

Klagenævnet for Udbud

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

**2010**

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

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

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

EU-udbud af et byggeri i totalentreprise i form af »omvendt licitation«.  
Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved sammenblanding af mindstekrav og tilbudsvurdering og ved, at et underkriterium angik forventet pris for et byggeprojekt, der ikke var omfattet af udbuddet.  
Opsættende virkning. Annullation af udbudsproceduren..... 9

Overtrædelse af EU-udbudsreglerne ved efter tilbudsfristens udløb at anmode tilbudsgiverne om nye tilbud med forlænget kontraktperiode og ændret ydelse, at indhente årsrapporter for tilbudsgiverne og at indlede forhandlinger med tilbudsgiverne om finansiering. Overtrædelse ved, at nogle underkriterier angik tilbudsgivernes egnethed eller mindstekrav, og ved, at nogle andre underkriterier var uklare og til dels overlappende. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 53 ved, at underkriteriernes vægtning var angivet for flere underkriterier under ét. Overtrædelse ved at lægge vægt på forhold, der ikke var nævnt i udbudsbetingelserne, ved uigennemskuelig og inkonsekvent tilbudsvurdering og ved ubegrundet tildeling af lavt pointtal til et tilbud. Overtrædelse ved at tage et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet indeholdt forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 39. Overtrædelse af § 6 a i bekendtgørelse nr. 937 af 6. september 2004 ved underretning til tilbudsgivere om, at de ikke havde fået kontrakten, uden samtidig underretning om tildelingsbeslutningen, og ved, at underretningen var telefonisk. En klageberettiget har ret til at klage over et hvilket som helst forhold vedrørende et udbud. Udbyderen havde bevisbyrden for, at nogle underkriterier, der kunne forstås som udvælgelseskriterier, ikke var blevet anvendt som udvælgelseskriterier, og for, at udbyderens grove overtrædelser ikke havde haft betydning for tilbudsvurderingen. Annullation. Ikke opsættende virkning, da der ikke var udsigt til, at dette ville medføre et uopretteligt tab for klageren..... 11

EU-udbud annulleret af udbyderen som følge af fejl ved udformningen af udbudsbetingelserne og tilbudsvurderingen. En tilbudsgiver tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da det var sandsynliggjort, at tilbudsgiveren ikke ville have afgivet tilbud, hvis tilbudsgiveren havde været bekendt med, at der ikke ville blive gennemført en korrekt tilbudsvurdering. Hvis en udbyder har annulleret et udbud med saglig grund, er der som udgangspunkt ikke grundlag for at pålægge udbyderen at erstatte en tilbudsgivers positive opfyldelsesinteresse, og der forelå ikke ganske særlige omstændigheder, der kunne føre til fravigelse af dette udgangspunkt. .... 16

En ordregivers forhåndsskøn med hensyn til, om en kontrakts anslåede værdi når op på tærskelværdien, skal af hensyn til udbudsdirektivernes effektive virkning udøves forsigtigt, og tærskelværdien skal anses nået, hvis der foreligger en ikke ubetydelig usikkerhed om værdien. En kontrakt om levering af maskinel og installation af maskinellet i en bygning under opførelse kunne betragtes som en delkontrakt vedrørende opførelsen af bygningen. Ordregiverens forhåndsskøn vedrørende delkontraktens anslåede værdi var utilstrækkeligt, og delkontraktens anslåede værdi var for høj til at opfylde Forsyningsvirksomhedsdirektivets regel om delkontrakter, der er undtaget fra udbudspligten. Annullation af ordregiverens beslutning om at iværksætte en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II vedrørende delkontrakten, selvom der var indgået kontrakt på grundlag af tilbudsindhentningen, og selvom der ikke var givet klagen opsættende virkning, da det var en grov overtrædelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, at delkontrakten ikke var udbudt efter direktivet, og da hensynet til udbudsdirektivernes effektive virkning talte for annullation. Ikke opsættende virkning, bl.a. med henvisning til, at der generelt er tungtvejende samfundsmæssige interesser knyttet til gennemførelsen af kontrakter under Forsyningsvirksomhedsdirektivet ..... 16

En udbyder har ikke pligt til på forhånd at give oplysning om en evalueringsmodel, der anvendes ved tilbudsvurderingen. Det kan ikke af

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

- Udbudsdirektivet udledes, at en i udbudsbetingelserne indikeret rækkefølge af underkriterierne skal følges ved tilbudsvurderingen (dissens). Udbyderens evalueringsmodel kunne føre til resultater i strid med udbudsreglerne, men havde ikke gjort det i det konkrete tilfælde. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved upræcise angivelser om, hvad udbyderen ville lægge vægt på i relation til to underkriterier. Udbyderen var berettiget, men ikke forpligtet, til at afvise tilbud, der ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav vedrørende referencelister, oplysning om omsætning, regnskaber, sproglig udformning og beskrivelse af en tilbudt vare. Overtrædelse ved at indgå kontrakt om et produkt med en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke omfattede produktet. Udbudsdirektivets artikel 41 overtrådt ved, at udbyderens redegørelse for de antagne tilbuds karakteristika og relative fordele ikke var sket ved en skriftlig meddelelse. Regnskaber, hvoraf fremgik, at en tilbudsgiver ikke havde ansatte, var dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke kunne være i restance med sociale bidrag. Overtrædelse af udbudsreglerne ved at lade tilbuddet omfatte et produkt, der ikke var beskrevet i udbudsbekendtgørelsen. Når en udbyder har truffet en tildelingsbeslutning og har underrettet tilbudsgiverne om den, kan udbyderen ikke tilbagekalde tildelingsbeslutningen uden samtidig at annullere tilbuddet. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation ..... 18
- Minimumskrav skal være udformet således, at tilbudsgiverne ikke er i tvivl om, at der er tale om minimumskrav. Denne betingelse var ikke opfyldt vedrørende nogle krav, hvorfor afvisning af nogle af klagerens tilbud var uberettiget. Afvisning af andre af klagerens tilbud var uberettiget, da tilbuddene opfyldte minimumskravene. Det tilkommer udbyderen at fastsætte, hvorledes det skal konstateres, om tilbudte produkter opfylder minimumskravene, og udbyderen havde valgt hensigtsmæssige afprøvningsmetoder og havde gennemført afprøvningen forsvarligt. Ikke opsættende virkning ..... 22
- Nogle minimumskrav var ikke egnede som minimumskrav, da konstateringen af, om kravene var opfyldt, afhang af subjektive og skønmæssige vurderinger. Tilbud afvist med urette. Overtrædelse af § 6 a, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 927 af 16. september 2004 ved, at udbyderens underretning om tildelingsbeslutningen ikke indeholdt en summarisk begrundelse vedrørende hver enkelt af de rammeaftaler, som udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt om. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, ved ikke hurtigst muligt at underrette en tilbudsgiver om afvisning af dennes tilbud. Klagenævnet har ikke efter Lov om Klagenævnet for Udbud kompetence med hensyn til danske regler om aktindsigt, men er rekursmyndighed i henhold til Forvaltningsloven med hensyn til partsaktindsigt i udbudssager. Ikke annullation ..... 23
- Som følge af en angivelse i udbudsbetingelserne af, at tilbud med forbehold ville blive anset for ukonditions-mæssige, var udbyderen forpligtet til at afvise et tilbud, der indeholdt nogle forudsætninger, idet disse forudsætninger som følge af den nævnte angivelse i udbudsbetingelserne og efter deres indhold måtte anses som forbehold. Udbyderen havde ikke pligt til at spørge tilbudsgiveren om, hvorledes forudsætningerne skulle forstås. Ikke forelæggelse for EF-domstolen. Ikke opsættende virkning ..... 25
- Indhentning af tilbud efter Tilbudslovens afsnit II vedrørende en tjenesteydelse omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B. Nogle delvis erkendte overtrædelser af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Nogle klagepunkter ikke taget til følge. En evalueringsmodel, hvorefter tilbuddene blev vurderet i forhold til hinanden i relation til underkriteriet »Tilbudspris« og i forhold til udbudsbetingelserne i relation til de øvrige underkriterier, var ikke i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning ..... 26
- En angivelse i udbudsbetingelser af, at tilbud ikke må indeholde forbehold, medfører isoleret set pligt for udbyderen til at afvise tilbud med forbehold, også i tilfælde, hvor en sådan pligt ikke ville følge af udbudsreglerne. I det konkrete tilfælde kunne en sådan angivelse imidlertid ikke forstås efter sin ordlyd og skulle forstås i sammenhæng med en anden angivelse. Et forbehold vedrørende vinterforanstaltninger angik i det konkrete tilfælde ikke et grundlæggende element i udbudsbetingelserne og kunne prissættes. Prissætning af forbehold skal

- foretages sådan, at der skabes fuld sikkerhed for, at tilbudsgiveren ikke ved forbeholdet opnår en økonomisk fordel, og en prissætning på grundlag af en sandsynlighedsberegning af konsekvenserne af forbeholdet om vinterforanstaltninger opfyldte ikke dette krav. Overtrædelse ved anvendelse af en pointmodel, der afveg fra en pointmodel, der var beskrevet i udbudsbetingelserne. Det var ikke i strid med udbudsreglerne at stille krav om og lægge vægt på cv for nøglepersoner, da der ikke var tale om en vurdering af tilbudsgivernes generelle egnethed, men derimod om oplysninger til brug for tilbudsvurderingen i relation til udbyderens særlige krav til projektets gennemførelse (dissens). Ikke opsættende virkning. Ikke annullation ..... 28
- Udbud med forhandling på grundlag af en projektkonkurrence. Udbyderen havde ikke pligt til under forhandlingerne med tilbudsgiverne at drøfte samtlige forhold i tilbuddene. En klage over tilbudsvurderingen afvist, da Klagenævnet ikke erstatte udbyderens skøn med sit eget. Som følge af omstændighederne var det ikke i strid med udbudsreglerne, at udbyderen ved tilbudsvurderingen lagde vægt muligheden for bearbejdelse af tilbuddene og yderligere tiltag efter kontraktsindgåelsen. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 § 6 a, stk. 2 og 3, ved ikke at give en tilbudsgiver underretning om tildelingsbeslutningen med en summarisk begrundelse herfor på engelsk, da tilbudsgiverens tilbud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne var affattet på engelsk, og da forhandlingerne med tilbudsgiveren ligeledes var foregået på engelsk. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning ..... 31
- Det var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet at prækvalificere et konsortium, der som underleverandør anvendte en virksomhed, som havde udført et begrænset arbejde for udbyderen i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsbetingelserne. Angivelsen af underkriterier i prioriteret rækkefølge i stedet for vægтет ikke tilsidesat. Betingelserne efter Udbudsdirektivet for at anse den udbudte kontrakt for særligt kompleks var opfyldt, hvorfor udbyderen var berettiget til at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog. Ikke opsættende virkning ..... 33
- Overtrædelse af Tilbudslovens § 15 c ved indgåelse af aftale om Bilag II A-tjenesteydelse under tærskelværdien uden at have foretaget en forudgående annoncering. Betingelserne i Tilbudslovens § 15 c, stk. 2, jf. Udbudsdirektivets artikel 31, og Tilbudslovens § 15 c, stk. 3, var ikke opfyldt. Ikke annullation ..... 34
- Krav i udbudsbetingelser om, at tilbuddene skulle omfatte et stort antal produkter, var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet. Ikke opsættende virkning med henvisning til, at klageren ikke havde afgivet tilbud, hvorfor opsættende virkning ikke var nødvendig for at afværge et uopretteligt tab hos klageren ..... 35
- Tilbudsindhentning i medfør af Tilbudslovens afsnit II vedrørende Bilag II B-tjenesteydelser bestående af operationer m.m. Et mindstekrav om, at tjenesteydelserne skulle udføres i udbyderens område eller inden for en bestemt afstand fra dette, var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet. Ikke opsættende virkning ..... 36
- Nogle delkriterier var ikke udvælgelseskriterier, da de ikke angik tilbudsgivernes generelle egnethed. Et andet delkriterium var til dels et udvælgelseskriterium, da det til dels var relateret til den enkelte tilbudsgivers evne eller egnethed. En udbyder må ikke foretage tilbudsvurderingen ud fra formodninger om egenskaberne ved det tilbudte. En udbyder har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af oplysninger i et tilbud, men det kan være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis udbyderen lægger åbenbart urigtige oplysninger i et tilbud til grund for tilbudsvurderingen. Klagenævnet havde ikke grundlag for at tilsidesætte udbyderens skøn ved tilbudsvurderingen. Det var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen under et udbud med forhandling havde givet oplysninger om nogle danske regelkrav til den valgte tilbudsgiver og ikke til klageren, da den valgte tilbudsgiver var et udenlandsk konsortium, og da klageren var en dansk virksomhed, der måtte formodes at kende kravene. Udbyderen måtte ikke indhente prisoplysninger fra klageren. En udbyder, der efter at have givet tilbudsgiverne underretning om tildelingsbeslutningen konstaterer en fejl i

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

- udbuddet, kan ikke rette fejlen, men skal annullere udbuddet og dermed tildelingsbeslutningen. Det er en betingelse for at overgå til udbud med forhandling i medfør af Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, at ingen af de modtagne tilbud er konditionsmæssige. Klageren var ikke ved passivitet afskåret fra at fremsætte et klagepunkt, selvom klageren havde haft anledning til at gøre det pågældende forhold gældende over for udbyderen før klagen til Klagenævnet. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation ..... 36
- En option skulle medregnes i ordregiverens forhåndsskøn med hensyn til, om et indkøb nåede op på tærskelværdien, og ordregiveren skulle derfor have iværksat et EU-udbud i stedet for en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II. Nogle klagepunkter vedrørende tilbudsindhentningen efter Tilbudslovens afsnit II afvist, da Klagenævnet ikke havde anledning til at tage stilling til dem. Annullation ..... 41
- Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved henvisning i udbudsbetingelserne til referenceprodukter, da kontraktens genstand kunne beskrives uden henvisning til referenceprodukter. Overtrædelse af direktivets artikel 53 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved anvendelse af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, selvom kontraktens genstand var så detaljeret beskrevet i udbudsbetingelserne, at det reelt kun var muligt at vurdere tilbuddene på grundlag af tilbudspriserne. Annullation. Ikke opsættende virkning..... 41
- Forlængelse af en rammeaftale var i strid med Udbudsdirektivet, da ordregiveren skulle have iværksat et nyt udbud så betids, at der kunne indgås ny aftale ved rammeaftalens udløb, da der ikke forelå uforudseelige omstændigheder, som kunne begrunde, at dette ikke skete, og da betingelserne for at iværksætte et udbud med forhandling herefter ikke var opfyldt. En ordregiver må ikke indgå kontrakt med en tilbudsgiver efter vedståelsesfristens udløb, hvis kontraktgrundlaget har ændret sig. En ændring af begyndelsestidspunktet med mere end et år for udbudte 2-årige rammeaftaler var i strid med Udbudsdirektivet. Annullation, herunder af ordregiverens beslutning om at forlænge en rammeaftale i strid med Udbudsdirektivet, uanset at rammeaftalen var udløbet og klagen var indgivet til Klagenævnet 15 måneder efter udløbet ..... 43
- At en virksomhed tidligere havde ophævet en kontrakt med udbyderen og tabt en efterfølgende voldgiftssag om ophævelsen, var ikke en alvorlig fejl som omhandlet i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, og forholdet kunne derfor ikke kunne begrunde, at virksomheden i medfør af denne bestemmelse blev afvist som tilbudsgiver ved et nyt udbud fra udbyderen. Ikke opsættende virkning..... 46
- Udbyderen kunne kræve dokumentation fra alle deltagere i et konsortium med hensyn til udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets artikel 45. Et krav om, at danske ansøgere om prækvalifikation skal fremsende sådan dokumentation i form af en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er ikke i strid med forbuddet mod forskelsbehandling som følge af nationalitet ..... 47
- Udbyderen var som følge af tre konstaterede overtrædelser erstatningsansvarlig over for en forbigået tilbudsgiver. Betingelserne for at pålægge udbyderen at betale erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse var imidlertid ikke opfyldt, da det ikke var bevist eller sandsynliggjort i overvejende grad, at tilbudsgiveren ville have fået en kontrakt, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Udbyderen var derimod forpligtet til at betale tilbudsgiveren erstatning til dækning af tilbudsgiverens negative kontraktinteresse, da det ikke havde påhvilet tilbudsgiveren at undlade at afgive tilbud som følge af et underkriterium, der rettelig var et udvælgelseskriterium, og da tilbudsgiveren ikke ved tilbudsafgivelsen kunne forudse udbyderens øvrige overtrædelser af udbudsreglerne ..... 48
- Ikke grundlag for at tilsidesætte udbyderens skøn med hensyn til betydningen for tilbuds vurderingen af en uklar angivelse i et tilbud. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage et tilbud i betragtning, selvom det ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav om udtrykkelig udfyldelse af et spørgeskema. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved forskellig angivelse af underkriterierne og deres vægtning i udbudsbekendtgørelsen og

## Resuméer af kendelser 2. halvår 2009

udbudsbetingelserne og ved at lade nogle delkriterier indgå vægtet ved tilbudsvurderingen, selvom delkriterierne i udbudsbetingelserne var angivet prioriteret. Annullation. Ikke opsættende virkning .....	49
Tilbud med rette afvist som ukonditionsmæssigt som følge af en bemærkning i tilbuddet, der både efter placeringen og ordlyden var et forbehold om tidsplanen og dermed om et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, og da bemærkningen var uden mening, hvis den som hævdet af tilbudsgiveren skulle forstås anderledes. En spørgsmålsfrist, der udløb 19 dage før tilbudsfristens udløb, var i strid med Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning .....	50
Udbyderens annullation af et udbud som følge af fejl i udbudsbetingelserne var berettiget, selvom udbyderen havde givet tilbudsgiverne underretning om alle tilbudspriser. Udbuddet kunne annulleres i sin helhed, selvom fejlene ikke angik alle dele af den udbudte ydelse .....	51
Tilbud med rette afvist som ukonditionsmæssigt, da tilbudsgiveren ikke som krævet i udbudsbetingelserne havde underskrevet en erklæring om gæld til det offentlige, og da tilbudsgiverens underskrift på en henvisning i tilbudslisten til erklæringen ikke kunne anses for en underskrift på erklæringen. Ikke opsættende virkning .....	52
Tilbud med rette afvist som ukonditionsmæssigt, da tilbudsgiveren ikke som krævet i udbudsbetingelserne havde vedlagt tilbuddet en underskrevet erklæring om gæld til det offentlige, og da tilbudsgiverens underskrift på en henvisning i tilbudslisten til erklæringen ikke kunne anses for en underskrift på erklæringen. Udbyderen overtrådte dog ligebehandlingsprincippet ved yderligere at begrunde afvisningen af tilbuddet med, at tilbudsgiveren ikke havde vedlagt en krævet garantierklæring, da denne erklæring var vedlagt tilbuddet. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning .....	53
Tilbudsgiveren havde bevisbyrden for, at tilbuddet var vedlagt en krævet oplysning om referencer, og denne bevisbyrde var ikke løftet. Udbyderen overtrådte ligebehandlingsprincippet ved til dels at begrunde afvisning af tilbuddet med, at det af en vedlagt bankerklæring ikke kunne ses, om banken ville stille garanti for tilbudsgiverens forpligtelser, da et krav i udbudsbetingelserne om erklæring fra bank eller kautionselskab ikke gik ud på, at banken eller kautionselskabet skulle forpligte sig til at stille garanti. Ikke opsættende virkning .....	54
Udbyderen overtrådte gennemsigtighedsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 53 ved at beregne tilbudspriserne på grundlag af gennemsnittet af de tilbudte priser og rabatter og på grundlag af et forhold, der ikke fremgik af udbudsbetingelserne. Desuden overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at foretage tilbudsvurderingen i strid med udbudsbetingelserne. Ikke opsættende virkning. Annullation .....	55
Udbyderen var berettiget til at afvise et tilbud, da en arbejdsklausul, der skulle vedlægges tilbuddet, ikke som krævet var underskrevet, og udbyderen ville have overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage hensyn til en underskrevet arbejdsklausul, som tilbudsgiveren indsendte senere. Et krav i licitationsbetingelserne om vedlæggelse af nøgletal var ikke uklart og var ikke fremkommet for sent, hvorfor udbyderen var forpligtet til at afvise et tilbud, der ikke var vedlagt nøgletal. Ikke opsættende virkning.....	57
Værdien af en partnerskabsaftale vedrørende it-systemer oversteg Udbudsdirektivets tærskelværdi, og der skulle derfor forud for indgåelse af aftalen have været gennemført et EU-udbud. Klagenævnet havde ikke hjemmel til at erklære partnerskabsaftalen for ugyldig eller til at pålægge ordregiveren at bringe den til ophør. En påstand om lovliggørelse ved EU-udbud af de ydelser, der var omfattet af partnerskabsaftalen, afvist, da det ikke ville medføre ændring af ordregiverens retsstilling, hvis påstanden blev taget til følge. Annullation .....	59
Forbigået tilbudsgiver tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da tilbudsgiveren ikke kunne forudse, at udbyderen ville overtræde udbudsreglerne i forbindelse med tilbudsvurderingen, hvorfor der var	

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og tilbudsgiverens forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud.....	59
Forbigået tilbudsgiver tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da tilbudsgiveren ikke kunne forudse, at udbyderen ville overtræde udbudsreglerne i forbindelse med tilbudsvurderingen, hvorfor der var årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og tilbudsgiverens forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud. En indsigelse fra udbyderen under erstatningsspørgsmålets behandling om, at tilbudsgiverens tilbud ikke var konditionsmæssigt, ikke taget til følge.....	60
Forbigået tilbudsgiver tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da tilbudsgiveren ikke kunne forudse, at udbyderen ville overtræde udbudsreglerne i forbindelse med tilbudsvurderingen, hvorfor der var årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og tilbudsgiverens forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud. En indsigelse fra udbyderen under erstatningsspørgsmålets behandling om, at tilbudsgiverens tilbud ikke var konditionsmæssigt, ikke taget til følge.....	61
To påstande afvist, da Klagenævnet havde taget stilling til dem ved en tidligere kendelse om samme licitation. En angivelse i et tilbud var ikke et forbehold om grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, hvorfor udbyderen ikke var forpligtet til at afvise tilbuddet som følge af angivelsen. Det var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen efter tildelingsbeslutningen, men før kontraktsindgåelsen, holdt et møde med den valgte tilbudsgiver.....	62
En ordregivende myndighed havde overtrådt Tilbudslovens afsnit II ved ikke at iværksætte en tilbudsindhentning vedrørende en tjenesteydelse, og den ordregivende myndighed havde derved handlet ansvarspådragende over for en virksomhed. Virksomheden havde imidlertid bevisbyrden for, at der var årsagsforbindelse mellem den ansvarspådragende overtrædelse og virksomhedens hævdede tab, og denne bevisbyrde var ikke løftet .....	63
En formel for tildeling af points i relation til underkriteriet »Pris« var i strid med gennemsigtighedsprincippet, da formelen bevirkede, at underkriteriet ikke blev vægtet som angivet i udbudsbetingelserne. Desuden overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved manglende angivelse i udbudsbetingelserne af de forventede anskaffelser under en udbudt rammeaftale. Klagenævnet har ikke hjemmel til at annullere et afsluttet udbud. Annullation af tildelingsbeslutningen. Ikke opsættende virkning .....	64

## Resuméer

### 10. juli 2009. NCC Construction Danmark A/S mod Billund Kommune

*EU-udbud af et byggeri i totalentreprise i form af »omvendt licitation«. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved sammenblanding af mindstekrav og tilbudsvurdering og ved, at et underkriterium angik forventet pris for et byggeprojekt, der ikke var omfattet af udbuddet. Opsættende virkning. Annullation af udbudsproceduren*

En kommune iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende projektering og opførelse af et Idræts- og Kulturcenter i totalentreprise. Projektet var opdelt i to etaper, benævnt etape 1 og etape 2. Udbuddet omfattede kun etape 1.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Udbyderen havde fastsat en bestemt beløbsramme til det udbudte projekt, hvorfor udbuddet blev gennemført som en »omvendt licitation«, hvilket var angivet udtrykkeligt i udbudsbetingelserne med henvisning til beløbsrammen. Der var derfor ikke fastsat et underkriterium om tilbudspris eller lignende. Følgende var imidlertid angivet i udbudsbetingelserne: Tilbud, der ikke opfyldte den fastsatte beløbsramme, og tilbud, der ikke gik ud på udførelse af et nærmere angivet minimum, benævnt »basismodel«, ville ikke blive taget i betragtning.

Der var fastsat forskellige underkriterier.

Et af underkriterierne havde betegnelsen »Mest for pengene«. Til dette underkriterium var knyttet følgende delkriterier (af forståelsesgrunde omformuleret gengivet): a. gennemsigtighed i prissætning, b. pris for etape 1, c. gennemsnitspris pr. m<sup>2</sup> for etape 1, d. samlet pris for begge etaper og e. udenomsanlæg. Det var angivet i udbudsbetingelserne, at etape 2 og udenomsanlæggene faldt uden for udbyderens beløbsramme, men at prisen for etape 2 ville blive beregnet på grundlag af tilbudsgiverens gennemsnitspris for etape 1. I udbudsbetingelserne var endvidere angivet, at tilbuddene i relation til det omhandlede underkriterium ved tilbudsvurderingen ville få tildelt karakter efter en skala fra 0 til 10, og at tilbud, der kun gik ud på udførelse af basismodellen, ville få karakteren 6.

Der indkom tilbud fra 5 prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en tilbudsgiver K.

En anden tilbudsgiver N klagede til Klagenævnet over, at udbyderen havde begået en nærmere angiven fejl ved vurderingen af tilbuddene. Udbyderen erkendte fejlen og tilkendegav, at der ville blive foretaget en ny vurdering af tilbuddene. N tilbagekaldte derefter klagen til Klagenævnet, der besluttede ikke at behandle klagen.

Udbyderens bedømmelseskomité foretog herefter en ny tilbudsvurdering og indstillede på grundlag heraf til udbyderen, at der blev indgået kontrakt med K, hvis tilbud bedømmelseskomitéen også efter den nye tilbudsvurdering anså for det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Udbyderen gjorde tilbudsgiverne bekendt med bedømmelseskomitéens indstilling.

N klagede derefter på ny til Klagenævnet. Klagenævnet tog en begæring fra N om opsættende virkning til følge, hvilket bevirkede, at udbyderen ikke traf beslutning om tildeling af kontrakten.

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

N nedlagde for Klagenævnet forskellige påstande, der sigtede til, at udbyderens bedømmelseskomité havde begået nærmere angivne fejl ved den nye tilbudsvurdering.

Klagenævnet besluttede at behandle nogle spørgsmål ex officio. N's påstande blev herefter subsidiære i forhold til de pågældende spørgsmål, hvilket medførte, at Klagenævnet ikke kom til at tage stilling til N's påstande.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Konstateret, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved angivelserne i udbudsbetingelserne af, at tilbud, der ikke som minimum gik ud på udførelse af basismodellen, ikke ville blive taget i betragtning, og af, at tilbud, der kun gik ud på udførelse af basismodellen, ville få tildelt karakteren 6 i relation til underkriteriet »Mest for pengene«. Der var herved sket en sammenblanding af mindstekrav, som tilbuddene skulle opfylde, med underkriteriet »Mest for pengene« og med tilbudsvurderingen (spørgsmål 5).

2) Konstateret, at underkriteriet »Mest for pengene« ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud som følge af, at der ved tilbudsvurderingen i henhold til underkriteriet blev lagt vægt på pris for etape 2, jf. delkriterium d til underkriteriet, selvom etape 2 ikke var omfattet af udbuddet og ville forudsætte et nyt selvstændigt udbud. Underkriteriet »Mest for pengene« var herefter i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed (spørgsmål 6).

Klagenævnet annullerede udbudsproceduren, som ikke var afsluttet, idet udbyderen endnu ikke havde truffet bestemmelse om tildeling af kontrakt, og henviste til, at udbuddet var behæftet med så væsentlige fejl, at det ikke kunne lovliggøres.

**14. juli 2009. Updata Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune**  
*Overtrædelse af EU-udbudsreglerne ved efter tilbudsfristens udløb at anmode tilbudsgiverne om nye tilbud med forlænget kontraktperiode og ændret ydelse, at indhente årsrapporter for tilbudsgiverne og at indlede forhandlinger med tilbudsgiverne om finansiering. Overtrædelse ved, at nogle underkriterier angik tilbudsgivernes egnethed eller mindstekrav, og ved, at nogle andre underkriterier var uklare og til dels overlappende. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 53 ved, at underkriteriernes vægtning var angivet for flere underkriterier under ét. Overtrædelse ved at lægge vægt på forhold, der ikke var nævnt i udbudsbetingelserne, ved uigennemskuelig og inkonsekvent tilbudsvurdering og ved ubegrundet tildeling af lavt pointtal til et tilbud. Overtrædelse ved at tage et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet indeholdt forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 39. Overtrædelse af § 6 a i bekendtgørelse nr. 937 af 6. september 2004 ved underretning til tilbudsgivere om, at de ikke havde fået kontrakten, uden samtidig underretning om tildelingsbeslutningen, og ved, at underretningen var telefonisk. En klageberettiget har ret til at klage over et hvilket som helst forhold vedrørende et udbud. Udbyderen havde bevisbyrden for, at nogle underkriterier, der kunne forstås som udvælgelseskræver, ikke var blevet anvendt som udvælgelseskræver, og for, at udbyderens grove overtrædelser ikke havde haft betydning for tilbudsvurderingen. Annulation. Ikke opsættende virkning, da der ikke var udsigt til, at dette ville medføre et uopretteligt tab for klageren*

En kommune iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en tjenesteydelse om etablering og drift af en samlet telefon- og datamæssig infrastruktur for alle kommunens arbejdspladser.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier: 1. Systemløsning, 2. Funktionalitet, 3. Udstyrets beskaffenhed/formåen, 4. Genbrug af eksisterende udstyr, 5. Fremtidssikring, 6. Systemmæssige forhold, 7. Overholdelse af standarder, 8. Leverandørmæssige forhold, 9. Service- og supportmæssige forhold, 10. Økonomi, anskaffelse, 11. Økonomi, drift, 12. Miljø- og energimæssige forhold, 13. Projektplan, implementering, 14. Kvalitetssikring, projektleidelse og 15. Forbehold over for kontrakt.

Ifølge udbudsbetingelserne vægtedes underkriterierne således: Underkriterium 1-7 vægtedes med 60 % under ét, underkriterium 8-9 vægtedes med 5 % under ét, underkriterium 10-11 vægtedes med 20 % under ét, underkriterium 12 vægtedes med 5 %, underkriterium 13-14 vægtedes med 5 % under ét, og underkriterium 15 vægtedes med 5 %

Der indkom tilbud fra 6 virksomheder. Udbyderen foretog forskellige tilbudsevalueringer efter hinanden og besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. Udbyderen orienterede telefonisk de andre tilbudsgivere om, at de ikke havde fået tildelt kontrakten, men underrettede dem ikke om, hvilken tilbudsgiver der ville blive indgået kontrakt med. Senere, dvs. efter klagen til Klagenævnet, sendte udbyderen de nævnte tilbudsgivere en skriftlig underretning om tildelingsbeslutningen.

Efter den omtalte telefoniske underretning klagede en af de tilbudsgivere, der ikke havde fået kontrakten, til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge med den begrundelse, at der ikke på det foreliggende grundlag var udsigt til et uop-

retteligt tab for klageren, såfremt der ikke blev tillagt klagen opsættende virkning.

Klageren nedlagde en række påstande gående ud på, at Klagenævnet skulle konstatere, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på nærmere angivne punkter, jf. nedenfor. Udbyderen nedlagde påstand om, at klagen ikke blev taget til følge (dog med principal påstand om afvisning på et enkelt punkt, se ligeledes nedenfor). Udbyderen erkendte ganske vist at have overtrådt udbudsreglerne som angivet i en del af klagerens påstande, men gjorde med hensyn til disse påstande gældende, at overtrædelserne havde været uden konkret væsentlig betydning for tilbudsvurderingen.

Klagenævnet udtalte, at en overtrædelses konkrete væsentlighedsgrad alene har betydning for Klagenævnets stillingtagen til, om en tildelingsbeslutning skal annulleres, og er uden betydning for afgørelsen af spørgsmålet af, om der foreligger en overtrædelse. Klagenævnet tog herefter stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristens udløb at have anmodet tilbudsgiverne om et nyt tilbud med en forlænget kontraktperiode (påstand 1):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristens udløb at ændre udbudsbetingelserne ved, at nogle af udbyderens institutioner udgik af den udbudte infrastruktur, og ved, at nogle andre institutioner skulle tilkobles infrastrukturen på en anden måde end angivet i udbudsbetingelserne (påstand 2).

Klageren gjorde om dette klagepunkt bl.a. gældende, at ændringerne favoriserede de tilbudsgivere, hvis tilbud havde den højeste anlægsudgift med hensyn til de pågældende institutioner. Udbyderen gjorde heroverfor bl.a. gældende, at der var tale om et teknisk komplekst funktionsudbud, og at den udbudte ydelse derfor måtte kunne tilpasses, men at ændringerne ikke havde haft betydning for tilbudsvurderingen.

Klagepunktet blev taget til følge. Klagenævnet udtalte at udbyderen, selvom der var tale om et funktionsbestemt udbud, hvor løbende justeringer måtte forudses, ikke havde haft ret til efter tilbudsfristens udløb at kræve reviderede tilbud på ændrede betingelser. Det gjorde ingen forskel, hvis ændringerne ikke havde haft betydning for tilbudsvurderingen, men Klagenævnet henviste i denne forbindelse til, at udbyderen ikke havde bestridt klagerens anbringende om, at ændringerne favoriserede tilbudsgiverne med de højeste anlægsudgifter for de pågældende institutioner.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristens udløb at indlede forhandlinger med tilbudsgiverne om en ændret finansieringsform (påstand 3):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbuddenes modtagelse at have anmodet klageren om at ændre sit tilbud med hensyn til fabrikat af tilbudte produkter (påstand 4):

Ikke taget til følge, da udbyderen ikke havde fremsat en sådan anmodning.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristens udløb at have indhentet årsrapporter for tilbudsgiverne (påstand 5):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt Udbudsdirektivets artikel 44 og artikel 53 (om henholdsvis udvælgelseskriterier m.m. og tildelingskriterier) ved under vurderingen af klagerens tilbud at have lagt vægt på størrelsen af klagerens virksomhed og klagerens økonomiske situation (påstand 6):

Taget til følge. Herved henvist til, at et anbringende fra udbyderen om, at oplysningerne ikke var indgået i tilbudsvurderingen, var urigtigt.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 ved under tilbudsvurderingen at have lagt vægt på tilbudsgivernes kendskab til udbyderens netværk (påstand 7).

Udbyderen påstod dette klagepunkt afvist med henvisning til, at klagepunktet var uden relevans for klageren som følge af, at forholdet ikke havde haft negativ betydning for vurderingen af klagerens tilbud.

Klagenævnet tog ikke udbyderens afvisningspåstand til følge med henvisning til, at klageren som klageberettiget var berettiget til at nedlægge påstand om en hvilken som helst overtrædelse af udbudsreglerne. Klagenævnet tog endvidere klagepunktet til følge med henvisning til, at det var uden betydning, om overtrædelsen havde haft indflydelse på udbyderens vurdering af klagerens tilbud.

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 ved ikke i udbudsbetingelserne at have angivet vægtningen for hvert enkelt af underkriterierne (påstand 9):

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde vægtet hvert underkriterium for sig i overensstemmelse med kravet i Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, om angivelse af vægtning for de valgte underkriterier, men at udbyderen ikke i udbudsbetingelserne havde angivet vægtningen af hvert underkriterium.

9) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 ved at fastsætte underkriteriet »15. Forbehold over for kontrakt« (påstand 10):

Erkendt af udbyderen og taget til følge med henvisning til almindelige principper for en udbyders håndtering af tilbudsforbehold.

10) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 44 ved at fastsætte underkriterierne »8. Leverandørmæssige forhold« og »14. Kvalitetssikring, projektledelse«, selvom disse underkriterier angik tilbudsgivernes egnethed (påstand 11):

Klagenævnet udtalte, at udbyderen havde bevisbyrden for, at de to underkriterier ikke var anvendt til generelt at tage stilling til tilbudsgivernes egnethed og dermed reelt var udvælgelseskriterier,

Klagenævnet tog endvidere klagepunktet til følge med hensyn til underkriteriet »8. Leverandørmæssige forhold«. Klagenævnet henviste herved til, at udbyderen ved vurderingen af klagerens tilbud i relation til dette underkriterium alene havde lagt vægt på klagerens generelle egnethed til at løse opgaven. Som underkriteriet var anvendt, var det derfor et ud-

vælgelseskriterium, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Klagepunktet blev derimod ikke taget til følge med hensyn til underkriteriet »14. Kvalitetssikring, projektledelse«, da tilsvarende forhold ikke havde gjort sig gældende vedrørende dette underkriterium.

11) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 ved at have fastsat underkriterierne »4. Genbrug af eksisterende udstyr« og »7. Overholdelse af standarder«, selvom disse underkriterier angik mindstekrav, der skulle opfyldes (påstand 12):

Taget til følge. Herved bl.a. henvist til, at tilbud, der ikke opfyldte en forudsætning i udbudsbetingelserne om genbrug af eksisterende udstyr, ville skulle prissættes, hvilket ville påvirke tilbudsvurderingen i relation til underkriterierne om økonomi.

12) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 ved at have fastsat underkriterierne »1. Systemløsning, »2. Funktionalitet«, »3. Udstyrets beskaffenhed/formåen« og »6. Systemmæssige forhold«, idet disse underkriterier var uigennemsigtige og til dels indbyrdes overlappende (påstand 13):

Taget til følge. Bl.a. henvist til, at udbyderen ikke havde redegjort for, hvordan de pågældende underkriterier forholdt sig til hinanden, og til, at udbyderens forskellige tilbudsevalueringer ikke var konsekvente i anvendelsen af underkriterierne.

13) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 ved under tilbudsvurderingen i relation til underkriterierne »10. Økonomi, anskaffelse« og »11. Økonomi, drift« at have anvendt en pointmodel, der medførte en vilkårlig og uigennemsigtig pointtildeling (påstand 14):

Taget til følge med henvisning til følgende: De to underkriterier skulle ifølge udbudsbetingelserne vægtes med en samlet vægt på 20 %. I en af de foretagne tilbudsevalueringer, som udbyderen navnlig havde påberåbt sig, var der imidlertid fastsat 6 delkriterier til de to underkriterier. Disse delkriterier var blevet vægtet fra 5 % til 35 %, og de var ikke henført specielt til de to underkriterier. To personer, der i første omgang havde anvendt de omtalte delkriterier, var nået til vidt forskellige points. Tilbudsgiverne havde herefter ikke ved tilbudsafgivelsen haft mulighed for at gennemskue, hvorledes et tilbud skulle sammensættes prismæssigt for at opnå den gunstigst mulige konkurrencesituation.

14) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved uberettiget at have vurderet klagerens tilbud som ringere end de øvrige tilbud i relation til underkriterium »12. Miljø- og energimæssige forhold« (påstand 15):

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde kunnet redegøre fyldestgørende for tilbudsvurderingen i relation til dette underkriterium, og at det var uklart, hvad udbyderen havde lagt til grund og havde lagt vægt på. Udtalt, at Klagenævnet ikke herved havde taget stilling til, hvilken pointgivning udbyderen skulle være nået frem til.

15) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom denne tilbudsgivers tilbud var ukonditions-mæssigt som følge af forbehold (påstand 16).

Udbyderen gjorde bl.a. gældende, at det af adskillige angivelser i udbudsbetingelserne tydeligt fremgik, at der kunne tages forbehold, uden at der blev sondret mellem forbehold vedrørende grundlæggende elementer og andre forbehold, og at den valgte tilbudsgivers tilbud derfor ikke kunne have været afvist med den begrundelse, at tilbuddet indeholdt forbehold om grundlæggende elementer.

Klagepunktet blev taget til følge med henvisning til, at i hvert fald tre forbehold i den valgte tilbudsgivers tilbud (vedrørende forsinkelse, ansvarsfraskrivelse og hævebeføjelser) angik grundlæggende elementer, hvorfor tilbuddet ikke måtte tages i betragtning. Klagenævnet bemærkede herved, at Klagenævnet ikke kunne tiltræde det refererede anbringende fra udbyderen, og at dette anbringende ville have som konsekvens, at en tilbudsgiver kunne tage forbehold for grundlæggende elementer, uden at dette ville påvirke vurderingen af tilbudsgiverens tilbud negativt med mere end 5 %, dvs. den angivne vægtning for underkriterium »15. Forbehold over for kontrakt«, hvilket ville sætte selve udbudssystemet ud af kraft. Klagenævnet bemærkede videre, at anbringendet var i strid med en bestemmelse i udbudsbetingelserne om de krav, som tilbuddene skulle opfylde.

16) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 39 (om bl.a. besvarelse af anmodninger om supplerende oplysninger fra udbyderen) ved at have fastsat en dato, der lå godt en måned før tilbudsfristens udløb, som sidste frist for spørgsmål fra tilbudsgiverne (påstand 17):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

17) Klage over, at udbyderen havde overtrådt § 6 a og 6 b i bekendtgørelse nr. 937 af 4. september 2004 ved telefonisk at have orienteret de tilbudsgivere, der ikke havde fået kontrakten, om, at de ikke havde fået kontrakten, uden at underrette dem om, hvem der havde fået kontrakten med en summarisk begrundelse herfor (påstand 18):

Klagenævnet konstaterede, at udbyderens telefoniske underretning til klageren om, at der ikke ville blive indgået kontrakt med klageren, ikke opfyldte kravene til underretning i den nævnte bekendtgørelses § 6 a. Klagenævnet henviste herved til, at udbyderens underretning til tilbudsgivere om, at udbyderen havde besluttet ikke at indgå kontrakt med vedkommende tilbudsgiver, uden underretning om den tilbudsgiver, der ville blive indgået kontrakt med, ikke opfyldte kravet i bekendtgørelsens § 6 a, stk. 1, om underretning om, hvilke afgørelser, der er truffet med hensyn til tildeling af kontrakt. Desuden henvist til, at udbyderens telefoniske underretning ikke opfyldte kravet i bestemmelsens stk. 2 om fremsendelse af underretning. Ordlyden af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2 (som udbyderen havde påberåbt sig) kunne ikke føre til andet resultat.

Klagenævnet bemærkede, at stand-still perioden i henhold til bekendtgørelsens § 6 b ikke løb fra den telefoniske underretning til klageren, men først fra den senere skriftlige underretning, som udbyderen havde afsendt efter klagen til Klagenævnet.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver og henviste herved bl.a. til følgende: De overtrædelser, der var konstateret under punkt 16 og 17, kunne ikke føre til annulation. De øvrige konstaterede overtrædelser var alle grove, og udbyderens tilbudsevalueringer var behæftet med grove fejl og mangler. Udbyderen havde bevisbyrden for, at overtrædelser som de pågældende

ikke havde haft konkret væsentlig betydning for tildelingsbeslutningen, og denne bevisbyrde var ikke løftet.

**24. juli 2009. Lyreco Danmark A/S mod Varde Kommune**

*EU-udbud annulleret af udbyderen som følge af fejl ved udformningen af udbudsbetingelserne og tilbudsvurderingen. En tilbudsgiver tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da det var sandsynliggjort, at tilbudsgiveren ikke ville have afgivet tilbud, hvis tilbudsgiveren havde været bekendt med, at der ikke ville blive gennemført en korrekt tilbudsvurdering. Hvis en udbyder har annulleret et udbud med saglig grund, er der som udgangspunkt ikke grundlag for at pålægge udbyderen at erstatte en tilbudsgivers positive opfyldelsesinteresse, og der forelå ikke ganske særlige omstændigheder, der kunne føre til fravigelse af dette udgangspunkt.*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 12. marts 2009 i samme sag. Sagen angik et udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende nogle rammeaftaler om levering af kontorartikler m.m. Der indkom tilbud fra tre tilbudsgivere, og udbyderen besluttede at indgå kontrakter med to af tilbudsgiverne. Den tredje tilbudsgiver L protesterede herover, hvorefter udbyderen annullerede udbuddet med henvisning til, at udbudsreglerne var overtrådt ved udformningen af udbudsbetingelserne og ved tilbudsvurderingen. L klagede derefter til Klagenævnet, der ved kendelsen af 12. marts 2009 konstaterede, at udbyderen havde begået en række overtrædelser af udbudsreglerne ved udformningen af udbudsbetingelserne og tilbudsvurderingen.

Kendelsen af 24. juli 2009 angik et erstatningskrav fra L, der påstod udbyderen tilpligtet at betale erstatning principalt til dækning af L's mistede fortjeneste ved ikke at have fået tildelt en kontrakt (positiv opfyldelsesinteresse), subsidiært til dækning af L's udgifter ved at udarbejde tilbud (negativ kontraktsinteresse).

Klagenævnet udtalte:

Som følge af de begåede overtrædelser af udbudsreglerne var udbyderen erstatningsansvarlig over for L, hvis tilbud af nærmere angivne grunde ikke (som hævdet af udbyderen) var ukonditionsmæssigt.

Udbyderens annullation af udbuddet var sagligt begrundet som følge af overtrædelserne af udbudsreglerne. Der er endvidere som udgangspunkt ikke grundlag for at pålægge en ordregiver, der har annulleret et udbud med saglig grund, at betale erstatning til en tilbudsgiver til dækning af dennes positive opfyldelsesinteresse, og der forelå ikke ganske særlige omstændigheder, der kunne føre til fravigelse af dette udgangspunkt. L havde herefter ikke krav på erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse.

Det var sandsynliggjort, at L ikke ville have afgivet tilbud, hvis L havde været bekendt med, at udbyderen ikke ville foretage en professionel og forsvarlig tilbudsvurdering. Udbyderen skulle derfor betale erstatning til dækning af L's negative kontraktsinteresse. Erstatningen fastsattes skønsmæssigt til 50.000 kr.

**27. juli 2009. Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S**

*En ordregivers forhåndsskøn med hensyn til, om en kontrakts anslåede værdi når op på tærskelværdien, skal af hensyn til udbudsdirektivernes effektive virkning udøves forsigtigt, og tærskelværdien skal anses nået, hvis*

*der foreligger en ikke ubetydelig usikkerhed om værdien. En kontrakt om levering af maskinel og installation af maskinellen i en bygning under opførelse kunne betragtes som en delkontrakt vedrørende opførelsen af bygningen. Ordregiverens forhåndsskøn vedrørende delkontraktens anslåede værdi var utilstrækkeligt, og delkontraktens anslåede værdi var for høj til at opfylde Forsyningsvirksomhedsdirektivets regel om delkontrakter, der er undtaget fra udbudspligten. Annullation af ordregiverens beslutning om at iværksætte en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II vedrørende delkontrakten, selvom der var indgået kontrakt på grundlag af tilbudsindhentningen, og selvom der ikke var givet klagen opsættende virkning, da det var en grov overtrædelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, at delkontrakten ikke var udbudt efter direktivet, og da hensynet til udbudsdirektivernes effektive virkning talte for annullation. Ikke opsættende virkning, bl.a. med henvisning til, at der generelt er tungtvejende samfundsmæssige interesser knyttet til gennemførelsen af kontrakter under Forsyningsvirksomhedsdirektivet*

En forsyningsvirksomhed iværksatte et begrænset udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende opførelse af bygning på et renseanlæg. Bygningen skulle tjene til afvanding af slam. Udbuddet var opdelt i forskellige fagentrepriser.

Som led i byggeriet skulle der ud over de nævnte fagentrepriser yderligere udføres en entrepris bestående af levering og installation af 4 centrifuger, og ordregiveren betragtede centrifugeentreprisen som en »delkontrakt« i relation til reglerne om delkontrakter i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 6, litra a.

Som følge af reglen i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 6, litra a, 3. afsnit, medtog ordregiveren ikke centrifugeentreprisen i EU-udbuddet, idet det var ordregiverens opfattelse, at den anslåede værdi af denne entrepris var mindre end 20 % af delkontrakternes samlede værdi og mindre end bestemmelsens tærskelværdi på 7.455.555 kr. (I medfør af den nævnte bestemmelse kan udbud undlades med hensyn til delkontrakter under en vis tærskelværdi under forudsætning af, at den samlede anslåede værdi af sådanne delkontrakter ikke overstiger 20 % af alle delkontraktens samlede værdi). I stedet iværksatte ordregiveren en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II vedrørende centrifugeentreprisen, og der indkom tilbud fra tre tilbudsgivere. Ordregiveren afviste tilbuddet fra en tilbudsgiver A som ukonditionsmæssigt, hvorefter A klagede til Klagenævnet.

En begæring fra A om opsættende virkning blev ikke taget til følge med henvisning til en interesseafvejning. Klagenævnet udtalte herved, at der generelt må antages at være knyttet tungtvejende samfundsmæssige interesser til gennemførelsen af kontrakter under Forsyningsvirksomhedsdirektivet, ligesom Klagenævnet i denne forbindelse henviste til, at standstill reglerne ikke gælder for udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Efter Klagenævnets afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning indgik ordregiveren kontrakt med en anden af tilbudsgiverne.

A nedlagde for Klagenævnet en række påstande gående ud på, at Klagenævnet skulle konstatere nærmere angivne overtrædelser af udbudsreglerne. Kendelsen af 27. juli 2009 angår kun en enkelt af disse påstande, som Klagenævnet havde udskilt til særskilt påkendelse.

Den omtalte påstand fra A gik ud på, at Klagenævnet skulle konstatere, at ordregiveren havde overtrådt Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at iværksætte en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II med hensyn til centrifugeentreprisen i stedet for et udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Klagenævnet udtalte, at centrifugeentreprisen i sig selv måtte anses for en vareindkøbskontrakt, og at entreprisens værdi oversteg Forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdi for vareindkøbskontrakter. Efter sagens oplysninger kunne det imidlertid ikke afvises, at ordregiveren havde foretaget en vurdering i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 6, litra a, 3. afsnit, af entreprisens anslåede værdi, og at ordregiveren havde antaget, at der efter denne bestemmelse ikke var pligt til at udbyde kontrakten efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Klagenævnet udtalte videre bl.a., at en ordregivers forhåndsskøn vedrørende en kontrakts anslåede værdi af hensyn til udbudsdirektivernes effektive virkning skal foretages forsigtigt, og at en ikke ubetydelig grad af usikkerhed med hensyn til, om kontraktens anslåede værdi når op på tærskelværdien i vedkommende direktiv, derfor skal medføre EU-udbud af kontrakten. Klagenævnet henviste endvidere til, at ordregiverens skøn vedrørende centrifugeentreprisens anslåede værdi af nærmere angivne grunde havde været utilstrækkeligt, og at det måtte lægges til grund, at centrifugeentreprisens anslåede værdi mindst udgjorde et beløb svarende til tærskelværdien på 7.455.555 kr. Betingelserne efter Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 6, litra a, 3. afsnit, for at undlade EU-udbud var herefter ikke opfyldt, hvorfor A's påstand blev taget til følge.

Klagenævnet annullerede ordregiverens beslutning om at iværksætte en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II og henviste herved til overtrædelsens grovhed og til hensynet til udbudsdirektivernes effektive virkning. Det kunne ikke føre til andet resultat, at Klagenævnet havde truffet afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da en sådan afgørelse ikke præjudicerer Klagenævnets afgørelse af klagesagen.

#### **4. august 2009. Mölnlycke Health Care ApS mod Region Hovedstaden**

*En udbyder har ikke pligt til på forhånd at give oplysning om en evalueringsmodel, der anvendes ved tilbudsvurderingen. Det kan ikke af Udbudsdirektivet udledes, at en i udbudsbetingelserne indikeret rækkefølge af underkriterierne skal følges ved tilbudsvurderingen (dissens). Udbyderens evalueringsmodel kunne føre til resultater i strid med udbudsreglerne, men havde ikke gjort det i det konkrete tilfælde. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved upræcise angivelser om, hvad udbyderen ville lægge vægt på i relation til to underkriterier. Udbyderen var berettiget, men ikke forpligtet, til at afvise tilbud, der ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav vedrørende referencelister, oplysning om omsætning, regnskaber, sproglig udformning og beskrivelse af en tilbudt vare. Overtrædelse ved at indgå kontrakt om et produkt med en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke omfattede produktet. Udbudsdirektivets artikel 41 overtrådt ved, at udbyderens redegørelse for de antagne tilbuds karakteristika og relative fordele ikke var sket ved en skriftlig meddelelse. Regnskaber, hvoraf fremgik, at en tilbudsgiver ikke havde ansatte, var dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke kunne være i restance med sociale bidrag. Overtrædelse af udbudsreglerne ved at lade*

*udbuddet omfatte et produkt, der ikke var beskrevet i udbudsbekendtgørelsen. Når en udbyder har truffet en tildelingsbeslutning og har underrettet tilbudsgiverne om den, kan udbyderen ikke tilbagekalde tildelingsbeslutningen uden samtidig at annullere udbuddet. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation*

En region iværksatte som offentligt udbud efter Udbudsdirektivet sideordnede udbud af 43 rammeaftaler vedrørende levering af sårbehandlingsprodukter m.m. Ved et rettelsesblad til udbudsbetingelserne blev udbuddet udvidet til at omfatte yderligere en rammeaftale, som ikke var beskrevet i udbudsbekendtgørelsen.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet for rammeaftale 1-10 henholdsvis rammeaftale 11-44: A. Pris (hhv. 45-55 % og 40-50 %), B. Funktionalitet (hhv. 25-35 % og 20-30 %) og C. Kvalitet (hhv. 15-25 % og 25-35 %).

Efter tilbuddenes indgivelse traf udbyderen beslutning om at indgå kontrakter med forskellige tilbudsgivere vedrørende 41 af rammeaftalerne. Senere annullerede udbyderen udbuddet vedrørende en af disse rammeaftaler og traf vedrørende tre andre af rammeaftalerne beslutning om at indgå kontrakter med andre tilbudsgivere end først besluttet.

En tilbudsgiver, der havde afgivet tilbud på 17 af de 44 rammeaftaler, 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 en pointmodel, som udbyderen havde anvendt ved tilbudsvurderingen, ikke var medtaget i udbudsbetingelserne (påstand 2):

Ikke taget til følge med henvisning til følgende: Der kan ikke af EU-udbudsreglerne udledes en pligt for udbyderne til at anvende en evalueringmodel ved tilbudsvurderingen, og der kan heller ikke udledes en pligt for en udbyder, der vil anvende en sådan model, til at oplyse om modellen på forhånd ved at medtage den i udbudsbetingelserne. Dette gælder også, selvom modellen er fastlagt på tidspunktet for udarbejdelsen af udbudsbetingelserne.

2) Klage over, at udbyderen i udbudsbetingelserne vedrørende rammeaftalerne 11-44 havde fastsat vægtningen af underkriterierne B. Funktionalitet og C. Kvalitet med sådanne intervaller, at det ikke af udbudsbetingelserne kunne udledes, hvilket af de to underkriterier, der ville blive vægtet højest (påstand 4):

Ikke taget til følge bl.a. med henvisning til, at det ikke af Udbudsdirektivet kan udledes, at en i udbudsbetingelserne indikeret rækkefølge af underkriterierne skal være bindende.

(Dissens for at tage klagepunktet til følge med henvisning til, at Udbudsdirektivets regler om tildelingskriterier må forstås således, at underkriterier i udbudsbetingelserne skal vægtes efter en bestemt rækkefølge, og at intervallerne ikke må fastsættes således, at underkriterierne ved tilbudsvurderingen kan skifte plads i denne rækkefølge).

3) Klage over, at udbyderen vedrørende to af delaftalerne havde vægtet underkriterierne således, at underkriterium A. Pris fik en højere vægt end angivet i udbudsbetingelserne, og over, at den anvendte pointmodel medførte en vilkårlig og uigennemsigtig pointtildeling (påstand 1 og 3):

Den pointmodel, som udbyderen anvendte ved tilbudsvurderingen, gik ud på følgende: I relation til underkriterium A. Pris fik tilbuddene points

efter en skala fra 5 og nedefter ud fra en bestemt beregningsmetode, således at der kunne gives negative points til tilbud med høje priser. I relation til underkriterierne B. Funktionalitet og C. Kvalitet fik tilbuddene points efter en skala med 5 trin. Ifølge klageren kunne modellen føre til besynderlige resultater.

Klagenævnet udtalte, at der var risiko for, at en evalueringsmodel som den anvendte kunne føre til, at underkriterium A. Pris i strid med udbudsreglerne fik en større vægt end fastsat i udbudsbetingelserne, men at dette ikke var sket i det foreliggende tilfælde. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke tilstrækkeligt præcist i udbudsbetingelserne at angive, hvad udbyderen ville lægge vægt på i relation til underkriterium B. Funktionalitet og C. Kvalitet (påstand 5 og 6):

Taget til følge med konkret begrundelse, herunder med henvisning til, at det til dels var uklart, om forskellige angivelser i udbudsbetingelserne var minimumskrav.

5) Klage over, at udbyderen havde begået nærmere angivne fejl ved tilbudsvurderingen (påstand 7 og 8):

Ikke taget til følge, da udbyderen ikke havde begået de pågældende fejl.

6) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra en tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne indeholdt referenceliste og oplysning om årsomsætning (påstand 9).

Taget til følge med henvisning til, at de nævnte oplysninger ikke var indeholdt i den pågældende tilbudsgivers skriftlige tilbud og kun var indeholdt i en udgave af tilbuddet på cd, og til, at det i udbudsbetingelserne var angivet, at papirversionen af et tilbud var gældende i tilfælde af uoverensstemmelse mellem papirversionen og cd-versionen. Udtalt, at overtrædelsen ikke kunne medføre annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den pågældende tilbudsgiver.

7) Klage over, at udbyderen havde taget et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne var vedlagt tilbudsgiverens to seneste regnskaber (påstand 10):

Udtalt, at udbyderen som følge af forholdet kunne have undladt at tage det pågældende tilbud i betragtning, men at udbyderen ikke efter udbudsreglerne havde været forpligtet til at afvise tilbuddet.

8) Klage over, at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med en tilbudsgiver om en nærmere angivet rammeaftale, selvom det pågældende tilbud ikke indeholdt det produkt, som denne rammeaftale angik (påstand 11):

Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede forholdet.

9) Klage over, at udbyderen havde taget et tilbud i betragtning, selvom en dokumentation var affattet på tysk, hvilket ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav til sprog for dokumentation (påstand 12):

Udtalt, at udbyderen som følge af forholdet havde været berettiget til at afvise tilbuddet, men at det ikke var i strid med udbudsreglerne, at udbyderen havde valgt at tage tilbuddet i betragtning under hensyn til, at det var en meget begrænset del af tilbuddet, der var affattet på tysk.

10) Klage over, at udbyderen havde taget nogle tilbud i betragtning, selvom disse tilbud ikke som krævet i udbudsbetingelserne havde opgivet

klæbeevnen for nogle produkter ved henvisning til en bestemt måleenhed (påstand 13):

Udtalt, at udbyderen som følge af forholdet havde været berettiget til at afvise tilbuddet, men at Klagenævnet ikke fandt det i strid med udbudsreglerne, at udbyderen havde valgt at tage de pågældende tilbud i betragtning, bl.a. under hensyn til, at kun en meget begrænset del af tilbuddene opfyldte det pågældende krav.

11) Klage over, at udbyderen havde taget nogle tilbud i betragtning, selvom de ikke indeholdt en krævet dokumentation for visse egenskaber (påstand 14 og 15):

Ikke taget til følge, da der efter de oplysninger, der var forelagt Klagenævnet, ikke var grundlag herfor.

12) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 41. stk. 2, 3. led (om pligt for udbyderne til efter anmodning at give meddelelse om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele) ved ikke efter anmodning fra klageren at have givet klageren en fyldestgørende redegørelse for karakteristika og relative fordele ved tilbuddene fra de tilbudsgivere, som udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med med hensyn til nærmere angivne rammeaftaler (påstand 16):

Taget til følge med henvisning til, at pligten efter Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led, kun kan opfyldes ved en skriftlig redegørelse, og at det således ikke var tilstrækkeligt, at udbyderen havde givet en redegørelse under et møde med klageren. Et svarskrift fra udbyderen under sagen for Klagenævnet havde heller ikke opfyldt udbyderens forpligtelser, allerede fordi det ikke i svarskriftet var angivet, at svarskriftet tilsigtede at være en redegørelse i medfør af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led.

13) Klage over, at udbyderen havde taget et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne indeholdt dokumentation for betaling af bidrag til sociale sikringsordninger (påstand 17):

Ikke taget til følge med henvisning til, at det af den pågældende tilbudsgivers regnskaber fremgik, at tilbudsgiveren ikke havde ansatte, hvorfor regnskaberne var dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke kunne være i restance med betaling af bidrag til sociale sikringsordninger.

14) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt Udbudsdirektivets artikel 35 (om udbudsbekendtgørelser) ved i et rettelsesblad til udbudsbetingelserne at have udvidet tilbuddet til at omfatte en yderligere rammeaftale nr. 44, der ikke var nævnt i udbudsbekendtgørelsen (påstand 18):

Taget til følge.

15) Taget op ex officio (spørgsmål 21-26):

Udtalt, at udbyderen havde handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at tilbagekalde tildelingsbeslutningerne vedrørende tre af rammeaftalerne og beslutte at indgå kontrakter med tre andre tilbudsgivere vedrørende disse rammeaftaler uden samtidig at annullere tilbuddene vedrørende de pågældende rammeaftaler. Herved udtalt (sammentrængt gengivet): En retstilstand, hvorefter en udbyder efter at have truffet en tildelingsbeslutning og efter at have givet tilbudsgiverne underretning om den, kunne beslutte, at kontrakten skal indgås med en anden tilbudsgiver, ville stride mod gennemsigtighedsprincippet og ville også føre til en latent risiko for usaglig påvirkning af udbyderen i strid med ligebehandlingsprincippet. Yder-

ligere henvist til, at en udbyder, der har konstateret, at der er begået fejl ved et udbud, kan annullere udbuddet og gennemføre et nyt udbud uden fejl, og at der i et sådant tilfælde som udgangspunkt ikke vil være grundlag for at pålægge udbyderen at betale erstatning til dækning af tilbudsgiveres negative kontraktsinteresse.

En påstand fra klageren om annullation af udbyderens tildelingsbeslutninger vedrørende nogle af rammeaftalerne blev ikke taget til følge. Her ved bl.a. henvist til, at de spørgsmål, som Klagenævnet havde stilling til ex officio, ikke tidligere havde været behandlet af Klagenævnet, og til, at der antagelig har hersket usikkerhed blandt de offentlige ordregivere med hensyn til, om tildelingsbeslutninger kan ændres, jf. punkt 15 ovenfor.

Kendelsen angår samme udbud som Klagenævnets kendelser af 5. august 2009 og 6. august 2009.

### **5. august 2009. Paul Hartmann A/S mod Region Hovedstaden**

*Minimumskrav skal være udformet således, at tilbudsgiverne ikke er i tvivl om, at der er tale om minimumskrav. Denne betingelse var ikke opfyldt vedrørende nogle krav, hvorfor afvisning af nogle af klagerens tilbud var uberettiget. Afvisning af andre af klagerens tilbud var uberettiget, da tilbuddene opfyldte minimumskravene. Det tilkommer udbyderen at fastsætte, hvorledes det skal konstateres, om tilbudte produkter opfylder minimumskravene, og udbyderen havde valgt hensigtsmæssige afprøvningsmetoder og havde gennemført afprøvningen forsvarligt. Ikke opsættende virkning*

Denne kendelse angår samme udbud som Klagenævnets kendelser af 4. august 2009 og 6. august 2009. Med hensyn til de nærmere omstændigheder ved udbuddet henvises til resuméet af kendelsen af 4. august 2009.

Ordregiveren havde efter Udbudsdirektivet udbudt rammeaftaler vedrørende indkøb af 44 produkter (sårbehandlingsprodukter, forbindsstoffer og plastre). Klageren havde afgivet tilbud på 34 af disse produkter – benævnt »positioner«. Klagerens tilbud var blevet afvist for så vidt angår 20 positioner med den begrundelse, at tilbuddene vedrørende disse 20 positioner på et eller flere punkter ikke opfyldte udbudsbetingelsernes minimumskrav. Klagen omfattede 13 af de 20 afviste tilbud, hvor klageren gjorde gældende, at tilbuddene opfyldte udbudsbetingelsernes minimumskrav på de pågældende punkter. Ved nogle af positionerne var der som anført givet flere begrundelser for afvisningen af tilbuddet, således at klagen omfattede i alt 21 begrundelser. Klagenævnet afgjorde sagen således:

Udbyderen erkendte, at tre af de anvendte begrundelser for afvisning var materielt uberettigede, da klagerens tilbud opfyldte de pågældende minimumskrav. Klagenævnet tiltrådte denne vurdering. Det drejede sig om position 1, 2 og 3.

Udbyderen erkendte, at en af de anvendte begrundelser for afvisning var uberettiget, da den henviste til et forhold, der ikke var anført som minimumskrav i udbudsbetingelserne. Klagenævnet tiltrådte denne vurdering. Det drejede sig om position 36.

Klagenævnet konstaterede i ét tilfælde, at udbudsbetingelserne ikke indeholdt det krav, som var anført som begrundelse for afvisning af tilbuddet. Det drejede sig om position 5.

Klagenævnet konstaterede, at nogle krav, der var tilsigtet fastsat som et minimumskrav, ikke tilstrækkelig klart i udbudsbetingelserne var beskrevet.

vet som et minimumskrav, og Klagenævnet gav allerede som følge heraf klageren medhold. Det drejede sig om 7 krav vedrørende 7 positioner (position 5, 24, 33, 36, 37, 38 og 39). Klagenævnet tog ikke herved stilling til, om det pågældende krav efter sin beskaffenhed var egnet som minimumskrav.

Der blev således givet medhold vedrørende 12 begrundelser. Klagenævnet gav ikke medhold vedrørende 9 begrundelser, idet Klagenævnet lagde til grund, at udbyderens afprøvning mv. havde vist, at det tilbudte produkt ikke opfyldte det pågældende minimumskrav. Det drejede sig om følgende 8 positioner: Position 1, 2, 5, 33, 34 (to krav), 35, 47 og 42.

Med hensyn til de 13 afviste tilbud, som klagen vedrørte, var afvisningen af 5 tilbud uberettiget, nemlig vedrørende position 3, 24, 36, 38 og 39, mens afvisningen af de øvrige 8 tilbud var berettiget.

Klageren nedlagde ikke påstand om annullation af udbyderens tildelingsbeslutning, og Klagenævnet tog ikke under denne sag ex officio spørgsmålet om annullation op.

Klagenævnet udtalte generelt følgende:

Det tilkommer en udbyder at fastsætte de minimumskrav, som en tilbudt vare skal opfylde, men kravene skal være egnede som minimumskrav. Det påhviler desuden udbyderen at formulere minimumskrav således, at tilbudsgiverne ikke er i tvivl om, at der er tale om minimumskrav. Det tilkommer endvidere udbyderen at bestemme, på hvilken måde det skal kontrolleres, at tilbudte varer opfylder minimumskravene, og det var Klagenævnets vurdering, at udbyderen havde valgt hensigtsmæssige afprøvningsmetoder og havde gennemført afprøvningen med omhu og grundighed.

#### **6. august 2009. Conva Tec Ltd. mod Region Hovedstaden**

*Nogle minimumskrav var ikke egnede som minimumskrav, da konstateringen af, om kravene var opfyldt, afhang af subjektive og skønsmæssige vurderinger. Tilbud afvist med urette. Overtrædelse af § 6 a, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 927 af 16. september 2004 ved, at udbyderens underretning om tildelingsbeslutningen ikke indeholdt en summarisk begrundelse vedrørende hver enkelt af de rammeaftaler, som udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt om. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, ved ikke hurtigst muligt at underrette en tilbudsgiver om afvisning af dennes tilbud. Klagenævnet har ikke efter Lov om Klagenævnet for Udbud kompetence med hensyn til danske regler om aktindsigt, men er rekursmyndighed i henhold til Forvaltningsloven med hensyn til partsaktindsigt i udbudssager. Ikke annullation*

Denne kendelse angår samme udbud som Klagenævnets kendelser af 4. august 2009 og 5. august 2009. Med hensyn til de nærmere omstændigheder ved udbuddet henvises til resuméet af kendelsen af 4. august 2009.

Ordregiveren havde efter Udbudsdirektivet udbudt rammeaftaler vedrørende indkøb af 44 produkter (sårbehandlingsprodukter, forbindsstoffer og plastre). Klageren havde afgivet tilbud på 9 af disse produkter – benævnt »positioner«. Klagerens tilbud blev afvist for så vidt angår 4 positioner med to begrundelser vedrørende hver position. Klagen omfattede bl.a. disse 8 begrundelser for afvisning af klagerens tilbud vedrørende de 4 positioner, jf. nedenfor under 1-3. Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde afvist klagerens tilbud vedrørende to positioner med henvisning til, at de tilbudte produkter ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav om, at det ene produkt skulle kunne fjernes i ét stykke, og at det andet produkt skulle være blødt og fleksibelt, da disse krav ikke var egnede som minimumskrav (påstand 1 og 3):

Taget til følge med henvisning til, at der var knyttet subjektivitet og usikkerhed til udbyderens afprøvningsmetode, og til, at egenskaben »fleksibel« indeholder et betydeligt element af subjektiv og skønsmæssig karakter.

2) Klage over, at udbyderen havde afvist klagerens tilbud vedrørende en position med henvisning til, at det pågældende produkt ikke var nemt at fjerne, da der ikke var fastsat et minimumskrav herom i udbudsbetingelserne (påstand 2):

Taget til følge med henvisning til, at et delkriterium »Nem at fjerne« til underkriterium »B. Funktionalitet« vedrørende produktet var af udpræget skønsmæssig karakter og ikke naturligt kunne forstås som et minimumskrav.

3) Klage over, at udbyderen med urette havde afvist klagerens tilbud vedrørende nogle positioner med forskellige begrundelser, herunder, at tilbuddet ikke indeholdt krævede oplysninger om de pågældende produkter (påstand 4-8):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt § 6 a, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 927 af 16. september 2004 ved ikke ved sin underretning til klageren om tildelingsbeslutningen at have givet en summarisk begrundelse for beslutningerne om at indgå kontrakter med de valgte tilbudsgivere (påstand 9):

Taget til følge med henvisning til, at den omtalte underretning fra udbyderen ikke indeholdt en summarisk begrundelse for udbyderens tildelingsbeslutning vedrørende hver enkelt af de 41 rammeaftaler, som udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt om.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1 og 2, ved ikke efter en henvendelse fra klageren at have meddelt klageren, at dennes tilbud vedrørende nogle af positionerne var blevet afvist (påstand 10):

Konstateret, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1 (hvorefter de ordregivende myndigheder hurtigst muligt skal underrette tilbudsgivere om trufne afgørelser vedrørende et udbud m.m.) ved ikke samtidig med sin underretning til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen at have meddelt klageren, at dennes tilbud vedrørende de omhandlede positioner var afvist. Herved udtalt, at artikel 41, stk. 1, må forstås således, at den medfører pligt for de ordregivende myndigheder til på eget initiativ og »hurtigst muligt« at underrette tilbudsgivere, hvis tilbud er afvist, om afvisningen.

6) Klage over, at udbyderen ikke på klagerens anmodning havde givet klageren aktindsigt i udbyderens evalueringsrapport (påstand 11):

Klagenævnet afviste klagepunktet med henvisning til, at klagepunktet angik danske nationale regler, hvorfor Klagenævnet ikke efter Lov om Klagenævnet for Udbud havde kompetence til at behandle det, jf. § 1, stk. 1 og 2, og § 6, stk. 1 i Lov om Klagenævnet for Udbud. (Efter denne lovs § 1, stk. 1 og 2, omfatter Klagenavnets kompetence klager over overtrædelser af fællesskabsretten om offentlige kontrakter og overtrædelser, med

hensyn til hvilke der ved lov er tillagt Klagenævnet kompetence. Efter § 6, stk. 1, skal Klagenævnet afvise klager, der ikke er omfattet af Klagenævnets kompetence).

Klagenævnet henviste imidlertid videre til, at Klagenævnet i medfør af Forvaltningslovens § 16, stk. 4, 1. pkt., er rekursinstans vedrørende klager over danske ordregivende myndigheders afgørelser om tilbudsgiveres adgang til partsaktindsigt i dokumenter, der indgår i de ordregivende myndigheders sager om udbud. Klagenævnet behandlede derfor det rejste spørgsmål om aktindsigt som rekursinstans i henhold til Forvaltningsloven.

Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde handlet i strid med Forvaltningsloven ved ikke at efterkomme den omtalte begæring fra klageren om aktindsigt. Da klageren imidlertid efterfølgende havde modtaget evalueringsrapporten, var der ikke anledning for Klagenævnet til at pålægge udbyderen at udlevere evalueringsrapporten til klageren.

7) Klage over, at udbyderen havde foretaget en vurdering af klagerens tilbud vedrørende en af positionerne alene på grundlag af underkriteriet »Pris« (påstand 13):

Ikke taget til følge, da den pågældende vurdering ikke var foretaget af udbyderen som led i udbyderens gennemførelse af udbuddet, men var foretaget i forbindelse med, at udbyderen skulle varetage sine interesser under sagen for Klagenævnet.

En påstand fra klageren om annullation af fire af udbyderens tildelingsbeslutninger (påstand 12) blev ikke taget til følge med henvisning til beskaffenheden af de konstaterede overtrædelser og til, at det var usandsynligt, at klagerens tilbud vedrørende de omhandlede positioner ville være blevet vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvis det var blevet taget i betragtning.

## **12. august 2009. Novalis A/S mod Personalestyrelsen**

*Som følge af en angivelse i udbudsbetingelserne af, at tilbud med forbehold ville blive anset for ukonditionsmæssige, var udbyderen forpligtet til at afvise et tilbud, der indeholdt nogle forudsætninger, idet disse forudsætninger som følge af den nævnte angivelse i udbudsbetingelserne og efter deres indhold måtte anses som forbehold. Udbyderen havde ikke pligt til at spørge tilbudsgiveren om, hvorledes forudsætningerne skulle forstås. Ikke forelæggelse for EF-domstolen. Ikke opsættende virkning*

Personalestyrelsen iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende levering og drift af et elektronisk værktøj til måling af offentligt ansattes tilfredshed. Tildelingskriteriet var det økonomisk fordelagtige tilbud på grundlag af fire underkriterier, bl.a. underkriteriet »Økonomi«.

I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbuddene i relation til underkriteriet »Økonomi« ville blive vurderet på grundlag af tilbudsgivernes udfyldelse af et bilag om betalingsplan. Det var samtidig angivet, at alle rubrikker i bilaget skulle udfyldes, og at forbehold eller manglende udfyldning ville medføre, at vedkommende tilbud var ukonditionsmæssigt.

Der indkom tilbud fra tre prækvalificerede virksomheder. Tilbuddet fra en tilbudsgiver N indeholdt forskellige forudsætninger vedrørende tilbudets angivelser i det ovennævnte bilag. Udbyderen afviste N's tilbud som ukonditionsmæssigt som følge heraf og besluttede at indgå kontrakt med en anden af tilbudsgiverne.

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

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

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde afvist N's tilbud som ukonditions-mæssigt, jf. ovenfor:

Ikke taget til følge med henvisning til angivelsen i udbudsbetingelserne af, at forbehold vedrørende det omtalte bilag ville medføre afvisning af vedkommende tilbud, og til, at de omtalte forudsætninger i N's tilbud som følge af denne angivelse og efter deres ordlyd var forbehold. Udbyderen havde herefter været forpligtet til at afvise N's tilbud.

2) Klage over, at udbyderen ikke før afvisningen af N's tilbud havde foretaget »partshøring« af N med hensyn til, om de omtalte forudsætninger i N's tilbud var forbehold.

Med hensyn til dette klagepunkt påberåbte begge parter sig Retten i Første Instans' kendelse af 20. september 2005 i sagen T-195/05 R, De-loitte Business Advisory mod Kommissionen, se om denne sag nedenfor. N henstillede til Klagenævnet om eventuelt at forelægge det spørgsmål, som klagepunktet angik, for EF-domstolen.

Klagepunktet blev ikke taget til følge, idet Klagenævnet fandt det utvivlsomt, at der ikke i den omhandlede situation havde bestået nogen pligt for udbyderen til at høre N før afvisningen af tilbuddet. Som følge heraf fandt Klagenævnet endvidere ikke anledning til at forelægge spørgsmålet for EF-domstolen.

Om den omtalte sag for Retten i Første Instans bemærkes:

Sagen angik et udbud iværksat af Kommissionen vedrørende en tjenesteydelse. Kommissionen afviste et tilbud fra en tilbudsgiver D med henvisning til en angivelse i udbudsbetingelserne af, at tilbudsgivere, der befandt sig i en interessekonflikt, ville blive udelukket fra at afgive tilbud. Angivelsen svarede til en regel i Finansforordningen. D anlagde derefter sag mod Kommissionen ved Retten i Første Instans. D gjorde bl.a. gældende, at Kommissionen ved ikke at indhente yderligere oplysninger før afvisningen af D's tilbud havde overtrådt forskellige EU-regler, herunder en regel i Finansforordningen om, at tilbudsgivere mfl. kan anmodes om suppleringer eller præciseringer vedrørende udelukkelses- og udvælgelseskrav (en lignende regel er indeholdt i Udbudsdirektivets artikel 51).

Kendelsen af 20. september 2005 angik en begæring fra D om opsættende virkning. Kendelsen tog ikke begæringen til følge ud fra en interesseafvejning, men Retten udtalte i kendelsen, at D's anbringender ikke på det pågældende stadium af sagen kunne forkastes som helt ubegrundede (præmis 123).

Sagen blev afgjort ved Rettens dom 18. april 2007, ved hvilken D ikke fik medhold. I denne dom udtalte Retten bl.a., at der ikke er nogen forpligtelse til at anmode tilbudsgiverne om suppleringer og præciseringer (præmis 102).

### **13. august 2009. SundVikar ApS mod Hillerød Kommune**

*Indhentning af tilbud efter Tilbudslovens afsnit II vedrørende en tjenesteydelse omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B. Nogle delvis erkendte overtrædelser af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Nogle klagepunkter ikke taget til følge. En evalueringsmodel, hvorefter tilbuddene blev vurderet i forhold til hinanden i relation til underkriteriet »Tilbudspris« og i forhold til udbudsbetingelserne i relation til de øvrige*

*underkriterier, var ikke i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning*

En kommune iværksatte en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II vedrørende en tjenesteydelse bestående af levering af forskellige vikarydelser inden for plejesektoren. Tjenesteydelsen er omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B, hvorfor der ikke skulle gennemføres EU-udbud.

Tildelingskriteriet var fastsat som det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. Tilbudspris (50 %), 2. Service (30 %) og 3. Kvalitetssikring (20 %). Til underkriterium 2. Service var fastsat tre delkriterier.

Der indkom tilbud fra 8 virksomheder. Ordregiveren beregnede en tilbudspris for hvert tilbud på grundlag af tilbuddenes oplysninger om timepriser og det forventede timeforbrug for hver enkelt type vikarydelse. Ordregiveren vurderede derefter tilbuddene ved anvendelse af en evalueringsmodel, der gik ud på følgende: I relation til underkriterium 1. Tilbudspris blev der foretaget en relativ tilbudsvurdering gående ud på, at tilbuddet med den laveste tilbudspris fik 10 points, mens de øvrige tilbud fik points efter deres procentuelle afvigelse fra laveste tilbudspris. I relation til de andre underkriterier fik tilbuddene points efter en skala fra 1 til 10, således at hvert tilbud blev vurderet uafhængigt af de andre tilbud.

På grundlag af tilbudsvurderingen besluttede ordregiveren at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, hvorefter en anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at ordregiveren havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i relation til underkriterium 2. Service at have foretaget en forkert sammenlægning af de points, som klagerens tilbud havde fået tildelt vedrørende de enkelte delkriterier til underkriteriet:

Erkendt af ordregiveren og taget til følge.

2) Klage over, at ordregiveren havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at anvende forkerte timetal for nogle vikarydelser ved beregningen af klagerens tilbudspris:

Erkendt af ordregiveren og taget til følge.

3) Klage over, at ordregiveren ved beregningen af klagerens tilbudspris havde medtaget et pristillæg for beklædning, der var angivet i klagerens tilbud:

Ikke taget til følge med henvisning til, at ordregiveren havde været forpligtet til at medtage pristillægget ved beregningen af klagerens tilbudspris, da alle tillæg ifølge udbudsbetingelserne skulle indgå ved tilbudsvurderingen i relation til underkriterium 1. Tilbudspris.

4) Klage over, at ordregiveren havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under beregningen af tilbudspriserne ikke at have medtaget et pristillæg for en nærmere angivet vikarydelse:

Taget til følge med henvisning til, at alle pristillæg i henhold til udbudsbetingelserne skulle indgå i beregningen af tilbudspriserne.

5) Klage over, at ordregiveren ikke havde taget klagerens referencer i betragtning ved tilbudsvurderingen:

Ikke taget til følge med henvisning til, at ordregiveren i overensstemmelse med udbudsbetingelserne alene havde anvendt tilbudsgivernes referencer som et udvælgelseskriterium

6) Klage over, at den anvendte evalueringsmodel, se ovenfor, ikke var saglig og ikke sikrede underkriterium 1. Tilbudspris en vægt i overensstemmelse med den vægtning, der var fastsat i udbudsbetingelserne:

Ikke taget til følge med henvisning til, at ordregiveren ikke havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tildele points som sket, og til, at der ikke var grundlag for at fastslå, at ordregiveren ikke havde respekteret den fastsatte vægtning for underkriterierne.

En påstand om annullation af ordregiverens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev ikke taget til følge, da der efter karakteren af de konstaterede overtrædelser ikke var grundlag herfor. (Det fremgår, at overtrædelserne ikke havde haft betydning for tildelingsbeslutningen).

## **26. august 2009. Barslund A/S mod Københavns Kommune**

*En angivelse i udbudsbetingelser af, at tilbud ikke må indeholde forbehold, medfører isoleret set pligt for udbyderen til at afvise tilbud med forbehold, også i tilfælde, hvor en sådan pligt ikke ville følge af udbudsreglerne. I det konkrete tilfælde kunne en sådan angivelse imidlertid ikke forstås efter sin ordlyd og skulle forstås i sammenhæng med en anden angivelse. Et forbehold vedrørende vinterforanstaltninger angik i det konkrete tilfælde ikke et grundlæggende element i udbudsbetingelserne og kunne prissættes. Prissætning af forbehold skal foretages sådan, at der skabes fuld sikkerhed for, at tilbudsgiveren ikke ved forbeholdet opnår en økonomisk fordel, og en prissætning på grundlag af en sandsynlighedsberegning af konsekvenserne af forbeholdet om vinterforanstaltninger opfyldte ikke dette krav. Overtrædelse ved anvendelse af en pointmodel, der afveg fra en pointmodel, der var beskrevet i udbudsbetingelserne. Det var ikke i strid med udbudsreglerne at stille krav om og lægge vægt på cv for nøglepersoner, da der ikke var tale om en vurdering af tilbudsgivernes generelle egnethed, men derimod om oplysninger til brug for tilbudsvurderingen i relation til udbyderens særlige krav til projektets gennemførelse (dissens). Ikke opsættende virkning. Ikke annullation*

En ordregivende myndighed iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende et bygge- og anlægsarbejde bestående i omlægning af et stærkt befærdet vejkryds. Arbejdet skulle udføres bl.a. i vinterperioden. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier: A. Pris og B. Kvalitet.

Til underkriterium B. Kvalitet var knyttet følgende delkriterier: 1. Organisation og Projektprocessen og 2. Ressourcer og bemanning. I udbudsbetingelserne var der endvidere fastsat elementer til hvert af disse delkriterier. Til delkriterium 2. Ressourcer og bemanning var således bl.a. knyttet elementer vedrørende cv og erfaring for nøglepersoner, resourceplan, trafikafvikling og intentionerne i udbyderens miljøforholdsregler m.m.

I udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbud skulle afgives uden forbehold på en tilbudsformular, der indgik i udbudsbetingelserne. I udbudsbetingelserne var desuden angivet, at udbyderen var forpligtet til at afvise tilbud, der indeholdt grundlæggende forbehold.

Der indkom tilbud fra 5 prækvalificerede virksomheder. To af tilbudene indeholdt ved henvisning til Dansk Byggeris Standardforbehold forbehold vedrørende vinterforanstaltninger. Udbyderen prissatte disse forbehold på grundlag af en beregning af sandsynligheden for, at arbejdet ville blive forsinket som følge af vintervejr.

Efter at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, klagede en anden af tilbudsgiverne til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen trods angivelsen i udbudsbetingelserne af, at tilbuddene skulle afgives uden forbehold, havde taget tilbuddene fra to af de andre tilbudsgivere – herunder den vindende tilbudsgiver – i betragtning, selvom disse tilbud indeholdt forbehold vedrørende vinterforanstaltninger, jf. ovenfor (påstand 1 og 5):

Ikke taget til følge. Udtalt, at en angivelse i udbudsbetingelser af, at tilbud skal afgives uden forbehold, isoleret må forstås sådan, at udbyderen skal afvise alle tilbud med forbehold, også i tilfælde, hvor en pligt hertil ikke følger af udbudsreglerne. Udbudsbetingelsernes angivelse af, at tilbuddene skulle afgives uden forbehold, kunne imidlertid ikke forstås efter sin ordlyd og måtte anses for en fejl, idet angivelsen måtte forstås i sammenhæng med den yderligere angivelse af, at udbyderen var forpligtet til at afvise tilbud med grundlæggende forbehold.

2) Subsidiær klage over, at udbyderen havde taget de under punkt 1 nævnte tilbud i betragtning, selvom tilbuddenes forbehold vedrørende vinterforanstaltninger angik et grundlæggende element i udbudsbetingelserne (påstand 2 og 6):

Ikke taget til følge, da forbeholdene som følge af karakteren af det udbudte bygge- og anlægsarbejde ikke angik et grundlæggende element.

3) Mere subsidiær klage over, at udbyderen havde taget de under punkt 1 nævnte tilbud i betragtning, selvom tilbuddenes forbehold vedrørende vinterforanstaltninger ikke kunne prissættes (påstand 3 og 7):

Ikke taget til følge, da forbeholdene som følge af karakteren af det udbudte bygge- og anlægsarbejde kunne prissættes.

4) Mest subsidiær klage over, at udbyderen ikke havde foretaget en korrekt prissætning af forbeholdene vedrørende vinterforanstaltninger i de under punkt 1 nævnte tilbud (påstand 4 og 8):

Taget til følge. Udtalt, at en prissætning af et forbehold i et tilbud skal foretages sådan, at der skabes fuld sikkerhed for, at den pågældende tilbudsgiver ikke opnår en økonomisk fordel i forhold til de andre tilbudsgivere, og at udbyderen skal udvise forsigtighed ved prissætningen og medregne den maksimale økonomiske risiko ved forbeholdet. Udbyderen skulle derfor have prissat forbeholdene vedrørende vinterforanstaltninger i de to tilbud på grundlag af den udgift, der maksimalt kunne opstå ved forsinkelse som følge af vintervejr, og udbyderen kunne således ikke prissætte forbeholdene ud fra en beregning af sandsynligheden for en sådan forsinkelse.

5) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen i relation til delkriterium 1. Organisation og Projektprocessen til underkriterium B. Kvalitet ikke havde taget tilstrækkeligt hensyn til nogle angivelser i klagerens tilbud om kvalitetssikring m.m. (påstand 9):

Ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke havde grundlag herfor.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i relation til underkriterium B. Kvalitet at have givet tilbuddene points ud fra andre principper end fastsat i udbudsbetingelserne (påstand 10).

Dette klagepunkt sigtede til følgende: I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbuddene i relation til underkriterium B. Kvalitet ville blive vurderet ud fra en skala fra 0 til 10, hvor 0 svarede til ingen eller lav kvalitet og 10 svarede til den højest mulige kvalitet. Ved tilbudsvurderingen anvendte udbyderen en model, hvorefter 0 blev givet til »den netop accepterede besvarelse uden merværdi« og 10 blev givet til »den bedst mulige løsning af det enkelte kriterium«.

Klagepunktet blev taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede forholdet.

7) Klage over, at en pointmodel, som udbyderen havde anvendt ved tilbudsvurderingen, medførte, at den i udbudsbetingelserne fastsatte vægtning af underkriterier og delkriterier ikke blev overholdt (påstand 11):

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

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved, at de to delkriterier til underkriterium B. Kvalitet overlappede hinanden på nærmere angiven måde (påstand 12):

Taget til følge. Herved bl.a. henvist til, at udbudsbetingelsernes beskrivelse af, hvad der ville blive lagt vægt på ved tilbudsvurderingen, af nærmere angivne grunde ikke opfyldte det krav til gennemsommelighed, der følger af gennemsigtighedsprincippet, og til, at tilbudsgiverne derfor ikke havde kunnet henføre forskellige ønsker m.m. i udbudsbetingelserne til bestemte underkriterier eller delkriterier.

9) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved, at udbudsbetingelsernes angivelser om miljøforhold i relation til delkriterium 2. Ressourcer og bemanning til underkriterium B. Kvalitet var uklare (påstand 13):

Taget til følge, da det var uklart, hvad der sigtedes til med udbudsbetingelsernes henvisning til »intentionerne« i udbyderens miljøforholdsregler.

10) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde lagt vægt på referencer, selvom det ikke var fastsat i udbudsbetingelserne, at tilbuddene skulle indeholde oplysning om referencer (påstand 14):

Ikke taget til følge, da det var fastsat i udbudsbetingelserne, at der ved tilbudsvurderingen i relation til delkriterium 2. Ressourcer og bemanning til underkriterium B. Kvalitet ville blive lagt vægt på cv og erfaring for nøglepersoner, og da dette som en selvfølge forudsatte, at tilbuddene indeholdt oplysning om nøglepersonernes tidligere arbejder, dvs. referencer.

11) Klage over, at der i udbudsbetingelserne var stillet krav om og ved tilbudsvurderingen blev lagt vægt på cv for nøglepersoner, selvom der herved skete en sammenblanding af vurderingen af tilbudsgivernes egnethed og tilbudsvurderingen (påstand 15):

Ikke taget til følge med henvisning til, at der ikke som ved prækvalifikationen var tale om en vurdering af tilbudsgivernes generelle egnethed, men at der derimod var tale om oplysninger, der skulle anvendes ved tilbudsvurderingen i relation til udbyderens særlige krav til den måde, som arbejdet skulle gennemføres på. Herved henvist til, at opregningen i Ud-

budsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, af forhold, der kan tillægges betydning i relation til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ikke er udtømmende.

(Dissens for at tage klagepunktet til følge med henvisning til – stærkt sammentrængt gengivet – at bemandingsspørgsmål angår udvælgelse. Herved lagt vægt på præmis 31 i EF-domstolens dom af 24. januar 2008 i sag C-532/06, Lianakis).

En påstand fra klageren om annullation af udbyderens tildelingsbeslutning (påstand 16) blev ikke taget til følge, da de konstaterede overtrædelser ikke gav grundlag herfor.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 9. februar 2010.

**11. september 2009. Mecanoo Architecten b.v. mod Århus Kommune**  
*Udbud med forhandling på grundlag af en projektkonkurrence. Udbyderen havde ikke pligt til under forhandlingerne med tilbudsgiverne at drøfte samtlige forhold i tilbuddene. En klage over tilbudsvurderingen afvist, da Klagenævnet ikke erstatter udbyderens skøn med sit eget. Som følge af omstændighederne var det ikke i strid med udbudsreglerne, at udbyderen ved tilbudsvurderingen lagde vægt muligheden for bearbejdelse af tilbuddene og yderligere tiltag efter kontraktsindgåelsen. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 § 6 a, stk. 2 og 3, ved ikke at give en tilbudsgiver underretning om tildelingsbeslutningen med en summarisk begrundelse herfor på engelsk, da tilbudsgiverens tilbud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne var affattet på engelsk, og da forhandlingerne med tilbudsgiveren ligeledes var foregået på engelsk. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning*

En kommune iværksatte en projektkonkurrence i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende projektering af et havnebyrum med et multimediehus. Der blev udpeget tre virksomheder som vindere af projektkonkurrencen, og kommunen indhentede derefter tilbud fra de tre virksomheder vedrørende totalrådgivning ved projektets gennemførelse. Tilbuddene blev indhentet under et udbud med forhandling i medfør af Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 3 (hvorefter der kan der gennemføres udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse vedrørende kontrakter om tjenesteydelser på grundlag af en projektkonkurrence). Sagen angik en klage over dette udbud.

Tildelingskriteriet ved udbuddet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Underkriterierne til tildelingskriteriet omfattede bl.a. underkriterium A: »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt efter afklaring af eventuelle usikkerhedsmomenter i forhold til forståelsen af konkurrencebesvarelsen, herunder fornøden viderebearbejdning inden for rammerne af det afleverede projekt«.

Efter modtagelsen af tilbuddene fra de tre tilbudsgivere forhandlede udbyderen med alle tilbudsgiverne, der derefter afgav endelige tilbud. Efter modtagelsen af de endelige tilbud besluttede udbyderen at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, hvorefter en anden af tilbudsgiverne klagede til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen ikke under forhandlingerne med klageren havde orienteret om, at udbyderen ville lægge vægt på nogle nærmere angivne enkeltheder (påstand 1):

Ikke taget til følge med henvisning til, at det som følge af udbuddets karakter og omfang ikke under forhandlingerne havde været muligt at drøfte samtlige detaljer i klagerens tilbud, og til, at der ikke af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed kunne udledes et krav om, at alle forhold i de meget omfattende og teknisk komplicerede tilbud skulle belyses under forhandlingerne.

2) Klage over, at udbyderen under forhandlingerne med en af de andre tilbudsgivere havde udvidet budgetrammen for et parkeringsanlæg, der skulle indgå i projektet (påstand 2):

Ikke taget til følge, da udbyderen blot havde henledt den pågældende tilbudsgivers opmærksomhed på en oplysning i udbudsbetingelserne om, at der var afsat en særlig pulje til parkeringsanlægget.

3) Klage over, at udbyderen under forhandlingerne med den vindende tilbudsgiver havde givet oplysninger om klagerens projektforslag og tilbud (påstand 3):

Ikke taget til følge. Henvist til, at udbyderen havde tilkendegivet, at forhandlingerne med tilbudsgiverne ville være fortrolige, og til, at det ikke var sandsynliggjort, at udbyderen ikke havde overholdt dette.

4) Klage over, at udbyderen havde vurderet klagerens tilbud og den vindende tilbudsgivers tilbud forkert i forhold til hinanden på nogle nærmere angivne punkter i relation til underkriterium A (påstand 4 a og b):

Klagepunktet afvist, da Klagenævnet efter sin faste praksis ikke i relation til tilbudsvurderingen ved et udbud med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud erstatter udbyderens skøn med sit eget.

5) Klage over, at udbyderen havde foretaget nogle nærmere angivne modstridende vurderinger af den valgte tilbudsgivers tilbud i relation til to af underkriterierne (påstand 4 c.):

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

6) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen i relation til underkriterium A havde lagt vægt på muligheden for bearbejdelse af tilbudene og yderligere tiltag efter kontraktsindgåelsen, selvom tilbud skal vurderes ud fra deres udformning på tilbudstidspunktet (påstand 4 d):

Ikke taget til følge med henvisning til underkriteriets udformning og med henvisning til, at projektet ifølge udbudsbetingelserne forventedes udviklet i en tværfaglig samarbejdsproces efter udpegningen af totalrådgiveren. Det var herefter ikke i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed eller Udbudsdirektivets artikel 53 (om tildelingskriterier), at udbyderen under tilbudsvurderingen havde lagt vægt på mulighederne for en efterfølgende viderebearbejdning af de tilbudte projekter.

7) Klage over, at udbyderen ikke havde sørget for oversættelses- og tolkebistand i forbindelse med klagerens præsentation af sit endelige tilbud og tilbudsvurderingen (påstand 5):

Ikke taget til følge, da der deltog tolk under klagerens præsentation af tilbuddet, og da alle de personer, der deltog i tilbudsvurderingen, kunne læse og forstå engelsk.

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og § 6 a, stk. 2 og 3, i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 (om ordregiverens pligt til at underrette tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen med en summarisk begrundelse

herfor) ved ikke at have givet klageren underretning om tildelingsbeslutningen med en summarisk begrundelse herfor på engelsk (påstand 6).

Dette klagepunkt sigtede til følgende: I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbud kunne afgives på dansk eller engelsk, og at forhandlings- og kontraktsproget var dansk eller engelsk efter tilbudsgivernes sproglige forudsætninger. Klagerens tilbud var afgivet på engelsk, og udbyderens forhandlinger med klageren var foregået på engelsk. Efter tildelingsbeslutningen gav udbyderen på dansk underretning om tildelingsbeslutningen til en dansksproget person, der havde været kontaktperson for klageren i forbindelse med forhandlingerne og tilbudsafgivelsen. Straks derefter sendte udbyderen endvidere en udførlig begrundelse for tilbudsbeslutningen på dansk til alle tilbudsgivere.

Klagepunktet blev taget til følge med henvisning til de omtalte angivelser i udbudsbetingelserne om forhandlings- og kontraktsproget og til, at alle forhandlinger med klageren var foregået på engelsk. Under disse omstændigheder havde udbyderen haft pligt til at underrette klageren om tildelingsbeslutningen på engelsk og herunder at give klageren mindst en summarisk begrundelse på engelsk.

En påstand fra klageren om annullation af tildelingsbeslutningen blev ikke taget til følge, da den konstaterede overtrædelse, jf. punkt 8 ovenfor, ikke kunne føre til en sådan annullation.

#### **14. september 2009. Konsortiet Vision Area mod Københavns Bymuseum**

*Det var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet at prækvalificere et konsortium, der som underleverandør anvendte en virksomhed, som havde udført et begrænset arbejde for udbyderen i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsbetingelserne. Angivelsen af underkriterier i prioriteret rækkefølge i stedet for vægtet ikke tilsidesat. Betingelserne efter Udbudsdirektivet for at anse den udbudte kontrakt for særligt kompleks var opfyldt, hvorfor udbyderen var berettiget til at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog. Ikke opsættende virkning*

En ordregivende myndighed iværksatte en konkurrencepræget dialog i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende opstilling og drift af en interaktiv multimedievæg. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Underkriterierne til tildelingskriteriet var angivet i prioriteret rækkefølge, da udbyderen ikke mente at kunne vægte underkriterierne, jf. Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2 (hvorefter underkriterier kan angives prioriteret, hvis udbyderen kan påvise, at der ikke kan foretages en vægtning).

Udbyderen gennemførte den konkurrenceprægede dialog med tre prækvalificerede konsortier. På et tidspunkt klagede et af de prækvalificerede konsortier 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 prækvalificeret et andet af de prækvalificerede konsortier, selvom dette konsortium som underleverandør anvendte en virksomhed, der havde været rådgiver ved udbyderens udarbejdelse af udbudsbetingelserne (påstand 1):

Ikke taget til følge med henvisning til følgende: Det arbejde, som den pågældende virksomhed havde udført for udbyderen, var bistand med udformningen af det grafiske layout for et ideoplæg, der indgik i udbudsbe-

tingelserne. Arbejdet havde været et begrænset arbejde af 51 timers varighed, og udbyderen havde betalt ca. 40.000 kr. + moms for arbejdet. Der havde ikke været kontakt mellem udbyderen og virksomheden efter arbejdets udførelse, og ideoplægget havde været tilgængeligt for alle tilbudsgiverne i en længere periode. Der var herefter ikke grundlag for at fastslå, at det omhandlede konsortium ved at anvende den pågældende virksomhed som underleverandør kunne have en fordel i strid med ligebehandlingsprincippet.

En påstand om annullation af udbyderens beslutning om at prækvalificere det omhandlede konsortium (påstand 2) blev i konsekvens af afgørelsen ikke taget til følge.

2) Klage over, at udbyderens evalueringsmodel og underkriterierne var uigennemskuelige (påstand 3, i påstanden kun henvist til et enkelt underkriterium):

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

3) Klage over, at udbyderen havde anvendt udbudsformen konkurrencepræget dialog, selvom der ikke var tale om en særligt kompleks kontrakt (påstand 4):

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde været i stand til objektivt at præcisere de tekniske vilkår, som kunne opfylde udbyderens behov og formål, og heller ikke havde været i stand til objektivt at præcisere de finansielle forhold. Betingelserne efter Udbudsdirektivets artikel 1, stk. 11, litra c, for at anse kontrakten for særligt kompleks var herefter opfyldt. (Ifølge denne bestemmelse anses en kontrakt for at være særligt kompleks, når udbyderen ikke er i stand til at objektivt at præcisere et eller begge af de to nævnte forhold).

### **15. september 2009. Almenbo a.m.b.a. mod Den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken**

*Overtrædelse af Tilbudslovens § 15 c ved indgåelse af aftale om Bilag II A-tjenesteydelse under tærskelværdien uden at have foretaget en forudgående annoncering. Betingelserne i Tilbudslovens § 15 c, stk. 2, jf. Udbudsdirektivets artikel 31, og Tilbudslovens § 15 c, stk. 3, var ikke opfyldt. Ikke annullation*

En almen boligorganisation N var andelshaver i et andelselskab A, der administrerede N's lejligheder. På et tidspunkt udtrådte N af A og indgik i stedet en samarbejdsaftale med en almen boligorganisation B.

I forbindelse hermed indgik N en aftale med en virksomhed L om, at L skulle administrere N's lejligheder. Denne aftale var som følge af sin værdi omfattet af Tilbudslovens afsnit II, men var ikke omfattet af udbudspigten efter Udbudsdirektivet, da aftalens værdi lå under Udbudsdirektivets tærskelværdi.

A klagede til Klagenævnet over, at N havde indgået aftalen med L uden at have foretaget en forudgående annoncering i henhold til Tilbudslovens § 15 c.

N gjorde principalt gældende, at N havde kunnet undlade annoncering i medfør af Tilbudslovens § 15 c, stk. 2, hvorefter annonceringspligten ikke gælder i de tilfælde, der er omfattet af Udbudsdirektivets artikel 31 (om forskellige tilfælde, der kan begrunde udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse). N henviste herved til, at L's overtagelse af administrationen af N's lejligheder var et led i N's samarbejdsaftale med B.

Subsidiært gjorde N gældende, at N havde kunnet undlade annoncering i medfør af Tilbudslovens § 15 c, stk. 3 (om beskyttelse af væsentlige hensyn til offentlige interesser i visse tilfælde).

Klagenævnet henviste til de dele af Udbudsdirektivets artikel 31, der kunne være tale om, dvs. artikel 31 stk. 1, litra b (når en kontrakt kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør) og artikel 31, stk. 1, litra c (tvingende uforudseelige grunde, der ikke kan tilskrives den ordregivende myndighed).

Klagenævnet fandt endvidere, at ingen af betingelserne efter disse bestemmelser var opfyldt. For så vidt angår direktivets artikel 31, stk. 1, litra b, henviste Klagenævnet til, at N ikke havde godtgjort, at administrationsaftalen kun kunne indgås med L. For så vidt angår artikel 31, stk. 1, litra c, henviste Klagenævnet til, at N og B havde haft mulighed for at planlægge og indgå et samarbejde således, at annonceringspligten efter Tilbudslovens § 15 c blev overholdt.

Klagenævnet konstaterede videre, at betingelserne efter Tilbudslovens § 15 c, stk. 3, ikke var opfyldt, og konstaterede herefter, at N havde overtrådt Tilbudslovens § 15 c ved at indgå aftalen med L uden forudgående annoncering.

En påstand fra A om annullation af N's beslutning om at indgå administrationsaftalen med L blev ikke taget til følge med henvisning til, at A først havde klaget til Klagenævnet ca. ½ år efter, at A var blevet bekendt med administrationsaftalen og samarbejdsaftalen mellem N og B, og til, at administrationsaftalen mellem N og L var af et års varighed og var trådt i kraft 1. januar 2009.

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

### **29. september 2009. Lekolar A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb**

*Krav i udbudsbetingelser om, at tilbuddene skulle omfatte et stort antal produkter, var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet. Ikke opsættende virkning med henvisning til, at klageren ikke havde afgivet tilbud, hvorfor opsættende virkning ikke var nødvendig for at afværge et uopretteligt tab hos klageren*

En fælleskommunal indkøbscentral iværksatte et offentligt udbud vedrørende indgåelse af en rammeaftale om indkøb af formnings- og beskæftigelsesmaterialer. I udbudsbetingelserne indgik en tilbudsliste, der opregnede en lang række forskellige produkter, og det var angivet i udbudsbetingelserne, at tilbud for at komme i betragtning skulle omfatte mindst 90 % af de produkter, der var opregnet i tilbudslisten.

Der indkom tilbud fra tre virksomheder. Før udbyderens tildelingsbeslutning klagede en virksomhed, der ikke havde afgivet tilbud, til Klagenævnet. Klageren fremsatte endvidere begæring om, at klagen blev tillagt opsættende virkning.

Klagenævnet tog ikke begæringen om opsættende virkning til følge med henvisning til, at klageren ikke havde afgivet tilbud, hvorfor opsættende virkning ikke var nødvendig for at afværge et uopretteligt tab hos klageren. Udbyderen indgik derefter kontrakt med en af tilbudsgiverne.

Klagen angik det omtalte krav i udbudsbetingelserne om, at tilbuddene skulle omfatte mindst 90 % af produkterne i tilbudslisten. Klageren gjorde gældende, at dette krav var i strid med ligebehandlingsprincippet, idet

## *Klagenævnet for Udbud, Danmark*

kravet efter klagerens opfattelse bevirkede, at kun en enkelt virksomhed på det danske marked kunne afgive tilbud.

Udbyderen gjorde heroverfor bl.a. gældende, at de tre modtagne tilbud alle havde opfyldt kravet, og at målgruppen for udbuddet ikke alene var det danske, men også det europæiske marked.

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at fastslå, at det omtalte krav var i strid med ligebehandlingsprincippet, og klagen blev derfor ikke taget til følge.

### **30. september 2009. Dansk Erhverv mod Region Nordjylland**

*Tilbudsinhentning i medfør af Tilbudslovens afsnit II vedrørende Bilag II B-tjenesteydelser bestående af operationer m.m. Et mindstekrav om, at tjenesteydelserne skulle udføres i udbyderens område eller inden for en bestemt afstand fra dette, var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet. Ikke opsættende virkning*

En region iværksatte ved annoncering m.m. en tilbudsinhentning i medfør af Tilbudslovens afsnit II vedrørende nogle Bilag II B-tjenesteydelser bestående af visse operationer m.m.

I betingelserne for tilbudsinhentningen var som mindstekrav fastsat, at tilbuddene skulle gå ud på udførelse af tjenesteydelserne i regionens område eller inden for en nærmere angivet afstand fra dette (60 km i luftlinje for nogle af tjenesteydelserne og 100 km i luftlinje for de øvrige tjenesteydelser).

En organisation klagede til Klagenævnet over det omtalte mindstekrav, som efter klagerens opfattelse var i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet udtalte (noget sammentrængt gengivet):

Formålet med de udbudte rammeaftaler var at afvikle ventetidspukler, og regionen havde ønsket at sikre sig, at patienterne ville benytte sig af rammeaftalerne, idet regionen havde erfaring for, at patienterne kun ved få af de udbudte typer operationer m.m. er villige til at rejse uden for regionen. Regionen havde valgt afstandene 60 km og 100 km ud fra en afvejning, og Klagenævnet havde ikke grundlag for at tilsidesætte det skøn, som regionen havde udøvet herved. Regionen havde ikke geografisk begrænset adgangen til at afgive tilbud. Regionen havde således varetaget saglige hensyn og havde ikke handlet på en måde, der indebar forskelsbehandling af potentielle tilbudsgivere,

Klagen blev herefter ikke taget til følge.

### **1. oktober 2009. Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen**

*Nogle delkriterier var ikke udvælgelseskriterier, da de ikke angik tilbudsgivernes generelle egnethed. Et andet delkriterium var til dels et udvælgelseskriterium, da det til dels var relateret til den enkelte tilbudsgivers evne eller egnethed. En udbyder må ikke foretage tilbudsvurderingen ud fra formodninger om egenskaberne ved det tilbudte. En udbyder har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af oplysninger i et tilbud, men det kan være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis udbyderen lægger åbenbart urigtige oplysninger i et tilbud til grund for tilbudsvurderingen. Klagenævnet havde ikke grundlag for at tilsidesætte udbyderens skøn ved tilbudsvurderingen. Det var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen under et udbud med forhandling havde*

*givet oplysninger om nogle danske regelkrav til den valgte tilbudsgiver og ikke til klageren, da den valgte tilbudsgiver var et udenlandsk konsortium, og da klageren var en dansk virksomhed, der måtte formodes at kende kravene. Udbyderen måtte ikke indhente prisoplysninger fra klageren. En udbyder, der efter at have givet tilbudsgiverne underretning om tildelingsbeslutningen konstaterer en fejl i udbuddet, kan ikke rette fejlen, men skal annullere udbuddet og dermed tildelingsbeslutningen. Det er en betingelse for at overgå til udbud med forhandling i medfør af Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, at ingen af de modtagne tilbud er konditionsmæssige. Klageren var ikke ved passivitet afskåret fra at fremsætte et klagepunkt, selvom klageren havde haft anledning til at gøre det pågældende forhold gældende over for udbyderen før klagen til Klagenævnet. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation*

Forsvarskommandoen iværksatte som begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet to sideordnede udbud, dels et udbud vedrørende en aftale om lufttransport, »Air Lift Capacity«, dels et udbud vedrørende »Broker service«, dvs. salg af ledig kapacitet ved flytransporter. Tildelingskriteriet var for begge delaftaler det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagen var indgivet af en virksomhed C, der afgav tilbud på begge delaftaler, men som ikke fik tildelt kontrakten vedrørende nogen af dem. En begæring fra C om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Ved en kendelse af 7. maj 2009 bestemte Klagenævnet, at en påstand fra udbyderen om afvisning af klagen som følge af C's adfærd ikke skulle tages til følge.

Udbuddet vedrørende delaftalen om »Broker Service«:

Der var fastsat følgende underkriterier til tildelingskriteriet: 1. »Effectiveness« (effektivitet), 2. »Price« (pris) og 3. »Quality of services« (kvalitet m.m.). Til underkriterium 1. »Effectiveness« var knyttet følgende delkriterium: »Capability and proposed measures to maximise the sales of excess flying hours and excess capacity...«, hvilket sammentrængt kan oversættes til »evne/egnethed og foreslåede forholdsregler med hensyn til at maksimere salget af overskudskapacitet«. Delkriteriet var det eneste delkriterium til underkriteriet og var derfor reelt en uddybende beskrivelse af underkriteriet.

Der indkom tilbud fra tre prækvalificerede tilbudsgivere, herunder C, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en anden af tilbudsgiverne end C.

Med hensyn til delaftalen om »Broker Services« klagede C over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 53 (om tildelingskriterier) som følge af, at delkriteriet til underkriterium 1. »Effectiveness« var et udvælgelseskriterium (påstand 14).

Klagenævnet tog dette klagepunkt til følge med hensyn til »capacity« (evne eller egnethed). Udtalt, at denne del af delkriteriet var relateret til den enkelte tilbudsgivers evne eller egnethed, og henvist til, at der da også ved tilbudsvurderingen var lagt vægt på forhold hos tilbudsgiverne. Ikke taget til følge med hensyn til delkriteriet i øvrigt.

En påstand fra C om annullation af udbyderens tildelingsbeslutning med hensyn til delaftalen om »Broker service« blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste herved til, at C's tilbud vedrørende denne delaftale ikke indeholdt angivelser i relation til underkriterium 1. »Effectiveness«, og til karakteren af den konstaterede overtrædelse.

Udbuddet vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity«:

Der var fastsat følgende underkriterier til tildelingskriteriet: 1. »Ability« (egnethed eller formåen) 2. »Price« (pris), 3. »Organisation and quality of service« (organisation og kvalitet af service) og 4. »Environment« (miljøforhold). Til underkriterierne var knyttet forskellige delkriterier. I udbudsbetingelserne var angivet en vægtning af underkriterierne og en prioritering af delkriterierne.

Der indkom tilbud fra tre prækvalificerede tilbudsgivere, herunder C. Udbyderen anså alle tilbuddene for ukonditionsmæssige. Med hensyn til C's tilbud skyldtes dette, at C's tilbud vedrørende nogle af de udbudte ydelser gik ud på chartring af fly til konkrete flyvninger, selvom udbuddet angik fuldtids chartring af fly.

Udbyderen overgik herefter til et udbud med forhandling i medfør af Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a (hvorefter der kan gennemføres et udbud med forhandling, når tilbuddene ikke er forskriftsmæssige).

Under udbuddet med forhandling modtog udbyderen nye tilbud fra tre tilbudsgivere, herunder et tilbud fra en tilbudsgiver A og et tilbud fra C. Udbyderen anså kun tilbuddet fra A som konditionsmæssigt og besluttede derfor at indgå kontrakt med A. Udbyderen gav de to andre tilbudsgivere underretning om tildelingsbeslutningen og om, at udbyderen anså deres tilbud for ukonditionsmæssige.

Grunden til, at udbyderen anså C's tilbud under udbuddet med forhandling som ukonditionsmæssigt, var, at også dette tilbud vedrørende nogle af de udbudte ydelser gik ud på chartring af fly til konkrete flyvninger. C gjorde imidlertid over for udbyderen gældende, at C's tilbud var konditionsmæssigt. Udbyderen besluttede herefter for en sikkerheds skyld alligevel at tage C's tilbud i betragtning og foretog derfor en tilbudsvurdering, der også omfattede C's tilbud. Denne tilbudsvurdering førte til, at udbyderen anså A's tilbud som det økonomisk mest fordelagtige, og udbyderen besluttede derfor på ny at indgå kontrakt med A.

C's klage bestod af en række klagepunkter, der opregnes nedenfor under 1-12.

Udbyderen gjorde med hensyn til en række af klagepunkterne gældende, at udbyderen ikke havde været forpligtet til at foretage en vurdering af C's tilbud som følge af, at dette tilbud ikke var konditionsmæssigt. Klagenævnet henviste heroverfor til, at udbyderen havde valgt at vurdere C's tilbud, og til, at også en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke er taget i betragtning, er klageberettiget. Klagenævnet tog derfor stilling til de pågældende klagepunkter.

Klagenævnet tog herefter stilling til klagen således:

1) Klage over, at den af udbyderen anvendte fremgangsmåde ved tilbudsvurderingen var uigennemsigtig og uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (påstand 1). Dette klagepunkt sigtede til, at udbyderens tilbudsvurdering efter C's opfattelse var behæftet med en lang række nærmere angivne fejl.

Klagenævnet foretog en gennemgang af en række forhold ved udbyderens tilbudsvurdering og konstaterede på baggrund af denne gennemgang, at der ikke var grundlag for at tage klagepunktet til følge.

2) Klage over, at udbyderen havde fastsat underkriterierne 1. »Ability« og 4. »Environment«, idet disse underkriterier efter C's opfattelse var udvælgelseskræverier (påstand 2):

Klagenævnet henviste til, at en række delkriterier til de to underkriterier angik de tilbudte flys egnethed/formåen og miljøbelastning, og til, at

der ikke var tale om en vurdering af tilbudsgivernes generelle evne til at løse den udbudte opgave. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

3) Klage over, at udbyderen i relation til underkriterium 2. »Price« havde anvendt en evalueringsmodel, der var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (påstand 3). Klagepunktet sigtede bl.a. til, at forskellige oplysninger om brændstofforbrug, som tilbudsgiverne skulle give, efter C's opfattelse ikke kunne anvendes ved tilbudsvurderingen.

Klagenævnet fandt, at de omtalte oplysninger var nødvendige og egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen med urette havde vurderet C's tilbud væsentligt dårligere end A's tilbud i relation underkriterium 4. »Environment« (påstand 4):

Klagenævnet henviste til, at C ikke havde givet nærmere oplysninger om et fly, som C ville chartre til at udføre en del af de udbudte opgaver, og til, at udbyderen ikke lovligt kunne foretage en vurdering af miljøstandarder for dette fly ud fra formodninger. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

5) Klage over, at udbyderen havde vurderet A's tilbud »positivt«, selvom udbyderen vidste, at A's tilbud indeholdt forskellige nærmere angivne urigtige oplysninger om de tilbudte fly (påstand 5):

Klagenævnet henviste til følgende: En udbyder har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af oplysninger i et tilbud, men det kan være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis udbyderen lægger åbenbart urigtige oplysninger i et tilbud til grund for tilbudsvurderingen. En af de omhandlede oplysninger i A's tilbud havde vist sig at være forkert, men det var ikke godtgjort, at A's oplysninger var forkerte i øvrigt eller åbenbart forkerte. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

6) Klage over, at udbyderen havde taget A's tilbud i betragtning, selvom de af A tilbudte fly ikke opfyldte et krav i udbudsbetingelserne vedrørende aktionsradius (påstand 6):

Klagenævnet henviste til forskellige oplysninger i A's og C' tilbud om aktionsradius for de tilbudte fly og henviste desuden bl.a. til, at udbyderen ikke havde haft anledning til at betvivle A's og C's oplysninger om aktionsradius for et fly, der var omfattet af begge tilbud. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

7) Klage over, at udbyderen havde vurderet C's tilbud »overvejende negativt« i forhold til et delkriterium om beskyttelsesudstyr til underkriterium 1. »Ability« (påstand 7):

Ikke taget til følge. Henvist til, at C's tilbud ubestridt var bedre end A's tilbud på det pågældende punkt, og til, at dette var kommet til udtryk i udbyderens tilbudsvurdering. Udtalt, at Klagenævnet ikke havde grundlag for at konstatere, at udbyderens skøn herved var forkert.

8) Klage over, at udbyderen havde bistået A med udformningen af A's tilbud og havde tilrettelagt tilbudsvurderingen til fordel for A (påstand 8):

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag herfor. Bl.a. henvist til, at det ikke var i strid med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen kun havde givet en oplysning om danske regelkrav vedrørende flybesætningerne til A, da A var et udenlandsk konsortium, og da C var en dansk virksomhed, der måtte formodes at kende disse krav.

9) Klage over, at udbyderen ikke havde vurderet tilbuddene i overensstemmelse med den vægtning af underkriterierne og prioritering af delkriterier, der var fastsat i udbudsbetingelserne (påstand 9 og 10):

Ikke taget til følge, da udbyderen havde foretaget tilbudsvurderingen i overensstemmelse med vægtningen og prioriteringen.

10) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde lagt vægt på, at C's tilbud med hensyn til nogle af de udbudte ydelser angik chartring af fly i det enkelte tilfælde, selvom udbyderen havde accepteret dette ved at anse C's tilbud som konditionsmæssigt, jf. ovenfor (påstand 11):

Ikke taget til følge, da udbyderen ikke ved at have taget C's tilbud i betragtning havde afskåret sig fra ved tilbudsvurderingen at lægge vægt på forholdet.

Yderligere udtalt, at udbyderen havde handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at tilbagekalde sin første beslutning om at indgå kontrakt med A efter at have givet tilbudsgiverne underretning om tildelingsbeslutningen. Udtalt, at en udbyder, der konstaterer en fejl i udbuddet efter at have givet tilbudsgiverne underretning om tildelingsbeslutningen, ikke kan rette fejlen, men må annullere udbuddet og dermed tildelingsbeslutningen. Henvist til en udtalelse herom i Klagenævnets kendelse af 4. august 2009 i sagen Mölnlycke Care ApS mod Hovedstaden.

11) Klage over, at udbyderen havde vurderet C's tilbud forkert i relation til underkriterium 2. »Price« (påstand 12). Dette klagepunkt sigtede bl.a. til, at udbyderen efter C's opfattelse burde have indhentet prisoplysninger hos C vedrørende en flytype, der var omfattet af C's tilbud.

Klagepunktet blev ikke taget til følge bl.a. med henvisning til, at udbyderen ikke lovligt havde kunnet indhente de omhandlede prisoplysninger hos C.

12) Klage over, at udbyderen var overgået til udbud med forhandling, selvom betingelserne herfor ikke var opfyldt (påstand 13). Klagepunktet sigtede til, at C's tilbud under det begrænsede udbud efter C's opfattelse var konditionsmæssigt, således at betingelserne efter Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a), for at iværksætte et udbud med forhandling ikke var opfyldt.

Udbyderen gjorde gældende, at C som følge af passivitet var afskåret fra at fremsætte dette klagepunkt, idet C først under sagen for Klagenævnet havde gjort gældende, at C's tilbud under det begrænsede udbud var konditionsmæssigt. Klagenævnet gav ikke udbyderen medhold heri og henviste til, at spørgsmålet var uden betydning for Klagenævnets afgørelse af, om udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne som angivet i klagepunktet.

Klagenævnet udtalte, at det efter Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a), er en betingelse for at overgå til udbud med forhandling, at ingen af tilbuddene er konditionsmæssige. Klagenævnet udtalte videre, at heller ikke C's tilbud under det begrænsede udbud var konditionsmæssigt som følge af, at også dette tilbud gik ud på chartring af fly til konkrete flyvninger med hensyn til nogle af de udbudte ydelser, og at ingen af tilbuddene under det begrænsede udbud var konditionsmæssige. Betingelserne for at overgå til udbud med forhandling var således opfyldt, og klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

En påstand fra C om annullation af udbyderens tildelingsbeslutning med hensyn til delaftalen om »Air Lift Capacity« blev ikke taget til følge

med henvisning til, at C ikke havde fået medhold i sin klage vedrørende denne delaftale.

### **5. oktober 2009. Akso Nobels Industrial Chemicals B.V. mod Tønder Kommune**

*En option skulle medregnes i ordregiverens forhåndsskøn med hensyn til, om et indkøb nåede op på tærskelværdien, og ordregiveren skulle derfor have iværksat et EU-udbud i stedet for en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II. Nogle klagepunkter vedrørende tilbudsindhentningen efter Tilbudslovens afsnit II afvist, da Klagenævnet ikke havde anledning til at tage stilling til dem. Annullation*

En kommune iværksatte en tilbudsindhentning i medfør af Tilbudslovens afsnit II vedrørende køb af vejsalt. Købet omfattede to typer vejsalt, dels »strøsalt«, dels »vakuumsalt«. Der blev afgivet tilbud fra tre tilbudsgivere, hvorefter kommunen besluttede at indgå kontrakt med en tilbudsgiver B vedrørende vejsalt og kontrakt med en tilbudsgiver A vedrørende vakuumsalt.

A klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med tilbudsindhentningen efter Tilbudslovens afsnit II (påstand 1-3), men Klagenævnet tog kun stilling til en klage over, at ordregiveren ikke havde gennemført et EU-udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende købet af strøsalt (påstand 4).

Klagenævnet udtalte om dette klagepunkt: Tærskelværdien i henhold til Udbudsdirektivet for det indkøb, som sagen angik, var 1.535.844 kr., og ordrens samlede værdi udgjorde 1.467.200 kr. Det fremgik imidlertid af betingelserne for tilbudsindhentningen, at kommunen havde en option på at udvide ordren med op til 100 %. Som følge heraf havde kommunen ikke med føje kunnet anslå ordrens værdi til at være under tærskelværdien.

Klagenævnet konstaterede herefter, at kommunen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved ikke at iværksætte et EU-udbud vedrørende købet af strøsalt. Som følge heraf havde Klagenævnet endvidere ikke anledning til at tage stilling til A's yderligere klagepunkter, der derfor blev afvist.

Klagenævnet annullerede kommunens beslutning om at indgå kontrakt med B vedrørende strøsalt med henvisning til, at kommunen havde tilsidesat væsentlige udbudsretlige bestemmelser ved ikke at iværksætte et EU-udbud.

### **14. oktober 2009. Frederik Petersen Alu-Glas A/S mod Viborg Kommune**

*Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved henvisning i udbudsbetingelserne til referenceprodukter, da kontraktens genstand kunne beskrives uden henvisning til referenceprodukter. Overtrædelse af direktivets artikel 53 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved anvendelse af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, selvom kontraktens genstand var så detaljeret beskrevet i udbudsbetingelserne, at det reelt kun var muligt at vurdere tilbuddene på grundlag af tilbudspriserne. Annullation. Ikke opsættende virkning*

En kommune iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende lukningsentreprisen ved et byggeri. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende un-

derkriterier: 1. »Pris 60 %« og 2. »Kvalitet 40 % (herunder: æstetisk værdi, materialer, miljøegenskaber og driftsomkostninger for diverse specificerede bygningsdele)«.

I udbudsbetingelserne var angivet, at udbuddet var baseret på et nærmere angivet fabrikat af lukningssystemer og/eller et andet nærmere angivet fabrikat. Det var videre angivet, at der kunne tilbydes alternative lukningssystemer af tilsvarende kvalitet, således at dokumentation herfor skulle vedlægges tilbuddet.

Udbudsbetingelserne indeholdt desuden en længere række angivelser af fabrikater for forskellige dele af lukningssystemet. Det var anført i udbudsbetingelserne, at disse angivelser var kvalitative mindstekrav. Det var desuden i udbudsbetingelserne anført, at hvor udbudsbetingelserne angav bestemte fabrikater med tilføjelse af typen »som« eller »derved ligestillet«, skulle entreprenøren levere det angivne fabrikat eller et tilsvarende fabrikat, der i så fald skulle accepteres på forhånd af udbyderen. Mange af udbudsbetingelsernes henvisninger til bestemte fabrikater var ikke ledsaget af en tilføjelse som nævnt.

Der indkom tilbud fra 4 tilbudsgivere. Udbyderen foretog en tilbudsvurdering ved at tildele tilbuddene points vedrørende de to underkriterier. Udbyderen gav alle tilbud samme antal points i relation til underkriterium 2. Kvalitet. Det tilbud, der fik flest points ved tilbudsvurderingen, var derfor det tilbud, der havde laveste tilbudspris, og som fik flest points vedrørende underkriterium 1. Pris. Udbyderen besluttede på denne baggrund at indgå kontrakt med tilbudsgiveren med den laveste tilbudspris.

En anden af tilbudsgiverne 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 og Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8 (om principielt forbud mod angivelse af bestemte fabrikater) ved at have foreskrevet bestemte fabrikater, selvom det havde været muligt at beskrive kontraktens genstand uden henvisning til bestemte fabrikater, og selvom der i en række tilfælde ikke var anvendt tilføjelsen »eller tilsvarende«:

Klagenævnet henviste til ordlyden af Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, og udtalte: Ved et udbud som det foreliggende, der vedrørte ganske sædvanlige bygningsdele, er Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, til hinder for, at der henvises til referenceprodukter, også selvom dette sker med tilføjelsen »som« eller med tilføjelsen »eller tilsvarende«. Klagepunktet blev herefter taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 23, stk.8, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at foreskrive anvendelse af bestemte fabrikater, selvom det havde været muligt tilstrækkelig nøjagtigt og præcist at beskrive kontraktens genstand uden henvisning til bestemte fabrikater.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 (om tildelingskriterier) ved at anvende tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, selvom kontraktens genstand var så detaljeret beskrevet i udbudsbetingelserne, at det reelt kun var muligt at bedømme tilbuddene på grundlag af tilbudspriserne:

Taget til følge med henvisning til, at reel konkurrence mellem tilbudsgiverne i relation til underkriterium 2. Kvalitet var blevet elimineret ved, at udbudsbetingelserne i betydeligt havde henvist til referenceprodukter.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver og henviste herved til den overtrædelse af udbudsreglerne, der blev konstateret under punkt 2 ovenfor.

Udbyderen gjorde hensyn til annullationsspørgsmålet gældende, at tildelingen, hvis underkriterium 2. Kvalitet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, udelukkende skulle ske på grundlag af tilbudsprisen, og at udbyderen netop havde besluttet at indgå kontrakt med tilbudsgiveren med den laveste tilbudspris.

Klagenævnet bemærkede, at Klagenævnet ikke kunne tiltræde dette anbringende, og henviste herved til Klagenavnets kendelse af 5. november 2008 i sagen Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården (påstand 2).

Klagenavnets afgørelse om erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 19. juli 2010.

### **16. oktober 2009. Konkurrencestyrelsen mod 1. Region Sjælland og 2. Region Hovedstaden**

*Forlængelse af en rammeaftale var i strid med Udbudsdirektivet, da ordregiveren skulle have iværksat et nyt udbud så betids, at der kunne indgås ny aftale ved rammeaftalens udløb, da der ikke forelå uforudseelige omstændigheder, som kunne begrunde, at dette ikke skete, og da betingelserne for at iværksætte et udbud med forhandling herefter ikke var opfyldt. En ordregiver må ikke indgå kontrakt med en tilbudsgiver efter vedståelsesfristens udløb, hvis kontraktgrundlaget har ændret sig. En ændring af begyndelsestidspunktet med mere end et år for udbudte 2-årige rammeaftaler var i strid med Udbudsdirektivet. Annullation, herunder af ordregiverens beslutning om at forlænge en rammeaftale i strid med Udbudsdirektivet, uanset at rammeaftalen var udløbet og klagen var indgivet til Klagenævnet 15 måneder efter udløbet*

Sagen angik to begrænsede udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende rammeaftaler om køb af masker m.m. til brug for operationer. De to udbud var iværksat af forskellige amter i fællesskab henholdsvis ved udbudsbekendtgørelse af 6. april 2001 og udbudsbekendtgørelse af 15. februar 2006. De to udbud benævnes i det følgende »første udbud« og »andet udbud«.

Ved den senere kommunalreform indgik nogle af de pågældende amter i Region Sjælland, medens de øvrige af dem indgik i Region Hovedstaden, og det var derfor de to regioner, der var indklaget i sagen for Klagenævnet. Af overskuelighedsgrunde omtales det ikke i resuméet, hvilke amter/regioner de enkelte klagepunkter angik, og med betegnelsen »ordregiveren« sigtes i det nedenstående blot til den/de ordregivende myndighed(er), der var omfattet af vedkommende klagepunkt.

Klagen var indgivet af Konkurrencestyrelsen, der er tillagt klageadgang ved Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud. Klagen omfattede tre klagepunkter, der refereres nedenfor. Klagepunkt 1 angik første udbud, medens klagepunkt 2-3 angik andet udbud.

#### Særligt om første udbud:

På grundlag af dette udbud blev der i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes angivelse om kontraktvarigheden indgået kontrakt med en

virksomhed for 2002 og 2003 med mulighed for forlængelse til og med 2005. Det var angivet i kontrakten, at såfremt der ikke var gennemført et nyt EU-udbud ved kontraktens udløb, var virksomheden forpligtet til at fortsætte leverancerne i henhold til kontrakten i 6 måneder fra kontraktperiodens udløb.

Muligheden for forlængelse af kontrakten til og med 2005 blev udnyttet. I december 2005 indgik ordregiveren endvidere en aftale med virksomheden om forlængelse af kontraktperioden til 30. juni 2006, og i februar 2006 iværksatte ordregiveren et nyt EU-udbud, dvs. andet udbud, med henblik på kontraktindgåelse i henhold til dette udbud pr. 1. juli 2006. Ordregiverens tilbudsvurdering under andet udbud trak imidlertid ud, og kontrakter på grundlag af andet udbud blev først indgået med begyndelsestidspunkt 1. september 2007. Som følge heraf indgik ordregiveren og den omtalte virksomhed flere yderligere aftaler om forlængelse af kontraktperioden i henhold til første udbud, således at denne kontraktperiode først kom til at ophøre samtidig med begyndelsen af kontraktperioderne i henhold til andet udbud, dvs. 1. september 2007.

Klagepunkt 1 (påstand 1) var en klage over, at ordregiveren havde overtrådt Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2 (om udbudsbekendtgørelser), ved de gentagne forlængelser af kontraktperioden for den rammeaftale, der var indgået i henhold til første udbud, ud over 31. december 2005, således at kontrakten kom til at vare til 1. september 2007, selvom rammeaftalen efter udbudsbekendtgørelsen kun kunne forlænges til 31. december 2005, og selvom rammeaftalen efter sit indhold kun kunne forlænges til 1. juli 2006.

Ordregiveren gjorde gældende, at de pågældende forlængelser var nødvendige af hensyn til forsyningssikkerheden og dermed patientbehandlingen. Ordregiveren henviste videre til, at der var iværksat et nyt EU-udbud i februar 2006, dvs. andet udbud, med henblik på indgåelse af nye rammeaftaler pr. 1. juli 2006, men at det havde vist sig umuligt at gennemføre andet udbud inden for den påregnede tid. Ordregiveren gjorde endvidere gældende, at de omhandlede forlængelser ikke var udtryk for væsentlige ændringer af den oprindelige kontrakt, og at der havde kunnet gennemføres udbud med forhandling i medfør af Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra c, og stk. 4, litra a (henholdsvis om udbud med forhandling, når dette er strengt nødvendigt af uforudseelige tvingende grunde, der ikke kan tilskrives ordregiveren, og om udbud med forhandling vedrørende uforudsete nødvendige supplerende tjenesteydelser).

Klagenævnet udtalte om klagepunkt 1:

Rammeaftalen i henhold til første udbud kunne efter sit indhold kun forlænges til 1. juli 2006. Det havde derfor påhvilet ordregiveren at iværksætte et nyt udbud, der sikrede, at der kunne indgås en ny aftale senest på dette tidspunkt, og der forelå ikke omstændigheder, som ordregiveren ikke kunne forudse, og som kunne begrunde, at dette ikke skete. Udbudsdirektivets artikel 31 fandt herefter ikke anvendelse. Forlængelserne af rammeaftalen ud over 1. juli 2006 var således en direkte tildeling uden udbud, hvorfor klagepunktet blev taget til følge.

Særligt om andet udbud:

I udbudsbetingelserne for dette udbud var angivet, at kontraktperioden var 1. juli 2006-30. juni 2007 med mulighed for forlængelse i op til to år. Det var desuden angivet, at tilbudsgiverne skulle vedstå deres tilbud til 31. december 2006. Ordregiveren indgik den 30. oktober 2007 kontrakter

med to tilbudsgivere med kontraktperiode 1. september 2007-31. august 2009. Grunden til, at kontrakterne ikke blev indgået tidligere, var, at ordregiverens afprøvning af de tilbudte produkter tog længere tid end forudset. I kontrakterne var angivet, at de kunne forlænges i op til to år, men ordregiveren har senere tilkendegivet, at kontrakterne ikke vil blive forlænget.

Klagepunkt 2 (påstand 3) var en klage over, at ordregiveren havde overtrådt Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2, ved at have indgået de to kontrakter på grundlag af andet udbud med virkning fra 1. september 2007, selvom vedståelsesfristen for tilbuddene i henhold til udbudsbekendtgørelsen var udløbet 31. december 2006.

Ordregiveren gjorde gældende at vedståelsesfristen var blevet forlænget efter forudgående aftale med tilbudsgiverne indgået inden den oprindelige vedståelsesfrists udløb. Ordregiveren henviste videre til, at det ville have haft kritiske konsekvenser for forsyningssikkerheden og dermed for patientbehandlingen, hvis ordregiveren ikke havde kunnet forlænge vedståelsesfristen.

Klagenævnet udtalte om klagepunkt 2:

Ordregiveren havde ikke dokumenteret, at der før vedståelsesfristens udløb var indgået aftaler om forlængelse af vedståelsesfristen, og Klagenævnet lagde derfor til grund, at vedståelsesfristen var udløbet 31. december 2006.

Efter udløbet af vedståelsesfristen er tilbudsgiverne ikke bundet af deres tilbud, og hvis en ordregiver efter vedståelsesfristens udløb vil indgå kontrakt med en tilbudsgiver, og grundlaget for kontrakten har ændret sig, må ordregiveren ikke indgå kontrakt uden nyt udbud. I de kontrakter, der var indgået den 30. oktober 2007, var der endvidere flere væsentlige afvigelser fra udbudsbetingelserne, bl.a. om levering, dækningskøb, tvistigheder og generelle betingelser, ligesom der var sket fravigelse med hensyn til aftaleperioden. Ordregiveren havde herefter foretaget en direkte tildeling uden forudgående udbud, hvorfor klagepunktet blev taget til følge.

Klagepunkt 3 (påstand 4) var en klage over, at ordregiveren havde overtrådt Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2, ved at indgå kontrakterne på grundlag af andet udbud med virkning fra 1. september 2007, selvom det i udbudsbekendtgørelsen for andet udbud var angivet, at kontrakternes begyndelsestidspunkt skulle være 1. juli 2006.

Ordregiveren gjorde gældende, at overskridelsen af begyndelsestidspunktet ikke var en væsentlig ændring som følge af, at kontraktperioden i udbudsbetingelserne var fastlagt til 4 år, og at der derfor ikke var tale om en direkte tildeling uden udbud.

Klagenævnet udtalte om klagepunkt 3:

Ændringen af begyndelsestidspunktet med mere end et år for de indgåede 2-årige aftaler var en så væsentlig ændring af de udbudte aftaler, at der ikke var identitet mellem de udbudte aftaler og de indgåede aftaler. Det var uden betydning, at ordregiverens afprøvning af de tilbudte produkter havde taget længere tid end forventet. Ordregiveren havde herefter handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet ved at indgå kontrakterne, ligesom indgåelsen af kontrakterne var en direkte tildeling uden forudgående udbud. Klagepunktet blev herefter taget til følge.

Særligt om annullation af ordregivernes beslutninger:

Konkurrencestyrelsen nedlagde påstand om, at Klagenævnet skulle annullere ordregiverens beslutninger om at forlænge rammeaftalen i henhold til første udbud (påstand 2) og ordregiverens beslutninger om at indgå kontrakter på grundlag af andet udbud (påstand 6).

Ordregiveren påstod Konkurrencestyrelsens annullationspåstand med hensyn til første udbud (påstand 2) afvist med henvisning til, at den omhandlede rammeaftale var udløbet, og til, at klagen var indgivet til Klagenævnet ca. 15 måneder efter udløbet. Ordregiveren fik ikke medhold heri, og Klagenævnet tog begge annullationspåstande til følge.

**19. oktober 2009. DSV Transport mod I/S Vestforbrænding**

*At en virksomhed tidligere havde ophævet en kontrakt med udbyderen og tabt en efterfølgende voldgiftssag om ophævelsen, var ikke en alvorlig fejl som omhandlet i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, og forholdet kunne derfor ikke begrunde, at virksomheden i medfør af denne bestemmelse blev afvist som tilbudsgiver ved et nyt udbud fra udbyderen. Ikke opsættende virkning*

Et fælleskommunalt affaldsselskab V indgik i 2005 på grundlag af et EU-udbud kontrakt med en virksomhed D om transport af containere til og fra en genbrugsstation. Efter at have udført opgaven i nogen tid konstaterede D, at opgaven havde et større omfang, end hvad D havde regnet med, og i 2006 hævdede D kontrakten som følge deraf. Der blev derefter indgået en aftale mellem V og D om D's udførelse af opgaven mod merbetaling i en periode, indtil V havde gennemført et nyt udbud. V gennemførte det nye udbud i 2007 og indgik på grundlag af dette udbud en ny kontrakt med D om opgavens udførelse.

I henhold til en voldgiftsklausul i kontrakten fra 2005 rejste V i 2007 voldgiftssag mod D i anledning af D's ophævelse af denne kontrakt. V gjorde for voldgiftsretten gældende, at D's ophævelse af kontrakten havde været uberettiget, og påstod D tilpligtet at betale erstatning.

I 2009 iværksatte V et EU-udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende transport af containere til og fra en anden genbrugsstation. Før udløbet af tilbudsfristen traf voldgiftsretten afgørelse i voldgiftssagen vedrørende D's ophævelse af kontrakten fra 2005. Voldgiftsrettens afgørelse gav V medhold, idet voldgiftsretten konstaterede, at D's ophævelse af kontrakten havde været uberettiget, og voldgiftsretten pålagde D at betale erstatning til V.

Bl.a. D afgav tilbud i henhold til EU-udbuddet i 2009. Efter tilbudenes modtagelse tilkendegav V imidlertid, at D's tilbud ikke ville blive taget i betragtning, da det var omfattet af udelukkelsesgrunden i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d. (Efter denne bestemmelse kan en økonomisk aktør, som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig og bevisligt konstateret fejl, afvises som tilbudsgiver). V henviste herved dels til D's uberettigede ophævelse af kontrakten fra 2005, dels til en klausul i udbudsbetingelserne, hvorefter tilbudsgivere, der var omfattet af udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets artikel 45, ville blive udelukket fra at komme i betragtning.

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

V tilkendegav under sagens behandling for Klagenævnet, at D ville blive afvist som tilbudsgiver vedrørende opgaver af den omhandlede ka-

rakter i op til 5 år fra voldgiftsrettens afgørelse. V tilkendegav videre, at ændringer i ejerkreds og ledelse for D ville kunne afkorte denne periode, men at nye alvorlige fejl eventuelt ville føre til forlængelse af perioden.

Klagenævnet henviste til ordlyden og placeringen af Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, og udtalte, at reglen må forstås sådan, at en virksomhed alene kan afvises som tilbudsgiver, hvis den fejl, der er tale om, vedrører udøvelsen af virksomhedens erhverv, hvis fejlen er af en vis betydelig grovhed, og hvis fejlen efter en saglig, objektiv vurdering er af væsentlig betydning for virksomhedens egnethed som kontraktpart. Ud fra en samlet vurdering var det endvidere Klagenævnets vurdering, at D's uberettigede ophævelse af kontrakten ikke var en »alvorlig« fejl, og at der heller ikke var tale om en fejl, der efter en saglig, objektiv vurdering var af betydning for D's egnethed som kontraktpart. Klagenævnet henviste herved til forskellige omstændigheder, herunder baggrunden for den tvist, der førte til voldgiftssagen, og forløbet under tvisten, og til parternes øvrige generelt velfungerende samarbejde gennem en årrække m.m.

Klagenævnet konstaterede herefter, at V ikke havde været berettiget til at afvise D som tilbudsgiver efter Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, og D's klage blev således taget til følge.

## **21. oktober 2009. Konsortiet Rindum Skole mod Ringkøbing-Skjern kommune**

*Udbyderen kunne kræve dokumentation fra alle deltagere i et konsortium med hensyn til udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets artikel 45. Et krav om, at danske ansøgere om prækvalifikation skal fremsende sådan dokumentation i form af en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er ikke i strid med forbuddet mod forskelsbehandling som følge af nationalitet*

En kommune iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende opførelse af et byggeri i hovedentreprise. Tildelingskriteriet var laveste pris.

I udbudsbetingelserne var angivet, at dokumentation for, at ansøgere om prækvalifikation ikke var omfattet af udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets artikel 45, for danske ansøgerees vedkommende kunne bestå i en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og for udenlandske ansøgere måtte ske på anden måde.

Klagen var indgivet af et konsortium, der bestod af 5 danske aktieselskaber. Konsortiet havde indgivet ansøgning om prækvalifikation, men var ikke blevet prækvalificeret. Udbyderen havde begrundet dette med, at konsortiets ansøgning om prækvalifikation var blevet afvist, fordi konsortiet kun havde indleveret serviceattest fra en af deltagerne i konsortiet.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at afvise konsortiets ansøgning om prækvalifikation med den begrundelse, at der ikke var fremsendt serviceattester for alle konsortiets deltagere, selvom det ikke var fastsat i udbudsbetingelserne, at der skulle indleveres serviceattester for samtlige deltagere i konsortiet.

Klageren gjorde på dette punkt følgende gældende: Efter Udbudsdirektivets artikel 45 kan dokumentation med hensyn til udelukkelsesgrundene i bestemmelsen ske på anden måde end ved en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Udbudsbetingelserne var imidlertid uklare på dette punkt. Dette havde bevirket, at konsortiedeltagere, der som følge af Er-

hvervs- og Selskabsstyrelsens ekspeditionstid ikke kunne nå at fremskaffe en serviceattest rettidigt, ikke havde benyttet sig af muligheden for at fremsende anden dokumentation.

Klagenævnet udtalte: Udbudsbetingelserne stillede ikke krav om, at danske ansøgere om prækvalifikation skulle fremsende en serviceattest, men angav alene, at dokumentationen vedrørende udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets artikel 45 for danske ansøgere vedkommende kunne ske ved en serviceattest. Herefter, og da det ikke var i strid med udbudsreglerne at forlange dokumentation for alle deltagere i et konsortium, blev klagepunktet ikke taget til følge. Klagenævnet bemærkede yderligere, at et krav om serviceattest for danske ansøgere ikke ville have været nationalitetsdiskriminerende.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at danske, men ikke udenlandske ansøgere om prækvalifikation skulle fremsende en serviceattest:

Ikke taget til følge med henvisning til Klagenævnets bemærkninger vedrørende punkt 1.

### **5. november 2009. Saver Comfort ApS mod Region Midtjylland**

*Udbyderen var som følge af tre konstaterede overtrædelser erstatningsansvarlig over for en forbigået tilbudsgiver. Betingelserne for at pålægge udbyderen at betale erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse var imidlertid ikke opfyldt, da det ikke var bevist eller sandsynliggjort i overvejende grad, at tilbudsgiveren ville have fået en kontrakt, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Udbyderen var derimod forpligtet til at betale tilbudsgiveren erstatning til dækning af tilbudsgiverens negative kontraktsinteresse, da det ikke havde påhvilet tilbudsgiveren at undlade at afgive tilbud som følge af et underkriterium, der rettelig var et udvælgelseskriterium, og da tilbudsgiveren ikke ved tilbudsafgivelsen kunne forudse udbyderens øvrige overtrædelser af udbudsreglerne*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 23. april 2009 i samme sag. Sagen angik et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende lægevagtskørsel i forskellige distrikter. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt en kontrakt.

Ved kendelsen af 23. april 2009 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne a) ved at tage tilbuddet fra en af de valgte tilbudsgivere i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne var vedlagt regnskab for det seneste år, b) ved at fastsætte et underkriterium om erfaring med lignende opgaver, selvom dette kriterium var et udvælgelseskriterium, og c) ved under tilbudsvurderingen uberettiget at have lagt en pris for forlængede vagter til bl.a. klagerens tilbudspris.

Kendelsen af 5. november 2009 angik et erstatningskrav fra klageren, der påstod udbyderen tilpligtet at betale principalt et nærmere angivet beløb til dækning af klagerens tab ved ikke at have fået kontrakten for nogle distrikter (positiv opfyldelsesinteresse), subsidiært et nærmere angivet beløb til dækning af klagerens udgift ved udarbejdelse af tilbud m.m. (negativ kontraktsinteresse).

Klagenævnet udsatte spørgsmålet om udmålingen af en eventuel erstatning og udtalte:

Som følge af de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne var udbyderen erstatningsansvarlig over for klageren.

Det var ikke bevist eller sandsynliggjort i overvejende grad, at klageren ville have fået tildelt den udbudte opgave helt eller delvis, hvis udbyderen ikke havde begået de konstaterede overtrædelser. Der var derfor ikke grundlag for at tillægge klageren erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse.

Det havde ikke påhvilet klageren ikke at afgive tilbud som følge af underkriteriet om erfaring med lignende opgaver (overtrædelse b), og klageren kunne ikke ved tilbudsafgivelsen forudse, at udbyderen ville begå de konstaterede overtrædelser anført under a og c. Udbyderen var derfor erstatningsansvarlig over for klageren til dækning af dennes negative kontraktsinteresse.

### **6. november 2009. Hettich Labinstrument ApS mod Region Sjælland**

*Ikke grundlag for at tilsidesætte udbyderens skøn med hensyn til betydningen for tilbudsvurderingen af en uklar angivelse i et tilbud. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage et tilbud i betragtning, selvom det ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav om udtrykkelig udfyldelse af et spørgeskema. Overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved forskellig angivelse af underkriterierne og deres vægtning i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne og ved at lade nogle delkriterier indgå vægtet ved tilbudsvurderingen, selvom delkriterierne i udbudsbetingelserne var angivet prioriteret. Annullation. Ikke opsættende virkning*

En region iværksatte et offentligt udbud vedrørende en rammeaftale om indkøb af kanyler m.m. til brug for blodprøvetagning.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

I udbudsbekendtgørelsen var angivet følgende vægtede underkriterier:

1. Pris (35 %), 2. Ergonomi (30 %), 3. Kvalitet (25 %) og 4. Pakning/emballage/levering (10 %). I udbudsbetingelserne var imidlertid angivet følgende vægtede underkriterier: 1. Ergonomi (35 %), 2. Pris (35 %), 3. Kvalitet (25 %) og 4. Emballage og pakkestørrelser (5 %).

Til underkriterium 3. Kvalitet var knyttet tre delkriterier (gengives ikke ordret), der ifølge udbudsbetingelserne ville indgå i tilbudsvurderingen i følgende prioriterede rækkefølge: A. Antal analyser, som visse rør kunne anvendes til, B. Centrifugeringstid og C. Henstandstid. Ved tilbudsvurderingen lod udbyderen imidlertid disse delkriterier indgå vægtet således: A. Centrifugeringstid (35 %), B. Henstandstid (35 %) og C. Antal analyser, som visse rør kunne anvendes til (30 %).

I udbudsbetingelserne indgik endvidere et spørgeskema med rubrikker for de enkelte produkter. Det var i udbudsbetingelserne angivet, at alle rubrikker skulle udfyldes, ligesom det var angivet, at udfyldningen skulle ske, uanset om der henvistes til andre dele af tilbuddet.

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

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde givet klagerens tilbud en meget lav karakter i relation til delkriterium C. Antal analyser, som visse rør kunne anvendes til, til underkriterium 3. Kvalitet.

Klageren henviste til, at klageren havde udfyldt rubrikken i spørgeskemaet på en måde, der var ensbetydende med en oplysning om, at klagerens rør kunne anvendes til alle de analyser, som det reelt er muligt at gennemføre med rør af den pågældende type. Det fremgår imidlertid, at en brugergruppe, der deltog i tilbudsvurderingen, anså det for urigtigt, at klagerens rør kunne anvendes til samtlige disse analyser.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til, at klagerens udfyldning af spørgeskemaet ikke oplyste, hvilke analyser, der var tale om, og til, at Klagenævnet på denne baggrund ikke havde grundlag for at konstatere, at udbyderens skøn ved karaktergivningen var behæftet med fejl.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom den valgte tilbudsgiver havde udfyldt nogle af punkterne i spørgeskemaet ved forskellige henvisninger:

Taget til følge med henvisning til, den valgte tilbudsgiver havde udfyldt nogle punkter i spørgeskemaet om opfyldelse af standarder alene ved henvisninger til de pågældende standarder og således ikke havde bekræftet, at de pågældende produkter opfyldte standarderne. Desuden henvist til, at den valgte tilbudsgiver havde udfyldt nogle øvrige punkter i spørgeskemaet ved henvisning til tilbuddet, selvom det var angivet i udbudsbetingelserne, at alle punkter i spørgeskemaet skulle udfyldes.

3) Konstatere *ex officio*, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet:

a) ved at vurdere tilbuddene på grundlag af de underkriterier og den vægtning af dem, der var angivet i udbudsbetingelserne, uanset den anderledes angivelse i udbudsbekendtgørelsen, og

b) ved under tilbudsvurderingen at lade delkriterierne til underkriterium 3. Kvalitet indgå vægtet som ovenfor anført, uanset at delkriterierne i udbudsbekendtgørelsen var prioriteret på en anden måde.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver med henvisning til den overtrædelse, der er omtalt under 2 ovenfor.

### **11. november 2009. Yding A/S mod Viborg Kommune**

*Tilbud med rette afvist som ukonditionsmæssigt som følge af en bemærkning i tilbuddet, der både efter placeringen og ordlyden var et forbehold om tidsplanen og dermed om et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, og da bemærkningen var uden mening, hvis den som hævdet af tilbudsgiveren skulle forstås anderledes. En spørgsmålsfrist, der udløb 19 dage før tilbudsfristens udløb, var i strid med Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2. Ikke annulation. Ikke opsættende virkning*

En kommune iværksatte et begrænset udbud efter Udbudsdirektivet af bl.a. byggemodningsentreprisen ved et byggeri. Denne entreprise bestod dels i udførelse af en »byggegrube« (dvs. udgravning m.m.), dels af kloakering.

Udbudsbetingelserne indeholdt en tidsplan for byggeriet med angivelse af, at udbyderen lagde stor vægt på tidsplanens overholdelse. Med hensyn til byggemodningsentreprisen angav udbudsbetingelserne en dato, der både var færdiggørelsestidspunkt for byggegruben og begyndelsestidspunkt for kloakeringsarbejdet, og det var angivet, at datoen var »sanktionsgivende deadline« med hensyn til færdiggørelsen af byggegruben.

Der indkom tilbud fra et antal prækvalificerede virksomheder. Udbyderen afviste tilbuddet fra en tilbudsgiver Y med henvisning til, at Y's tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi der i tilbuddet under overskriften »Forbehold« stod »Ret til forhandling af tidsplanen«. Udbyderen besluttede endvidere at indgå kontrakt med en anden af tilbudsgiverne.

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

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde afvist Y's tilbud som ukonditions-mæssigt.

Y gjorde gældende, at angivelsen »Ret til forhandling af tidsplanen« i Y's tilbud ikke var et forbehold. Y gjorde herved navnlig gældende, at angivelsen ikke sigtede til den samlede tidsplan, men blot til, at udbudsbetingelserne angav samme dato for færdiggørelsen af byggegruben og begyndelsen af kloakeringsarbejdet, selvom byggegruben ikke kunne færdiggøres, før en del af kloakarbejdet var udført.

Klagenævnet udtalte, at den omtalte angivelse i Y's tilbud både efter sin placering og sin udformning var et forbehold over for et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, nemlig tidsplanen. Der var endvidere ikke grundlag for at fortolke angivelsen som alene sigtende til kloakeringsarbejdets begyndelsestidspunkt, som ikke var sanktioneret, og som Y selv stod for, idet angivelsen i så fald ville have været uden mening. Det var uden betydning, om Y ville have været nødt til at begynde kloakeringsarbejdet før det begyndelsestidspunkt herfor, der var angivet i udbudsbetingelserne.

Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, ved at have fastsat, at spørgsmål til udbudsbetingelserne skulle stilles senest den 17. april 2009, selvom fristen for afgivelse af tilbud først udløb den 6. maj 2009, dvs. 19 dage senere. (Efter den nævnte bestemmelse skal udbyderen senest 6 dage før tilbudsfristens udløb give de potentielle tilbudsgivere supplerende oplysninger om forhold, der er anmodet om oplysning om »i tide«).

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at fastslå, at udbyderen ikke inden 6 dage før tilbudsfristens udløb havde kunnet besvare spørgsmål stillet efter 17. april 2009. Udbyderen havde herefter ikke været berettiget til at fastsætte datoen 17. april 2009 som sidste frist for at stille spørgsmål, hvorfor klagepunktet blev taget til følge.

## **25. november 2009. A/S Jens Jensen og sønner mfl. mod Viborg Kommune**

*Udbyderens annullation af et udbud som følge af fejl i udbudsbetingelserne var berettiget, selvom udbyderen havde givet tilbudsgiverne underretning om alle tilbudspriser. Udbuddet kunne annulleres i sin helhed, selvom fejlene ikke angik alle dele af den udbudte ydelse*

En kommune iværksatte en række sideordnede offentlige udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende skolebuskørsel mv.

Den udbudte kørsel bestod i mindre omfang af forskellige kørsler efter særskilt rekvirering (»variabel kørsel«), i det følgende benævnt den variable kørsel. Med hensyn til denne kørsel var i udbudsbetingelserne angivet, at der ville blive indgået kontrakt med alle tilbudsgivere, der opfyldte

nogle nærmere betingelser, og der var derfor ikke fastsat noget tildelingskriterium for denne kørsel.

I øvrigt bestod den udbudte kørsel af kørsel i bestemte ruter til bestemte tidspunkter (»lukkede skolebusruter« og »speciel skolekørsel«), i det følgende benævnt den faste kørsel. Med hensyn til denne kørsel var tildelingskriteriet laveste pris. Medmindre andet fremgår, angår det følgende kun den faste kørsel.

Kørslen var opdelt i forskellige »pakker«. Der kunne afgives tilbud på en eller flere pakker, og der skulle angives en tilbudspris for hver tilbudt pakke. I udbudsbetingelserne var for hver pakke fastsat antal og type for de køretøjer, der skulle anvendes, og det var angivet, at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning. I et senere rettelsesblad blev imidlertid fastsat, at der kunne afgives alternative tilbud om kørsel med et andet antal og en anden type køretøjer end angivet i de oprindelige udbudsbetingelser. Det var i rettelsesbladet endvidere fastsat, at tilbuddene kunne angive en rabat for kontrakt om flere pakker.

Der indkom tilbud fra en lang række tilbudsgivere. Efter tilbuddenes modtagelse gav udbyderen alle tilbudsgiverne oplysning om alle tilbudspriser og meddelte herunder, hvilke tilbudsgivere der havde »vundet udbuddet«.

Forskellige tilbudsgivere klagede derefter til udbyderen, hvorefter udbyderen annullerede udbuddet. Som begrundelse for annullationen henviste udbyderen til, at tilbuddene havde vist, at udbudsbetingelsernes beskrivelse af den udbudte kørsel ikke var fyldestgørende, og til de modtagne klager.

Nogle tilbudsgivere klagede til Klagenævnet over udbyderens annullation af udbuddet.

Klagerne gjorde principalt følgende gældende: Betingelserne for udbyderens annullation af et udbud er skærpet, når alle tilbudspriser er meddelt tilbudsgiverne, og tilbudsgivernes kendskab til tilbudspriserne ville medføre et retstap for tilbudsgiverne med de laveste tilbudspriser, hvis der skulle gennemføres et nyt udbud.

Udbyderen gjorde heroverfor gældende, at annullationen havde været nødvendig, fordi der ikke lovligt kunne indgås kontrakter på grundlag af udbudsbetingelserne. Udbyderen henviste herved til, at det ikke af rettelsesbladet fremgik, hvilke krav de i rettelsesbladet omtalte alternative tilbud skulle opfylde, og hvorledes tilbud med angivelse af rabat ved kontrakt om flere pakker ville blive bedømt.

Subsidiært gjorde klagerne gældende, at der kun forelå saglig grund til at annullere udbuddet med hensyn til en del af de udbudte kontrakter.

Klagenævnet henviste til, at det ikke af rettelsesbladet fremgik, hvorledes tilbuddene ville blive bedømt. Udbyderen var herefter berettiget til at annullere de sideordnede udbud i deres helhed, herunder vedrørende den variable kørsel, selvom der kunne være indgået kontrakter om denne kørsel.

Klagerne fik således ikke medhold.

### **1. december 2009. Løgten Murer- og Entreprenørforretning A/S mod Norddjurs Kommune**

*Tilbud med rette afvist som ukonditionsmæssigt, da tilbudsgiveren ikke som krævet i udbudsbetingelserne havde underskrevet en erklæring om gæld til det offentlige, og da tilbudsgiverens underskrift på en henvisning i tilbuds-*

*listen til erklæringen ikke kunne anses for en underskrift på erklæringen. Ikke opsættende virkning*

En kommune iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende fagentrepriser ved et byggeri. Sagen angår en af entrepriserne. I udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbud skulle vedlægges en dateret og underskrevet erklæring på tro og love om ubetalt forfalden gæld til det offentligt. Den pågældende erklæring indgik i udbudsbetingelserne og indeholdt en rubrik, der skulle udfyldes af tilbudsgiveren, om størrelsen af den pågældende gæld. En tilbudsliste, der indgik i udbudsbetingelserne, indeholdt på side 1 to rubrikker for tilbudsgiverens underskrift, dels en rubrik, der henviste til tilbudssummen, dels en rubrik, der henviste til »udfyldt tro og loveerklæring vedlagt tilbud«.

En tilbudsgiver udfyldte den omtalte tro og love-erklærings rubrik om størrelsen af den ubetalte forfaldne gæld til det offentlige med »kr. 0«, men underskrev ikke erklæringen. Tilbudsgiveren underskrev derimod i de to omtalte rubrikker på tilbudslistens side 1.

Udbyderen afviste tilbudsgiverens tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til, at tilbudsgiveren ikke havde underskrevet den omtalte tro og love-erklæring.

Tilbudsgiveren klagede til Klagenævnet herover og gjorde gældende, at tilbudsgiverens to underskrifter på tilbudslistens side 1 var ensbetydende med en underskrift på tro og love-erklæringen. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet henviste til, at klageren ikke havde underskrevet tro og love-erklæringen, og til, at klagerens to underskrifter på tilbudslistens side 1 efter denne sides indhold ikke kunne anses for en underskrift på tro og love-erklæringen. Klageren fik således ikke medhold.

## **2. december 2009. Løgten Murer- og Entreprenørforretning A/S mod Norddjurs Kommune**

*Tilbud med rette afvist som ukonditionsmæssigt, da tilbudsgiveren ikke som krævet i udbudsbetingelserne havde vedlagt tilbuddet en underskrevet erklæring om gæld til det offentlige, og da tilbudsgiverens underskrift på en henvisning i tilbudslisten til erklæringen ikke kunne anses for en underskrift på erklæringen. Udbyderen overtrådte dog ligebehandlingsprincippet ved yderligere at begrunde afvisningen af tilbuddet med, at tilbudsgiveren ikke havde vedlagt en krævet garantierklæring, da denne erklæring var vedlagt tilbuddet. Ikke annullation. Ikke opsættende virkning*

En kommune iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende fagentrepriser ved et byggeri. Sagen angår en af entrepriserne. I udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbud skulle vedlægges en dateret og underskrevet erklæring på tro og love om ubetalt forfalden gæld til det offentligt. Erklæringen indgik i udbudsbetingelserne og indeholdt en rubrik, der skulle udfyldes af tilbudsgiveren, om størrelsen af den pågældende gæld. En tilbudsliste, der indgik i udbudsbetingelserne, indeholdt på side 1 to rubrikker for tilbudsgiverens underskrift, dels en rubrik, der henviste til tilbudssummen, dels en rubrik, der henviste til »udfyldt tro og loveerklæring vedlagt tilbud«.

En tilbudsgiver udfyldte den omtalte tro og love-erklærings rubrik om størrelsen af den ubetalte forfaldne gæld til det offentlige med »kr. 0«, men underskrev ikke erklæringen. Tilbudsgiveren underskrev derimod i de to omtalte rubrikker på tilbudslistens side 1.

Udbyderen afviste tilbudsgiverens tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning dels til, at tilbudsgiveren ikke havde underskrevet den omtalte tro og love-erklæring, dels til, at tilbudsgiveren ikke havde vedlagt en i udbudsbetingelserne krævet erklæring fra bank eller kautionselskab om, at tilbudsgiveren kunne stille en krævet sikkerhed for sine forpligtelser i henhold til den udbudte kontrakt.

Tilbudsgiveren klagede til Klagenævnet over afvisningen af tilbuddet og gjorde gældende, dels at tilbudsgiverens to underskrifter på tilbudslistens side 1 var ensbetydende med en underskrift på tro og love-erklæringen, dels at tilbudsgiveren havde vedlagt den krævede garantierklæring. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet henviste til, at klageren ikke havde underskrevet tro og love-erklæringen om gæld til det offentlige, og til, at klagerens to underskrifter på tilbudslistens side 1 efter denne sides indhold ikke kunne anses for en underskrift på erklæringen. Klageren fik således ikke medhold med hensyn til tro og love-erklæringen.

Klagenævnet konstaterede derimod, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved delvis at begrunde afvisningen af klagerens tilbud med, at klageren ikke havde vedlagt den krævede erklæring fra bank eller kautionselskab, selvom klageren havde vedlagt en sådan erklæring. Forholdet var erkendt af udbyderen.

En påstand fra klageren om annullation af udbyderen beslutning om at afvise klagerens tilbud blev ikke taget til følge med henvisning til klagerens manglende underskrift på tro og love-erklæringen om gæld til det offentlige.

### **3. december 2009. Murerfirmaet Bent Klausen ApS mod Norddjurs Kommune**

*Tilbudsgiveren havde bevisbyrden for, at tilbuddet var vedlagt en krævet oplysning om referencer, og denne bevisbyrde var ikke løftet. Udbyderen overtrådte ligebehandlingsprincippet ved til dels at begrunde afvisning af tilbuddet med, at det af en vedlagt bankerklæring ikke kunne ses, om banken ville stille garanti for tilbudsgiverens forpligtelser, da et krav i udbudsbetingelserne om erklæring fra bank eller kautionselskab ikke gik ud på, at banken eller kautionselskabet skulle forpligte sig til at stille garanti. Ikke opsættende virkning*

En kommune iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende fagentrepriser ved et byggeri. Sagen angår en af entrepriserne. I udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbud skulle oplyse tre relevante referencer for tilsvarende projekter inden for de sidste 5 år samt vedlægges en erklæring fra bank eller kautionselskab om, at tilbudsgiveren kunne stille en sikkerhed, der var krævet i udbudsbetingelserne.

Udbyderen afviste tilbuddet fra en tilbudsgiver med henvisning til, at tilbudsgiveren ikke havde oplyst referencer, og til, at det ikke klart fremgik af en bankerklæring, der var vedlagt tilbuddet, om banken ville stille garanti.

Den omtalte bankerklæring gik ud på en beskrivelse af tilbudsgiverens økonomiske situation og likviditet og mandede ud i, at tilbudsgiveren ville kunne stille bankgaranti.

Tilbudsgiveren 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 afvist klagerens tilbud med henvisning til manglende oplysning om referencer.

Klageren gjorde gældende, at tilbuddet var vedlagt den krævede oplysning om referencer, hvilket udbyderen bestred. Udbyderen angav herved, at tilbuddet alene var vedlagt en reklamefolder, og at tilbudsgiveren først efter tilbudsfristens udløb havde indsendt en egentlig referenceliste.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til, at klageren havde bevisbyrden for, at tilbuddet var vedlagt oplysning om referencer som krævet i udbudsbetingelserne, og til, at denne bevisbyrde ikke var løftet. Videre henvist til, at klageren alene havde bevist, at tilbuddet var vedlagt en reklamefolder, og til, at denne reklamefolder ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav til oplysning om referencer.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at afvise klagerens tilbud med henvisning til, at det ikke af den af klageren vedlagte bankerklæring kunne ses, om banken ville stille garanti:

Taget til følge med henvisning til, at udbudsbetingelsernes angivelser om erklæring fra bank eller kautionsselskab ikke gik ud på, at banken eller kautionsselskabet skulle forpligte sig til at stille garanti.

#### **8. december 2009. Ricoh Danmark A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S**

*Udbyderen overtrådte gennemsigtighedsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 53 ved at beregne tilbudspriserne på grundlag af gennemsnittet af de tilbudte priser og rabatter og på grundlag af et forhold, der ikke fremgik af udbudsbetingelserne. Desuden overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at foretage tilbudsvurderingen i strid med udbudsbetingelserne. Ikke opsættende virkning. Annullation*

En ordregivende myndighed iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende 6 rammeaftaler om indkøb af printere m.m. Klagesagen vedrørte en af de 6 rammeaftaler. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes på nærmere angiven måde: 1. Pris, 2. Kvalitet, 3. Sortiment, 4. Miljø og 5. Tillægsydelser.

Til de fleste af underkriterierne var knyttet nogle delkriterier. Til underkriterium 1. Pris var således knyttet følgende delkriterier, der vægtedes på nærmere angiven måde: a. rabat, b. ydelser (dvs. tillægsydelser som fx udvidet brugeruddannelse) c. udstyr (dvs. prisen på de tilbudte maskiner uden fradrag af rabat) og d. service.

I det følgende anvendes betegnelsen »bruttopris« for tilbudsprisen for de enkelte maskiner uden fradrag af rabat og betegnelsen »nettopris« for tilbudsprisen efter fradrag af en tilbudt rabat.

Ifølge udbudsbetingelserne skulle tilbudsgiverne oplyse elforbruget for de tilbudte maskiner, og udbyderen lod ved tilbudsvurderingen maskinerens elforbrug indgå i sin opgørelse af tilbudspriserne. Det fremgik ikke af udbudsbetingelserne, at udbyderen ville gøre dette.

Udbuddet omfattede et antal »segmenter«, der angik de tilbudte maskiners hastighed, således at det for hver maskine skulle angives, hvilket segment den hørte under. Udbyderen foretog tilbudsvurderingen på grundlag af beregnede tilbudspriser for hvert segment beregnet som gen-

nemsnittet af tilbudspriserne for de tilbudte maskiner inden for segmentet. Det var ikke angivet i udbudsbetingelserne, at udbyderen ville gøre dette.

Tilbudsgiverne skulle endvidere oplyse, i hvilket omfang der blev tilbudt rabat inden for forskellige ordrestørrelser (0-99.999 kr., 100.000-449.999 kr. osv.). Ved tilbudsvurderingen beregnede udbyderen de tilbudte rabatter som et gennemsnit af tilbuddenes rabatter for de forskellige ordrestørrelser. Det var ikke oplyst i udbudsbetingelserne, at udbyderen ville gøre dette.

I udbudsbetingelserne var bl.a. angivet, at et bredt sortiment ville blive tillagt positiv betydning.

Der indkom tilbud fra 9 virksomheder, hvorefter udbyderen besluttede at indgå rammeaftaler med 8 af tilbudsgiverne. Den tilbudsgiver, der ikke skulle indgå rammeaftale med, 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 gennemsigtighedsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 53 (om tildelingskriterier) ved i udbudsbetingelserne at fastsætte og under tilbudsvurderingen at anvende delkriterierne a. rabat og c. udstyr til underkriterium 1. Pris, uagtet disse delkriterier ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klageren henviste på dette punkt til følgende: Anvendelsen af de nævnte delkriterier som særskilte delkriterier kunne føre til, at en høj bruttopris og en høj rabat gav flere points ved tilbudsvurderingen end en lav bruttopris og en lav rabat. Udbyderens beregning af de tilbudte rabatter som gennemsnittet af hver tilbudsgivers rabat inden for de forskellige ordrestørrelser var endvidere uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da der kun sjældent afgives ordrer inden for visse af ordrestørrelserne.

Klagenævnet tog påstanden til følge med henvisning til, at udbyderen havde foretaget tilbudsvurderingen på grundlag af de tilbudte bruttopriser og den tilbudte gennemsnitlige rabat i stedet for på grundlag af de tilbudte nettopriser. Anvendelsen af bruttopris og rabat som selvstændige delkriterier var herefter ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 53 ved under tilbudsvurderingen at have beregnet tilbudspriser for hvert segment som gennemsnittet af priserne for de tilbudte maskiner inden for segmentet:

Taget til følge med henvisning til, at tilbudsgiverne havde kunnet forvente, at udbyderen ville sammenligne tilbudspriserne for sammenlignelige maskiner inden for hvert segment, således at maskiner med ekstra funktioner ikke kunstigt trak prisen for en billigere maskine op. Herved henvist til udbudsbetingelsernes angivelse af, at et bredt sortiment ville blive tillagt positiv betydning.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 53 ved ikke i udbudsbetingelserne at fastsætte, at udbyderen ved sin opgørelse af tilbudspriserne ville tage hensyn til de tilbudte maskiners elforbrug:

Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede forholdet.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke under tilbudsvurderingen at have taget hensyn til nettoprisen for de tilbudte maskiner.

Klagepunktet sigtede til, at udbyderen som svar på et spørgsmål fra en tilbudsgiver havde oplyst, at både bruttopris og nettopris ville blive »vægtet«.

Klagepunktet blev taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede forholdet.

En påstand fra klageren om annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med de 8 valgte tilbudsgivere blev taget til følge med henvisning til følgende: De overtrædelser, der var konstateret under punkt 1, 2 og 4, var udtryk for, at den af udbyderen anvendte evalueringsmodel var behæftet med en sådan grad af uklarhed og uigennemsigtighed, at den var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Evalueringsmodellen var endvidere præget af vilkårlighed og var anvendt uden iagttagelse af de vilkår, der var fastsat i udbudsbetingelserne.

### **10. december 2009. DPC Construction A/S mod Universitets- og Bygningsstyrelsen**

*Udbyderen var berettiget til at afvise et tilbud, da en arbejdsklausul, der skulle vedlægges tilbuddet, ikke som krævet var underskrevet, og udbyderen ville have overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage hensyn til en underskrevet arbejdsklausul, som tilbudsgiveren indsendte senere. Et krav i licitationsbetingelserne om vedlæggelse af nøgletal var ikke uklart og var ikke fremkommet for sent, hvorfor udbyderen var forpligtet til at afvise et tilbud, der ikke var vedlagt nøgletal. Ikke opsættende virkning*

En ordregivende myndighed iværksatte en licitation efter Tilbudslovens afsnit I vedrørende et byggearbejde. Tildelingskriteriet var laveste pris. I licitationsbetingelserne indgik en arbejdsklausul<sup>1</sup>, som tilbudsgivere skulle indsende i underskrevet stand sammen med tilbuddet. I et rettelsesblad, der blev udsendt ca. 14 dage før tilbudsfristens udløb, var endvidere angivet, at tilbudsgiverne skulle aflevere nøgletal i henhold til bekendtgørelse nr. 241 af 11. april 2008 om nøgletal for statsbyggerier m.v.<sup>2</sup>

Tilbuddene skulle afgives elektronisk gennem Byggeweb<sup>3</sup>, og 7 virksomheder afgav tilbud ved uploading af tilbud med bilag til Byggeweb.

En tilbudsgiver D uploadede sit tilbud med bilag på dagen for tilbudsfristens udløb. D havde tekniske problemer med at påføre arbejdsmarkeds-klausulen sin underskrift, men fik efter sin opfattelse løst problemerne før uploadingen. D var ikke i besiddelse af nøgletal og angav derfor i et bilag, som D uploadede til Byggeweb sammen med tilbuddet, at D ikke havde vedlagt nøgletal.

<sup>1</sup> Dvs. en klausul i henhold til ILO-konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. En sådan klausul skal kort gengivet gå ud på, at den anvendte arbejdskraft vil blive tilsikret løn og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end normalt på egnen. Nærmere enkeltheder indeholdes i Beskæftigelsesministeriets cirkulæreskrivelse nr. 115 af 27. juni 1990, der ligger på Retsinformation.

<sup>2</sup> Denne bekendtgørelse går bl.a. ud på, at statslige bygherrer ved byggerier over en nærmere angivet værdi skal forlange, at tilbudsgivere afleverer nøgletal for tidligere byggerier, dvs. evalueringer, der er indhentet efter nærmere angivne retningslinjer.

<sup>3</sup> Dvs. Byggeweb A/S, en softwarevirksomhed med deltagelse af bl.a. Teknologisk Institut og TDC Internet. Virksomheden står for digital håndtering af byggesager gennem Internettet, herunder tilbudsafgivelse.

Efter tilbuddenes modtagelse henvendte udbyderens rådgiver sig til D og angav, at D ikke havde underskrevet arbejdsmarkedsklausulen. D sendte derfor dagen efter tilbudsfristens udløb en underskrevet arbejdsklausul til rådgiveren pr. e-mail.

Senere afviste udbyderen D's tilbud med henvisning til, at D ikke havde underskrevet arbejdsklausulen og ikke havde afleveret nøgletal.

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 udbyderen havde afvist D' tilbud med begrundelse, at D ikke havde underskrevet arbejdsklausulen, selvom den arbejdsklausul, som D havde uploadet sammen med tilbuddet, var underskrevet (påstand 1):

Ikke taget til følge, idet Klagenævnet efter sagens oplysninger lagde til grund, at den arbejdsklausul, der var uploadet sammen med D's tilbud, ikke var underskrevet. D's tilbud var herefter ikke konditionsmæssigt, hvorfor udbyderen var berettiget til ikke at tage tilbuddet i betragtning.

2) Subsidiær klage over, at udbyderen ikke havde taget D's tilbud i betragtning, selvom D efterfølgende havde fremsendt en underskrevet arbejdsklausul (påstand 2):

Ikke taget til følge med henvisning til, at den underskrevne arbejdsklausul i henhold til licitationsbetingelserne skulle indsendes sammen med tilbuddet. Videre udtalt, at det ikke var en blot ubetydelig mangel, at tilbuddet ikke var vedlagt en underskrevet arbejdsklausul, og at udbyderen derfor ville have overtrådt ligebehandlingsprincippet ved efterfølgende at indhente en underskrevet arbejdsklausul eller tage en senere modtaget underskrevet arbejdsklausul i betragtning.

3) Klage over, at kravene vedrørende nøgletal var beskrevet uklart i licitationsbetingelserne, og klage over, at udbyderen ikke havde taget D's tilbud i betragtning med begrundelse, at D's ikke havde vedlagt nøgletal (påstand 3 og 4).

D gjorde vedrørende disse klagepunkter gældende: Kravet om nøgletal var fremkommet så sent, at D ikke havde praktisk mulighed for at indhente en dokumentation, der kunne træde i stedet for nøgletal. Det var endvidere uklart, om udbyderen havde stillet krav om nøgletal, og udbyderen havde ikke angivet, hvilke oplysninger, der skulle afgives, hvis en tilbudsgiver ikke var i besiddelse af nøgletal.

Klagepunkterne blev ikke taget til følge med henvisning til, at licitationsbetingelsernes krav vedrørende nøgletal ikke var uklare og ikke var fremkommet for sent. Udbyderen havde derfor været forpligtet til ikke at tage D's tilbud i betragtning som følge af, at tilbuddet ikke var vedlagt nøgletal.

### **11. december 2009. Tabulex ApS mod Tønder Kommune**

*Værdien af en partnerskabsaftale vedrørende it-systemer oversteg Udbudsdirektivets tærskelværdi, og der skulle derfor forud for indgåelse af aftalen have været gennemført et EU-udbud. Klagenævnet havde ikke hjemmel til at erklære partnerskabsaftalen for ugyldig eller til at pålægge ordregiveren at bringe den til ophør. En påstand om lovliggørelse ved EU-udbud af de ydelser, der var omfattet af partnerskabsaftalen, afvist, da det ikke ville medføre ændring af ordregiverens retsstilling, hvis påstanden blev taget til følge. Annulatio*

En kommune indgik uden forudgående EU-udbud en »partnerskabsaftale« med en IT-virksomhed K om implementering, drift og udvikling af forskellige it-systemer. En anden it-virksomhed klagede til Klagenævnet over, at partnerskabsaftalen var indgået uden EU-udbud.

Klagenævnet henviste til følgende:

Grundlaget for partnerskabsaftalen var kommunens beslutning om at vælge et it-system, der blev leveret af K, som kommunens it-plattform. Valget af det pågældende it-system var en grundlæggende forudsætning for partnerskabsaftalen, og kommunens hovedformål med at indgå i samarbejdet med K var at optimere kommunens sagsbehandling ved brug af it-løsninger fra K. Aftalen om implementering af it-systemet var en løbende aftale, som erstattede tidligere aftaler mellem kommunen og K, og var derfor en ny udbudspligtig aftale. Partnerskabsaftalen omfattede således udbudspligtige ydelser. På grundlag af en gennemgang af kommunens udgifter konstaterede Klagenævnet endvidere, at kommunens udgift til anskaffelse af it-systemet oversteg Udbudsdirektivets tærskelværdi.

Klagenævnet konstaterede herefter, at kommunen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved at indgå partnerskabsaftalen uden forudgående udbud, og Klagenævnet annullerede kommunens beslutning om at indgå partnerskabsaftalen.

Klageren nedlagde påstande om, at Klagenævnet skulle erklære partnerskabsaftalen for ugyldig og pålægge kommunen at bringe den til ophør. Klagenævnet tog ikke disse påstande til følge med henvisning til, at der ikke i Lov om Klagenævnet for Udbud var hjemmel hertil, og til, at direktiv 2007/66 om ændring af kontroldirektiverne, som klageren havde påberåbt sig, ikke er implementeret i dansk ret endnu.

Klagenævnet afviste en påstand fra klageren om, at Klagenævnet skulle pålægge kommunen ved EU-udbud at lovliggøre de anskaffelser, der var omfattet af partnerskabsaftalen, med henvisning til, at det ikke ville medføre ændring i kommunens retsstilling, hvis påstanden blev taget til følge.

### **14. december 2009. Ortos A/S mod Odense Kommune**

*Forbigået tilbudsgiver tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktinteresse, da tilbudsgiveren ikke kunne forudse, at udbyderen ville overtræde udbudsreglerne i forbindelse med tilbudsvurderingen, hvorfor der var årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og tilbudsgiverens forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenavnets kendelse af 15. januar 2009 i samme sag. Også Klagenavnets kendelser af 15. december 2009 og 16. december 2009 er en fortsættelse af kendelsen af 15. januar 2009.

Sagen drejede sig om et EU-udbud vedrørende en rammeaftale om indkøb af ortopædiske hjælpemidler. Klagen var indgivet af tre tilbudsgivere O, S og K, der ikke havde fået tildelt en kontrakt. Ved kendelsen af 15. januar 2009 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på 8 forskellige punkter. Overtrædelserne gik ud på: a. urigtig angivelse af, hvor mange tilbudsgivere, der ville blive indgået kontrakt med, b. ændring af begyndelsestidspunktet for kontrakt, c. uklar beskrivelse af de ønskede produkter samt d. forskellige overtrædelser i forbindelse med tilbudsvurderingen, herunder anvendelse af ulovlige delkriterier.

Ved kendelsen af 14. december 2009 tog Klagenævnet stilling til et erstatningskrav fra O, og ved kendelserne af 15. december 2009 og 16. december 2009 tog Klagenævnet stilling til erstatningskrav fra S og K. O's erstatningskrav var ca. 58.000 kr. til dækning af O's udgift ved at afgive tilbud (negativ kontraktsinteresse).

Klagenævnet udtalte i kendelsen af 14. december 2009:

Udbyderen var erstatningsansvarlig over for O som følge af de konstaterede overtrædelser under punkt a, c og d. O var en professionel tilbudsgiver med stor erfaring i at afgive tilbud under EU-udbud, og ved tilbudsafgivelsen var O eller burde O være bekendt med overtrædelserne under punkt a og c. O var derimod ikke ved tilbudsafgivelsen bekendt med, at udbyderen ville begå overtrædelserne under punkt d, der vedrørte udbyderens tilbudsevaluering, herunder anvendelse af ulovlige delkriterier, og det var overvejende sandsynligt, at O ikke ville have afgivet tilbud, hvis O havde været bekendt med, at udbyderen ikke ville foretage en lovlig tilbudsevaluering. Der var således årsagsforbindelse mellem de pågældende overtrædelser og O's forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud.

Klagenævnet pålagde herefter udbyderen at betale beløbet ca. 58.000 kr. til O. Udbyderen havde ikke bestridt beløbet størrelsesmæssigt.

### **15. december 2009. Sahva A/S mod Odense Kommune**

*Forbigået tilbudsgiver tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da tilbudsgiveren ikke kunne forudse, at udbyderen ville overtræde udbudsreglerne i forbindelse med tilbudsvurderingen, hvorfor der var årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og tilbudsgiverens forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud. En indsigelse fra udbyderen under erstatningsspørgsmålets behandling om, at tilbudsgiverens tilbud ikke var konditionsmæssigt, ikke taget til følge*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 15. januar 2009 i samme sag. Også Klagenævnets kendelser af 14. december 2009 og 16. december 2009 er en fortsættelse af kendelsen af 15. januar 2009.

Sagen drejede sig om et EU-udbud vedrørende en rammeaftale om indkøb af ortopædiske hjælpemidler. Klagen var indgivet af tre tilbudsgivere O, S og K, der ikke havde fået tildelt en kontrakt. Ved kendelsen af 15. januar 2009 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på 8 forskellige punkter. Overtrædelserne gik ud på: a. urigtig angivelse af, hvor mange tilbudsgivere, der ville blive indgået kontrakt med, b. ændring af begyndelsestidspunktet for kontrakt, c. uklar beskrivelse af de ønskede produkter samt d. forskellige overtrædelser i forbindelse med tilbudsvurderingen, herunder anvendelse af ulovlige delkriterier.

Ved kendelsen af 15. december 2009 tog Klagenævnet stilling til et erstatningskrav fra S, og ved kendelserne af 14. december 2009 og 16. december 2009 tog Klagenævnet stilling til erstatningskrav fra O og K. S' erstatningskrav var ca. 17.000 kr. til dækning af S' udgift ved at afgive tilbud (negativ kontraktsinteresse).

Udbyderen gjorde under erstatningsspørgsmålets behandling for Klagenævnet bl.a. gældende, at S' tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi tilbuddet ikke havde opfyldt følgende krav i udbudsbetingelserne: »Beskrivelse af evt. kvalitetssikringssystem og/eller miljøcertificering. Vedlæg dokumentation.«

Klagenævnet udtalte i kendelsen af 15. december 2009:

Udbyderen var erstatningsansvarlig over for S som følge af de konstaterede overtrædelser under punkt a, c og d. S var en professionel tilbudsgiver med stor erfaring i at afgive tilbud under EU-udbud, og ved tilbudsafgivelser var S eller burde S være bekendt med overtrædelserne under punkt a og c. S var derimod ikke ved tilbudsafgivelsen bekendt med, at udbyderen ville begå overtrædelserne under punkt d, der vedrørte udbyderens tilbudsevaluering, herunder anvendelse af ulovlige delkriterier, og det var overvejende sandsynligt, at S ikke ville have afgivet tilbud, hvis S havde været bekendt med, at udbyderen ikke ville foretage en lovlig tilbudsevaluering. Der var således årsagsforbindelse mellem de pågældende overtrædelser og S' forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud.

Klagenævnet henviste videre til, at S i tilbuddet havde givet en kvalitetsbeskrivelse og beskrevet sin miljøpolitik, og til, at udbyderen ikke havde stillet nærmere krav med hensyn til tilbuddenes opfyldelse af det refererede krav i udbudsbetingelserne. S' tilbud var derfor konditionsmæssigt, hvilket også støttedes af, at udbyderen havde taget S' tilbud i betragtning og havde ladet S' oplysninger om miljøpolitik indgå i tilbudsvurderingen.

Klagenævnet pålagde herefter udbyderen at betale beløbet ca. 17.000 kr. til S. Udbyderen havde ikke bestridt beløbet størrelsesmæssigt.

#### **16. december 2009. Konsortiet De Jysk-Fynske Bandagerier og Skomagerier mod Odense Kommune**

*Forbigået tilbudsgiver tillagt erstatning til dækning af negativ kontraktsinteresse, da tilbudsgiveren ikke kunne forudse, at udbyderen ville overtræde udbudsreglerne i forbindelse med tilbudsvurderingen, hvorfor der var årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og tilbudsgiverens forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud. En indsigelse fra udbyderen under erstatningsspørgsmålets behandling om, at tilbudsgiverens tilbud ikke var konditionsmæssigt, ikke taget til følge*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 15. januar 2009 i samme sag. Også Klagenævnets kendelser af 14. december 2009 og 15. december 2009 er en fortsættelse af kendelsen af 15. januar 2009.

Sagen drejede sig om et EU-udbud vedrørende en rammeaftale om indkøb af ortopædiske hjælpemidler. Klagen var indgivet af tre tilbudsgivere O, S og K, der ikke havde fået tildelt en kontrakt. Ved kendelsen af 15. januar 2009 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på 8 forskellige punkter. Overtrædelserne gik ud på: a. urigtig angivelse af, hvor mange tilbudsgivere, der ville blive indgået kontrakt med, b. ændring af begyndelsestidspunktet for kontrakt, c. uklar

beskrivelse af de ønskede produkter samt d. forskellige overtrædelser i forbindelse med tilbudsvurderingen, herunder anvendelse af ulovlige delkriterier.

Ved kendelsen af 16. december 2009 tog Klagenævnet stilling til et erstatningskrav fra K, og ved kendelserne af 14. december 2009 og 15. december 2009 tog Klagenævnet stilling til erstatningskrav fra O og S. K's erstatningskrav var ca. 13.000 kr. til dækning af K's udgift ved at afgive tilbud (negativ kontraktsinteresse).

Udbyderen gjorde under erstatningsspørgsmålets behandling for Klagenævnet bl.a. gældende, at K's tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi tilbuddet ikke havde opfyldt følgende krav i udbudsbetingelserne: »Beskrivelse af evt. kvalitetssikringssystem og/eller miljøcertificering. Vedlæg dokumentation.«

Klagenævnet udtalte i kendelsen af 15. december 2009:

Udbyderen var erstatningsansvarlig over for K som følge af de konstaterede overtrædelser under punkt a, c og d. K var en professionel tilbudsgiver med stor erfaring i at afgive tilbud under EU-udbud, og ved tilbudsafgivelsen var K eller burde K være bekendt med overtrædelserne under punkt a og c. K var derimod ikke ved tilbudsafgivelsen bekendt med, at udbyderen ville begå overtrædelserne under punkt d, der vedrørte udbyderens tilbudsevaluering, herunder anvendelse af ulovlige delkriterier, og det var overvejende sandsynligt, at K ikke ville have afgivet tilbud, hvis K havde været bekendt med, at udbyderen ikke ville foretage en lovlig tilbudsevaluering. Der var således årsagsforbindelse mellem de pågældende overtrædelser og K's forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud.

Klagenævnet henviste videre til, at K havde oplyst, at K overholdt et direktiv om sikring af kvalitet og ensartethed, og til, at udbyderen ikke havde stillet nærmere krav med hensyn til tilbuddenes opfyldelse af det refererede krav i udbudsbetingelserne. K's tilbud var derfor konditions-mæssigt, hvilket også støttedes af, at udbyderen havde taget K's tilbud i betragtning og havde ladet den omtalte oplysning fra K indgå i tilbudsvurderingen.

Klagenævnet pålagde herefter udbyderen at betale beløbet ca. 13.000 kr. til K. Udbyderen havde ikke bestridt beløbet størrelsesmæssigt.

### **17. december 2009. Uggerly Installation A/S mod Aalborg Kommune**

*To påstande afvist, da Klagenævnet havde taget stilling til dem ved en tidligere kendelse om samme licitation. En angivelse i et tilbud var ikke et forbehold om grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, hvorfor udbyderen ikke var forpligtet til at afvise tilbuddet som følge af angivelsen. Det var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen efter tildelingsbeslutningen, men før kontraktsindgåelsen, holdt et møde med den valgte tilbudsgiver*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 11. februar 2009 vedrørende samme licitation.

Sagen drejede sig om en offentlig licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende et anlægsarbejde på et renseanlæg. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af to underkriterier. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten.

Ved klagens indgivelse til Klagenævnets nedlagde klageren 4 påstande, dels to påstande, der gik ud på klage over de to underkriterier (påstand 1 og 2), dels to påstande om erstatning (påstand 3 og 4). Klagenævnet ud-

satte behandlingen af påstand 3 og 4 og traf ved kendelsen af 11. februar 2009 afgørelse om ikke at tage påstand 1 og 2 til følge.

Nogen tid senere indgav klageren et nyt klageskrift til Klagenævnet. I dette klageskrift blev påstand 1-4 gentaget, ligesom der blev nedlagt to yderligere påstande, dvs. påstand 5-6, se nedenfor.

Efter modtagelsen af det nye klageskrift afviste Klagenævnet påstand 1-2 med henvisning til, at Klagenævnet havde truffet afgørelse om disse påstande ved kendelsen af 11. februar 2009, og til, at denne kendelse ikke var indbragt for domstolene, hvorfor Klagenævnets afgørelse i kendelsen var endelig i medfør af § 8, stk. 2, i Lov om Klagenævnet for Udbud (hvorefter Klagenævnets afgørelser er endelige, hvis de ikke indbringes for domstolene inden 8 uger).

Klagenævnet udsatte endvidere på ny behandlingen af påstand 3-4, men tog i kendelsen af 17. december 2009 stilling til de nye påstande 5-6 således:

**Påstand 5:** Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom det i den valgte tilbudsgivers tilbud var angivet, at tilbudsgiveren ønskede et »ekstra igangsætningsmøde« for projektering:

Ikke taget til følge med henvisning til, at der ikke var grundlag for at antage, at den omtalte angivelse indeholdt forbehold om grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, hvorfor udbyderen ikke havde pligt til at afvise tilbuddet som følge af angivelsen.

**Påstand 6:** Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved efter modtagelsen af tilbuddene, men inden tildelingsbeslutningen, at have holdt et møde med den valgte tilbudsgiver:

Ikke taget til følge med henvisning til, at det omtalte møde blev holdt efter tildelingsbeslutningen og nogle få dage før underskrivelsen af kontrakt.

### **18. december 2009. Almenbo a.m.b.a. mod Den selvejende almene boligorganisation Nygårdsparken**

*En ordregivende myndighed havde overtrådt Tilbudslovens afsnit II ved ikke at iværksætte en tilbudsindhentning vedrørende en tjenesteydelse, og den ordregivende myndighed havde derved handlet ansvarspådragende over for en virksomhed. Virksomheden havde imidlertid bevisbyrden for, at der var årsagsforbindelse mellem den ansvarspådragende overtrædelse og virksomhedens hævdede tab, og denne bevisbyrde var ikke løftet*

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 15. september 2009 i samme sag. Indklagede var en almen boligorganisation, og klagen var indgivet af et andelsselskab, der havde administreret boligorganisationens lejligheder indtil 2009. Ved kendelsen af 15. september 2009 konstaterede Klagenævnet, at boligorganisationen havde overtrådt Tilbudslovens § 15 c ved uden forudgående annoncering at indgå aftale med en (anden) virksomhed om administration af lejlighederne i 2009.

Kendelsen af 18. december 2009 angik et erstatningskrav fra klageren, der påstod sig tillagt et beløb til dækning af et tab, som klageren hævdede at have lidt ved i 2009 at have overkapacitet svarende til en fuldtids medarbejder.

Til støtte for erstatningskravet gjorde klageren følgende gældende: Klageren havde ikke mistet nogen væsentlig fortjeneste ved ikke at skulle

administrere boligorganisationens lejligheder i 2009, da klageren ikke har væsentlig fortjeneste på sine administrationsaftaler. Som følge af ophøret af klagerens administration af boligorganisationens lejligheder fik klageren imidlertid en overkapacitet svarende til en fuldtids medarbejder, og klageren undlod at afskedige en medarbejder, fordi klageren af nærmere angivne grunde havde en berettiget forventning om, at klageren igen ville komme til at administrere boligorganisationens lejligheder efter 2009. Denne forventning havde vist sig ikke at holde stik, idet boligorganisationen havde iværksat et EU-udbud vedrørende administrationen af lejlighederne efter 2009, men beslutningen om at iværksætte EU-udbuddet var truffet af et organ hos boligorganisationen, der ikke havde kompetence hertil.

Klagenævnet udtalte: Ved den overtrædelse, som Klagenævnet konstaterede i kendelsen af 15. september 2009, handlede boligorganisationen ansvarspådragende over for klageren. Klageren havde imidlertid bevisbyrden for, at klagerens hævdede tab i form af udgiften til aflønning af en medarbejder i 2009 var forårsaget af den omtalte ansvarspådragende adfærd hos boligorganisationen, og denne bevisbyrde var ikke løftet.

Boligorganisationen blev herefter frifundet.

## **21. december 2009. Ergolet A/S mod Københavns Kommune**

*En formel for tildeling af points i relation til underkriteriet »Pris« var i strid med gennemsigtighedsprincippet, da formelen bevirkede, at underkriteriet ikke blev vægtet som angivet i udbudsbetingelserne. Desuden overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved manglende angivelse i udbudsbetingelserne af de forventede anskaffelser under en udbudt rammeaftale. Klagenævnet har ikke hjemmel til at annullere et afsluttet udbud. Annullation af tildelingsbeslutningen. Ikke opsættende virkning*

En kommune iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet af en rammeaftale om levering, opsætning og service af loftlifte (dvs. loftmonterede indretninger, der anvendes i plejehjem m.m. til flytning af personer; begrebet loftlift omfatter en række forskellige produkttyper).

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier, der ifølge udbudsbetingelserne begge blev vægtet med 50 %: 1. Pris og 2. Kvalitet og service.

I udbudsbetingelserne var vedrørende underkriterium 1. Pris angivet, at der ville blive lagt vægt på tilbudspriserne og de skønnede forventede anskaffelser af de enkelte produkttyper, men at de skønnede forventede anskaffelser ikke kunne oplyses, da der parallelt med udbuddet foregik en undersøgelse på udbyderens plejehjem. Det var endvidere angivet, at tilbuddene i relation til hvert af de to underkriterier ville få tildelt points efter en skala fra 0 til 10. Med hensyn til underkriterium 2. Kvalitet og service var angivet, at 10 points svarede til markedets bedste standard, mens 0 points svarede til den blotte opfyldelse af udbudsbetingelsernes mindstekrav.

Der indkom tilbud fra 7 virksomheder, hvorefter udbyderen foretog en tilbudsvurdering ved brug af følgende fremgangsmåde:

I relation til underkriterium 1. Pris tildelte udbyderen tilbuddene points efter en formel, hvori bl.a. indgik den samlede tilbudspris og den pris, som udbyderen hidtil havde betalt for tilsvarende produkter. I relation til underkriterium 2. Kvalitet og Service tildelte udbyderen tilbuddene points ud fra en skønsmæssig vurdering. Udbyderen besluttede herefter at indgå

kontrakt med den tilbudsgiver, der havde opnået det højeste samlede pointtal.

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

Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Klage over, at udbyderen ikke i udbudsbetingelserne havde præciseret, at underkriterium 2. Kvalitet og service bestod af to selvstændige underkriterier, og over, at udbyderen ikke havde angivet disse to selvstændige underkriteriers vægt:

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

2) Klage over, at udbyderen havde lagt vægt på et delkriterium »Kompetence«, selvom dette delkriterium ikke var fastsat i udbudsbetingelserne:

Ikke taget til følge, da udbyderen ikke havde gjort dette.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved at have foretaget tilbudsvurderingen på en måde, der bevirkede, at de to underkriterier 1. Pris og 2. Kvalitet og service ikke som fastsat i udbudsbetingelserne hver blev vægtet med 50 %:

Taget til følge med henvisning til, at den af udbyderen anvendte formel for tildeling af points vedrørende underkriterium 1. Pris i den normale situation medførte, at kun den midterste del af karakterskalaen fra 0 til 10 blev anvendt, med den konsekvens, at tilbud med høj tilbudspris fik for høje karakterer og tilbud med lav tilbudspris fik for lave karakterer. Som følge heraf blev de to underkriterier ikke hver vægtet med 50 % som fastsat i udbudsbetingelserne.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved ikke i udbudsbetingelserne at angive omfanget og sammensætningen af de forventede anskaffelser:

Taget til følge med henvisning til angivelsen i udbudsbetingelserne af, at de skønnede forventede anskaffelser ikke kunne oplyses.

5) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen i relation til underkriterium 2. Kvalitet og service havde lagt vægt på, hvordan tilbuddene forholdt sig til markedets bedste standard i stedet for til hinanden:

Ikke taget til følge med henvisning til, at tilbudsvurdering i hvert fald i relation til kvalitative underkriterier efter Klagenævnets praksis skal ske på grundlag af tilbuddenes forhold til de pågældende underkriterier og ikke ud fra tilbuddenes forhold til hinanden.

I anledning af en påstand fra klageren om, at Klagenævnet skulle annullere udbuddet, udtalte Klagenævnet, at Klagenævnet ikke har hjemmel til at annullere et afsluttet udbud. Klagenævnet annullerede derimod udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Indbragt for domstolene.