde ændret evalueringsmodellen med hensyn til underkriterium 2. Projektforslag:

Ikke taget til følge.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 (om tilde-

lingskriterier) ved at lægge afgørende vægt på den arkitektoniske bedømmelse i strid med den vægtning af underkriterierne, der var fastsat i udbudsbetingelserne. Dette klagepunkt sigtede til, at udbyderen som ovenfor nævnt havde tillagt den arkitektoniske kvalitet af G's projektforslag afgørende betydning ved tildelingsbeslutningen.

Klagepunktet blev taget til følge. Klagenævnet udtalte, at hvis en tilbudsvurdering fører til samme pointtal for flere tilbud, skal udbyderen foretage en mere tilbunds gående tilbudsvurdering, hvorimod det er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed at lade et delkriterium være udslagsgivende.

7) Klage over, at underkriterium 4. Competenceprofil var i strid med Udbudsdirektivets artikel 53:

Taget til følge med henvisning til, at kriterier, der angår tilbudsgiverens kompetence, er udvælgelseskriterier og ikke kan anvendes som tildelingskriterier,

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 24 (om alternative tilbud) ved at tage alternative tilbud i betragtning, selvom det i udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning.

Udbyderen gjorde gældende, at den omhandlede angivelse i udbudsbekendtgørelsen skyldtes en fejl, der var blevet rettet i udbudsbetingelserne.

Klagepunktet blev taget til følge med henvisning til, at udbyderen som følge af den omhandlede angivelse i udbudsbetingelserne ikke var berettiget til at tage alternative tilbud i betragtning.

9) Klage over, at udbyderen efter udsendelsen af udbudsbetingelserne til de prækvalificerede virksomheder, men før tilbudsfristens udløb, havde foretaget væsentlige rettelser i udbudsbetingelserne med hensyn til tidsplan og bygningsbeskrivelse:

Ikke taget til følge med henvisning til karakteren af de rettelser, der var tale om.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med G.

En påstand om, at Klagenævnet skulle pålægge udbyderen at indgå kontrakt med A, blev ikke taget til følge, allerede fordi tilbuddet som følge af de konstaterede overtrædelser ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

20. maj 2009. MFI Office Solutions Ltd. mod Udenrigsministeriet

Udbyderen skulle ikke betale erstatning til dækning af forbigået tilbudsgivers negative kontraktinteresse, da tilbudsgiverens tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor ikke måtte tages i betragtning, hvorfor der ikke var årsagsforbindelse mellem udbyderens overtrædelser og tilbudsgiverens forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 7. januar 2009 i samme sag. Sagen angik et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende levering af computere og printere til den kenyanske stat. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten.

Ved kendelsen af 7. januar 2009 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved at tage tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet var ukonditionsmæssigt, og

ved at forhandle med den valgte tilbudsgiver, ligesom Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Klagenævnet konstaterede desuden i kendelsen af 7. januar 2009, at også klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, således at udbyderen heller ikke måtte tage klagerens tilbud i betragtning.

Kendelsen af 20. maj 2009 angik et erstatningskrav fra klageren, der påstod udbyderen tilpligtet at betale dels et beløb på ca. 235.000 kr. til dækning af klagerens udgift til udarbejdelse af tilbud, dels et beløb på ca. 581.000 kr. til dækning af meromkostninger ved at føre sagen for en dansk klageinstans som følge af, at klagerens virksomhed ligger i Kenya.

Klagenævnet udtalte i overensstemmelse med udbyderens erkendelse, at udbyderen som følge af de begåede overtrædelser var erstatningsansvarlig over for klageren. Klagenævnet henviste imidlertid til, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, således at udbyderen ikke måtte tage det i betragtning, hvorfor der ikke var årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og klagerens forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud mv.

Udbyderen blev herefter frifundet.

25. maj 2009. NCC Roads A/S mod Vejdirektoratet

Nogle krav i udbudsbetingelserne var underkriterier, ikke mindstekrav. Udbudsbetingelserne måtte forstås således, at der ønskedes alternative tilbud vedrørende en bestemt udførelsesmetode. Da disse alternative tilbud ikke skulle omfatte hele den udbudte tjenesteydelse, var udbyderen berettiget til at lægge et beløb til tilbudspriserne i dem for at kunne sammenligne med tilbudspriserne i hovedtilbuddene

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 12. februar 2009 i samme sag. Sagen angik et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en tjenesteydelse bestående af drift og vedligeholdelse af en række vejstrækninger m.m. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af 6 underkriterier. Den udbudte tjenesteydelse var opdelt i forskellige delaftaler. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der havde fået tildelt kontrakten vedrørende nogle af delaftalerne, men ikke dem alle.

Klagen indeholdt en længere række klagepunkter, og ved kendelsen af 12. februar 2009 tog Klagenævnet stilling til nogle af klagepunkterne. Disse klagepunkter angik spørgsmålet, om udbyderen havde vurderet tilbuddene rigtigt i relation til underkriteriet »Organisation og bemanning på entreprisen«. Klagenævnet gav ved kendelsen af 12. februar 2009 ikke klageren medhold i de pågældende klagepunkter.

Kendelsen af 25. maj 2009 angik klagerens øvrige klagepunkter. Disse klagepunkter vedrørte en delaftale om autoværn (punkt 1 nedenfor) og en delaftale om renholdelse af strækninger (punkt 2 og 3 nedenfor).

Udbudsbetingelserne indeholdt forskellige angivelser om, at der både ønskedes tilbud vedrørende udførelseskrav, dvs. udførelse af opgaver efter rekvirering fra udbyderen, og tilbud vedrørende tilstandskrav, dvs. opretholdelse af en bestemt tilstand på tilbudsgiverens eget initiativ.

Tilbuddene vedrørende tilstandskrav skulle ikke angå alle opgaver under den pågældende delaftale. Som følge heraf tillagde udbyderen tilbudspriserne vedrørende tilstandskrav et beløb for de øvrige opgaver, svarende til den pågældende tilbudsgivers tilbudspriser for de pågældende opgaver som udførelseskrav i henhold til en tilbudsliste, der var en del af

udbudsbetingelserne. Det fremgik ikke klart af udbudsbetingelserne, at udbyderen ville gøre dette, men ifølge udbyderen var forholdet blevet oplyst på et spørgemøde med tilbudsgiverne før tilbudsafgivelsen.

Klagenævnet tog i kendelsen af 25. maj 2009 stilling til de øvrige klagepunkter således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra en tilbudsgiver vedrørende delaftalen om autoværn i betragtning, selvom (kort gengivet) tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne indeholdt angivelser om opfyldelse af udbyderens målsætninger og bemærkninger til udbyderens oplæg til partneringaftale (påstand 14):

Ikke taget til følge med henvisning til, at de pågældende krav ikke kunne anses for mindstekrav, idet kravene tydeligt var angivet som underkriterier, og idet kravenes til dels abstrakte indhold også talte mod at anse dem for mindstekrav.

2) Klage over, at udbyderen havde tildelt en tilbudsgiver kontrakten vedrørende delaftalen om renholdelse af vejstrækninger på grundlag af den pågældende tilbudsgivers tilbud vedrørende tilstandskrav (påstand 18).

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Udbudsbetingelsernes angivelser om udførelseskrav og tilstandskrav skulle efter klagerens opfattelse forstås sådan, at der skulle afgives tilbud vedrørende udførelseskrav og tilbud vedrørende en option på tilstandskrav med den konsekvens, at udbyderens tilbudsvurdering alene skulle foretages på grundlag af tilbuddene vedrørende udførelseskrav.

3) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde lagt beløb til tilbudspriserne vedrørende tilstandskrav, jf. ovenfor (påstand 19, subsidiært klagepunkt i forhold til punkt 2).

Dette klagepunkt sigtede til det tilfælde, at Klagenævnet ikke var enig i klagerens synspunkter om, at udbudsbetingelsernes angivelser om tilstandskrav angik en option. jf. punkt 2. I så fald skulle tilbuddet efter klagerens opfattelse anses for et sideordnet udbud vedrørende henholdsvis udførelseskrav og tilstandskrav med den konsekvens, at der ikke ved tilbudsvurderingen måtte ske sammenblanding af tilbuddene vedrørende udførelseskrav og tilbuddene vedrørende tilstandskrav. Udbudsbetingelserne kunne efter klagerens opfattelse ikke forstås sådan, at tilbuddene vedrørende tilstandskrav var alternative tilbud.

Klagenævnet tog stilling til punkt 2 og 3 under ét og udtalte:

Udbudsbetingelserne måtte forstås sådan, at tilbuddene vedrørende tilstandskrav var alternative tilbud, således at udbyderen var berettiget til at indgå kontrakt på grundlag af et sådant alternativt tilbud, hvis dette var det økonomisk mest fordelagtige.

Det fremgik endvidere klart af udbudsbetingelserne, at de alternative tilbud vedrørende tilstandskrav ikke skulle omfatte alle opgaver inden for entreprisen, og udbyderen havde derfor været berettiget til at lægge den konkrete tilbudsgivers egne tilbudspriser vedrørende udførelseskrav for de øvrige opgaver til tilbudsprisen vedrørende tilstandskrav for at opnå en sammenligningspris. Dette var tilfældet, uanset at den pågældende fremgangsmåde muligvis kunne have været beskrevet klarere i udbudsbetingelserne.

Forskellige angivelser i udbudsbetingelserne om udførelseskrav og tilstandskrav var i et vist omfang udtryk for en sammenblanding af begre-

berne i strid med gennemsigtighedsprincippet, men dette forhold havde ikke haft konkret betydning.

Klagenævnet tog herefter ikke klagepunkterne 2 og 3 til følge og tog således ingen del af klagen til følge.

26. maj 2009. Oberthur Technologies Denmark A/S mod Region Nordjylland

Udbyderen havde ikke før modtagelsen af tilbuddene fastlagt den vurderingsmodel, der skulle anvendes ved tilbudsvurderingen, og udbyderen havde allerede derfor ikke haft pligt til at oplyse tilbudsgiverne om modellen på forhånd. En klage med mange klagepunkter taget til følge for nogle få klagepunkters vedkommende. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation, da de konstaterede overtrædelser ikke havde haft betydning for tildelingsbeslutningen

Sagen er særdeles kompliceret, og referatet af kendelsen nedenfor er yderst summarisk.

En region uværksatte en begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en rammeaftale om udførelse af trykningsopgaver m.m. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af 5 underkriterier. Udbuddet angik en meget lang række forskellige opgaver, og udbudsbetingelserne var omfattende og komplicerede. De indeholdt bl.a. en kompliceret tilbudsliste med en længere række forskellige rubriker, som tilbudsgiverne skulle udfylde.

Der blev afgivet tilbud fra 5 prækvalificerede virksomheder. Udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, hvorefter en anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagen omfattede en lang række forskellige klagepunkter. Klagepunkterne gik ud på, dels at udbyderen ikke ved at lade en beskrivelse af evalueringsmodellen indgå i udbudsbetingelserne på forhånd havde oplyst, hvilken evalueringsmodel, der ville blive anvendt ved tilbudsvurderingen, dels at udbyderen med urette havde taget tilbuddene fra tre af de øvrige tilbudsgivere i betragtning, selvom disse tilbud ikke opfyldte forskellige mindstekrav i udbudsbetingelserne, subsidiært at udbyderen havde vurderet visse prisangivelser i de pågældende tilbud forkert.

Klagenævnet gav klageren medhold på nogle få punkter ved at konstatere følgende:

1) Udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbuddet fra en af de tilbudsgivere, der ikke fik tildelt kontrakten, i betragtning, selvom denne tilbudsgivers tilbud indeholdt et forbehold vedrørende prisen, som ikke kunne prissættes (påstand 8, nr. 1-3).

2) Udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at lægge vægt på en prisangivelse i tilbuddet fra en anden af de tilbudsgivere, der ikke fik tildelt kontrakten, selvom prisangivelsen ikke var nævnt i tilbudslisten (påstand 9, nr. 9).

3) Udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at lægge vægt på to prisangivelser i tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver, selvom de ydelser, som prisangivelserne vedrørte, ikke var nævnt i tilbudslisten (påstand 10, nr. 1 og 3).

En påstand fra klageren om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver (påstand 12) blev ikke taget til

følge, da de konstaterede overtrædelser ikke havde haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet gav ikke klageren medhold i de øvrige klagepunkter.

Med hensyn til klagepunktet om, at udbyderen ikke ved at lade en beskrivelse af evalueringsmodellen indgå i udbudsbetingelserne på forhånd havde oplyst, hvilken evalueringsmodel, der ville blive anvendt (påstand 1), henviste Klagenævnet til følgende: Der var der ikke grundlag for at gå ud fra, at udbyderen havde fastlagt evalueringsmodellen før modtagelsen af tilbuddene, hvorfor udbyderen allerede af denne grund ikke havde haft pligt til at gøre tilbudsgiverne bekendt med modellen før modtagelsen af tilbuddene. Endvidere havde udbyderen efter Klagenavnets vurdering ikke begået fejl ved besvarelsen af nogle spørgsmål fra tilbudsgiverne om evalueringen.

Med hensyn til de øvrige klagepunkter, som Klagenævnet ikke gav klageren medhold i, begrundede Klagenævnet afgørelserne med forskellige konkrete begrundelser.

Erstatningsspørgsmålet i sagen er indbragt for domstolene.

27. maj 2009. Serviceselskabet for vagtlæger i Region Midt ApS mod Region Midtjylland

Forbigået tilbudsgiver ikke tillagt erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke var bevist eller sandsynliggjort i overvejende grad, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten vedrørende en eller flere af de omhandlede tjenesteydelser, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Tilbudsgiveren tillagt en skønsmæssigt fastsat erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da tilbudsgiveren ikke havde kunnet forudse udbyderens overtrædelser, og da det ikke havde påhvilet tilbudsgiveren ikke at afgive tilbud som følge af udbyderens anvendelse af et ulovligt underkriterium

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenavnets kendelse af 30. maj 2008 i samme sag. Sagen angik et offentligt udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en række tjenesteydelser bestående af lægevagtskørsel i forskellige distrikter. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der indkom tilbud fra et antal virksomheder, hvorefter udbyderen indgik kontrakter med to af tilbudsgiverne. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået en kontrakt.

Ved kendelsen af 30. maj 2008 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet 1) ved at tage tilbuddet fra en af de valgte tilbudsgivere i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne var vedlagt den pågældende tilbudsgivers regnskab for det seneste år, og 2) ved at have fastsat et underkriterium om erfaring med lignende opgaver, selvom dette kriterium var et udvælgelseskriterium.

Kendelsen af 27. maj 2009 angik erstatningskrav fra klageren, der påstod udbyderen tilpligtet at betale principalt ca. 10 mio. kr. til dækning af den fortjeneste, som klageren ville have opnået, hvis klageren havde fået tildelt de kørsler, som klageren havde afgivet tilbud på (positiv opfyldelsesinteresse), subsidiært 320.000 kr. til dækning af klagerens forgæves afholdte udgifter ved afgivelse af tilbud (negativ kontraktsinteresse).

Klagenævnet udtalte, at udbyderen som følge af de konstaterede overtrædelser var erstatningsansvarlig over for klageren.

Klagenævnet fandt det ikke bevist eller sandsynliggjort i overvejende grad, at klageren ville have fået tildelt den udbudte tjenesteydelse helt el-

ler delvis, hvis udbyderen ikke havde begået overtrædelserne, hvorfor der ikke var grundlag for at tillægge klageren erstatning til dækning af klagerens positive opfyldelsesinteresse.

Klagenævnet fandt imidlertid, at udbyderen skulle erstatte klagerens udgifter vedrørende tilbudsafgivelsen. Klagenævnet henviste herved til, at klageren ikke ved tilbudsafgivelsen havde kunnet forudse, at udbyderen ville begå de omhandlede overtrædelser, og til, at det ikke havde påhvilet klageren ikke at afgive tilbud som følge af udbyderens anvendelse af et ulovligt underkriterium (dvs. at der ikke forelå »egen skyld«).

Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 60.000 kr. med henvisning til, at klagerens opgørelse af udgiften til udarbejdelse af tilbud var udokumenteret og ikke byggede på en opgørelse af tidsforbrug ol. Klagenævnet udtalte, at beløbet ikke dækkede advokatudgifter og andre udgifter i forbindelse med sagen for Klagenævnet, da sådanne udgifter var omfattet af de sagsomkostninger, der blev tillagt klageren ved de to kendelser.

4. juni 2009. Eurest A/S mod Copenhagen Business School (CBS)

Gennemførelse af udbud vedrørende en bilag II B-tjenesteydelse. Princippet om ligebehandling og gennemsigtighed overtrådt ved manglende oplysning om medarbejdere, der skulle overtages i henhold til Virksomhedsoverdragelsesloven, ved oplysning ganske kort før tilbudsfristens udløb om tidsbegrænsning af en kompensation fra udbyderen af meromkostninger som følge af overtagelse af medarbejdere og ved uklare oplysninger kort før tilbudsfristens udløb om inventar, som udbyderen stillede til rådighed. Ligebehandlingsprincippet overtrådt ved udformning af udbudsbetingelserne og gennemførelse af udbuddet på en sådan måde, at kun den aktuelle tjenesteyder kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud. Bekendtgørelse i EF-Tidende og udbyderens tilkendegivelse af at ville overholde af en fristregel i Udbudsdirektivet bevirkede ikke, at direktivet fandt anvendelse i sin helhed. Ikke opsættende virkning

En ordregivende myndighed iværksatte et begrænset EU-udbud af en tjenesteydelse bestående af kantinedrift i en tre-årig periode med mulighed for forlængelse i 2 gange 1 år, hvis udbyderen ønskede det. Tjenesteydelsen er omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B, og dette fremgik af udbudsbekendtgørelsen. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

I udbudsbetingelserne var angivet, at Virksomhedsoverdragelsesloven ikke fandt anvendelse. Dette blev imidlertid ved et senere rettelsesblad ændret til, at Virksomhedsoverdragelsesloven fandt anvendelse, således at den virksomhed, der fik tildelt kontrakten, skulle overtage medarbejderne hos den virksomhed, S, der aktuelt udførte tjenesteydelsen, men at udbyderen ville kompensere den vindende tilbudsgiver for øgede omkostninger som følge heraf efter faktura. I udbudsbetingelserne var endvidere angivet, at udbyderen stillede bl.a. driftsudstyr til rådighed for den virksomhed, der fik tildelt kontrakten.

Der blev prækvalificeret 5 virksomheder, S og 4 andre virksomheder E, F, K og I.

Flere af de prækvalificerede efterlyste en liste over det driftsudstyr, som udbyderen stillede til rådighed, og udbyderen sendte i den anledning en inventarliste til de prækvalificerede 10 dage før tilbudsfristens udløb. I inventarlisten var om noget af inventaret anført, at det tilhørte S, medens

det om andet af inventaret var anført, at det tilhørte udbyderen, men eventuelt ville blive erstattet af andet udstyr.

I et rettelsesblad, der blev udsendt en uge før tilbudsfristens udløb, blev angivet, at udbyderen ikke ville overtage det inventar, der tilhørte S. I et rettelsesblad, der blev udsendt 4 dage før tilbudsfristens udløb, angav udbyderen, at kompensationen for øgede omkostninger som følge af Virksomhedsoverdragelsesloven kun ville blive ydet i 1½ år.

Bl.a. forholdene vedrørende inventaret bevirkede, at F, K og I bestemte sig til ikke at afgive tilbud, og der blev derfor ved tilbudsfristens udløb kun afgivet tilbud fra S og E.

I tilbuddet fra E var angivet, at tilbuddet var betinget af en forhandling om kontraktens uopsigelighed. Denne angivelse var bl.a. foranlediget af, at E fandt det uklart, hvilket inventar udbyderen ville stille til rådighed.

Udbyderen besluttede sig til at indgå kontrakt med S, hvorefter E klagede til Klagenævnet. En begæring fra E 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 ikke at give oplysning om de medarbejdere, der skulle overtages i henhold til Virksomhedsoverdragelsesloven, og om disses løn- og arbejdsvilkår:

Taget til følge med henvisning til, at det var nødvendigt for en tilbudsgiver at kende de konkrete forpligtelser, der fulgte af Virksomhedsoverdragelsesloven. Også bl.a. henvist til, at udbyderen i rettelsesbladet 4 dage før tilbudsfristens udløb havde meddelt, at udbyderens kompensation for meromkostningerne var begrænset til 1½ år.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved først 10 dage før tilbudsfristens udløb at have udsendt listen over det inventar, som udbyderen stillede til rådighed, og ved først 4 dage før tilbudsfristens udløb at have oplyst, at kompensationen i anledning af Virksomhedsoverdragelsesloven var begrænset til 1½ år:

Taget til følge, bl.a. med henvisning til, at det efter inventarlisten var uklart, hvilket inventar der ville være til stede, således at det ville være nødvendigt for andre tilbudsgivere end S at foretage en række investeringer, og til, at begrænsningen af kompensationsperioden vedrørende Virksomhedsoverdragelsesloven til 1½ år var en væsentlig ændring.

Klagenævnet bemærkede, at bekendtgørelse i EF-Tidende og den omstændighed, at udbyderen måtte have overholdt varslet i Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2 (om frist for supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne ol.) ikke som hævdet af klageren bevirkede, at Udbudsdirektivet fandt anvendelse i sin helhed, da der var tale om en tjenesteydelse omfattet af direktivets bilag II B.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed som følge af, at udbudsbetingelserne med hensyn til nogle af underkriterierne henviste til angivelser i udbudsbetingelserne, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud:

Ikke taget til følge, da udbudsbetingelserne indeholdt en nærmere beskrivelse af, hvad de enkelte underkriterier angik.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at have udformet udbudsbetingelserne og gennemført udbuddet på en

sådan måde, at det i realiteten kun var S, der kunne afgive et tilbud, der opfyldte udbudsbetingelserne:

Taget til følge. Udtalt, at den aktuelle leverandør ved et udbud som det foreliggende må formodes at have visse fordele, som udbyderen ikke altid kan eliminere ved information til de øvrige potentielle tilbudsgivere. Imidlertid henvist til, at udbyderen først udsendte inventarlisten på et meget sent tidspunkt og først 4 dage før tilbudsfristens udløb gav oplysning om den tidsmæssige begrænsning af kompensationen i anledning af Virksomhedsoverdragelsesloven. Desuden henvist til, at udbyderen ikke havde givet tilstrækkelige oplysninger om fordelingen af S' hidtidige omsætning på forskellige aktiviteter. Udbyderen havde derfor ikke gjort, hvad der kunne kræves for at stille tilbudsgiverne lige.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med S og henviste herved til, at der som følge af karakteren af de konstaterede overtrædelser burde ske annullation, selvom E's tilbud ikke kunne tages i betragtning som følge af forbeholdet vedrørende kontraktens uopsigelig.

16. juni 2009. Tødin A/S mod Tønder Kommune

EU-udbud af rammeaftale om indkøb. Det fremgik klart af udbudsbetingelserne, at udbyderen ville lægge vægt på antallet af tilbudte produkter, og udbudsbetingelserne indeholdt en tilstrækkelig beskrivelse af de produkter, der ønskedes tilbud om. En udbyder har ikke pligt til på forhånd at oplyse om omfanget af tidligere indkøb af produkter som de udbudte. Beregning af tilbudspriserne på grundlag af tilbuddenes enhedspriser for en del af de tilbudte produkter var ikke i strid med udbudsreglerne. Ikke opsættende virkning

En kommune iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en rammeaftale om levering af diabetesprodukter. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. Pris (70 %), 2. Sortiment (20 %), 3. Leverings- og bestillingssystem (5 %) og 4. Miljø (5 %).

Der indkom tilbud fra to prækvalificerede virksomheder. Udbyderen besluttede at indgå kontrakt med den ene af tilbudsgiverne, hvorefter 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 udbyderens tilbudsvurdering i relation til underkriterium 2. Sortiment.

Dette klagepunkt gik principalt ud på, at udbyderen havde vurderet tilbuddene i forhold til hinanden og ikke i forhold til underkriteriet, selvom underkriteriet var et kvalitativt underkriterium (påstand 1). Subsidiært gik klagepunktet ud på, at udbyderen havde foretaget en kvantitativ vurdering af det tilbudte sortiment i stedet for en kvalitativ vurdering (påstand 2). Mere subsidiært gik klagepunktet ud på, at udbyderen ikke i udbudsbetingelserne havde oplyst, at vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet udelukkende ville ske på grundlag af antallet af tilbudte varenumre (påstand 3).

Dette klagepunkt sigtede til følgende:

I udbudsbetingelserne var angivet, at der ønskedes tilbud på et bredt sortiment af diabetesprodukter, og at den tilbudsgiver, der tilbød det bredeste sortiment, ville få den højeste score i relation til underkriterium 2.

Sortiment. Det var videre angivet, at alle tilbudte produkter skulle angives i en tilbudsliste, der var indeholdt i udbudsbetingelserne. Tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver angik 124 produkter, medens klagerens tilbud angik 86 produkter, og den valgte tilbudsgivers tilbud fik derfor ved tilbudsvurderingen tildelt et højere pointtal end klagerens tilbud i relation til underkriteriet.

Parterne fremsatte for Klagenævnet synspunkter om »kvalitative« kontra »kvantitative« underkriterier.

Klagenævnet henviste til, at det i udbudsbetingelserne klart var fastslået, at der ved tilbudsvurderingen i relation til underkriterium 2. Sortiment alene ville blive lagt vægt på bredden af det tilbudte sortiment, og at udbudsbetingelserne ikke kunne forstås anderledes, end at udbyderen ville lægge vægt på antallet af tilbudte produkter. Klagepunkter blev herefter ikke taget til følge, hverken i den principale udformning eller i de subsidiære udformninger.

2) Klage over, at der ikke i udbudsbetingelserne var indeholdt en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af de produkter, med hensyn til hvilke der ønskedes tilbud (påstand 4):

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbudsbetingelsernes beskrivelse af de ønskede produkter var tilstrækkelig til at identificere de typer produkter, som udbyderen ønskede tilbud om.

3) Klage over, at udbudsbetingelserne ikke indeholdt en forbrugsstatistik for det udbudte sortiment (påstand 5).

Dette klagepunkt sigtede til, at udbudsbetingelserne efter klagerens opfattelse ikke indeholdt tilstrækkelige oplysninger om udbyderens forventede indkøb af de forskellige produkttyper med den konsekvens, at tilbudsgiverne reelt ikke kunne kalkulere deres enhedspriser.

Klagenævnet henviste til, at det i udbudsbetingelserne var oplyst, at udbyderens indkøb af diabetesprodukter havde udgjort ca. 2,7 mio. kr. årligt, og at denne oplysning var egnet til at give tilbudsgiverne et billede af omfanget af udbyderens indkøb af diabetesprodukter. Klagenævnet henviste desuden til, at der ikke af EU-reglerne kan udledes et krav om, at en ordregiver skal oplyse tilbudsgiverne om omfanget af tidligere indkøb af lignende produkter. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen i relation til underkriterium 1. Pris kun havde lagt vægt på de tilbudte priser for produkter, der var omfattet af begge tilbud (påstand 6).

Dette klagepunkt sigtede til, at udbyderens vurdering af tilbuddene i relation til underkriterium 1. Pris blev foretaget på følgende måde: Udbyderen sammenlignede tilbuddenes enhedspriser for de produkter, som udbyderen havde købt i det seneste år, og som var omfattet af begge tilbud, i alt 58 produkter. På grundlag heraf foretog udbyderen en beregning af tilbudsprisen for hvert af de to tilbud i relation til underkriteriet.

Klagenævnet fandt ikke, at udbyderens fremgangsmåde var i strid med udbudsreglerne, og henviste herved til, at udbyderens vurdering havde angået over halvdelen af de 86 produkter, som var omfattet af klagerens tilbud. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

Ingen del af klagen blev således taget til følge.

17. juni 2009. Anlægsgartner Gottlieb A/S mod Psykiatrisk Center Sct. Hans

Tilbud med rette afvist som ukonditionsmæssigt, da tilbuddet afveg fra udbudsbetingelserne på en række punkter, og da udbyderen som følge nogle af afvigelserne havde pligt til at afvise tilbuddet. Overtrædelse af § 6 a, stk. 3, jf. stk. 1, i bekendtgørelse 937 af 16. september 2004 og af Udbudsdirektivets artikel 2 ved kun at angive en af afvigelserne som begrundelse for afvisningen. Ikke opsættende virkning

En ordregivende myndighed iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en kontrakt om gartnerydelse. Tildelingskriteriet var laveste pris. Udbudsbetingelserne, som blev sendt til de prækvalificerede virksomheder, omfattede nogle tilbudslister, der indeholdt forskellige poster, og det var angivet i udbudsbetingelserne, at et tilbud for at være konditionsmæssigt skulle indeholde udfyldning af alle posterne. Det var desuden angivet, at udfyldningen skulle ske på tilbudslister på papir, der indgik i udbudsbetingelserne som bilag til en tilbudsblanket på papir, der ligeledes skulle udfyldes. Udbyderen havde ganske vist også sendt tilbudsblanketten og bilagene til de prækvalificerede virksomheder elektronisk i form af et regneark, men havde samtidig angivet, at brug af regnearket skete på tilbudsgivernes »eget ansvar«.

Der indkom tilbud fra 4 tilbudsgivere. Udbyderen afviste tilbuddet fra en tilbudsgiver G som ukonditionsmæssigt og besluttede at indgå kontrakt med en anden af tilbudsgiverne. Udbyderens tilkendegivelse til G om afvisningen af G's tilbud som ukonditionsmæssigt blev alene begrundet med de forhold, der er nævnt under punkt 1 nedenfor. Senere fremkom udbyderen over for G med forskellige yderligere begrundelser, jf. herved punkterne 2-5 nedenfor, ligesom udbyderen over for G antydede, at G's tilbud var unormalt lavt, jf. punkt 7 nedenfor.

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

1) Klage over, at udbyderen havde afvist G's tilbud med den begrundelse, at G ikke havde udfyldt en af tilbudslisterne i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav:

Ikke taget til følge med henvisning til, at G ikke havde udfyldt 52 af den pågældende tilbudslistes 152 poster. G's tilbud opfyldte herefter ikke de krav, der i udbudsbetingelserne var stillet som betingelse for, at et tilbud var konditionsmæssigt, hvorfor udbyderen havde været forpligtet til at afvise G's tilbud.

2) Klage over, at udbyderen havde afvist G's tilbud, fordi tilbuddet ikke indeholdt angivelser om enhedspriser for planteleverancer, selvom et krav i de oprindelige udbudsbetingelser om angivelse af sådanne enhedspriser var blevet ophævet ved et senere rettelsesblad:

Ikke taget til følge med henvisning til, at G helt havde undladt at oplyse de pågældende enhedspriser, hvilket måtte anses som et forbehold over for et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Udbyderen havde derfor været forpligtet til at afvise G's tilbud.

3) Klage over, at udbyderen havde afvist G's tilbud, fordi tilbuddet ikke var afgivet på den tilbudsblanket med bilag på papir, som indgik i udbudsbetingelserne:

Ikke taget til følge med henvisning til, at G's tilbud var vedlagt tilbudslister, der fremtrådte som et regneark, og som på flere punkter afveg fra

tilbudsblanketten med bilag på papir. Udbyderen havde derfor været berettiget til at afvise G's tilbud.

4) Klage over, at udbyderen havde afvist G's tilbud, fordi G's tilbudsliste var sidenummereret fortløbende i stedet for, at hver tilbudsliste var sidenummereret for sig:

Ikke taget til følge med henvisning til, at et af de punkter, på hvilket G's tilbud afveg tilbudsblanketten med bilag på papir, var, at de enkelte tilbudsliste ikke var sidenummereret for sig. Udbyderen havde derfor været berettiget til at afvise G's tilbud.

5) Klage over, at udbyderen havde afvist G's tilbud, fordi tilbuddet kun var forsynet med G's firmastempel på første side:

Ikke taget til følge med henvisning til, at tilbudsblanketten med bilag på papir på hver enkelt side indeholdt angivelsen »Firmastempel«, hvilket måtte forstås sådan, at tilbudsgiverne skulle påføre tilbudsblanketten og bilagene firmastempel på det angivne sted. Udbyderen havde derfor været berettiget til at afvise G's tilbud.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 41 og § 6 a, stk. 3, jf. stk. 1, i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 med senere ændringer (om underretning om resultatet af en udbudsprocedure med mindst en summarisk begrundelse herfor) ved alene at begrunde meddelelsen til G om afvisning af G's tilbud med de forhold, der er nævnt under punkt 1 ovenfor, og ved først senere at være fremkommet med yderligere begrundelser:

Taget til følge med henvisning til, at forholdet var en overtrædelse af § 6 a, stk. 3, jf. stk. 1, i den nævnte bekendtgørelse og med Udbudsdirektivets artikel 2 (om ligebehandling og gennemsigtighed).

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt bl.a. Udbudsdirektivets artikel 55 (om fremgangsmåden med hensyn til unormalt lave tilbud) ved ikke før afvisningen af G's tilbud at have indhentet oplysning fra G i overensstemmelse med bestemmelsen:

Ikke taget til følge med henvisning til, at det ikke kunne antages, at udbyderens afvisning af G's tilbud havde været begrundet med at tilbuddet var unormalt lavt.

29. juni 2009. Master Data I/S mod Københavns Kommune

Udbyderen pålagt at betale sagsomkostninger til en klager, selvom klagen var tilbagekaldt som følge af et forlig mellem klageren og udbyderen

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 12. september 2008 i samme sag. Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende levering af et it-system. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten, og ved kendelsen af 12. september 2008 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på forskellige punkter. Klagenævnet udtalte herved, at klageren skulle have været tildelt kontrakten, ligesom Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Ved kendelsen pålagde Klagenævnet udbyderen at betale sagsomkostninger til klageren med 75.000 kr.

Udbyderen indbragte Klagenævnets kendelse for retten ved et sagsanlæg mod klageren.

Klageren nedlagde under retssagen påstand om, at udbyderen skulle tilpligtes at betale erstatning med ca. 1,3 mio. kr. Klageren nedlagde des-

uden en erstatningspåstand for Klagenævnet, der fastsatte en dato for mundtlig forhandling om erstatningsspørgsmålet.

Forud for den nævnte mundtlige forhandling for Klagenævnet indgik klageren og udbyderen et forlig, hvorefter udbyderen til fuld og endelig afgørelse skulle betale en erstatning på 750.000 kr. til klageren.

Klageren hævdede derefter retssagen og tilbagekaldte desuden klagen til Klagenævnet vedrørende erstatningsspørgsmålet. Klageren anmodede samtidig Klagenævnet om at træffe afgørelse om sagsomkostninger med hensyn til erstatningsspørgsmålet. Udbyderen protesterede herimod med henvisning til, at Klagenævnet ikke havde truffet afgørelse om selve erstatningsspørgsmålet.

Klagenævnet pålagde udbyderen at betale yderligere sagsomkostninger til klageren med 25.000 kr. og henviste herved til forløbet og udfaldet af den del af sagen for Klagenævnet, der vedrørte erstatningsspørgsmålet.

Note: Det har hidtil været fast praksis i Klagenævnet at fortolke § 7 i lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud således, at Klagenævnet efter denne bestemmelse kun har hjemmel til at pålægge ordregiveren at betale sagsomkostninger til klageren i forbindelse med, at Klagenævnet selv ved en kendelse afgør erstatningsspørgsmålet. Den nu afsagte kendelse kan næppe tages som udtryk for en praksisændring på dette punkt.