

**UDBUDSRETlige AFGØRELSER I PERIODEN MARTS 2012 TIL MARTS 2013**

v/ Erik Bertelsen og Jens Munk Plum, partnere

Kromann Reumerts Udbudsgruppe

Kontakt:

[erb@kromannreumert.com](mailto:erb@kromannreumert.com) - [jmp@kromannreumert.com](mailto:jmp@kromannreumert.com)**INDHOLDSFORTEGNELSE**

KLAGENÆVNETS AFGØRELSER .....	2
Tærskelværdier .....	2
Udbudsbekendtgørelser .....	2
Prækvalifikation og udvælgelseskriterier .....	3
Konditionsmæssighed – forbehold – alternative tilbud .....	6
Tildeling og tildelingskriterier – evalueringsmodeller .....	9
Underretning om tildeling .....	13
Ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet .....	14
Valg af udbudsform .....	25
Ordregivers annullation af udbud .....	25
Annullation/omgørelse .....	26
Erstatning .....	27
Klagenævnets kompetence .....	31
Klagenævnets påkendelse .....	32
Frister og proces .....	32
Opsættende virkning .....	33
Undtagelse fra udbud .....	35
AFGØRELSER FRA EU-DOMSTOLEN OG RETTEN .....	38
DANSKE DOMSTOLES AFGØRELSER .....	42
KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN .....	44
Klager .....	44
Vejledende udtalelser .....	45
LOVE, REGLER OG VEJLEDNINGER .....	47
TILTAG FRA KOMMISSIONEN .....	49
ANDET NYT .....	50

<b>KLAGENÆVNETS AFGØRELSER</b>
<b>Tærskelværdier</b>
<b>19. september 2012 - Fresenius Medical Care Danmark A/S mod Region Hovedstaden</b>
<p>Sagen omhandlede Region Hovedstadens udbud af vareindkøb af nefrologiprodukter til hæmodialyse. Udbuddet var opdelt i 13 delaftaler. Ingen af delaftalerne omfattede dialysemaskiner. Region Hovedstaden indgik med virkning fra den 1. november 2007 rammeaftale med 'Gambro' om levering af nefrologiprodukter. Efterfølgende havde Regionen flere gange indkøbt dialysemaskiner uden gennemførelse af udbud eller tilbudsindhentning. Et moment i sagen var opgørelse af købesummen i forhold til tærskelværdierne. Købesummen lå under udbudsdirektivets tærskelværdi for varekøb, men klageren gjorde gældende, at anskaffelsens værdi var højere end købesummen pga. markedsprisen var 135tkr. og ikke 50tkr. Klagenævnet gav ikke klager medhold heri og fandt alene, at Regionen havde handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved i 2011 at have indkøbt 28 dialysemaskiner til Rigshospitalet uden forudgående <i>tilbudsindhentning</i>. Betingelserne for anvendelse af reglerne uden virkning og økonomiske sanktioner ikke var opfyldt, eftersom kontrakterne ikke var omfattet af hverken udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, men derimod tilbudsloven. (se i den forbindelse kendelse af 20. september 2012 samme parter - tilbudsloven - et apparat).</p>
<b>19. januar 2012 - Atea A/S mod Københavns Kommune m.fl.</b>
<p>Københavns Kommune udbød via et konsulentbureau en rammeaftale vedrørende levering af it-udstyr. Kommunen skulle fungere som indkøbscentral for 8 andre kommuner. Klagenævnet udtalte, at ordregivers udgifter til konsulentfirmaet skulle anses som én samlet anskaffelse, og derfor ikke kunne opgøres pr. ordregivende myndighed. Klagenævnet afviste, at der skulle være tale om en tjenesteydelseskoncession, idet konsulentfirmaet var sikret et løbende vederlag, og derfor blev fuldt honoreret. Konklusionen blev derfor, at konsulentaftalen skulle have været udbudt, idet den samlet set overskred tærskelværdierne. Tildelingsbeslutningerne og udbuddet var allerede annulleret inden sagens afgørelse, hvorfor der alene blev idømt en bøde på kr. 2.000 samt betaling af sagsomkostningerne for overtrædelserne.</p>
<b>Udbudsbekendtgørelser</b>
<b>9. november 2012 - Gypsum Recycling International Holding A/S (tidligere Gypsum Recycling International A/S) mod I/S Vestforbrænding</b>
<p>I/S Vestforbrænding ("Vestforbrænding") udbød som begrænset udbud i 2008 en kontrakt vedrørende oparbejdning af gips. Efter fristens udløb havde Vestforbrænding kun modtaget én ansøgning om prækvalifikation, og da ansøgningen ikke levede op til et krav om dokumenteret erfaring med gipsaffald til genanvendelse, blev virksomheden anset for uegnet til at løse den udbudte opgave. Vestforbrænding besluttede herefter at annullere udbuddet som resultatløst og overgik samtidigt til udbud med forhandling i medfør af artikel 31, stk. 1, litra a.</p> <p>Vestforbrænding indledte forhandlinger med Gypsum Recycling International Holding A/S (Gypsum), som tidligere havde udført den udbudte opgave for Vestforbrænding. Forhandlingerne tog udgangspunkt i et "oplæg til kontrakt", som Vestforbrænding fremsendte til Gypsum. Disse forhandlinger brød imidlertid sammen, idet parterne ikke kunne blive enige om en pris for levering af de pågældende ydelser. Vestforbrænding tog herefter kontakt til en anden virksomhed på markedet, Combineering A/S og indgik - efter forhandlinger med denne - kontrakt vedrørende de udbudte ydelser.</p> <p>Gypsum indbragte herefter sagen for Klagenævnet for Udbud, blandt andet med påstand om, at Vestforbrænding havde overtrådt udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a ved at indgå kontrakt med Combineering, som indeholdt væsentlige ændringer i forhold til de oprindelige aftalevilkår. Gypsum gjorde under sagen gældende, at udbudsbekendtgørelsens - og kontrakttoplæggets - krav om, at der fra tilbudsgivers side skulle stilles en bankgaranti på 10 % af den forventede årlige omsætning var udgået i kontrakten med Combineering, og at dette vilkår - sammen med andre ændrede vilkår - havde en direkte afsmittende effekt på den tilbudte pris. Gypsum gjorde i forlængelse heraf gældende, at det var i strid med ligebehandlingsprincippet, at Gypsum ikke havde fået adgang til at forhandle på samme vilkår som Combineering. Vestforbrænding gjorde heroverfor blandt andet gældende, at forhandlingerne med Combineering fulgte den offentliggjorte udbudsbekendtgørelse for det annullerede udbud, og at kontrakten med Combineering ikke i væsentligt omfang</p>

afveg fra de overordnede angivelser i udbudsbekendtgørelsen.

Klagenævnet udtalte, at der ikke efter Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a er grundlag for at forstå bestemmelsen således, at henvendelse til yderligere tilbudsgivere skulle være udelukket, såfremt det viser sig, at der ikke kan indgås aftale med den tilbudsgiver, som ordregiver først har henvendt sig til og eventuelt forhandlet med. Klagenævnet udtalte ligeledes, at der som udgangspunkt ikke består en konkurrencesituation mellem den først kontaktede virksomhed og den virksomhed, som ordregiver herefter forhandler med. Klagenævnet fandt derefter, at Vestforbrænding udelukkende var forpligtet til at sikre, at udbudsbekendtgørelsen dannede ramme for forhandlingerne med Combineering, og at der ikke var grundlag til at fastslå, at Vestforbrændings kontraktoplæg til Gypsum skulle erstatte udbudsbekendtgørelsen, ligesom de pågældende fravigelser fra udbudsbekendtgørelsen i den endelige kontrakt med Combineering ikke udgjorde væsentlige ændringer fra de oprindelige aftalevilkår. Klagenævnet henviste i afgørelsen til udbuddets "særlige karakter", hvilket formentligt skal tages til indtægt for, at der dog er grænser for, hvor mange og hvilke ændringer, en ordregiver har adgang til at gøre i "de oprindelige aftalte aftalevilkår".

### Prækvalifikation og udvælgelseskriterier

#### 9. januar 2013 - Yding Gruppen A/S mod Aarhus Kommune

Aarhus Kommune udbød som begrænset udbud efter udbudsdirektivet en kontrakt om udførelse af rengøring i døgninstitutioner, dagtilbud og kontorlokaler i kommunen. Opgaven blev udbudt som 2 delaftaler knyttet til 2 distrikter og af udbudsbekendtgørelsen fremgik, at der skulle prækvalificeres 5 ansøgere for hver delaftale. Endvidere fremgik det af ud, at der skulle foreligge en referenceliste med op til 5 "tilsvarende eller lignende ydelser". Yding Gruppen A/S indgav ansøgning, men blev ikke udvalgt, da de angivne referencer ikke kunne betegnes som "tilsvarende og indgav herefter klage til Klagenævnet. Klagenævnet udtalte, at antallet af ansøgere efter udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, 2. afsnit kan begrænses til et antal, der er tilstrækkeligt stort til at sikre reel konkurrence. Der fandtes ikke grundlag for at tilsidesætte kommunens skøn over tilbudsgivernes egnethed på baggrund af soliditetsgraden og referencerne som værende i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2. Endelig udtalte Klagenævnet, at kommunen ikke havde haft pligt til at begrunde sin beslutning, og at den faktisk givne begrundelse ikke var urigtig utilstrækkelig eller vildledende. Yding Gruppen A/S's påstande om annullation og lovliggørelse af udbudsproceduren blev derfor ikke taget til følge.

#### 15. januar 2013 - Kongsvang Rengøringservice A/S mod Vejen Kommune

Vejen Kommune udbød som begrænset udbud efter udbudsdirektivet en tjenesteydelsesaftale om rengøring på ca. 80 institutioner. Der blev udbudt 8 delaftaler med mulighed for at ansøge om prækvalifikation på en eller flere af delaftalerne. Kongsvang Rengøringservice A/S blev ikke prækvalificeret og indgav klage til Klagenævnet med påstand om annullation af beslutningen om prækvalifikation, da kommunen havde handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i artikel 2 ved at have fastsat og udvalgt ansøgerne på grundlag af ikke objektive kriterier. Af udbudsbekendtgørelsen fremgik, at valget mellem ansøgerne ville blive truffet ud fra "Egenkapitalens størrelse" og "Referencer", såfremt der var mere end 7 egnede ansøgere. Klagenævnet udtalte, at kommunen havde et vidt skøn ved vurderingen af, hvem der efter de offentliggjorte kriterier er bedst egnede og de valgte kriterier var som udgangspunkt objektive og ikke diskriminerende i den betydning, de anvendes i udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3. Kommunen havde desuden ikke pligt til på forhånd at fastlægge en vægtning eller prioritering af kriterierne, jf. udbudsdirektivets betragtning 40. De af Kongsvangs Rengøringservice A/S fremsatte påstande blev derfor ikke taget til følge.

#### 10. oktober 2012 - Søndersø Entreprenør og Vognmandsforretning AS mod Middelfart Kommune

Middelfart Kommune gennemførte i 2011 et offentligt udbud af tjenesteydelser indeholdende transport og tømning af containere på 4 genbrugspladser fordelt på 4 delaftaler. Der kunne bydes på en eller flere aftaler. Efter tilbudsfristens udløb meddelte kommunen Søndersø Entreprenør og Vognmandsforretning A/S (herefter "Søndersø"), at dennes tilbud ikke var taget i betragtning, idet tilbuddet dels blev vurderet som unormalt lavt, jf. udbudsdirektivets artikel 55, dels at Søndersø i tilbuddet havde taget forbehold overfor et grundlæggende element.

Søndersø indbragte herefter sagen for Klagenævnet for Udbud, blandt andet med påstand om, at kommunen havde handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 55 ved afvisningen af Søndersøs tilbud som unormalt lavt. Søndersø gjorde under sagen gældende, at tilbuddet, der var 8 % lavere end det næstlaveste, ikke var unormalt lavt. Kommunen gjorde heroverfor gældende, at tilbuddet var unormalt lavt, og at Søndersø i de sidste 3 år havde haft negative resultater, hvorfor Søndersø ikke efter kommunens vurdering var i stand til at opfylde kontrakten. Klagenævnet udtalte, at det efter

udbudsdirektivets artikel 55 påhviler den ordregivende myndighed at godtgøre, at betingelserne for, at et tilbud kan anses som unormalt lavt, er opfyldt. Klagenævnet fandt ikke, at kommunen havde godtgjort dette. Klagenævnet lagde vægt på, at Søndersøs tilbud kun var 8 % lavere end det næstlaveste tilbud, som ikke af kommunen blev anset for unormalt lavt, og at Søndersø i øvrigt på forespørgsel fra kommunen under udbudsprocessen havde redegjort for rentabiliteten i tilbuddet.

Kommunens anbringende om, at Søndersø økonomisk set ikke ville være i stand til at opfylde kontrakten skulle ses i lyset af, at kommunen ikke i udbudsbetingelserne havde opstillet mindstekrav til tilbudsgivernes økonomiske kapacitet. Kendelsen understreger derfor vigtigheden af, at de ordregivende myndigheder opstiller mindstekrav til tilbudsgivernes økonomiske kapacitet - og at dette i øvrigt fremgår udtrykkeligt af udbudsbetingelserne.

Søndersø nedlagde under sagen tillige påstand om, at kommunen havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at afvise at tage tilbuddet i betragtning med henvisning til, at dette ikke var konditionsmæssigt, fordi der var taget forbehold. Udbudsbetingelserne krævede, at Søndersø, i tilfælde af at denne vandt alle 4 delaftaler, kunne indsætte mindst 5 lastbiler til samtidig drift. Søndersø havde i tilbuddet anført, at man på kontraktindgåelsestidspunktet ville have 4 biler dvs. en pr. delaftale. Søndersø gjorde under sagen gældende, at der blot var tale om en servicemeddelelse vedrørende firmaets materielressourcer på kontraktindgåelsestidspunktet, som var 9 måneder før påbegyndelse af opgaven. Kommunen gjorde heroverfor gældende, at der var tale om en fravigelse af et ufravigeligt krav om materielressourcer i udbudsbetingelserne. Klagenævnet udtalte, at Søndersøs angivelse af materielressourcer ikke var angivet som et forbehold, men på den anden side heller ikke var angivet som en servicemeddelelse. Tilbuddet var med andre ord uklart. Klagenævnet fandt - i overensstemmelse med nævnets praksis - at risikoen for uklarhed i tilbuddet skulle bæres af Søndersø som tilbudsgiver, og at Kommunen derfor havde været berettiget til at anse angivelsen som et forbehold.

#### **8. juni 2012 - Marius Pedersen A/S mod Aalborg Kommune; Forsyningsvirksomhederne, Renovationsvæsenet**

Sagen omhandlede Aalborg Kommunes begrænsede udbud af indsamling af dagrenovation med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Fem virksomheder blev prækvalificerede, heriblandt Marius Pedersen A/S, som dog ikke fik tildelt kontrakten. Klagenævnet tog konkret stilling til, hvilke underkriterier der kunne være egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagenævnet fandt, at et af underkriterierne efter sin karakter og opgaven, der ønskedes løst, ikke var egnet til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud", men alene egnet til at klarlægge tilbudsgivernes almindelige egnethed til at varetage opgaven. Denne generelle egnethed skulle kommunen have taget stilling til allerede i udvælgelsesfasen, og således ikke valgt tilbudsgivere, der ikke var i stand til at løfte opgaven. Kriteriet var efter Klagenævnets opfattelse et udvælgelseskriterium, hvorfor det ikke måtte anvendes i forbindelse med tilbudsvurderingen ved denne type udbud. Klagenævnet fandt, at Aalborg Kommune ikke var berettiget til at lade tilbudsgivers egnethed indgå i tilbudsvurderingen, hverken konkret eller generelt.

#### **7. juni 2012 - Dubex A/S mod Danske Spil A/S**

Sagen omhandlede Danske Spil A/S udbud af en kontrakt vedrørende support og opdatering af Danske Spils netværksudstyr. Det fremgik af udbudsmaterialet, at der ved evalueringen af underkriteriet "kvalitet" ville blive lagt vægt på de tilbudte medarbejderes kvalifikationer og kompetencer. Dette underkriterium vægtede 80 procent.

Dubex var en af de tre virksomheder, som blev prækvalificeret. Dubex blev ikke valgt, og indgav derefter klage med påstand om at Danske Spil skulle have handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved at have anvendt delkriterier til underkriteriet "Kvalitet", som havde karakter af udvælgelseskriterier, og uanset at disse kriterier ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Desuden påstod Dubex, at den anvendte pointmodel i forhold til pris ikke afspejlede spredningen i de indkomne tilbud, med den konsekvens, at vægtningen af underkriteriet "Pris" blev illusorisk. Pris vægtede samlet alene 20 procent over for kvalitet, der vægtede 80 procent. Evalueringen af underkriteriet pris blev evalueret på 3 delkriterier (support, konsultationer og maintenance).

Klagenævnet udtalte i forhold til spørgsmålet om kvalitet, at det ikke var i strid med udbudsdirektivets artikel 2 eller artikel 53 at vurdere virksomhedens *generelle erfaring* med lignende opgaver i forbindelse med prækvalifikation af ansøgere og samtidig fastsætte som tildelingskriterium et delkriterium til underkriteriet "Kvalitet", hvorefter evalueringen af

<p>underkriteriet "Kvalitet", skulle ske på baggrund af CV'er for de medarbejdere, der konkret skulle udføre arbejdet. Et sådant delkriterium var således konkret - efter karakteren af den udbudte tjenesteydelse - egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I forhold til spørgsmålet om den valgte pointmodel udtalte Klagenævnet, at det fremgik af udbudsbetingelserne, at Danske Spil ville anvende en retlinet pointmodel, der i visse konkrete tilfælde kan være i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53. Men i den foreliggende situation, hvor der alene var to tilbudsgivere, og hvor underkriteriet "Pris" vægtede 20 %, afspejlede pointmodellen imidlertid i tilstrækkelig grad spredningen i de indkomne tilbud, og vægtningen af underkriteriet "Pris" var derfor ikke blevet gjort illusorisk.</p>
<p><b>4. juni 2012 Kuben Management mod Staten og kommunernes Indkøbs Service A/S</b></p>
<p>Statens og Kommunernes Indkøbsservice (SKI) modtog 96 ansøgninger i forbindelse med udbuddet af en rammeaftale. Ved prækvalifikationen lagde SKI vægt på kvaliteten og relevansen af ansøgerens referencer. Hertil benyttede SKI et detaljeret pointsystem. Ud af de 96 ansøgere blev 14 prækvalificerede. Kuben Management var ikke i blandt de 14 prækvalificerede. Kuben Management udbad sig en begrundelse for den manglende prækvalifikation. SKI begrundede herefter bl.a. afslaget på prækvalifikation således: "<i>Deres ansøgning er dermed ikke blandt de 14 bedste og mest relevante referencer modtaget på det pågældende ydelsesområde [...]</i>".</p> <p>Efter Klagenævnets vurdering kunne begrundelsen vanskeligt komme til at gå ud på andet, end netop at der var 14 af de 96 ansøgers referencer, der blev skønnet bedre end bl.a. Kuben Management. Desuden var skønnet, der var lagt til grund for prækvalifikationen, baseret på et udførligt pointsystem, der fremgik af indstillingsnotatet. Klagenævnet havde intet grundlag for at fastslå, at dette skøn var foretaget i strid med udbudsreglerne. Da Kuben Management ikke havde anført noget til støtte for, at tildelingsbeslutningerne skulle annulleres, blev annullationspåstanden ikke taget til følge.</p>
<p><b>16. maj 2012 - EKJ Rådgivende Ingeniører A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S</b></p>
<p>Sagen omhandlede Statens og Kommunernes Indkøbsservices (SKI) udbud af en rammeaftale om ingeniørydelser, og EKJ Rådgivende Ingeniører A/S ("EKJ") anmodede om at blive prækvalificerede, men blev afvist som ukonditionsmæssigt, eftersom SKI hævdede, at EKJ ikke havde opfyldt krav i udbudsbekendtgørelsen om oplysning om kundetilfredshed for alle sine referencer.</p> <p>Klagenævnet lagde til grund, at SKI havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens ansøgning under henvisning til, at klageren for så vidt angår 2 af de i alt oplyste 7 referencer ikke havde oplyst nøgletal for kundetilfredshed eller vedlagt en udtalelse herom fra bygherren, uagtet der ikke i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne var stillet krav om 7 referencer med tilhørende nøgletal eller udtalelse fra bygherren. Beslutningen om afvisning blev dog ikke annulleret og der blev ikke nedlagt påbud om at tage klagerens anmodning om prækvalifikation i betragtning, eftersom en fornyet bedømmelse i realiteten af klagerens ansøgning ikke ville betyde, at klageren ville blive prækvalificeret.</p>
<p><b>18. april 2012 - xml-tekst ApS mod Uddannelsesstyrelsen</b></p>
<p>Sagen omhandlede Uddannelsesstyrelsens offentlige udbud af en rammeaftale om anskaffelse af it-hjælpe midler og særlige hjælpemidler til brugere med fysisk eller psykisk funktionsnedsættelse. Der blev afgivet tilbud fra tre forskellige virksomheder, heraf xml-tekst A/S. Uddannelsesstyrelsen besluttede at indgå kontrakt med en af de andre virksomheder og afviste xml-tekst A/S's tilbud som ukonditionsmæssigt. Xml-tekst A/S påstod, at afvisningen var i strid med princippet om ligebehandling og gennemsigtighed, idet det i udbuddet angivne mindstekrav om "tavlekamera" var så uklart formulerede, at det ikke var egnet til udbud. Xml-tekst påstod endvidere, at klagenævnet skulle annullere Uddannelsesstyrelsens beslutning om at indgå kontrakt med den anden virksomhed. Klagenævnet fandt, at udbudsbetingelserne var formuleret i overensstemmelse med udbudsdirektivets krav, således at det var op til den enkelte tilbudsgiver at afgøre, hvilket tavlekamera der blev tilbudt, når blot mindstekravene var opfyldt. Klagen blev derfor ikke taget til følge.</p>
<p><b>17. april 2012 - PH-Byg Faaborg A/S med Faaborg Menighedsråd.</b></p>
<p>Faktum i sagen var, at Faaborg Menighedsråd i december 2010 iværksatte en licitation efter tilbudsloven vedrørende byggearbejde i form af renovering af et gammelt klokketårn. Licitationen havde tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige bud". Der var ingen forudgående prækvalifikation, og licitationsbetingelserne blev udsendt til fem virksomheder. Efter modtagelsen af tilbud indledte menighedsrådet et afklarings- og forhandlingsforløb med de tre tilbudsgivere, der havde afgivet de laveste tilbud. Oprindeligt havde klager, PH-Byg Faaborg A/S, afgivet det laveste tilbud, men efter forhandlingerne med de forskellige tilbudsgivere viste klagers tilbud sig ikke længere at være det billigste. Menighedsrådet indgik herefter kontrakt med den tilbudsgiver, der nu havde afgivet det laveste tilbud. Under klagesagen gjorde PH-</p>

Byg Faaborg A/S gældende, at (1) Klagenævnet skulle konstatere, at menighedsrådet havde handlet i strid med tilbudsloven ved ikke at tildele kontrakten til PH-Byg Faaborg A/S, uanset at denne havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud; og (2) Klagenævnet skulle konstatere, at menighedsrådet havde handlet i strid med lighedsprincippet i tilbudsloven § 2 og de generelle udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Menighedsrådet nedlagde påstand om, at klagen ikke skulle tages til følge. Klagenævnet bemærkede indledningsvis, at nævnet ikke længere selv fremsatte forslag til formulering af påstande samt behandlede spørgsmål ex officio, hvilket var en konsekvens af ændringen af håndhævelsesloven § 10, som trådte i kraft den 1. juli 2011. Selv om klagen var modtaget allerede den 18. april 2011, tog Klagenævnet ikke stilling til andre påstande end dem, som var nedlagt under sagen. I overensstemmelse med fast praksis erstattede Klagenævnet ikke ordregivers skøn ved vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriterierne, og da nævnet som følge af karakteren af de fastsatte underkriterier ikke kunne konstatere, at PH-Byg Faaborg A/S havde afgivet det vindende tilbud, tog Klagenævnet ikke klagerens påstande til følge.

### Konditionsmæssighed – forbehold – alternative tilbud

#### 18. januar 2013 - Pedersen & Nielsen Automobilforretning AS mod Mariagerfjord Kommune

Kommunen udbød en kontrakt på leasing af 41 fabriksnye biler til hjemmepleje og andre institutioner. Kommunen havde oplyst, at kravspecifikationen skulle betragtes som et mindstekrav, heri fremgik det bl.a. om udstyr, at det skulle være let at komme ind og ud af bilen: "*Høj indstigning. Afstand fra jorden til laveste punkt på sædet skal minimum være 60 cm.*" I forbindelse med besvarelsen af spørgsmålene stillet under udbudsprocessen fastholdt kommunen kravet om, at sædet skulle være 60 cm. over jorden. Den vindende tilbudsgiver Toyota Hadsund/Toyota Hobro (Toyota) bekræftede ved afgivelse af tilbud, at alle mindstekrav i henhold til udbudsmaterialet var opfyldt, hvilket kommunen lagde til grund. Pedersen & Nielsen Automobilforretning (Pedersen), der også havde indleveret tilbud på kontrakten, men som var blevet forbigået, klagede efter kontrakttildelingen til klagenævnet med påstand om, at de tilbudte biler fra Toyota ikke opfyldte mindstekravene om sædehøjde. Pedersen fremlagde blandt andet under sagen en erklæring fra Teknologisk Institut, som bekræftede, at de tilbudte biler ikke opfyldte mindstekravet til sædehøjde, idet opmålingen viste at afstanden fra jorden (plant underlag) til laveste punkt på sædet ikke var 60 cm., men blot 54,6 cm.

Klagenævnet lagde til grund, at den vindende tilbudsgiver med sin erklæring havde opfyldt udbudsbetingelsernes mindstekrav, idet kommunen ikke havde stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle dokumentere, at mindstekravene var opfyldt. Derfor fastlog Klagenævnet, at det ikke var *åbenbart* for kommunen, at oplysningerne måtte være forkerte, og at tilbudet ikke overholdt mindstekravet vedrørende bilernes indstigningshøjde, hvorfor kommunen ikke var forpligtet til kontrollere rigtigheden heraf. Kendelsen illustrerer således Klagenævnets faste praksis på dette område, som - af gode grunde - kan virke frustrerende for en forbigået tilbudsgiver, som kan opfylde mindstekravet: Såfremt den vindende tilbudsgiver har erklæret at alle mindstekrav er opfyldt, og det ikke er *åbenbart forkert*, da har ordregiver ikke en forpligtelse til at efterprøve, om det er rigtigt.

#### 29. august 2012 - HP-Byg A/S mod Boligselskabet af 1964 i Hjørring, afd. 1932

I oktober 2011 udbød Boligselskabet af 1964 ("Boligselskabet") som offentligt udbud en totalentreprisekontrakt om opførelse af 52 almene boliger. Boligselskabet besluttede at indgå kontrakt med Byggefirmaet Knudsgaard A/S, men inden dette skete, indgav HP-Byg en klage til Klagenævnet. For det første blev der klaget over, at Boligselskabet overhovedet havde taget det vindende firma Byggefirmaet Knudsgaard A/S' tilbud i betragtning, eftersom klager mente, at det var ukonditionsmæssigt. For det andet klagede HP-Byg over, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet skulle være overtrådt, ved at Boligselskabet havde ladet nogle angivelser i klagerens tilbud indgå i den kvalitative tilbudsvurdering til trods for, at det var Boligselskabet selv, der havde prissat (kapitaliseret) angivelserne. For det tredje blev der klaget over, at Boligselskabet ikke i underretningen havde angivet datoen for standstill-periodens udløb. For det fjerde blev der klaget over, at der var indledt forhandling med Byggefirmaet Knudsgaard A/S efter tilbudsfristen. For det femte og sidste blev der klaget over, at Boligselskabet stillede spørgsmål til Byggefirmaet Knudsgaard A/S om forståelsen af grundlæggende elementer i tilbuddet fra selskabet.

Klagenævnet fandt ikke, at tilbuddet fra Byggefirmaet Knudsgaard A/S havde været ukonditionsmæssigt. Det blev udtalt, at Boligselskabet havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at inddrage kapitalise-

rede forbehold, som ikke vedrørte grundlæggende elementer i udbuddet, ved evalueringen af tilbuddet i forhold til de kvalitative underkriterier. Klagenævnet udtalte endvidere, at Boligselskabet havde tilsidesat sin pligt til at oplyse om standstill-periodens udløbsdato i underretningen. Endelig udtaltes det, at Klagenævnet ikke kunne erstatte ordregivers skøn med sit eget. Angående spørgsmålene til Byggefirmaet Knudsgaard A/S udtalte Klagenævnet, at der var tale om en lovlig afklaring. Samlet fandt Klagenævnet ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

**26. juli 2012 - Adams Transport Co ApS mod Udenrigsministeriet**

Udenrigsministeriet udbød i september 2011 flytte- og opmagasineringsopgaver. Adams Transport Co ApS' tilbud blev afvist som værende ukonditionsmæssigt. Adams Transport Co ApS indgav herefter klage, med påstand om at Udenrigsministeriet ikke var berettiget til at afvise klagers tilbud som værende ukonditionsmæssigt. Der blev desuden klaget over, at et andet Crown Worldwide ApS ikke skulle have været prækvalificeret, idet de ikke opfyldte mindstekravene om positiv egenkapital. Der blev ligeledes klaget over, at indklagede havde evalueret underkriteriet "økonomi" på baggrund af tilbudslistes, der fraveg den angivne vægtning for de enkelte destinationer. Endelig blev der klaget over, at indklagede ikke havde fastsat alle vilkår for tildeling. Klagenævnet udtalte, at klagers tilbud var ukonditionsmæssigt, idet prisangivelser vedrørende shuttle service skulle anses som forbehold for et grundlæggende element i udbudsmaterialet. Klagenævnet fandt endvidere, at Crown Worldwide ApS ikke havde bevist, at de opfyldte mindstekravene om positiv egenkapital ved hjælp af en støtteerklæring fra moderselskabet Crown Worldwide Holdings Ltd., idet denne kunne tilbagekaldes hvorved dens virkning bortfaldt. Klagenævnet fandt ikke belæg for at statuere, at indklagede ikke havde anvendt den i udbudsmaterialet beskrevne fremgangsmåde ved underkriteriet "økonomi". Klagenævnet fandt det ikke problematisk, at udtrykket "individuel aftale" var brugt, eftersom det af de øvrige omstændigheder fremgik klart, at der ikke skulle ske en efterfølgende forhandling om prisen. Beslutningen om at prækvalificere Crown Worldwide ApS blev derfor annulleret. Der blev ikke udstedt påbud om at lovliggøre udbudsforretningen, eftersom klageren ikke kunne få tildelt aftalen grundet ukonditionsmæssighed.

**26. juni 2012 - Balco AS, Balco AB mod Arbejdernes Andelsboligforening - Afd. 40, Aarhus C**

Arbejdernes Andels Boligforening iværksatte i 2010, en begrænset licitation efter tilbudsloven vedrørende facadelukning. Tildelingskriteriet var fastsat til "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". 5 ansøgere blev efterfølgende prækvalificerede, heraf Balco AB og Balco A/S. Alle 5 ansøgere indgav tilbud, og AAB besluttede efterfølgende, at indgå kontrakt med HS Hansens fabrikker A/S. Balco klagede og nedlagde påstand om, at AAB ikke skulle have indgået denne kontrakt, da HS Hansens Fabrikker A/S's tilbud var ukonditionsmæssigt, eftersom det på 4 forskellige punkter ikke levede op til udbudsmaterialet.

Blaco mente derved, at indklagede havde handlet i strid med princippet om ligebehandling og gennemsigtighed. De påstod desuden, at indklagede havde handlet i strid med tilbudsloven, idet tilbudsgiverne ikke hurtigst muligt var blevet underrettet om tildelingsbeslutningen. Beslutningen om at indgå kontrakt med HS Hansens Fabrikker A/S skulle derfor annulleres.

Klagenævnet fandt, at prækvalifikationsansøgningen fra HS Hansens Fabrikker A/S var fyldestgørende idet den indeholdt den krævede oversigt over virksomhedens seneste sammenlignelige opgaver. Selvom der kun var en enkelt opgave der var direkte sammenlignelig kunne det ikke føre til et andet resultat, da der ikke blev stillet et minimumskrav til teknisk erfaring. Klagenævnet fandt heller ikke tilbuddet ukonditionsmæssigt. AAB havde ikke været forpligtet til på egen hånd at foretage undersøgelse af hvorvidt den tilbudte løsning var i overensstemmelse med kravspecifikationen. Klagenævnet anførte endvidere, at spørgsmålet om virksomhedens efterfølgende opfyldelse af kontraktens krav, ikke havde betydning for lovligheden af tildelingen. ABB havde dog handlet i strid med tilbudsloven, idet tilbudsgiverne ikke var blevet underrettet om beslutningen hurtigst muligt. Dette kunne dog ikke alene føre til, at beslutningen skulle annulleres.

**27. juni 2012 - Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune**

Guldborgsund Kommune iværksatte i sommeren 2011 en begrænset licitation efter tilbudsloven, vedrørende om- og udbygning af en skole. Opgaven blev udbudt som en totalentreprisekonkurrence efter tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud", med de lige vægtede underkriterier teknisk værdi og økonomisk værdi. Fem aktører blev prækvalificeret og indbudt til at afgive tilbud på totalentreprisekontrakten. Af de indkomne tilbud havde Hindsgaul A/S budt ind med en løsning, som Kommunen fandt mest attraktiv, og bedre end den løsning Kommunen selv havde forestillet sig. Tilbuddet opfyldte imidlertid ikke et af de stillede mindstekrav, men Kommunen fandt ikke at dette var et problem, da Kommunen ved udbuddets begyndelse havde formuleret

de pågældende mindstekrav, havde Kommunen slet ikke forestillet sig at projektet kunne udføres som foreslået af tilbudsgiveren - og ved denne løsning var det pågældende mindstekrav uden betydning. Kommunen valgte på den baggrund at tildele kontrakten til Hindsgaul A/S. Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S, en forbigået tilbudsgiver, indgav herefter klage, idet tilbuddet fra Hindsgaul A/S efter klagers opfattelse ikke kunne tages i betragtning når dette tilbud var ukonditionsmæssigt som følge af manglende overholdelse af mindstekrav. Klagenævnet for Udbud gav klageren medhold heri, og annullerede den indgåede kontrakt.

**25. juni 2012 - FOF-HOF mod Københavns Kommune**

Københavns Kommune iværksatte i december 2011 en tilbudsindhentning efter tilbudsloven vedrørende rammeaftaler om beskæftigelsestilbud primært til personer, der modtager kontanthjælp ikke alene på grund af ledighed. Tilbudsindhentningen var opdelt i 3 særskilte udbudsområder. Tildelingskriteriet for alle rammeaftalerne var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende vægtede underkriterier: »kvalitet« og »pris«. FOF/HOF afgav tilbud på udbudsområde 1. I brev af 20. januar 2012 afviste kommunen FOF-HOFs tilbud som ukonditionsmæssigt, da et bilag ikke var udfyldt i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Den 31. januar 2012 indgav FOF-HOF klage til Klagenævnet over kommunen. FOF-HOF påstod, at kommunen har handlet i strid med tilbudsloven og de EU-retlige principper om ligebehandling, ikke-diskrimination, gennemsigtighed og objektivitet ved at afvise FOF/HOFs fremsatte tilbud som ikke konditionsmæssigt i forhold til udbudsbetingelserne. Klagenævnet fandt, at selvom FOF-HOF ved ikke at udfylde bilaget korrekt, ikke havde ønsket at tage forbehold over for betingelserne for tilbudsindhentningen, så indebar udeladelsen af teksten, at der kunne opstå tvivl, om hvorvidt FOF-HOF ville indgå på de kontraktvilkår, som fremgik af tekstdelen, og som skulle lægges til grund for tilbudsafgivningen, og som endvidere ville indgå i en rammeaftale.

Kommunen var derfor forpligtet til at forkaste FOF-HOFs tilbud som ukonditionsmæssigt.

**20. juni 2012 - Tecan Nordic AB mod Statens Serum Institut**

Sagen omhandler Tecan Nordic AB's ("Tecan") klage over Statens Serum Instituts ("SSI") indkøb af "liquid handlers" (pipetteringsrobotter) til brug for det kommende nationale biobanklaboratorium. Tecan påstod bl.a. at SSI havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet på en række punkter ved at indgå kontrakt med Hamilton Robotics ApS ("Hamilton").

Det gav klagenævnet Tecan medhold for en del af påstandene, da SSI havde fastsat indbyrdes uoverensstemmende krav til "flexibility for variable input volumes" for LH2. Endvidere, fandt klagenævnet at SSI havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at have lavet fejl i beregningen af Tecan's og den valgte tilbudsgivers tilbudspriser og at angive underkriterierne til tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" forskelligt i udbudsbetingelsernes "Tender specification for Liquid handlers for the National Biobank Laboratory" og "Tender directions". SSI erkendte en del af overtrædelserne.

Endeligt fandt klagenævnet, at Hamiltons tilbud skulle have været afvist som ikke-konditionsmæssigt, da tilbuddet kun indeholdt en 1-årig garanti, mens udbudsbetingelserne stillede krav om en 2-årig garanti. På den baggrund annullerede klagenævnet beslutningen om indgåelse af kontrakt med Hamilton.

**30. marts 2012 - Gypsum Recycling Danmark A/S mod I/S Vestforbrænding m. fl.**

Den 28. januar 2011 udbød indklagede, I/S Vestforbrænding m. fl. ("Vestforbrændingen") en ordre vedrørende behandling af gipsaffald i offentligt udbud. Opgaven var opdelt i 4 delaftaler. Tildelingskriteriet var fastsat til: "Laveste pris". 7 virksomheder, heraf Gypsum Recycling Danmark A/S ("Gypsum") indgav tilbud. Vestforbrændingen besluttede efterfølgende, at indgå kontrakt med cphWaste A/S.

Gypsum indgav efterfølgende en klage til klagenævnet med påstand om, at Vestforbrændingen havde handlet i strid med ligebehandlingsdirektivet, ved at indgå kontrakt med cphWaste A/S, uagtet at denne ikke opfyldte kravet til teknisk formåen i udbudsbekendtgørelsen. Gypsum påstod videre, at klagenævnet skulle annullere beslutningen om at tildele kontrakten til cphWaste A/S, at kontrakten med den cphWaste A/S skulle erklæres uden virkning og at klagenævnet skulle indgive politianmeldelse til statsadvokaten.

Klagenævnet fandt, efter formuleringen i udbudsbetingelserne, at der ikke var stillet nærmere krav til karakteren af det affald, der behandles af den pågældende reference, men derimod til karakteren af behandlingen. Klagenævnet vurderede på baggrund af



en række nærmere omstændigheder, at cphWaste opfyldte kravet i betingelserne. Klagenævnet fandt på den baggrund ligeledes, at beslutningen ikke kunne annulleres. Vedrørende påstanden om, at kontrakten skulle erklæres uden virkning, udtalte klagenævnet, at kontrakten med den vindende tilbudsgiver var indgået efter en standstill periode på 10 dage i overensstemmelse med udbudsdirektivet. Herfor kunne kontrakten ikke erklæres uden virkning. Der var ej heller grundlag for indgivelse af en politianmeldelse.

### **Tildeling og tildelingskriterier – evalueringsmodeller**

#### **10. januar 2013 - Vas-dk mod Ikast-Brande Kommune**

Ikast-Brande Kommune iværksatte indhentning af tilbud efter tilbudslovens afsnit II på levering af brandsluknings- og redningsopgaver med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige bud". Vas-dk afgav tilbud, men kommunen besluttede at indgå kontrakt med Falck Danmark A/S. Vas-dk indbragte herefter sagen for Klagenævnet med henvisning til, at kommunen ved bedømmelsen og tildelingen havde overtrådt tilbudslovens § 15 d, stk. 1, idet Falck Danmark A/S's tilbud ikke blev afleveret på rådhuset i Brande Kommune som foreskrevet og ikke var det økonomisk mest fordelagtige bud, og idet kommunen under bedømmelsen af tilbuddet havde inddraget optioner, selvom muligheden herfor ikke fremgik af licitationsbetingelserne.

Klagenævnet udtalte, at Falcks tilbud var afleveret på den i licitationsbetingelserne anførte adresse og at der ikke i licitationsbetingelserne fandtes oplysninger, der udelukkede, at kommunen kunne tage hensyn til optioner. For så vidt angår skønnet over "det økonomisk mest fordelagtige" henviste Klagenævnet til kendelse af 11. september 2011 (Mecanoo Architecten b.v. mod Århus Kommune), hvorefter Klagenævnet ikke tager stilling til, "hvilken relativ vurdering af tilbudene indklagede skulle have foretaget, såfremt reglerne var blevet fulgt". Vas-dk's påstande blev derfor ikke taget til følge.

#### **8. januar 2013 - MET 4 JV Cityringen mod Metroselskabet I/S**

Metroselskabet I/S havde udbudt en bygge- og anlægskontrakt om etablering af Metroens cityring i København. Kontrakten omfatter bl.a. etablering af ca. 16 km dobbelttunnel og 17 stationer og havde et samlet anlægsbudget på 21,3 mia. kr. Af udbudsmaterialet fremgik det, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af underkriterierne "pris", der skulle vægte med 60 % og "teknisk kvalitet" med 40 %. Fire konsortier blev prækvalificeret, heriblandt klager. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 11. maj 2010 havde alene MET 4 JV, Copenhagen Metro Team ("CMT") og Alpine valgt at afgive tilbud.

Den 24. november 2010 besluttede Metroselskabet at indgå kontrakt med CMT, og kontrakt blev indgået den 7. januar 2011. Den forbigåede tilbudsgiver MET 4 JV valgte at klage over tildelingsbeslutningen og påstod bl.a., at Metroselskabet havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og i strid med artikel 55 om vægtningen af underkriterierne for det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ved at have anvendt en pointmodel med underkriteriet "pris", som reelt indebar en forrykkelse af vægtningen af kriterierne for tildeling af kontrakten, således som disse var fastlagt i udbudsbetingelserne.

Metroselskabet havde i et internt notat af 10. maj 2010 - inden tilbudsfristens udløb - fastlagt den anvendte pointmodel. Pointmodellen bestod i, at evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet "Pris" blev fastlagt på baggrund af den forventede spredning af tilbuddene. Således besluttede Metroselskabet, at et tilbud, der oversteg den skønnede pris på 1.400 mio. euro med 30 % eller mere, ville blive tildelt 0 point ved evalueringen efter pris-kriteriet, mens det billigste tilbud ville blive tildelt de maksimale 60 point. Point mellem disse positioner ville således blive tildelt ved lineær interpolation - altså en ret linje mellem de to yderpunkter, hvor hvert spring på et point udgjorde 7 mio. euro. (svarende til ca. 52 mio. kr.). Pointskalaen medførte, at et tilbud, der var mindst 420 mio. euro (svarende til ca. 3,1 mia. kr.) dyrere end det billigste tilbud, ville få 0 point for pris. MET 4 JV's tilbud var 100.564.000 euro dyrere end tilbuddet fra CMT, svarende til en prisforskel på 6,1 %. Tilbuddet fra CMT blev derfor tildelt 60 point for underkriteriet "Pris", mens klagerens tilbud alene fik tildelt 45,6 point, svarende til en pointforskel på 24 %. Hvis indklagede havde tildelt klageren 6,1 % færre point, end CMT, som var lig med den procentvise forskel i pris, da ville MET 4 JV have fået tildelt 56,3 point. Derfor argumenterede MET 4 JV for, at den anvendte pointmodel indebar en forrykkelse af den indbyrdes vægtning af underkriterierne i forhold til den offentliggjorte vægtning. Den indbyrdes vægtning på henholdsvis 60 % og 40 % af de to underkriterier burde efter konsortiets opfattelse have medført, at en forskel på tilbudspriserne på 1 % burde kunne opvejes af en

1,5 % højere score for teknisk kvalitet. Metroselskabets pointmodel indebar derimod, at konsortiet skulle opnå en ca. 6 % højere score for teknisk kvalitet for at opveje en procentvis forskel på 1 % på tilbudspriserne. Det fastsatte interval på 7 mio. euro bevirkede dermed en faktisk vægtning af pris i forhold til teknisk kvalitet, som i meget vidt omfang forrykker den anførte vægtning på 60:40. Klagenævnet fandt, at tilbudsgiverne havde haft tilstrækkeligt kendskab til priskriteriets indhold ved udarbejdelse af tilbud, idet de kunne gå ud fra, at jo lavere pris de tilbød, jo flere point ville tilbuddet få.

Klagenævnet lagde blandt andet vægt på tilbuddenes prismæssige spredning, hvilket indebar, at tilbudsgiverne ikke kunne forvente en pointfordeling efter en "flad" linje, som hvis 0 point blev givet til det tilbud, der var dobbelt så dyrt, som laveste (CMT). Klagenævnet kunne ikke antage, at vægtningen 60:40 altid indebærer en entydig sammenhæng mellem et tilbuds pris og det antal point, som tilbuddet tildeles for teknisk kvalitet, allerede fordi kvalitetsskalaen ikke entydigt kan fastlægges med samme objektive sikkerhed som prisskalaen. På den anden side vil en så stejl linje, som den anvendte i mange udbud, kunne risikere at forrykke den fastsatte vægtning af priskriteriet. Klagenævnet fandt på den baggrund, at modellen uanset den fastsatte kurves stejlhed konkret var egnet til at bidrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at den ikke ændrede den fastsatte indbyrdes vægtning af underkriterierne. Klagenævnet lagde endvidere vægt på, at det lå inden for det skøn, som en ordregiver har i et udbud af denne karakter - altså henset til kontraktens størrelse og varighed. Kendelsen er illustrativ for Klagenavnets detaljerede undersøgelse af, hvorvidt en valgt prismodel reelt afspejler de fordele og ulemper, der er ved et givent tilbud, så det økonomisk mest fordelagtige tilbud kan identificeres.

**20. december 2012 - Joca A/S mod Rødovre Kommune**

Rødovre Kommune udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet en kontrakt om levering af affaldsbeholdere med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" med underkriterierne "Pris" og "Kvalitet", der vægtede henholdsvis 70 og 30 point. Joca A/S afgav tilbud, men blev ikke tildelt kontrakten og indgav derfor klage til Klagenævnet med påstand om annullation af tildelingsbeslutningen, ud fra en betragtning om, at kommunen havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og 53 ved at fastsætte underkriteriet "Kvalitet", selvom dette ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagenævnet fandt ikke grundlag for at tage påstandene til følge, jf. udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a og bemærkede, at kommunen heller ikke i øvrigt havde handlet i strid med udbudsdirektivet ved fastlæggelsen af, hvad man ville lægge vægt på i relation til underkriteriet "Kvalitet".

**11. december 2012 - Waldner Laboreinrichtungen GmbH & Co KG mod Bygningsstyrelsen**

Bygningsstyrelsen udbød i december 2010 en rammeaftale med tre leverandører om indkøb af stinkskebe med tildelingskriteriet "de økonomisk mest fordelagtige bud.". Et underkriterium for tildelingen af rammeaftalen var, at leverandørens tilbud skulle inkludere en "serviceorganisation", der løbende skulle opfylde de servicebehov, der måtte opstå ved ibrugtagning. Ligeledes skulle tilbudsgiver redegøre for, hvilke kompetencer tilbudsgiveren besad i forhold til at varetage servicebehovet og vedligeholdelsen af stinkskebene.

Waldner Laboreinrichtungen GmbH ("Waldner") afgav tilbud på rammeaftalen, men Bygningsstyrelsen afviste tilbuddet som ikke-konditionsmæssigt med den begrundelse, at tilbuddet ikke levede op til mindstekrav om højde og et mindstekrav om at være typegodkendt efter en nærmere angiven standard. Herefter indbragte Waldner sagen for Klagenævnet.

Waldner gjorde under sagen bl.a. gældende, at Bygningsstyrelsen ikke var berettiget til at afvise tilbuddet som ikke-konditionsmæssigt, idet de af Waldner tilbudte stinkskebe levede op til de fastsatte mindstekrav. Derudover gjorde Waldner gældende, at underkriteriet "serviceorganisation" ikke var egnet til at udpege "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Waldner gjorde i den forbindelse gældende, at underkriteriet vedrørte tilbudsgivernes generelle egnethed og som sådan ikke kunne indgå i tilbudsvurderingen.

Klagenævnet fandt, at underkriteriet "serviceorganisation" var et sagligt kriterium, der relaterede sig til den specifikke opgave. Eftersom der var tale om højtspecialiseret udstyr, ville det være nødvendigt med løbende service. Det var således vigtigt for rammeaftalen, at tilbudsgiveren besad de nødvendige kompetencer for at udøve denne service, bl.a. vedligeholdelse af stinkskebene. Klagenævnet lagde tillige vægt på, at underkriteriet "serviceorganisation" ikke havde været anvendt i prækvalifikationen. På baggrund af ovennævnte erklærede Klagenævnet, at underkriteriet var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagenævnet fandt desuden, at Waldners tilbud ikke levede op til de

fastsatte mindstekrav.

**13. november 2012 - Recall Danmark A/S mod Arbejdsmarkedets Tillægspension**

ATP havde udbudt en aftale om posthåndtering og journalisering for den selvejende institution "Udbetaling Danmark". Tildelingskriteriet var "Det økonomisk mest fordelagtige tilbud" med underkriterierne "Opfyldelse af krav" (vægtet 55 %) samt "Pris" (vægtet 45 %). Ved tilbudsfristens udløb havde to virksomheder afgivet tilbud, nemlig Recall Danmark A/S ("Recall") og Data Scanning A/S ("Data"). Recalls tilbud var samlet knap 49 % billigere end tilbuddet end Data.

ATP valgte efter gennemført evaluering, at tildele kontrakten til Data, hvorefter Recall indgav klage til Klagenævnet. Recall var af den opfattelse, at ATP havde handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i Udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med evalueringen af underkriteriet "Pris" at have anvendt tre forskellige pointmodeller, der ikke på forhånd var offentliggjorte og først derefter at have valgt hvilken model, der endeligt skulle danne grundlag for tildelingsbeslutningen. Model I indebar, at priser på over/under 75 % af en fastsat target price ville få henholdsvis minimum- og maksimumpoint. De to indkomne tilbud fik dermed point ved lineær interpolation mellem skalaens yderpunkter. Model II svarede i udgangspunktet til den Model I, blot med den modifikation, at skæringspunktet blev sat til 60 % over/under target prisen. Model III var en trinmodel hvor tilbudspriser, der afveg 5-20 % fra target price, ville få henholdsvis plus eller minus 2 point; en afvigelse på 20-40 % fra target price ville udløse yderligere plus eller minus 2 point, og så fremdeles, indtil maksimumpoint eller minimumpoint var nået. Recall gjorde i den forbindelse gældende, at ATP's fremgangsmåde, hvorved tilbudspriserne blev evalueret efter tre forskellige pointmodeller, hvorefter ATP – efter at have fået kendskab til resultatet af evalueringen – reelt frit valgte, hvilken model der skulle ligge til grund for tildelingsbeslutningen – og dermed reelt frit valgte, hvilken tilbudsgiver der skulle tildeles ordren.

Klagenævnet konstaterede at den foretagne evaluering var i overensstemmelse med de udbudsretlige grundprincipper og anførte i den forbindelse, at ATP ikke var forpligtet til at anvende en bestemt pointmodel ved sin evaluering, idet ATP ikke på forhånd havde oplyst tilbudsgiverne hvilken model, der ville blive anvendt. Hverken det forhold, at ATP havde foretaget et valg mellem 3 konkretiserede modeller, eller det forhold, at dette valg først blev foretaget på et tidspunkt, hvor tilbuddene var modtaget og ordregiveren bekendt, indebærer herefter i sig selv en tilsidesættelse af ligheds- eller gennemsigtigheds-princippet i udbudsdirektivets artikel 2. Ved anvendelse af Model I (75 %) havde Recall fået karakteren 10,1 mens Data fik karakteren 5,9, dvs. Recall fik dermed godt 71 % flere point end Data på underkriteriet "Pris".

Klagenævnet fandt derfor ikke grundlag for at fastslå, at den valgte pointmodel indebar, at ATP havde haft frit valg mellem hvilket af tilbuddene, der var økonomisk mest fordelagtigt og det kunne heller ikke antages, at den valgte pointmodel bevirkede, at "Pris"-kriteriet kom til at vægte mindre end 45 %, som oplyst i udbudsbetingelserne. Allerede fordi Data's tilbud opnåede en godt 53 % bedre score end Recall på underkriteriet "Opfyldelse af krav" (som vægtede 55 %) var der ikke grundlag for at fastslå, at vægtningen mellem underkriterierne konkret skulle være blevet ændret ved ATP's valg af pointmodel. Klagenævnet slår i kendelsen fast, at det er i orden at have valgt mellem flere forskellige pointmodeller, så længe den endeligt valgte model afspejler tildelingskriterierne - i dette tilfælde "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

**12. oktober 2012 - Møbeltransportfirmaet Danmark A/S mod Udenrigsministeriet**

I forbindelse med sit udbud af en række flytte- og opmagasineringsaftaler opdelt på fire delaftaler havde Udenrigsministeriet fastlagt en speciel måde at foretage priskalkulationen. Hvis tilbudsgiveren ikke havde udfyldt en pris pr. felt i underbilag 1 og 1a til kontraktens bilag 1, blev det opfattet som en pris på 0 kr. Møbeltransport Danmark afgav et tilbud, men havde ikke levet op til kravene om den særlige priskalkulation. Derimod havde firmaet fulgt deres almindelige pris-sætning. På denne baggrund erklærede Udenrigsministeriet Møbeltransport Danmarks tilbud for ukonditionsmæssigt. Dette indgav Møbeltransport Danmark en klage over til Klagenævnet. Klagenævnet fastslog, at angivelsen af prisstrukturen i udbudsmaterialet var et krav, som de respektive tilbud skulle opfylde. Det var således korrekt, at Udenrigsministeriet havde erklæret Møbeltransport Danmarks tilbud for ukonditionsmæssigt. Hvis en tilbudsgiver følger en anden prisstruktur, må tilbudsgiveren ændre sin prisstruktur i overensstemmelse med udbudsgiverens krav. Allerede ved en kendelse af 31. januar 2012 havde Klagenævnet afgjort, at klagen ikke kunne tillægges opsættende virkning, fordi forbeholdet over for prisangivelsen i bilag 1 måtte anses for at være et forbehold mod et grundlæggende element i udbudsmaterialet. Det var ligeledes uden betydning, at én ikke tegningsberettiget person på vegne af en anden tilbudsgiver havde underskrevet en tro- og loveerklæring.

<b>21. september 2012 - KARL STORZ Endoskopi Danmark A/S mod Region Hovedstaden</b>
<p>Sagen omhandlede Region Hovedstadens udbud efter levering, montering og idriftsættelse af lofthængte søjler med udstyr til 6 højteknologiske operationsstuer på Hvidovre Hospital. Klagen vedrørte bl.a., at den valgte tilbudsgiver ikke opfyldte mindstekravene i udbudsbetingelserne. KARL STORZ Endoskopi Danmark A/S fik ikke medhold heri, da ordregiver ikke er forpligtet til at påse, om den valgte tilbudsgivers tilbud opfylder samtlige mindstekrav, så længe de ikke er åbenbart forkerte. KARL STORZ Endoskopi Danmark A/S havde desuden klaget over, at udbyderen havde antaget den valgte tilbudsgivers tilbud, selvom tilbudsgiveren havde demonstreret en udstyrsdel af en anden type end den, der var nævnt i tilbuddet. Dette blev afvist med begrundelsen, at det var en åbenlys og konstaterbar fejl, at der i tilbudskonfigurationen var angivet en forkert kameramodel. Det var således den korrekte model, der var demonstreret. Region Hoved var berettiget til at se bort fra den åbenlyse fejl. Derudover var der en række andre klagepunkter, der alle blev afvist. Klagen blev således afvist i sit hele.</p>
<b>31. august 2012 - Invacare A/S mod Viborg Kommune</b>
<p>I oktober 2011 udbød Viborg Kommune som offentligt udbud en rammeaftale med flere aktører vedrørende levering af innovative genbrugshjælpemidler. Udbuddet var opdelt i fire delaftaler. Invacare A/S fik ikke tildelt en rammeaftale, og klagede over at Viborg Kommune ikke havde specificeret et underkriterium ("kvalitet") tilstrækkeligt, idet der kun var angivet fire delkriterier, men ingen prioritering eller nærmere uddybning heraf. Der blev desuden klaget over, at der ved underkriteriet "kvalitet" blev lagt vægt på forhold, som ikke fremgik af udbudsbetingelserne. Endelig blev der klaget over, at der under prisevalueringen af delaftale 1 blev inddraget en rabat, som ikke relaterede sig dertil. Klagenævnet udtalte, at Viborg Kommune ikke var forpligtet til at oplyse vægtningen af delkriterierne forud for evalueringen. Det fandtes desuden ikke problematisk, at Viborg Kommune ved prisevalueringen af delaftale 1 havde inddraget en rabat, som ikke relaterede sig til denne delaftale, idet denne vurdering fremgik af udbudsbetingelserne. Klagen blev derfor ikke taget til følge.</p>
<b>13. juli 2012 - KARL STORZ Endoskopi Danmark A/S mod Region Hovedstaden</b>
<p>Region Hovedstaden udbød i august 2011 levering af artroskopiudstyr. Klager indgav klage til klagenævnet med påstand om, at indklagede ikke havde overholdt den i udbudsbetingelserne angivne vægtning på et underkriterium. Der blev desuden klaget over, at indklagede havde foretaget en pointgivning, der var i uoverensstemmelse med udbudsbetingelserne, idet en lineær pointmodel blev anvendt, hvilket medførte, at et underkriterium fik tildelt højere vægt end maksimalt fastsat. Endelig blev der klaget over, at indklagede havde tillagt forhold vægt, der var faktisk forkerte. Der blev ligeledes klaget over, at indklagede havde taget et ukonditions-mæssigt tilbud i betragtning. Klagenævnet udtalte, at indklagede havde anvendt en pointmodel, der svarede til det i udbudsbetingelserne beskrevne, idet den anvendte model afspejlede både små og store prisforskelle imellem tilbuddene. Derved fandtes den at gennemføre den i udbudsbetingelserne fastsatte vægtning af et underkriterium. Det blev udtalt, at ordregiver har en vid skønsmargin i forbindelse med den kvalitative evaluering af tilbud, og at intet indikerede at dette skøn var åbenbart urigtigt. Endelig fandt man ikke grundlag for at der skulle være faktuelle fejl i tilbuddet. Det påståede ukonditions-mæssige tilbud fandtes at være konditions-mæssigt. På grundlag heraf tog klagenævnet ikke klagen til følge.</p>
<b>12. juli 2012 - A/S A.P. Botved mod Fællesindkøb Fyn som indkøbsfællesskab for Faaborg-Midtfyn, Nordfyns, Kerteminde, Assens og Nyborg Kommune</b>
<p>Fællesindkøb Fyn udbød i marts 2011 en rammeaftale om levering af personløftere. A/S A.P. Botved ("Botved") indgav klage til klagenævnet med påstand om, at (i) Fællesindkøb Fyn under tilbudsevalueringen havde behandlet tilbudsgiverne forskelligt ved at begå fejl på to underkriterier, (ii) at Fællesindkøb Fyn ikke havde sammentalt totaler korrekt, (iii) at underretningsskrivelsen ikke levede op til kravene i håndhævelsesloven, (iv) Fællesindkøb Fyn ikke havde formuleret nogen delkriterier til et underkriterium tilstrækkeligt præcist, samt at disse delkriterier var uegnede og (v) at der undladt at tage højde for et forhold i klagers tilbud.</p> <p>Klagenævnet fandt ikke at Fællesindkøb Fyn havde forskelsbehandlet tilbudsgiverne i forbindelse med at meddelelsen om indgåelsen af rammeaftalen indeholdt en afrundingsfejl og en regnefejl. Klagenævnet fandt ikke at der var sket fejl i sammentællingen af totaler.</p> <p>Derimod fandt Klagenævnet, at indklagedes orienteringsskrivelse ikke var tilstrækkelig, idet den indeholdt en fejl samt ikke redegjorde tilstrækkeligt for standstill-perioden, idet den blot angav "min. 10 dage". Klagenævnet fandt delkriteri-</p>

<p>erne egnede, og udtalte, at forhold omkring Botveds tilbud kun skulle tages i betragtning, i det omfang de ved det skriftlige tilbud havde forpligtet sig hertil. Klagenævnet fandt, at der var sket en forskelsbehandling ved et underkriterium, idet man havde accepteret en anden tilbudsgivers henvisning til salgs- og leveringsbetingelser. Klagenævnet annullerede tildelingen, med baggrund i at nogle af evalueringsfejlene kunne have haft afgørende betydning for tildelingen.</p>
<p><b>10. juli 2012 - GE Healthcare Danmark A/S mod Region Midtjylland</b></p>
<p>Region Midtjylland udbød i januar 2011 levering af hospitalsscannere. Der blev klaget over, at Region Midtjylland havde taget tilbud i betragtning, som ikke opfyldte de angivne mindstekrav. Desuden blev der klaget over, at nogle mindstekrav var uklart beskrevet samt skønsmæssigt præget. Klagenævnet fandt intet grundlag for at antage, at de vurderede tilbud ikke opfyldte de angivne mindstekrav. Klagenævnet fandt endvidere, at mindstekravene var beskrevet på en tilstrækkelig måde, ligesom der blev henvist til, at ingen af tilbudsgiverne havde rejst spørgsmål i forbindelse hermed. Klagenævnet fandt ét mindstekrav uklart beskrevet, hvilket dog ikke havde medført forskelsbehandling, men alene det, at indklagede ikke kunne afvise et tilbud som værende ukonditions-mæssigt. Heller ikke her var der rejst spørgsmål af tilbudsgiverne. Klagen blev på baggrund heraf ikke taget til følge.</p>
<p><b>23. april 2012 - Forenede Service A/S mod Egedal Kommune</b></p>
<p>Forenede Service A/S klagede over Egedal Kommunes udbud vedrørende rengøringsopgaver af sine bygninger. En række påstande om krænkelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip, samt annullationspåstand blev alle afvist af Klagenævnet. Klagenævnet udtalte, at en ordregiver ikke var forpligtet til i forbindelse med evalueringen af et tilbud at efterprøve tilbudsgiverens tekniske angivelser nærmere, medmindre der åbenbart er grund til at betvivle oplysningerne, hvilket er i overensstemmelse med Klagenævnets praksis. Endvidere var Egedal Kommune berettiget til at se bort fra en skrivefejl i det vindende tilbud.</p>
<p><b>Underretning om tildeling</b></p>
<p><b>22. februar 2013 - Marius Pedersen A/S mod Hvidovre Kommune</b></p>
<p>Hvidovre Kommune havde ved et EU-bud udbudt en kontrakt om indsamling af dagrenovation med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".</p> <p>En forbigået tilbudsgiver, Marius Pedersen A/S ("Marius"), klagede over, at en række kvalitative underkriterier ikke var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivet dermed var overtrådt. Dette erkendte Hvidovre Kommune. Med henvisning til at klagenævnet ikke kan tilkende en part mere end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som den pågældende ikke har gjort gældende, behandlede klagenævnet ikke klagen vedrørende de kvalitative underkriterier yderligere. Klagenævnet tog således ikke stilling til rigtigheden af påstandene.</p> <p>Marius havde endvidere påstået, at underretningen, som Marius havde modtaget om tildelingen af kontrakten til en anden byder, var mangelfuld. Påstanden blev ikke taget til følge, da underretningen indeholdt navnet på den vindende tilbudsgiver, en oversigt over de tilbudte priser og en oversigt over de point, der blev tildelt de enkelte tilbud ift. underkriterierne. Det var således muligt for Marius, at identificere de relative fordele ved det vindende bud, hvorfor klagenævnet fandt, at underretningen indeholdt en fyldestgørende begrundelse.</p> <p>Endelig påstod Marius, at kontrakten med den vindende tilbudsgiver skulle erklæres for uden virkning. Hertil konstaterede klagenævnet kort, at standstill-perioden regnes fra dagen efter den dag, hvor Hvidovre Kommune afsendte underretningen - uanset om den var begrundet, hvorfor kontrakten må anses for indgået efter udløbet af standstill-perioden. Klagenævnet havde derfor efter håndhævelsesloven ikke mulighed for at erklære kontrakten for uden virkning.</p>
<p><b>1. februar 2013 - Abena A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S (To kendelser)</b></p>
<p>Kendelserne omhandler to forskellige EU-bud af rammeaftaler, hvor Abena A/S ("Abena") klagede over Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S ("SKI"). Det ene udbud angik en 4-årig rammeaftale for "Engangsservice, borddækningsartikler og fødevarmeemballage", mens det andet angik en 4-årig rammeaftale for "Aftørringspapir, affaldsposer, håndhygiejne m.v." Begge udbud var med tildelingskriteriet "laveste pris". De to udbud og klagerne herover, minder meget</p>

om hinanden og beskrives derfor samlet med udgangspunkt i udbuddet om engangsservice m.v.

Abena påstod, at SKI efter tilbudsfristens udløb havde ændret evalueringsmodellen for tildelingskriteriet. Påstanden blev ikke taget til følge, da SKI ikke i udbudsbetingelserne havde bundet sig at anvende en bestemt evalueringsmetode til fastlæggelse af, hvilke bud, der havde den laveste pris. Et svar givet af SKI vedr. udbuddet i sagen om aftørringspapir m.v. kunne ikke føre til andet, og der var endvidere ikke grund til at fravige udgangspunktet om svar kun tillægges virkning for det udbud, som det vedrører.

Den anvendte pointbaserede evalueringsmodel, hvor der bl.a. blev brugt to forskellige modeller og en kontrolberegning, blev fundet egnet til at danne grundlag for tildelingsbeslutningen.

Abena havde videre klaget over, at den underretning og korte redegørelse, som Abena havde modtaget om tildeling af tilbuddet til en anden byder, ikke oplyste indholdet af det anvendte pointsystem eller om den vindende tilbudsgivers pris. Det fremgik af redegørelsen, at der var anvendt to forskellige pointbaserede metoder, samt at modeller førte til forskellige resultater, hvorefter en af modellerne blev fravalgt. Endvidere blev der oplyst om en kontrolsammenligning af priserne, samt det samlede pointtal og en formel for pointtildeling. Derimod fremgik det ikke hvilken pointskala, der var blevet anvendt eller pointskalaens maksimum.

Klagenævnet fandt, at i tilfælde hvor kriteriet er laveste pris og ordregiver ikke laver en simpel sammenligning af priser, men i stedet bruger en pointbaseret model, så skal der kortfattet redegøres for, hvordan pointtildelingen er sket og gives oplysninger om den anvendte pointskala. Dette skal give de berørte parter fornødent kendskab til grundlaget for tildelingen af kontrakten. Da oplysningerne ikke var givet i redegørelsen havde SKI overtrådt håndhævelseslovens regler om redegørelser for tildelingsbeslutningerne.

Med hensyn til videregivelse af prisoplysninger, konstaterede klagenævnet, at der som følge af den anvendte bedømmelsesmetode, ikke forelå en egentlig totalpris. Skulle SKI oplyse Abena om udbudsvinderens priser, ville SKI være nødt til at videregive delpriser. Klagenævnet fandt det imidlertid ikke nødvendigt, at oplyse om de som udgangspunkt klart fortlørlige delpriser for at redegøre meningsfuldt for det vindende bud.

Da Abena alene havde fået medhold i, at redegørelsen om tildelingsbeslutningen burde have indeholdt oplysninger om pointskalaens sammensætning, kunne tildelingsbeslutningen ikke annulleres. Der var i øvrigt ikke grundlag for at tildele Abena sagsomkostninger. Klagenævnet nåede til samme resultat i sagen vedr. aftørringspapirer m.v.

### **Ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet**

#### **15. marts 2013 - Cowi A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S**

Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S ("SKI") udbød som begrænset udbud efter udbudsdirektivet rammeaftale om bygherrerådgivning. COWI A/S blev prækvalificeret til de for sagen omhandlede delaftaler, men blev ikke tildelt kontrakterne. COWI indgav herefter klage til Klagenævnet med påstand om annullation af tildelingsbeslutningen, med begrundelsen, at en række forhold i forbindelse med anvendelsen af underkriteriet "Kvalitet" var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2.

SKI havde anvendt en anden formulering i udbudsbetingelserne i relation til pointskalaen ved underkriteriet "Kvalitet", end der var angivet ved bedømmelsen af COWI's tilbud. Klagenævnet anførte, at den sproglige begrundelse og den dertil svarende pointskala måtte opfattes som en helhed og det anvendte ordvalg afveg fra den offentliggjorte model på en sådan måde, at det var uklart, hvorledes tilbuddet ville være blevet bedømt efter denne model. Klagenævnet tog derfor COWI's påstand herom til følge.

Klagenævnet erklærede sig endvidere enig med COWI i, at bedømmelsen af COWI's tilbud hvilede på iagttagelser, der ikke fremgik af udbudsbetingelserne, herunder krav om kendskab til regler på området. Klagenævnet fandt desuden, at

proceduren ved evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet "Kvalitet" ikke sikrede en tilstrækkelig kompetence- og kvalitetskontrol. Underkriteriet vægtede 60 % og udarbejdelse af udbudsbetingelser, case, test og besvarelsesvejledning samt evaluering af besvarelsene blev varetaget af den samme person. Klagenævnet fandt dog ikke, at det var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at foretage en nedrunding ved underkriteriet "Kvalitet", mens der ved underkriteriet "Pris" blev anvendt decimaler, da der som udgangspunkt ikke var noget til hinder herfor, og da nedrundingen ikke medførte en ændring i rækkefølgen mellem tilbudsgiverne. Klagenævnet tog derfor COWI's påstand til følge om, at der var foretaget en åbenbar urigtig bedømmelse.

I relation til underkriteriet "Pris" fandt Klagenævnet, at den anvendte pointmodel, hvorefter SKI ikke selv fastlagde det relevante bedømmelsesinterval, var usædvanlig, men i det konkrete tilfælde var modellen ikke uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da der ville være en spredning i tilbuddene i delaftalerne knyttet til forskellige geografiske områder. Som følge af grovheden af overtrædelserne af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 blev påstanden om annullation af SKI's beslutning vedrørende de relevante delaftaler taget til følge.

#### **4. marts 2013 - Humus-Genplast v/Hans Jørgen Rasmussen mod Sorø Kommune**

Sorø Kommune udbød som offentligt udbud en rammeaftale vedrørende levering af rumopdelte minicontainere, batteribokse monteret på standere og nøgler til batteribokse, samt udbringning af affaldsmateriel. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige bud". Humus-Genplast v/ Hans Jørgen Rasmussen og PWS Danmark A/S afgav hvert ét tilbud og Joca Trading A/S afgav to tilbud. Sorø Kommune indgik aftale med Joca Trading A/S. Humus-Genplast indgav herefter klage mod Sorø Kommune med påstand om annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagen var begrundet med at Sorø Kommune havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise de øvrige afgivne tilbud som ikke-konditionsmæssige, da de ikke levede op til Arbejdstilsynets vejledninger og en række nærmere angivne krav i udbudsmaterialet. I forhold til påstanden tilknyttet manglende overholdelse af Arbejdstilsynets vejledninger i forbindelse med de ikke antagne tilbud, nedlagde Humus-Genplast subsidiært påstand om, at Sorø Kommune havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved ikke at ligestille tilbudsgiverne i forbindelse med evalueringen af underkriteriet "pris".

Klagenævnet udtalte, at Klagenævnet efter håndhævelsesloven som udgangspunkt ikke tager stilling til, om udbudsgiver efter f.eks. arbejdsmiljøretlige regler har været forpligtet til at stille særlige krav, men Klagenævnet tager alene stilling til de udbudsretlige regler. Klagenævnet fandt ikke, at Sorø Kommune på baggrund af en henvisning hertil i svar på en række spørgsmål uden at nævne containernes håndgreb ville være berettiget til at håndhæve AT-vejledningens anbefalinger til containernes håndgreb som udbudsretlige mindstekrav. For så vidt angår den subsidiære påstand anførte Klagenævnet, at Sorø Kommune ikke havde været berettiget eller forpligtet til at lægge en af Humus-Genplast anført alternativ pris til grund for vurderingen, allerede fordi det af udbudsbetingelserne fremgik, at underkriteriet pris ville blive evalueret på grundlag af prisen i tilbudslisten. Klagenævnet fandt derudover ikke, at Humus-Genplast havde godtgjort, at de øvrige tilbud ikke overholdt kravene fastsat i udbudsmaterialet. Som følge heraf blev påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen ikke taget til følge.

#### **8. februar 2013 - Rubæk & Co. A/S mod Gentofte Kommune**

I/S Vestforbrænding udbød den 14. september 2012 på vegne af Gentofte Kommune som offentligt udbud en kontrakt om levering af 2-hjulede affaldsbeholdere. Joca A/S og Rubæk & Co. A/S afgav tilbud og Gentofte Kommune meddelte herefter, at man havde tildelt kontrakten til Joca A/S. Rubæk & Co. A/S klagede til Klagenævnet med påstand om annullering af kommunens beslutning på baggrund af, at Gentofte Kommune havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Joca A/S, selvom de tilbudte affaldsbeholdere ikke opfyldte de relevante love og bestemmelser.

Det fremgik af udbudsmaterialet, at ydelserne blandt andet blev udbudt på grundlag af gældende love og bekendtgørelser, samt DS/EN 840 1 - 6 med tilhørende A-deviation. Af kravspecifikationen fremgik det, at beholderne skulle være CE-mærket i henhold til DS/EN 840-1 til 840-6: 2004-04-09 med tilhørende A-deviation, og i udbudsbetingelserne var angivet, at opgaven skulle udføres "i overensstemmelse med gældende miljø-, arbejdsmiljø-, sundheds- og sikkerhedsforskrifter".

Klagenævnet udtalte, at Klagenævnet efter håndhævelsesloven som udgangspunkt ikke tager stilling til, om udbudsgiver efter arbejdsmiljøretlige regler har været forpligtet til at stille særlige krav, men Klagenævnet tager alene stilling til de udbudsretlige regler. Klagenævnet fandt ikke, at der ved den generelle og upræcise henvisning til gældende love og bekendtgørelser var fastsat et udbudsretligt mindstekrav. Det var endvidere ubestridt, at affaldsbeholderne opfyldte standarden og henvisningen til A-deviationen medførte ikke, at der tilstrækkeligt klart var fastsat yderligere mindstekrav. Endeligt fandt Klagenævnet ikke, at bemærkningen i udbudsbetingelserne medførte, at anbefalingerne i AT-vejledningen til affaldsbeholderne måtte anses for et mindstekrav. Som følge heraf blev påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen ikke taget til følge.

**7. februar 2013 - Uniteam A/S mod Forsvarets Materieltjeneste**

Forsvarets Materieltjeneste udbød den 9. juli 2012 som begrænset udbud efter udbudsdirektivet en rammeaftale med 10 delaftaler om levering af 25 forskellige containertyper. Uniteam A/S havde ansøgt om prækvalifikation, men Forsvarets Materieltjeneste meddelte efterfølgende Uniteam A/S, at denne ikke var blevet prækvalificeret, da Uniteam A/S ikke havde indleveret de 2 sidste publicerede årsrapporter, som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen.

Uniteam A/S indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at beslutningen skulle annulleres, og at Forsvarets Materieltjeneste skulle pålægges at invitere Uniteam A/S til at deltage i udbuddet. Dette blev begrundet med at Forsvarets Materieltjeneste ved fravælgelsen af Uniteam A/S havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, da Uniterm A/S' anmodning om prækvalifikation indeholdt revisorgodkendte økonomiske og finansielle oplysninger for 2009, 2010 og 2011.

Klagenævnet fandt, at den af Uniteam A/S vedlagte rapport ikke opfyldte betingelserne om vedlæggelse af de seneste 2 årsrapporter, da den ikke indeholdt en ledelsespåtegning, redegørelse for anvendt regnskabspraksis, revisorpåtegning eller oplysning om, at rapporten havde været undergivet revision. Beslutningen om annullation blev dermed ikke taget til følge. Klagenævnet afviste Uniteam A/S's påstand om, at Forsvarets Materieltjeneste skulle kunne invitere Uniteam A/S til at deltage i udbuddet uden indledning af ny udbudsforretning. Afvisningen skete under henvisning til Forsvarets Materieltjenestes anbringende, hvorefter Klagenævnet efter håndhævelseslovens bestemmelser ikke kan pålægge Forsvarets Materieltjeneste at medtage Uniteam A/S som ekstra tilbudsgiver.

**6. februar 2013 - Droskeselskabet Odense Taxa a.m.b.a. mod Midttrafik, FynBus og Sydtrafik**

Midttrafik udbød som offentligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet rammeaftaler om flextrafik. Der blev udbudt 75 delaftaler som rammeaftaler med en aktør og en delaftale som parallelle rammeaftaler om variabel kørsel uden garanti for kørselsomfanget med flere aktører og med op til 3.000 vogne. Tildelingskriteriet var laveste pris og hovedudførelsesstedet var angivet til Region Midtjylland og Region Syddanmark. Der blev efterfølgende udstedt en supplerende bekendtgørelse med ændringer i mængde og omfang. Droskeselskabet Odense Taxa a.m.b.a blev tildelt parallelle rammeaftaler med 6 enkeltvogne og 6 med vogngrupper, der blev indgået med Midttrafik som ordregivende myndighed på vegne af Region Midtjylland og Region Syddanmark (med undtagelse af Ærø) og 22 kommuner i de to regioner. Droskeselskabet havde desuden afgivet tilbud på en række aftaler, de ikke fik tildelt. Droskeselskabet indgav herefter klage over FynBus, Midttrafik og Sydtrafik.

Klagenævnet fandt, at det ikke havde været i strid med udbudsdirektivet at gennemføre udbuddet efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, da trafikelskaberne som varetager af offentlig servicetrafik var omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, og da udbuddet vedrørte behovsstyret offentlig servicetrafik. Klagenævnet tilføjede hertil, at resultatet ikke havde været anderledes, såfremt udbudsdirektivet var blevet anvendt, da forskellene mellem de to direktiver ikke var relevante for sagen.

Klagenævnet fandt videre, at trafikelskaberne, ved fejlagtigt ikke at angive, at udbuddet skete både på Midttrafiks egne vegne og på vegne af FynBus og Sydtrafik, havde handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og udbudsdirektivets artikel 2. Der kunne dog ikke have været nogen tvivl om, at udbuddet skete på vegne af alle 3 trafikelskaber, blandt andet fordi trafikelskaberne var angivet i sidehovedet i udbudsbekendtgørelsen. På baggrund heraf måtte alle 3 trafikelskaber anses som ordregivere og de indgåede kontrakter inden for Sydtrafiks og FynBus' område kunne ikke erklæres for uden virkning.

Klagenævnet fandt endvidere ikke, at det var i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 eller udbudsdirekti-



vets artikel 2 at tillade tilbudsgiver efterfølgende at ændre planlægningsprisen eller forhøje køretid og pris, da muligheden herfor var beskrevet i udbudsbetingelserne, og da det er op til ordregiveren, om tilbudsgiver skal fastholdes på den udbudte pris. Det fandtes heller ikke i strid med direktiverne at opstille forskelle mellem vogngrupper og enkeltvogne. Endvidere fandtes offentliggørelse af prisoplysningerne ikke at være i strid med udbudsdirektivets artikel 6 eller forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 13, stk. 2.

Endelig udtalte Klagenævnet, at den i tilbuds-betingelserne anførte afvejning af de tilbudte priser ikke havde haft betydning for tildelingen, da alle tilbudsgivere vedrørende enkeltvogne blev tildelt rammeaftaler. Da den utilstrækkelige angivelse af ordregivers identitet ikke kunne føre til, at tildelingsbeslutningen blev annulleret, tog Klagenævnet ikke påstanden herom til følge.

#### **5. februar 2013 - Birket Autotransport ApS mod Lolland Kommune**

Lolland Kommune indhentede tilbud på vintertjenester på to ruter inden for tilbudslovens område. Kontrakten var ikke omfattet af EU-udbudsdirektiverne. Birket Autotransport A/S afgav tilbud, men kommunen besluttede at indgå kontrakt med John Maj A/S på den ene rute og med Bjerregård v/ Anders Frederickson på den anden. Birket Autotransport A/S anførte, at de to antagne tilbud skulle have været afvist, da de var ukonditions-mæssige. Klagenævnet anførte, at der ikke kunne stilles de samme strenge procedurekrav som efter udbudsdirektivet. Formålet med et krav om dokumentation for tilladelse til godskørsel må være, at denne foreligger ved kontraktens begyndelse, og da det var dokumenteret, at betingelserne for at opnå tilladelsen var opfyldt, måtte tilbuddet anses for konditions-mæssigt. Et forelagt skriftligt tilsagn om forsikring og efterfølgende telefonisk bekræftelse heraf fandtes ligeledes at opfylde kravet om vedlæggelse af forsikringspolice. Birket Autotransport A/S' påstand om annulation blev derfor ikke taget til følge.

#### **4. februar 2013 - SDI Media A/S mod Danmarks Radio**

DR iværksatte en forhandlingsprocedure, der ikke blev afholdt efter reglerne i udbudsdirektivet eller tilbudsloven, vedrørende to delaftaler om henholdsvis fremmedsprogstekstning og TTV-tekstning. SDI Media A/S afgav tilbud, men aftalerne blev tildelt to andre tilbudsgivere. Klagenævnet fandt ikke, at udbudsdirektivet eller tilbudslovens afsnit 2 fandt anvendelse, jf. henholdsvis artikel 16, litra b og § 15 a, stk. 3. Der kunne derfor ikke stilles krav om forudgående offentliggørelse. På baggrund af kontraktens interesse for tekster-virksomheder i andre EU-medlemslande fandt Klagenævnet, at DR var forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler om den frie etableringsret og tjenesteydelse-ernes frie bevægelighed, jf. TEUF artikel 49 og 56 og dermed sikre en passende grad af offentlighed over for potentielle tilbudsgivere. DR fandtes dog ved løbende offentliggørelse på egen hjemmeside at have opfyldt dette krav. Der fandtes endvidere ikke grundlag for at statuere, at DR's afvisning af SDI Media A/S' s tilbud var usaglig, og der var ved forhandlingen givet SDI Media A/S mulighed for at redegøre for baggrunden for de tilbudte priser. Endelig kunne der ikke stilles krav om, at DR på forhånd oplyste, at tilbud, der var urealistisk lave, ville blive afvist. Påstanden om annulation blev derfor ikke taget til følge.

#### **31. januar 2013 - Easy-Climb ApS mod Trafikselskabet Movia**

Trafikselskabet Movia udbød to udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet som henholdsvis begrænset udbud og offentligt udbud. Easy-Climb ApS indgav som potentiel leverandør til tilbudsgiverne klage til Klagenævnet med påstand om, at udbudsbetingelsernes krav om, at den tilbudte liftvogn skulle være udstyret med en trappemaskine med automatisk driftsbremse, som opfyldte Arbejdstilsynets bekendtgørelse, var i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og 34, stk. 2. Klagenævnet afviste sagen, da en virksomhed, som ikke har afgivet tilbud, ikke kunne afgive tilbud og som ikke er en del af en virksomhed, der afgiver tilbud, ikke har tilstrækkelig retlig interesse efter håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

#### **29. januar 2013 - Etac A/S mod Aarhus Kommune**

Aarhus Kommune udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet en rammeaftale om indkøb af fabriksnye hjælpemidler, herunder manuelle kørestole, til udlån. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Etac A/S afgav tilbud, men kontrakten blev tildelt en anden tilbudsgiver. Klagenævnet fandt ikke, at Aarhus Kommune i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og 53 havde fastsat mindstekrav til underkriteriet "Kvalitet og Service", da tilbuddene ville blive vurderet efter hvilken grad, hvormed de opfyldte kravene i delkriterierne. Der var endvidere i tildelingsbeslutningen givet Etac A/S en tilstrækkelig begrundelse, da denne gav mulighed for at identificere fordelene ved det vindende tilbud. Påstanden om annulation af tildelingsbeslutningen blev derfor ikke taget til følge, og Klagenævnet anførte, at Klagenævnet efter håndhævelseslovens § 13 ikke har hjemmel til at tildele kontrakten til klageren, hvorfor denne del af påstanden allerede derfor ikke blev taget til følge.

<b>17. januar 2013 - Joca A/S mod Gladsaxe Kommune</b>
<p>Gladsaxe Kommune udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet en kontrakt om levering af affaldsbeholdere. Tildelingskriteriet var det "økonomisk mest fordelagtige tilbud" med underkriterierne "Pris", der vægtede 70 % og "Kvalitet", der vægtede 30 %. Klagenævnet fandt ikke grundlag for, at underkriteriet "Kvalitet" skulle være uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og det var dermed ikke ulovligt efter udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a. Påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen blev derfor ikke taget til følge.</p>
<b>19. december 2012 - Lyreco Danmark A/S mod Morsø Kommune</b>
<p>Morsø Kommune udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet en rammeaftale opdelt i tre delaftaler om levering af kontorartikler, skoleartikler og printerpapir. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige bud" ud fra en række vægtede kriterier. Lyreco Danmark A/S ("Lyreco") afgav tilbud, men fik ikke tildelt kontrakten. Lyreco indgav herefter klage til Klagenævnet og anførte, at kommunen havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og 53 ved at tilrettelægge underkriterierne "Service", "Kvalitet" og "Miljø" uden at det var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Lyreco anførte endvidere, at kommunens afvisning af Lyrecos tilbud som ikke konditionsmæssigt var i strid med udbudsdirektivets artikel 23 og 2 og at formuleringen af underretningen var i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2.</p> <p>Påstandene tilknyttet underkriterierne "Service" og "Kvalitet" blev ikke taget til følge og Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at ordregivere ikke har pligt til at oplyse, hvordan delkriterierne vil blive vægtet, medmindre der er tale om en usædvanlig, unaturlig eller meget skæv vægtning, hvilket ikke fandtes at være tilfældet i den konkrete sag. En angivelse af både mindstekrav og krav om oplysninger til evalueringen om "meropfyldelse" medførte ikke, at kriterierne måtte betegnes som uegnede og det var op til kommunen at vurdere, hvor meget de enkelte kriterier skulle vægte.</p> <p>For så vidt angår underkriteriet "Miljø" udtalte Klagenævnet, at kriteriet under de konkrete omstændigheder alene var egnet som udvælgelseskriterium, da der ikke fremgik specifikke delkriterier, men alene et krav om vedlæggelse af tilbudsgivernes miljøpolitik. Kriteriet var derfor ikke egnet som underkriterium og påstanden herom blev taget til følge. Klagenævnet fandt endvidere, at kommunen havde været forpligtet til at se bort fra tilbuddet på en af delaftalerne, blandt andet fordi tilbuddets prisangivelser var fejlbehæftede. Kommunen fremsendte en begrundelse til Lyreco, hvorfor påstanden om underretningen heller ikke blev taget til følge. Klagenævnet bemærkede endvidere, at standstill-perioden efter håndhævelseslovens § 3, stk. 1 ikke først begynder at løbe, når der er givet de krævede oplysninger, men løber fra dagen efter underretningen er afsendt. Anvendelsen af "Miljø" som underkriterium fandtes ud fra en "konkret væsentlighedsvurdering" ikke at medføre, at tildelingsbeslutningen burde annulleres, idet Lyrecos tilbud var afvist berettiget og de øvrige tilbudsgivere fik samme antal point på det pågældende kriterium.</p>
<b>18. december 2012 - Stryker Danmark, filial af Stryker AB mod Region Syddanmark</b>
<p>Region Syddanmark udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet 8 rammeaftaler vedrørende indkøb af hofteimplantater til Region Syddanmarks sygehuse og samarbejde om drift af et referencecenter på Vejle Sygehus. Derudover udbød regionen et sideordnet udbud (B9) vedrørende implantater til Vejle Sygehus og deltagelse i et "partnerskab" om driften af referencecenteret. Det var valgfrit for regionen, hvorvidt man ønskede at antage tilbud på det sideordnede udbud. Regionen fandt Stryker Danmark, filial af Stryker AB's ("Stryker") tilbud på B9 ikke konditionsmæssigt og valgte at indgå kontrakt med en anden tilbudsgiver. Stryker klagede herefter til Klagenævnet angående en række punkter vedrørende B9, samt et spørgsmål om aktindsigt for nogle af de øvrige koncepter.</p> <p>Klagenævnet udtalte under sagen, at underretningen om tildelingsbeslutningen ikke var mangelfuld, idet den indeholdt de relevante grunde og kunne danne grundlag for en vurdering af, hvorvidt Stryker ønskede at klage over beslutningen. Klagenævnet bemærkede videre, at standstill-perioden regnedes fra dagen efter underretningen er sendt, uanset om underretningen var begrundet, jf. håndhævelsesloven § 3, stk. 1. Kontrakten var således ikke var indgået i standstill-perioden og derfor ikke kunne erklæres for uden virkning som påstået af Stryker.</p> <p>Stryker havde videre gjort gældende, at regionen handlede i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte mindstekrav til koncept B9, der ikke opfyldte kravene hertil, men Klagenævnet udtalte, at udbudsbetingelserne og svar afgivet under tilbuddet indeholdt tilstrækkelige beskrivelser af mindstekravene på en gennemskuelig måde. Klagenævnet fandt endvidere ikke, at anvendelsen af sideordnet udbud medførte en overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, idet udbudsbetingelserne indeholdt en klar beskrivelse med angiv-</p>

<p>velse af grundlaget, kriterierne, samt regionens valgfrihed og udbuddet var dermed blevet tilrettelagt på en saglig og objektiv måde. For så vidt angår Strykers anmodning om aktindsigt i de andre tilbudsgiveres tilbud udtalte Klagenævnet, at udgangspunktet er, at der skal gives fuld indsigt i alle dokumenter, men de samlede tilbudspriser kunne undtages fra aktindsigt, jf. offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2 og § 13, stk. 1, nr. 5, da kendskabet til de andre tilbudsgiveres priser indebar en risiko for at skade deres konkurrenceevne.</p>
<p><b>7. december 2012 - Audio Visuelt Centrum A/S mod Aarhus Kommune</b></p>
<p>Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S ("SKI") havde indgået en rammeaftale vedrørende levering af AV- og undervisningsudstyr omfattende 12 leverandører, herunder Audio Visuelt Centrum A/S. Aarhus Kommune besluttede at anvende rammeaftalen til at indgå en koordineringsaftale med en ud af 3 egnede leverandører om produkter til brug for skolerne. Kommunen valgte at indgå aftale med en anden leverandør end Audio Visuelt Centrum A/S, der herefter indgav klage til Klagenævnet. Klagenævnet fandt ikke, at specifikationen af produkterne var utilstrækkelig, da de var omfattet af rammeaftalen og de øvrige 2 leverandører ikke havde haft problemer med produktbeskrivelsen. Klagenævnet udtalte endvidere, at tildelingen af kontrakten var sket på grundlag af rammeaftalens vilkår og dermed i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4. For så vidt angår skønnet over "det økonomisk mest fordelagtige" anførte Klagenævnet, at det efter fast praksis ikke tager stilling til, "hvilken relativ vurdering af tilbuddene indklagede skulle have foretaget, såfremt reglerne var blevet fulgt". De af Audio Visuelt Centrum A/S fremsatte påstande blev derfor ikke taget til følge.</p>
<p><b>4. december 2012 - HUMUS-Genplast v/ Hans Jørgen Rasmussen mod Renosyd I/S</b></p>
<p>Renosyd I/S udbød som begrænset udbud efter udbudsdirektivet en kontrakt om levering, mærkning og udbringning af affaldsbeholdere med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige bud". HUMUS-Genplast v/Hans Jørgen Rasmussen blev prækvalificeret og afgav tilbud, men blev ikke tildelt kontrakten og indgav klage til Klagenævnet. Renosyd I/S påstod klagesagen afvist med henvisning til Klagenævnets og domstolenes afgørelse i en anden sag. Dette blev afvist af Klagenævnet, da den aktuelle klage ikke vedrørte det samme udbud og da Renosyd I/S ikke var part i den tidligere sag. Klagenævnet udtalte endvidere, at en henvisning til AT-vejledning D.3.1 i en note til en gældende vejledning ikke medførte, at kravene i AT-vejledning D.3.1 måtte anses for udbudsretlige mindstekrav og HUMUS-Genplast's påstande blev derfor ikke taget til følge.</p>
<p><b>29. november 2012 - Mediq Danmark A/S mod Jysk Fællesindkøb</b></p>
<p>Mediq klagede over Jysk Fællesindkøbs udbud af en 3-årig rammeaftale med mulighed for forlængelse i op til et år med én leverandør om levering af sygeplejeartikler til de 10 kommuner, som var omfattet af indkøbsfællesskabet.</p> <p>Mediq fik af klagenævnet medhold i, at Jysk Fællesindkøb havde overtrådt ligebehandling- og gennemsigtighedsprincippet, samt artikel 53 om uegnede mindstekrav. Klagenævnet lagde vægt på, Jysk Fællesindkøb havde (i) opstillet mindstekrav, der ikke var egnede som mindstekrav, (ii) undladt at angive, for hvilke produktlinjer mindstekravene kunne "overopfyldes", og (iii) i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet "kvalitet" ikke som fastsat taget hensyn til de bemærkninger, som tilbudsgiverne var fremkommet med.</p> <p>Derudover fastslog klagenævnet, at ligebehandling- og gennemsigtighedsprincippet var overtrådt, idet Jysk Fællesindkøb i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet "kvalitet" havde tildelt tilbuddene point efter en model, der er egnet til at forrykke den fastlagte vægt af underkriterierne på 60% / 40%. På den baggrund blev indklagedes beslutning af 8. juni 2012 om at indgå kontrakt med Abena A/S annulleret.</p>
<p><b>22. november 2012 - Berendsen Textil Service A/S mod Herlev Kommune</b></p>
<p>Sagen omhandlede Berendsen Textil Service A/S klage over Herlev Kommunes tilbudsindhentning vedrørende udførelse af tøjvask til borgere uden egen vaskemaskine, hvor tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og underkriterierne og deres vægtning var angivet i tilbudsbetingelserne. Det fremgik af tilbudsbetingelserne, at der ville blive givet tilbuddene point efter en skala fra 0-100 for de kvalitative underkriterier. Ved tilbudsbedømmelsen gav Herlev Kommune imidlertid tilbuddene point efter en skala fra 92-100 for de kvalitative underkriterier som følge af en korrektion af skalaen svarende til spredningen mellem tilbudspriserne. Formålet med korrektionen var ifølge Herlev Kommune at sikre underkriteriernes vægtning. Klagenævnet slog fast, at det var i strid med gennemsigtighedsprincippet, at foretage en pointtildeling, der ikke var i overensstemmelse med den pointmodel, som er offentliggjort i udbudsbetingelserne. Desuden overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at den foretagne tilbudsevaluering i forhold til underkriterierne "kvalitet" og "miljø" ikke sikrede den i udbudsbetingelserne foreskrevne vægtning, og derfor var uegnet</p>

til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Udbuddet blev på den baggrund annulleret.

**20. november 2012 - Solum Roskilde A/S mod I/S Amagerforbrænding**

I/S Amagerforbrænding udbød en kontrakt om affaldsbehandling og bortskaffelse af haveaffald. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der indkom tilbud fra tre tilbudsgivere, herunder fra Solum Roskilde A/S. Amagerforbrænding fandt alle tilbud ukonditionsmæssige og iværksatte derfor et udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a.

Forhandlingsudbuddet blev herefter iværksat ved, at Amagerforbrænding henvendte sig til de tre tilbudsgivere med oplysning om, at de ville få lejlighed til at afgive nye tilbud på grundlag af de oprindelige udbudsbetingelser, således at der eventuelt ville blive foretaget mindre justeringer på grundlag af forhandlingsmøder med tilbudsgiverne. Amagerforbrænding fastsatte endvidere en procesplan, hvoraf der fremgik en frist for reviderede tilbud samt dato for tildelingsbeslutning og kontraktindgåelse. På den baggrund indgav tilbudsgiverne reviderede tilbud i overensstemmelse med den fastsatte deadline, men i stedet for at udmelde tildelingsbeslutningen - som ellers angivet i procesplanen - tog Amagerforbrænding kontakt til én af tilbudsgiveren (HCS A/S Transport & Spedition - "HCS"), i relation til forskellige spørgsmål til tilbuddet. Amagerforbrænding besluttede herefter at indgå kontrakt med HCS.

Solum Roskilde A/S indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud, herunder bl.a. med påstand om, at HCS's reviderede tilbud var ukonditionsmæssigt og at Amagerforbrænding ikke var berettiget til at rette henvendelse til tilbudsgiverne (forhandle) efter den angivne frist for modtagelse af reviderede tilbud. Amagerforbrænding havde i udbudsbetingelserne krævet, at tilbudsgiverne skulle vedlægge deres tilbud en konkret defineret miljøgodkendelse (i form af en erklæring).

Under klagesagen kom det frem, at HCS ikke havde vedlagt tilbuddet en fyldestgørende godkendelse, men først fremsendte en sådan (udvidet godkendelse) efter tilbudsfristens udløb. Den nye godkendelse kunne efter sit indhold ikke betragtes som en bekræftelse af den oprindelige miljøgodkendelse, men måtte i stedet anses for værende en selvstændig ny miljøgodkendelse. Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at en ordregiver ikke som udgangspunkt har pligt til at sikre, at tilbudsgivere, hvis tilbud umiddelbart fremstår som konditionsmæssige, har de nødvendige autorisationer og godkendelser, men hvis en ordregiver udtrykkeligt har stillet krav om en sådan specifik godkendelse, påhviler det ordregiver at vurdere, om tilbuddene lever op til dette krav. Idet den nye miljøgodkendelse var fremsendt efter tilbudsfristens udløb, havde Amagerforbrænding overtrådt de udbudsretlige grundprincipper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Efter tilbudsfristens udløb rettede Amagerforbrænding henvendelse til HCS, om en bekræftelse på, at Amagerforbrænding ikke ville kunne risikere at komme i en situation, hvor Amagerforbrænding ikke kunne komme af med en nærmere angiven del af haveaffaldet. HCS afgav på denne foranledning en erklæring, formuleret efter Amagerforbrændings ønske. Klagenævnet konstaterede, at drøftelserne mellem Amagerforbrænding og HCS havde karakter af egentlig forhandling. Uanset om Amagerforbrænding havde inddraget erklæringen ved tilbedsevalueringen eller ej, fandt Klagenævnet det i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, at ordregiver havde forhandlet med HCS efter tilbudsfristens udløb, når der i Amagerforbrændings procesplan ikke var oplyst sådanne forventede (yderligere) forhandlinger. Det var dermed uden betydning, om den afgivne erklæring indeholdt nye eller større forpligtelser for HCS, men HCS havde gennem forhandlingen fået mulighed for at forbedre sit tilbud før tildelingsbeslutningen. Klagenævnet annullerede på baggrund af de konstaterede overtrædelser Amagerforbrændings beslutning om at tildele kontrakten til HCS. Kendelsen understreger således, at de udbudsretlige grundprincipper også gælder under et forhandlingsudbud, ligesom en ordregiver selv sagt også bliver forpligtet efter udbudsmaterialets indhold.

**16. november 2012 - STB Byg A/S mod SYD ENERGI Holding A/S**

SYD Energi Holding A/S ("SYD ENERGI") iværksatte i januar 2011 en begrænset licitation efter tilbudsloven vedrørende en totalentreprise på opførelsen af et nyt domicil med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige bud". Fem virksomheder blev efter prækvalifikation inviteret til at afgive bud, hvilke alle fem virksomheder gjorde. Klageren STB Byg A/S ("STB Byg") og Hoffmann A/S blev vurderet som have afgivet de økonomisk mest fordelagtige bud og inviteret til forhandling med SYD ENERGI. SYD ENERGI endte med at indgå kontrakten med Hoffmann A/S.

STB Byg påstod i sin klage, at Hoffmann A/S havde haft videre adgang end dem til at foretage ændringer og optimeringer af sit tilbud med henblik på prisnedsættelse. Klagenævnet afviste påstanden bl.a. med henvisning til at selvom STB Byg ikke kunne optimere tilsvarende meget på prisen som Hoffmann A/S, så kunne STB Byg vinde mere på funktionali-

teten. Derudover bemærkede Klagenævnet, at en ordregiver under forhandlingerne har et ikke ubetydeligt skøn med hensyn til valg af teamet for forhandlingerne.

Klagenævnet afviste også STB Bygs anden påstand om, at SYD ENERGI havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet og tilbudslovens § 11, stk. 2 ved ikke at have tilkendegivet over for tilbudsgiverne, hvilke procedure der ville blive fulgt. Afvisningen blev bl.a. begrundet med at SYD ENERGI havde oplyst en forhandlingsprocedure og at der ikke var krav om at en sådan procedure skal indeholde navnene på de andre tilbudsgivere, som ordregiveren forbeholder sig, at forhandle med eller hvad ordregiveren forhandler med andre om.

STB Bygs tredje påstand var, at forhandlingerne med Hoffmann A/S havde førte til at opgavens karakter væsentligt var blevet ændret, da en række mindstekrav ikke kunne anses for opfyldt. Klagenævnet fandt imidlertid, at de af STB Byg oplyste krav ikke kunne anses for mindstekrav, da der var uklarhed herom i udbudsmaterialet. Påstanden blev derfor afvist.

Da de tre første påstande var blevet afvist, fandt klagenævnet heller ikke grundlag for at tage STB Bygs sidste påstand om annullering af beslutningen om tildeling af kontrakten til følge.

**15. november 2012 - Schneider Electric Buildings Denmark A/S mod Helsingør Kommune**

Helsingør Kommune udbød i april 2011 som begrænset udbud en total entreprise, med formål at reducere kommunens energi- og CO<sub>2</sub>-forbrug med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Schneider Electric Buildings Denmark A/S vandt ikke udbuddet og indgav efterfølgende klage til klagenævnet. Klagen vedrørte en række punkter i udbudsprocessen. Klagenævnet udtalte, at Helsingør Kommune havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne ved at have lagt vægt på et kriterium, der i udbudsbetingelserne var angivet ikke at ville blive lagt vægt på. Derudover fandt klagenævnet, at der var sket overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne samt udbudsdirektivets artikel 53, idet indklagede havde vurderet en række delkriterier til et kvalitativt underkriterium, som ikke var opregnet i udbudsbetingelserne. Kriteriet fandtes ikke at have karakter af ændring eller supplement til de allerede opstillede delkriterier. Endelig udtalte klagenævnet, at der var sket overtrædelse af principperne, idet indklagede havde benyttet et delkriterium tilknyttet ét underkriterium, ved vurderingen af et andet underkriterium. Som følge heraf annullerede klagenævnet tildelingen.

**2. november 2012 - Nykøbing Dag- og Industrirenovation v/ Bjørn Filtenborg mod Skive Kommune (Skive Renovation 4-S)**

I april 2012 udbød Skive Kommune som offentligt udbud aftale om indsamling af dagrenovation, papir m.v. med tildelingskriteriet "laveste pris". En forbigået tilbudsgiver, Nykøbing Dag- og Industrirenovation, indgav klage til Klagenævnet. Klagenævnet tillagde ikke klagen opsættende virkning. I udbudsbetingelserne fremgik det, at tilbuddet skulle vedlægges en erklæring om bankgaranti. Nykøbing Dag- og Industrirenovation påstod ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet overtrådt, idet den vindende tilbudsgivers bankgaranti var formuleret således, at tilbudsgiveren kunne stille garanti inden for en vis angivet ramme. Derudover ville garantien først blive endeligt godkendt, når tilbudsgiveren anmodede herom. Klagenævnet fandt ikke, at garantien indeholdt et forbehold, og fandt heller ikke, at dens manglende endelighed udgjorde et problem, idet det ikke i udbudsbetingelserne var angivet, at garantien skulle være stillet ved tilbudsafgivelsen. På baggrund heraf tog klagenævnet ikke klagen til følge.

**25. oktober 2012 - Forenede Service A/S mod Vejle Kommune**

Forenede Service A/S klagede over Vejle Kommunes udbud af rengøring og påstod at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet var overtrådt, idet Vejle Kommune bl.a. havde anvendt et ulovligt tildelingskriterium. Klagenævnet udtalte, at underkriterier som "Kvalitet" og delkriterier som "antallet af manuelle timer" i en aftale om serviceydelse som udgangspunkt er lovlige og saglige kriterier til vurderingen af et tilbuds kvalitet.

Forenede Service A/S formåede ikke konkret at påvise, at sidstnævnte alene var et lovligt delkriterium til underkriteriet "Tilbudspris" og ikke til underkriteriet "Kvalitet". Påstanden blev derfor ikke taget til følge. Endvidere var der klaget over, forståelsen af begrebet "hovedvægten", således havde Kommunen vægtet delkriteriet med 80 %, selvom det i udbudsbetingelserne var angivet, at hovedvægten (mere end 50 %) ville blive lagt på delkriteriet. Påstanden blev ikke taget til følge under henvisning til, at en vægtning på 80 % i det konkrete tilfælde lå inden for en naturlig forståelse af den anvendte formulering. Endelige blev det afvist, at Vejle Kommune havde overskredet sit skøn i forbindelse med vurderingen af kriteriet "kvalitet", endside at Kommunen ved evalueringen har inddraget ikke offentliggjorte eller i øvrigt

usaglige hensyn. Derfor afviste Klagenævnet samtlige påstande, og tog ikke annullationspåstanden til følge.
<b>24. oktober 2012 - Forenede Service A/S mod Danmarks Tekniske Universitet Campus Service</b>
<p>DTU Campus Services udbød som begrænset udbud rengøring af Risø Campus. Forenede Service A/S sammen med 4 andre ansøgere prækvalificeret til at afgive tilbud på opgaven, men vandt ikke udbuddet. Forenede Service A/S klagede herefter over, at der var anvendt et ulovligt tildelingskriterium, men det afviste Klagenævnet, og konkret kunne Forenede Service heller ikke påvise, at det var i strid med ligebehandlingsprincippet.</p> <p>Endvidere påstod Forenede Service A/S at DTU i evalueringen af tilbuddene havde anvendt en sproglig evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og som ikke sikrer en overholdelse af den udmeldte vægtning af de enkelte underkriterier. Eftersom en sproglig baseret evaluering ikke er ulovlig og da det ikke fandtes godtgjort, at DTU ikke havde vurderet tilbuddene i forhold til underkriterierne i overensstemmelse med den vægtning, som var fastsat, eller at DTU ikke havde anvendt den samme vægtning af underkriterierne ved vurderingen af alle tilbuddene, blev påstanden ikke taget til følge.</p> <p>Endelig blev Forenede Service A/S sidste påstand afvist, i det ikke var blevet påvist, at DTU havde overskredet det skøn, der tilkommer en ordregiver eller at DTU havde inddraget ikke offentliggjorte eller i øvrigt usaglige hensyn.</p>
<b>9. oktober 2012 - Krüger A/S mod Sorø Vand A/S</b>
<p>Sorø Vand A/S gennemførte en begrænset licitation efter tilbudsloven vedrørende reovering af Sorø Vandværk, med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Der blev udpeget fire ansøgere, herunder Krüger A/S. Der blev ikke indgået kontrakt med Krüger, som herefter indgav klage til Klagenævnet for udbud.</p> <p>Krüger påstod, at der var handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 samt de udbudsretlige principper og ligebehandling og gennemsigtighed, idet Sorø kun havde givet to ud af fire tilbudsgivere mulighed for at præsentere deres tilbud yderligere mundtligt. Der blev desuden klaget over, at Sorø Vand ikke havde foretaget en vægtning eller prioritering af underkriterierne til tildelingskriteriet, samt at underkriterierne i udbudsbrevet var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.</p> <p>Klagenævnet udtalte, den manglende vægtning og prioritering af underkriterierne udgjorde en overtrædelse af tilbudslovens § 8, stk. 2. Klagenævnet fandt endvidere, at underkriterierne i udbudsbrevet var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Endelig udtaltes det, at det var i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 samt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, at Sorø Vand kun gav to ud af fire tilbudsgivere mulighed for at præsentere deres tilbud mundtligt, samt at denne præsentation ikke var foretaget på en sådan måde, at principperne blev overholdt. På baggrund heraf annullerede klagenævnet, i overensstemmelse med Krügers påstand, tildelingen. Klagenævnet tog ikke stilling til en række øvrige klagepunkter.</p>
<b>27. september 2012 - Responce A/S mod Region Midtjylland</b>
<p>Klage over Region Midtjyllands EU-udbud vedrørende en 3-årig lejeaftale om døgndækkende udrykningskøretøjer understøttet som akutlægebiler til Randers og Horsens. Aftalen var opdelt i to delaftaler, én vedrørende Horsens (delaftale 1) og én vedrørende Randers (delaftale 2). Responce fik ikke tildelt kontrakten.</p> <p>Klagenævnet fandt, at det ikke var i strid med udbudsreglerne, at en angivelse kun var indeholdt i et tillæg til udbudsbetingelserne og ikke i udbudsbekendtgørelsen, da der blot var tale om en præcisering på et punkt, der havde givet anledning til usikkerhed.</p> <p>Klagenævnet fandt dog, at Regionen havde overtrådt om ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved, at Regionen trods direkte spørgsmål fra tilbudsgivere ikke havde oplyst om det hidtidige omfang af en del af den udbudte tjenesteydelse, selvom en sandsynlig potentiel tilbudsgiver havde oplysningen. Hermed fastholder nævnet sin praksis, hvorefter ordregiver skal give oplysning om hidtidigt forbrug, såfremt en manglende oplysning om det, vil give den aktuelle leverandør en konkurrencefordel.</p> <p>Desuden fandt nævnet at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet var overtrådt idet regionen havde angivet nogle konkurrenceparametre, der var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og ved at fastsætte nogle uklare mindstekrav jf. påstand 3 og 4. De nævnte overtrædelse medførte at Klagenævnet annullerede tildelingen.</p>

lingen.

Det var imidlertid ikke en overtrædelse af udbudsreglerne, at Regionen havde samlet elementerne kvalitet og funktionalitet under et enkelt kvalitativt underkriterium, da de to elementer var delvis overlappende. Regionen havde desuden ikke sondret mellem dem ved tilbudsvurderingen, hvorfor fastsættelsen af det kvalitative underkriterium ikke havde overskredet det betydelige skøn, der tilkom denne.

**25. september 2012 - UVdata A/S mod Københavns Kommune**

Sagen omhandlede Københavns Kommunes udbud af en rammeaftale om levering af et it-system. Klagen var indgivet af en prækvalificeret virksomhed, UVdata A/S, der ikke havde afgivet tilbud, fordi Kommunen efter UVdatas opfattelse på forhånd havde besluttet ikke at indgå kontrakt med denne.

Påstande om, at udbuddet var udformet i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende rammeaftaler i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, sidste afsnit, blev ikke taget til følge, da Klagenævnet ikke fandt grundlag herfor. Hertil blev der bl.a. henvist til, at bestemmelsen ikke kan forstås anderledes end traktatens artikel 101 og 102, og til, at der med udbuddets iværksættelse var tilsigtet en konkurrenceudsættelse med det formål at imødegå en faktisk monopolstilling for klageren.

Klagenævnet fandt, at Kommunen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet og udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, ved at have givet forkerte angivelser af, at forskellige andre ordregivende myndigheder ville kunne trække på rammeaftalen, og da der dermed tillige var sket en krænkelse af gennemsigtighedsprincippet tog Klagenævnet påstand 1 til følge.

Klagenævnet fandt det dog ikke sandsynliggjort, at Kommunen før udbuddet havde besluttet ikke at indgå kontrakt med UVdata, uanset om tilbuddet måtte vise sig at være det økonomisk mest fordelagtige (dvs. at der skulle have været tale om et skinudbud). Det blev desuden afvist, at det skulle være i strid med ligebehandlingsprincippet, at Kommunen efter behov vederlagsfrit ville stille 300 arbejdstimer til rådighed ved et eventuelt it-systemets implementering, eftersom der var tale om omstillingsomkostninger, som Kommunen nødvendigvis måtte afholde for at give andre leverandører end den aktuelle leverandør mulighed for at afgive et konkurrencedygtigt tilbud.

Overtrædelsen medførte ikke til annullation af tildelingsbeslutningen, da det måtte antages, at den konstaterede overtrædelse ikke havde haft betydning for tilbudsafgivelsen. Påstand om, at kontrakten med den valgte tilbudsgiver skulle erklæres for uden virkning, fordi den var indgået i standstill-perioden, blev heller ikke taget til følge, eftersom klagen var indgivet før tildelingsbeslutningen og dermed ikke i standstill-perioden, og da klagerens fastholdelse af klagen efter tildelingsbeslutningen ikke kunne sidestilles med en klage i standstill-perioden.

**14. september 2012 - Merrild Coffee Systems A/S mod Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste**

Udbud efter udbudsdirektivet af rammeaftale om indkøb af varme drikkevarer til Forsvarsministeriet med underliggende myndigheder. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde fem virksomheder afgivet tilbud, herunder klageren Merrild Coffee Systems A/S ("Merrild"), Peter Larsens Kaffe A/S ("Peter Larsen") og vinderen af udbuddet BKI Foods A/S ("BKI").

Merrild påstod for det første, at Forsvarsministeriet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have taget Peter Larsens og BKIs tilbud i betragtning selvom de ikke overholdt mindstekravene fastsat i udbudsbetingelserne. Klagenævnet fandt alene Peter Larsens tilbud ikke opfyldte mindstekravene, da Peter Larsen ikke havde leveret alle de krævede produktblade. BKI havde indleveret produktbladene, men de var ved en fejl ikke blevet udleveret til Merrild, som følge af Merrilds aktindsigtsbegæring.

For det andet påstod Merrild, at Forsvarsministeriet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at BKIs tilbud i betragtning uanset at dette indeholdt forbehold for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Dette blev afvist af Klagenævnet, da Klagenævnet ikke fandt, at BKI havde taget et sådant forbehold.

Endelig påstod Merrild, at BKIs tilbud ikke skulle være taget i betragtning, da tilbuddet indeholdt andre pakningsstørrelser end dem angivet i kravspecifikationen. Påstanden blev ikke taget til følge med henvisning til, at der i kravspecifikationen blev anvendt udtrykke "ca." og "fx". Der var således ikke stillet krav om faste og absolutte mængder eller

<p>størrelser. Spørgsmål og svar i et andet udbud kunne ikke føre til andet resultat.</p> <p>Samlet fandt Klagenævnet ikke grundlag for at annullere beslutningen om at tildele BKI kontrakten.</p>
<p><b>13. september 2012 - Kardex Danmark AB mod Region Syddanmark</b></p>
<p>Region Syddanmark havde udbudt en kontrakt om levering, installation og idriftsættelse af 2 lagerautomater til sterilt-centralen på Vejle Sygehus. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Sagen omhandlede klage fra Kardex Danmark AB der ikke havde fået kontrakten. Vinderen af kontrakten var Thanex A/S.</p> <p>Kardex Danmark AB påstod at Thanex A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt. Klagenævnet afviste dette ved ganske kort, at konstatere, at (i) Thanex A/S' tilbud ikke indeholdt forbehold overfor mindstekrav, (ii) at der ikke forelå oplysninger der kunne give Region Syddanmark grundlag for at antage, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt og (iii) at der ikke er grundlag for at antage, at det udøvede skøn er behæftet med fejl. Klagen blev derfor ikke taget til følge.</p>
<p><b>24. juli 2012 - cBrain A/S mod Ministeriet for Videnskab, Teknologi og Udvikling</b></p>
<p>Indklagede udbød i december 2010 et ESDH-system. Klager vandt ikke kontrakten, og klagede derefter til klagenævnet. Klager påstod, at indklagede havde anvendt en anden vægtning til et underkriterium end angivet i udbudsmaterialet. Klager mente heller ikke, at indklagedes redegørelse for vurderingen af klagers løsning var tilstrækkelig. Endelig påstod man, at vurderingen af klagers og vinderens løsning ikke var foretaget ensartet. Klagenævnet udtalte, at det ikke er i strid med udbudsreglerne ikke i udbudsbetingelserne at anføre, hvilken evalueringsmodel der vil blive anvendt, eftersom der indgår betydelige skønsmæssige elementer. Klagenævnet fandt indklagedes evalueringsnotat tilstrækkeligt, og udtalte, at klagenævnet ikke erstatte indklagedes skøn med sit eget. Klagen blev derfor ikke taget til følge.</p>
<p><b>16. juli 2012 - Phonak Danmark A/S mod Københavns Kommune</b></p>
<p>Københavns Kommune udbød i februar 2011 en rammeaftale vedrørende levering og installation af høretekniske hjælpemidler. Phonak Danmark A/S klagede over, at Københavns Kommune havde anmodet og opfordret tilbudsgiverne til at tilbyde flere produkter, end der var plads til på tilbudsskemaet. Der blev endvidere klaget over, at Københavns Kommune ikke havde afgivet klart og entydigt svar på et stillet spørgsmål. Endelig blev der klaget over, at indklagede ikke havde beskrevet en række underkriterier entydigt i udbudsbetingelserne. Klagenævnet fandt, at indklagede havde overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at tillade, at tilbudsgiverne tilbød andre produkter end de, der nævntes i udbuddet, således at tilbudsgiverne konkurrerede på enheder, som de ikke kendte. Underkriterierne fandtes at være beskrevet tilstrækkeligt. Klagen blev taget til følge, og tildelingen blev annulleret.</p>
<p><b>6. juli 2012 - KCI Medical ApS mod Region Hovedstaden</b></p>
<p>I juni 2011 udbød Region Hovedstaden som offentligt udbud efter Udbudsdirektivet to delaftaler om indkøb af produkter til sårbehandling. I alt afgav tre virksomheder tilbud på delaftalerne, og på baggrund af tilbudsevalueringen besluttede regionen at tildele kontrakten til Smith &amp; Nephew A/S. En forbigået tilbudsgiver, KCI Medical ApS, indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud.</p> <p>KCI Medical ApS nedlagde blandt andet påstand om, at regionen havde handlet i strid med EU's udbudsregler ved at have rettet henvendelse til Smith &amp; Nephew A/S efter indgivelsen af tilbud, men før meddelelse af tilbudsbeslutningen. KCI Medical ApS' påstande angik blandt andet spørgsmålet om, hvorvidt Region Hovedstaden havde tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet samt overtrådt forhandlingsforbuddet.</p> <p>Den ene påstand var begrundet i, at regionen havde rettet henvendelse til Smith &amp; Nephew A/S med henblik på at få afklaret, hvorvidt den tilbudte stationære pumpe overholdt mindstekravet om, at pumpen skulle være udstyret med dobbelt isolering eller tilsvarende sikring. Smith &amp; Nephew A/S havde i tilbuddet erklæret, at man opfyldte dette mindstekrav.</p> <p>To andre påstande var begrundet i, at regionen havde rettet henvendelse til Smith &amp; Nephew A/S med henblik på at få afklaret, om den tilbudte mobil pumpe opfyldte mindstekravet om udløsning af alarm ved afklemning, da man ved afprøvning af den indleverede vareprøve ikke havde kunnet konstatere dette, og da man havde mistanke om, at dette skyldtes, at vareprøven var defekt. Regionens tillod herefter omlevering af vareprøven efter tilbudsfristens udløb.</p>



<p>Klagenævnet udtalte, at regionen havde været berettiget til at foretage en teknisk afklaring, da Smith &amp; Nephew A/S havde angivet, at mindstekravene var opfyldt, og da regionen ikke ud fra tilbuddet eller den indleverede vareprøve kunne konstatere, om dette var tilfældet. KCI Medical ApS havde endvidere nedlagt påstand om, at Smith &amp; Nephew A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt som følge af, at tilbuddet ikke opfyldte flere af udbuddets mindstekrav. Denne påstand var ikke nærmere underbygget, da KCI Medical ApS på grund af regionens ekstrahering af udbuddets dokumenter ikke havde fået fuld aktindsigt.</p>
<p><b>30. maj 2012 - CG Jensen A/S mod Region Midtjylland</b></p>
<p>Sagen omhandlede Region Midtjyllands begrænsede udbud af en totalentreprise vedrørende projektering og opførelse af et nyt parkeringshus ved regionshospitalet med plads til 450-500 biler og med mulighed for udvidelse til 1.000 biler. Klagenævnet fastslog, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet var overtrådt, idet regionen under tilbudsvurderingen i relation til et kvalitativt underkriterium lagde vægt på et forhold, selvom det ved et rettelsesblad til udbudsbetingelserne var tilkendegivet, at der ikke ville blive lagt vægt på netop det forhold. På trods af den konstaterede fejl, annullerede Klagenævnet ikke tildelingsbeslutningen eftersom nævnet ikke sætter sit eget skøn i stedet for ordregiver. Der var desuden heller ikke grundlag for at fastslå, at en korrekt tilbudsvurdering ville have ført til et ændret resultat.</p>
<p><b>Valg af udbudsform</b></p>
<p><b>5. december 2012 - Vraa Dampvaskeri A/S mod Hjørring Kommune</b></p>
<p>Hjørring Kommune havde udbudt en rammeaftale vedrørende vask og leje af beklædning til sine medarbejdere i plejesektoren. Fire virksomheder havde inden for tilbudsfristen afgivet tilbud. Klagen blev iværksat af en forbigået tilbudsgiver - Vraa Dampvaskeri - der påstod, at Kommunen bl.a. havde handlet i strid med udbudsdirektivets bestemmelser om ligebehandling efter artikel 2 og artikel 53 om underkriterier.</p> <p>Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at rammeaftalen vedrørte "Andre tjenesteydelser" omfattet af bilag II B. Den udbudte aftale var således ikke omfattet af udbudsdirektivet men udelukkende af tilbudslovens annonceringspligt. Kommunen havde dog i udbudsbekendtgørelsen tilkendegivet, at der var tale om en offentlig procedure efter udbudsdirektivet, og udbudsbetingelserne blev samtidig med udbudsbekendtgørelsen lagt på kommunens hjemmeside. Spørgsmålet var, om den tilkendegivelse forpligtede kommunen udbudsretligt. Klagenævnet fandt, at kommunen ikke selv rent udbudsretligt kunne bringe proceduren efter udbudsdirektivet i spil. Klagenævnet lagde vægt på, at de omhandlede ydelser - "andre tjenesteydelser" efter direktivets artikel 21 ikke skulle udbydes efter udbudsdirektivets almindelige procedurer.</p> <p>Den udbudte opgave var derimod omfattet af tilbudslovens afsnit II, og derfor skulle den have overholdt reglerne om annoncering af såvel ligebehandlingsprincippet som gennemsigtighedsprincippet efter tilbudsloven. Klagenævnet medgav, at udbudsbekendtgørelsen kunne have givet potentielle tilbudsgivere det indtryk, at der reelt var tale om et offentligt udbud. Dels på grund af angivelsen om, at der var tale om en offentlig procedure, dels grundet tildelingskriteriet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud med tilhørende vægtede underkriterier. Klagenævnet fandt dog, at dette ikke var tilfældet og henviste i den forbindelse til, at det i øvrigt af udbudsmaterialet klart fremgik, at der var tale om bilag II B-tjenesteydelse. Klagenævnet anså sig følgelig ikke kompetent til at påse, om de påståede udbudsretlige overtrædelserne var i strid med procedurerne i direktivet.</p> <p>Klagenævnet fastslog desuden, at det lå uden for rammerne af Klagenævnets forvaltningsretlige vejlednings- og fortolkningsforpligtelse, at forstå Vrå Dampvaskeris nedlagte påstande således at de i stedet vedrørte en overtrædelse af tilbudsloven - og ikke udbudsdirektivet. Klagenævnet bemærkede dog - ex tunc - at der umiddelbart ikke var grundlag for at antage, at kommunen havde tilsidesat tilbudslovens regler.</p>
<p><b>Ordregivers annullation af udbud</b></p>
<p><b>30. oktober 2012 - Rubæk &amp; Co A/S mod Renovationselskabet ESØ 90 I/S</b></p>
<p>Efter at Rubæk &amp; Co A/S ("Rubæk") havde indleveret klagen mod Renovationselskabet ESØ 90 I/S ("Renovationselskabet") besluttede Renovationselskabet at annullere udbuddet, selvom Renovationselskabet havde afgivet meddelelse om at ville indgå en aftale med vindende tilbudsgiver efter standstill-periodens udløb. Af annullationsbrevet fremgik, at: Re-</p>

novationsselskabet "må erkende, at der er en række uklarheder i materialet, ligesom udbudsprocessen ikke har været gennemført på gennemsigtig vis." Klagenævnet bemærkede, at der i forhold til opsættende virkning gav dette ikke mening efter ophævelsen af klagen.

Rubæk fastholdt dog klagen om at Renovationsselskabet havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, selvom udbuddet var annulleret, da klagen angik det principielle spørgsmål, om hvornår fejl i tilbud er så åbenbare, at der opstår en kontrolpligt for den ordregivende myndighed. Renovationsselskabet nedlagde påstand om, at Rubæk ikke havde retlig interesse, hvilket klagenævnet afviste. Klagenævnet tog påstanden til følge med den begrundelse, at Renovationsselskabet skulle have afvist tilbuddet fra den vindende virksomhed, Joca A/S, da de tilbødte produkter ikke opfyldte de gældende love og offentlige bestemmelser, der var relevante for tilbuddet.

**30. august 2012 - Svejgaard-Galst Advokataktieselskab mod Frederiksberg Kommune**

Frederiksberg Kommune indhentede tilbud på køb af advokatydelse inden for en række juridiske discipliner efter tilbudslovens afsnit II. Ved tilbudsfristens udløb var der modtaget tilbud fra 11 virksomheder, men Frederiksberg Kommune valgte alligevel at annullere udbuddet. I udbudsmaterialet var det fastlagt, hvilken model for evaluering af underkriteriet "pris" man ønskede at anvende.

Ved en gennemgang af de indkomne tilbud kunne Frederiksberg Kommune imidlertid konstatere, at de to dyreste tilbud ved anvendelse af modellen ville vægte mere end 100 % i forhold til det billigste tilbud, hvorefter evalueringsmodellen ikke ville føre til et retvisende resultat. Frederiksberg Kommune besluttede herefter at annullere udbuddet. Svejgaard-Galst Advokataktieselskab, der havde afgivet det billigste tilbud, indgav herefter klage til klagenævnet, idet der efter deres opfattelse var sket en forskelsbehandling. Frederiksberg Kommune anførte herimod, at denne ikke alene havde været berettiget, men også forpligtet til at annullere udbuddet, eftersom evalueringsmodellen i praksis havde vist sig uanvendelig. Klagenævnet udtalte, at en ordregivende myndighed ved en annullation af et udbud er forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende bestemmelser i almindelighed og forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed, men at der ikke kan pålægges ordregiver en kontraheringspligt. På den baggrund vurderede klagenævnet, at Frederiksberg kommunes annullation ikke var i strid med udbudsreglerne.

**16. august 2012 - Phonak Danmark A/S mod Kommunernes Landsforening**

Efter tidligere at have annulleret flere udbud om rammeaftaler vedrørende indkøb af høreapparater, udbød Kommunernes Landsforening et nyt udbud om samme i september 2011. I februar 2012 valgte Kommunernes Landsforening at annullere udbuddet. Phonak Danmark A/S klagede over, at annullationen var usaglig. Klagenævnet fandt, at dette ikke var tilfældet, og tog derfor ikke klagen til følge. Det udtaltes, at der skal overordentligt meget til, at en annullation bliver anset som værende usaglig. At indklagede ikke havde behøvet at aflyse udbuddet, gør ikke aflysningen usaglig. Det blev udtalt, at der ikke gælder en kontraheringspligt, og at ordregiver ved en aflysning udelukkende er forpligtet til at overholde traktatens bestemmelser i almindelighed og i særdeleshed forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

**Annulation/omgørelse**

**13. marts 2013 - ABB A/S mod L90**

Sagen omhandlede det fælleskommunale affaldsselskab L90's udbud af en opgave vedrørende levering og installation af hardware og software i forbindelse med udskiftning af et kontrolanlæg til affaldsforbrænding. I sagen konstaterede Klagenævnet en række overtrædelser af udbudsreglerne med henvisning til, at L90 havde taget bekræftende til genmæle, herunder bl.a. med hensyn til at der var modstridende angivelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne om muligheden for at give alternative tilbud, samt om at Dernæst var ABB ikke blevet underrettet om, at ABB's to alternative tilbud var blevet afvist som ukonditionsmæssige.

En påstand om, ABB's to alternative tilbud ikke skulle anses for at være ukonditionsmæssige blev denne ikke taget til følge, da tilbuddene ikke opfyldte et mindstekrav, om nye IO kort og sokler, hvorfor L90 havde været forpligtet til at afvise.

Til gengæld var det en overtrædelse af udbudsregler, at der blev lagt vægt på det samme forhold "programmeringsvanskeligheder" i relation til to forskellige kvalitative underkriterier: "service" og "programmeringsfleksibilitet". Endelig

<p>fandt Klagenævnet, at der var sket en overtrædelse af forhandlingsforbuddet og ligebehandlingsprincippet ved at indkøbsfællesskabet havde fortaget drøftelser med en enkelt tilbudsgiver om grundlæggende elementer, herunder bl.a. betaling, leveringsomfanget og konventionalbod, som udgjorde væsentlige elementer i kontrakten. Det var L90, der havde bevisbyrden for, at den særskilte drøftelse med den pågældende tilbudsgiver, Siemens, ikke var en overtrædelse af forhandlingsforbuddet. Denne bevisbyrde var ikke løftet. Samlet set annullerede Klagenævnet derfor udbuddet.</p>
<p><b>19. november 2012 - Rent A/S mod Køge Kommune</b></p>
<p>Sagen omhandlede et EU-udbud vedrørende rengøring, hvor tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Rent A/S, der var en forbigået tilbudsgiver indgav klage over, at Køge Kommunen bl.a. havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved vurderingen af Rent A/S' tilbud og underkriteriet "Tilbudsgivers plan for opstartsprocedure", at have lagt vægt på længden af en forberedelsesfase, der var nævnt i tilbuddet, selvom længden af forberedelsesfasen ikke var blandt de forhold, som udbyderen ifølge udbudsbetingelserne ville lægge vægt på. Det gav Klagenævnet Rent A/S medhold i og Køge Kommunens beslutning af 15. november 2011 om at indgå kontrakt med ISS Facility Services A/S blev derfor annulleret.</p>
<p><b>20. september 2012 - Fresenius Medical Care Danmark A/S mod Region Hovedstaden</b></p>
<p>Sagen omhandlede Region Hovedstadens køb af et 'dialysevand anlæg', uden at der forinden var gennemført udbud eller tilbudsindhentning i medfør af tilbudslovens afsnit II. Prisen for anlægget var 895.000 kr. Spørgsmålet var om anlægget skulle have annonceret jf. tilbudslovens § 15 c, stk. 1. Klagenævnet fandt, at der efter undtagelsesbestemmelsen i stk. 2 jf. udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra b (om supplerende levering fra den oprindelige leverandør), ikke er mulighed for at undlade tilbudsindhentning, hvor en ordregiver tidligere har valgt en bestemt type varer, og hvor der vil være et vist besvær med at skifte leverandør.</p> <p>Det påhvilede derfor Region Hovedstaden at godtgøre, om betingelserne i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra b, var opfyldte. Den bevisbyrde var ikke løftet og Klagenævnet annullerede derfor beslutningen af 17. maj 2011 om indkøb, men pålagde ikke økonomisk sanktion, da håndhævelseslovens § 19 ikke kunne anvendes eftersom kontrakten ikke var omfattet af hverken udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet.</p>
<p><b>5. september 2012 - Volvo Busser Danmark A/S mod Bornholms Regionskommune, Trafikselskabet BAT</b></p>
<p>Bornholms Regionskommune, Trafikselskabet BAT ("BAT") udbød efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en offentlig kontrakt om indkøb af 12 – 22 to-akslede laventre busser med minimum 40 sidepladser til buskørsel på Bornholm med option om potentielt at købe flere. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige bud" med vægtede tildelingskriterier pris (34 %), drift/service (33 %) og kvalitet (33 %).</p> <p>Volvo Busser Danmark A/S ("Volvo Busser") påstod, at der ikke var givet fornøden begrundelse og ikke oplyst om standstill-periodens udløb i underretningen om kontraktens tildeling. Volvo Busser påstod endvidere at tildelingen var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, idet tildelingen var sket til Busimport A/S, der ikke havde afgivet konditionsmæssigt tilbud. Derfor anmodede Volvo Busser endeligt om, at Klagenævnet skulle annullere tildelingen.</p> <p>BAT tog bekræftende til genmæle i forhold til påstand et om standstill periode og manglende begrundelse. Klagenævnet sonderer mellem dels "ønsker" og dels minimumskrav i udbudsbetingelserne og foretog en gennemgang af klagepunkterne og fandt at vinderen - Busimport -A/S flere steder havde taget forbehold, som ikke var tilladt. Busimport A/S havde derfor afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud - og som følge af karakteren af de konstaterede overtrædelser annullerede Klagenævnet tildelingsbeslutningen, jf. håndhævelseslovens § 13, nr. 2.</p>
<p><b>Erstatning</b></p>
<p><b>16. januar 2013 - Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune</b></p>
<p>Guldborgsund Kommune (indklagede, herefter "Kommunen") iværksatte i juli 2011 en begrænset licitation efter tilbudsloven vedrørende om- og udbygning af en skole. Opgaven blev udbudt som en totalentreprisekonkurrence og tildelingskriteriet blev fastsat til "det økonomisk mest fordelagtige bud", med de lige vægtede underkriterier teknisk værdi og økonomisk værdi. Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S (klageren, herefter "Byggefirmaet") og fire andre virksomheder blev prækvalificeret. Af de indkomne tilbud havde firmaet Hindsgaul A/S budt ind med en løsning, som Kommunen fandt mest attraktiv, og bedre end den løsning Kommunen selv havde forestillet sig. Kommunen valgte på den baggrund at tildele kontrakten til Hindsgaul A/S.</p>

I januar 2012 indgav Byggefirmaet en klage til Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet fandt ved kendelse af 27. juni 2012, at tilbuddet fra Hindsgaul A/S ikke opfyldte licitationsbetingelsernes krav om, at alle dele af nybygningen skulle placeres inden for det fastsatte byggefelt, og at Kommunen ved at tage tilbuddet havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i tilbudsloven. Beslutningen om at tildele totalentreprisekontrakten til Hindsgaul A/S blev herefter annulleret, og Kommunen blev pålagt at betale 25.000 kr. i sagsomkostninger til Byggefirmaet.

Trods Klagenævnets kendelse indgik Kommunen totalentreprisekontrakten med Hindsgaul A/S, som påbegyndte arbejdet. Byggefirmaet havde tilkendegivet for Klagenævnet, at firmaet senere ville nedlægge påstand om erstatning. Ved kendelsen af 16. januar 2013 tog Klagenævnet så stilling til Byggefirmaets to påstande om erstatning. Byggefirmaet nedlagde principalt påstand om erstatning på DKK3.924.776 for at blive stillet, som havde de fået kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse) og subsidiært om erstatning DKK441.000 for at få dækket udgifterne afholdt i forbindelse med tilbudsafgivelsen (negativ kontraktsinteresse). Kommunen påstod frifindelse for begge påstande og bestred i øvrigt erstatningsopgørelserne. Kommunen gjorde til støtte herfor blandt andet gældende, at der ved tilbudsindhentelse efter tilbudsloven ikke gælder samme strenge ansvarsnorm som efter de EU-retlige udbudsregler, samt at Kommunen ville have annulleret licitationen, hvis Kommunen ikke havde taget tilbuddet fra Hindsgaul A/S i betragtning og dermed ikke ville have indgået kontrakt med Byggefirmaet.

Indledningsvist konstaterede Klagenævnet, at da Kommunen havde overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at antage tilbuddet for Hindsgaul A/S, havde Kommunen handlet på en sådan måde, at Kommunen var erstatningsansvarlige overfor Byggefirmaet. Klagenævnet forholdte sig dog ikke til Kommunens argument om, at der ved tilbudsindhentelse efter tilbudsloven ikke gælder samme strenge ansvarsnorm, som indenfor EU's udbudsregler. Kommunens anbringende om, at såfremt der skulle ses bort fra Hindsgaul A/S' tilbud, så ville Kommunen have været nødt til at annullere udbuddet, da de tre øvrige tilbud og Byggefirmaets overskred den vejledende budgetramme, blev afvist af klagenævnet. Klagenævnet begrundede dette med, at Kommunen under udbudsprocessen havde oplyst, at en overskridelse af den vejledende budgetramme ikke ville gøre tilbuddene ikke-konditionsmæssige, og at alle tilbud i øvrigt lå over budgetrammen. Kommunen havde derfor ikke været nødsaget til at annullere udbuddet, hvis Kommunen havde afvist Hindsgaul A/S' tilbud. Med henvisning til Højesterets dom i sagen Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet (Ugeskrift for Retsvæsen 2012, s. 2952H), konstaterede Klagenævnet, at det påhviler Kommunen at sandsynliggøre, at Kommunen ikke ville have antaget Byggefirmaets tilbud, som var det næst mest økonomisk fordelagtige tilbud, hvis Hindsgaul A/S' tilbud blev afvist, men derimod havde annulleret udbuddet. Kommunen fandtes ikke at have løftet bevisbyrden herfor. Klagenævnet lagde i den forbindelse vægt på overtrædelsens karakter, samt at Kommunen forud for evalueringen havde givet udtryk for at Hindsgaul A/S' tilbud måske skulle afvises, men alligevel ikke annullerede udbuddet. Derudover fremgik det af sagens omstændigheder, at det var af væsentlig betydning for Kommunen, at byggeriet stod færdigt til skolestart 2012, hvilket måtte antages ikke kunne ske, hvis genudbud blev nødvendigt.

Klagenævnet fandt på den baggrund Byggefirmaet berettiget til erstatning svarende til den positive opfyldelsesinteresse. Klagenævnet fastslog, at bevisbyrden for i hvilket omfang Byggefirmaet havde lidt et erstatningsberettiget tab, påhvilede Byggefirmaet. Byggefirmaet havde forsøgt at løfte denne bevisbyrde alene ved firmaets egen erstatningsopgørelse. Flere af posterne på opgørelsen blev fundet udokumenterede, ikke medregnede eller uden tilstrækkelig redegørelse. Derudover var der medregnet tillægsarbejder, selvom der i Kommunens kontrakt med Hindsgaul A/S ikke var medtaget sådanne. Byggefirmaet havde desuden ikke fremlagt regnskabsmæssige oplysninger eller tilsvarende, der kunne bestyrke det opgjorte tab, hvorfor erstatningsopgørelsen ikke i sig selv var tilstrækkelig til at løfte bevisbyrden. Klagenævnet fastsatte derfor erstatningen skønsmæssigt til DKK1.200.000, under hensyntagen til bl.a. usikkerheden i Byggefirmaets erstatningsopgørelse, den frigjorte kapacitet ved ikke at skulle udføre opgaven, og risikoen ved at skulle gennemføre entreprisen.

**21. december 2012 - Gentofte Murer- og Tømmerforretning ApS mod 853 E/F Østerbrogade/Hornemannsgade**

853 E/F Østerbrogade/Hornemannsgade ("853 E/F") havde iværksat en begrænset licitation af en hovedentreprise på renovering af tag og facader på en ejerlejlighedsejendom. Gentofte Murer- og Tømmerforretning ApS havde tidligere indgivet en klage i sagen og den her afsagte kendelse var efterfølgende blevet indbragt for domstolene. Gentofte Murer- og Tømmerforretning ApS bad nu Klagenævnet tage stilling til et anbringende om, at 853 E/F's forkastelse af Gentofte Murer- og Tømmerforretning ApS's tilbud havde været uberettiget.

Klagenævnet fandt, at afvisningen af tilbuddet var sket med urette, da 853 E/F inden de opfordrede Gentofte Murer- og Tømrerforretning ApS til at give tilbud havde haft mulighed for at undersøge, om tilbudsgiveren ville være i stand til at opfylde de stillede krav tilfredsstillende. 853 E/F blev dog frifundet for erstatningspåstandene. Dette skyldes, at Gentofte Murer- og Tømrerforretning ApS ikke havde lidt noget tab, da deres tilbud var ukonditionsmæssigt.

**10. december 2012 - Marius Pedersen A/S mod Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhederne, Renovationsvæsnet**

Klagenævnet havde tidligere den 8. juni 2012 afsagt kendelse i sagen og i den forbindelse konstateret, at Aalborg Kommune havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at have anvendt et ulovligt tildelingskriterium, da underkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomiske mest fordelagtige tilbud.

Denne sag omhandlede de til den første kendelse knyttede erstatningspåstande, idet Marius Pedersen A/S havde nedlagt påstand om erstatning for positive opfyldelsesinteresse, subsidiært den negative kontraktsinteresse. Klagenævnet udtalte, at kommunen havde handlet ansvarspådragende, men frifandt kommunen for at betale den positive opfyldelsesinteresse, da der ikke havde været mulighed for, at kommunen kunne tildele kontrakten lovligt efter det gennemførte udbud, idet en anvendelse af de resterende lovlige underkriterier ville have været i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og 53. Kommunen blev ligeledes frifundet for at betale den negative kontraktsinteresse, da der ikke fandtes årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og Marius Pedersen A/S's forgæves afholdte udgifter, idet Marius Pedersen A/S gennem udbudsbetingelserne var eller burde have været bekendt med de forhold, der udgjorde overtrædelsen.

**6. december 2012 - Mikro Værkstedet A/S mod Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte**

Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte ("SSU") udbød i 2009 en rammeaftale om levering af it-hjælpemidler og særlige hjælpemidler til elever og studerende med fysisk, psykisk eller indlæringsmæssig funktionsnedsættelse. Rammeaftalen skulle gælde i 2 år med forventet driftsstart i august 2009. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde Mikro Værkstedet A/S ("Mikro Værkstedet") og Scandis A/S ("Scandis") afgivet tilbud. SSU vurderede, at begge tilbud var konditionsmæssige. Den 1. april 2009 besluttede SSU at indgå kontrakt med Mikro Værkstedet. Den 17. april 2009 indgav Scandis klage til Klagenævnet for Udbud. Ved skrivelse af 15. maj 2009 meddelte SSU, at man ved en nærmere gennemgang af tilbuddene havde konstateret, at ingen af tilbuddene var konditionsmæssige, idet tilbuddene hver især ikke opfyldte mindstekrav. SSU besluttede på den baggrund at annullere udbuddet og dermed tildelingsbeslutningen.

SSU indbød herefter Mikro Værkstedet og Scandis til at deltage i et udbud med forhandling, jf. Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 29. maj 2009 havde både Mikro Værkstedet og Scandis afgivet tilbud. Den 17. juni 2009 besluttede SSU at indgå kontrakt med Scandis, og kontrakt er efterfølgende blevet indgået. Den 26. juni 2009 indgav Mikro Værkstedet klage til Klagenævnet for Udbud over SSU. Mikro Værkstedet gjorde blandt andet gældende, at tilbuddet fra Scandis ikke opfyldte et mindstekrav. I sin kendelse af 18. februar 2010 fastslog Klagenævnet, at SSU havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at tage et tilbud fra Scandis i betragtning, uanset at tilbuddet fra Scandis ikke opfyldte et mindstekrav. Klagenævnet annullerede herefter SSUs beslutning af 17. juni 2009 om at indgå kontrakt med Scandis.

Mikro Værkstedet gjorde gældende, at SSU ved den pågældende overtrædelse af udbudsreglerne havde handlet ansvarspådragende overfor Mikro Værkstedet. Mikro Værkstedet gjorde endvidere gældende, at såfremt SSU ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne, ville denne have indgået rammeaftale med Mikro Værkstedet. Mikro Værkstedet havde derfor krav på en erstatning, der svarer til den positive opfyldelsesinteresse, idet man som den eneste anden tilbudsgiver ville have vundet udbuddet, hvis der ikke var handlet i strid med udbudsreglerne. Mikro Værkstedet havde opgjort sit erstatningskrav til DKK 9.166.802,80, hvilket udgjorde den samlede fortjeneste på en kontrakt med en løbetid på to år. SSU bemærkede indledningsvis, at klagenævnets kendelse af 18. februar 2010 er indbragt for domstolene. SSU gjorde herefter gældende, at man ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at tage tilbuddet fra Scandis i betragtning, og således ikke havde handlet ansvarspådragende. SSU gjorde derudover gældende, at Mikro Værkstedet ikke havde godtgjort, at klageren var blevet tildelt rammeaftalen, hvis udbudsreglerne var blevet overholdt i enhver henseende. Ydermere gjorde SSU gældende, at have været både berettiget og forpligtet til at annullere udbuddet med forhandling, hvis indklagede på tidspunktet for gennemførelsen af udbuddet havde haft kendskab til klagenævnets fortolkning af mindstekravene. I forlængelse heraf gjorde SSU gældende, at man helt åbenbart ville have aflyst udbuddet med

forhandling med henblik på at skabe mere konkurrence og lavere priser. Afslutningsvis gjorde SSU gældende, at man ikke var enig i Mikro Værkstedets tabsopgørelse.

Indledningsvis konstaterede Klagenævnet, at SSU havde handlet i strid med de udbudsretlige regler ved at antage tilbuddet fra Scandis. Som følge heraf, havde SSU handlet ansvarspådragende overfor Mikro Værkstedet. Herefter konstaterede Klagenævnet, at SSU ikke havde været forpligtet til at aflyse udbuddet. Med en henvisning til Højesterets dom af 15. juni 2012 i sagen Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet fastslog Klagenævnet, at det påhvilede SSU at sandsynliggøre, at man ikke ville have antaget Mikro Værkstedets tilbud, der var det eneste tilbageværende tilbud, men i stedet ville have annulleret udbuddet. Klagenævnet konstaterede herefter, at denne bevisbyrde ikke var løftet. I den forbindelse lagde Klagenævnet særlig vægt på, at Mikro Værkstedet i et brev af 29. april 2009 havde gjort SSU opmærksom på, at tilbuddet fra Scandis ikke opfyldte det pågældende mindstekrav. På den baggrund fandt Klagenævnet, at Mikro Værkstedet var berettiget til erstatning beregnet efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse. Erstatningen blev skønsmæssigt fastsat til DKK 5 mio.

### **30. november 2012 - Willis Danmark mod DSB**

Klagenævnet havde tidligere afsagt kendelse i sagen og i den forbindelse konstateret, at DSB havde overtrådt EU-udbudsreglerne og derfor annulleret tildelingsbeslutningerne. Willis Danmark nedlagde som følge heraf påstand om erstatning og om, at DSB overtrådte udbudsreglerne ved for fremtiden at anvende de omhandlede rammeaftaler.

DSB blev frifundet for erstatningskravet, da der ikke fandtes årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og Willis Danmarks forgæves afholdte udgifter, idet Willis Danmark gennem udbudsbetingelserne og Klagenævnets udtalelse var eller burde have været bekendt med de forhold, der udgjorde overtrædelserne.

Sidstnævnte påstand om anvendelsen af rammeaftalerne blev ikke taget til følge, da en konstatering af, at DSB ikke kunne afløfte sin udbudsforpligtelse ved at foretage tildeling af ordrer i henhold til rammeaftalen ikke ville have nogen betydning for DSB's retsstilling. Dette skyldes, at der ikke kan trækkes på en rammeaftale efter at tildelingsbeslutningen er annulleret af Klagenævnet.

### **28. november 2012 - CG Jensen A/S mod Region Midtjylland**

I forbindelse med Region Midtjyllands udbud af et nyt parkeringshus ved Viborg Sygehus indgav CG Jensen A/S klage over tilbudsvurderingen. Klagenævnet afsagde den 30. maj 2012 kendelse i sagen og udtalte, at Regionen havde handlet i strid med udbudsreglerne, idet man i tilbudsvurderingen havde lagt vægt på forhold, som man ved rettelsesblad til udbudsbetingelserne havde tilkendegivet ikke at ville lægge vægt på.

CG Jensen A/S indbragte herefter krav om erstatning, udmålt til "negativ kontraktsinteresse", dvs. de omkostninger CG Jensen A/S havde haft i forbindelse med tilbudsafgivelsen. Klagenævnet konstaterede først og fremmest, at Regionen havde handlet ansvarspådragende i forbindelse med udbuddet, og at udgangspunktet måtte være, at CG Jensen A/S havde afgivet tilbud under forudsætning af, at Regionen ville bedømme tilbuddene som anført i udbudsbetingelserne samt det hertil knyttede rettelsesblad. På baggrund heraf fandtes der at foreligge årsagssammenhæng. Klagenævnet fandt således, at Regionen ikke havde godtgjort, at CG Jensen A/S ikke ville have afgivet tilbud, såfremt man vidste, at Regionen ville begå overtrædelserne. En del af tabet var imidlertid udokumenteret, hvorfor CG Jensen A/S udelukkende blev tildelt et skønsmæssigt fastsat beløb, svarende til det dokumenterede tab, som CG Jensen A/S havde lidt ved afgivelsen af tilbuddet, der oversteg et allerede modtaget tilbudsvederlag.

### **26. november 2012 - Tecan Nordic AB mod Statens Serum Institut**

Tecan Nordic AB ("Tecan") var en forbigået tilbudsgiver, og kendelsen omhandler erstatningskravet i anledning af Statens Serum Instituts ("SSI") overtrædelser af udbudsreglerne, som fastslået af Klagenævnet i kendelse af 20. juni 2012.

SSI blev frifundet for Tecans krav om positiv opfyldelses interesse da udbuddet som følge af nogle af overtrædelserne ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling, hvorfor den erstatningsretlige betingelse om årsagsforbindelse ikke var opfyldt. Således ville Tecan ikke kunne have fået kontrakten. SSI blev dog pålagt at betale negativ kontraktsinteresse og erstatning til dækning af klagerens forgæves udgift til udarbejdelse af tilbud, selvom Tecan havde afgivet tilbud trods en alvorlig synlig overtrædelse i form af fejl i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet lagde vægt på, at under de foreliggende omstændigheder, hvor indklagede har begået væsentlige og grove

<p>fejl ved evalueringen af tilbuddene, kan det forhold, at Tecan indgav tilbud, på trods af den fastslåede overtrædelse fremgik direkte af udbudsbetingelserne, dog ikke bevirke, at det tillige må antages, at klageren ville have indgivet tilbud, uanset om Tecan havde været klar over, at SSI ville begå de fastslåede overtrædelser. Herefter – og da SSI heller ikke i øvrigt har godtgjort, at Tecan ville have indgivet tilbud, da findes kravet om årsagsforbindelse opfyldt. Erstatningen blev fastsat skønsmæssigt til 50.000 kr. med henvisning til, at klagerens beløbsmæssige opgørelse var udokumenteret.</p>
<p><b>4. september 2012 - Kjæhr og Trillingsgaard mod Kerteminde Forsyning og Renovation A/S</b></p>
<p>Afgørelsen er erstatningssagen til kendelsen af 25. maj 2011, hvor Klagenævnet slog fast, at Kerteminde Forsyning havde overtrådt udbudsreglerne på en række punkter. Klagenævnet havde herefter annulleret kontrakten, der var blevet indgået. Kerteminde Forsyning havde erkendt ansvarsgrundlaget og at tildelingen skulle være sket til Kjæhr og Trillingsgaard. Derfor havde Kjæhr og Trillingsgaard krav på positiv opfyldelsesinteresse. Der blev fastsat skønsmæssigt under hensyn til dækningsbidraget, men også den besparelse, som klager har haft ved ikke at skulle gennemføre entreprisen.</p>
<p><b>3. september 2012 - Nørmark Privathospital mod Region Sjælland</b></p>
<p>Afgørelsen er erstatningssagen til kendelsen af 12. december 2011, der omhandlede to licitationer - en fra marts 2010 og en fra maj 2010. I erstatningssagen havde Nørmark Privathospital opgjort et krav på samlet 570.000 kr. Klagenævnet udtalte, at hvad angik marts 2010-udbuddet var der ikke grundlag for en antagelse om, at Regionen ved at annullere licitationen havde handlet ansvarspådragende og derfor var der ikke mulighed for at opnå erstatning. For så vidt angik licitationen fra maj 2010 bemærkede nævnet, at Nørmark Privathospital, forud for at de havde afgivet tilbud, var bekendt med de licitationsbestemmelser, som ved klagenævnets kendelse af 12. december 2011 blev anset for at være i strid med udbudsreglerne. Uanset dette afgav Nørmark Privathospital tilbud, og der var således ikke årsagssammenhæng mellem den begåede fejl og det påståede tab. Nørmark Privathospital blev derfor ikke tilkendt erstatning.</p>
<p><b>17. juli 2012 - Activ Care A/S mod Billund Kommune</b></p>
<p>Klagenævnet afsagde d. 15. februar 2012 kendelse i sagen. Denne sag vedrører udelukkende erstatningspåstanden. Klagenævnet fandt, at Billund Kommune havde handlet erstatningspådragende og eftersom Activ Care A/S ved en korrekt tilbudsvurdering ville have fået tildelt kontrakten, skulle erstatningen fastsættes til den positive opfyldelsesinteresse.</p>
<p><b>31. maj 2012 - RenoNorden A/S mod Skive Renovation 4-S</b></p>
<p>Kendelsen er en af den række af sager udløst af Skive Kommunes udbud af dagrenovation. Klagenævnets tidligere afgørelser vedrørende udbuddet fremgår af nævnets kendelser af 9. januar 2012 og 6. marts 2012. Denne kendelse vedrørte RenoNordens erstatningskrav. RenoNorden havde nedlagt en principal påstand om positiv opfyldelsesinteresse, dvs. erstatning for mistet fortjeneste, og en subsidiær påstand om negativ kontraktsinteresse, dvs. erstatning for omkostningerne ved udarbejdelsen af tilbuddet.</p> <p>Klagenævnet udtalte indledningsvist, at kommunen ved sin overtrædelse af udbudsreglerne havde handlet ansvarspådragende i forhold til klageren, hvilket var blevet fastslået ved kendelsen af 9. januar 2012. I forhold til RenoNordens påstand om erstatning for mistet fortjeneste fastslog Klagenævnet for det første, at den pointmodel, der var fastlagt i udbudsbetingelserne, ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Dernæst udtalte klagenævnet, at fejlene ved pointmodellen ikke kunne have været afhjulpet med en anden og lovlig metode, da den ulovlige pointmodel var fastlagt i betingelserne for udbuddet og således havde haft betydning for udformningen af de afgivne tilbud. Betingelserne for, at RenoNorden kunne få tilkendt erstatning for den positive opfyldelsesinteresse, var derfor ikke til stede, da RenoNorden ikke kunne have fået tildelt kontrakten.</p> <p>For så vidt angår erstatningen af de omkostninger, som RenoNorden havde haft ved at afgive tilbud på kontrakten (negativ kontraktinteresse), fastsatte Klagenævnet skønsmæssigt til DKK 24.000, hvilket svarede til halvdelen af det under sagen påståede beløb. Klagenævnet nåede frem til, at det forhold, at den uigennemskuelige prismodel var beskrevet i udbudsbetingelserne, ikke kunne medføre, at erstatningskravet bortfaldt som følge af manglende årsagssammenhæng eller egen skyld.</p>
<p><b>Klagenævnets kompetence</b></p>
<p><b>18. september 2012 - Redningskorps Danmark A/S mod Region Midtjylland</b></p>
<p>Klagenævnet havde henstillet til at klageren skulle formulere påstande, som mere præcist beskrev de overtrædelser -klager fremsendte efterfølgende revideret klageskrift. Men klagen blev efter en samlet vurdering afvist som uegnet til at danne grundlag for</p>

sagens behandling jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 2. Det blev endvidere tillagt vægt, at det ville savne mening at tillægge klagen opsættende virkning som følge af, at tilbudsindhentningen var afsluttet ved, at ordregiveren havde indgået kontrakten.
<b>Klagenævnets påkendelse</b>
<b>16. marts 2012 - Oticon A/S mod Kommunernes Landsforening</b>
Denne sag vedrører det samme udbud som kendelsen af 15. marts 2012, Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening. I denne sag ønskede klageren også, til trods for at udbuddet var blevet annulleret, at opretholde sin klage. Klagenævnet afviste at tage påstandene under påkendelse, da den ønskede annullation allerede havde fundet sted.
<b>15. marts 2012 - Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening</b>
Kommunernes Landsforening havde tidligere annulleret flere udbud, og udbød nu som offentligt udbud rammeaftaler angående indkøb af høreapparater. Indklagedes bud blev afvist som følge af ikke-konditionsmæssighed i beskrivelsen af medarbejdere tilknyttet en eventuel leverance, som påkrævet i udbudsbetingelserne. Kommunernes Landsforening valgte siden hen at annullere udbuddet, men begrundet i sagens principielle karakter ønskede klager stadig at få påkendt påstandene. Klagenævnet valgte dog ikke at påkende påstandene, idet formålet hermed måtte anses som værende annullation, hvilket allerede var sket.
<b>Frister og proces</b>
<b>13. december 2012 - ReaMed (Tødin A/S) mod Gribskov Kommune</b>
11 nordsjællandske kommuner udbød i fællesskab, med Gribskov Kommune som kontaktpunkt, ved et offentligt udbud efter udbudsdirektivet en rammeaftale for hver af kommunerne om levering af diabeteshjælpemidler. Tildelingskriteriet var fastsat til "det økonomisk mest fordelagtige bud".
ReaMed (Tødin A/S) afgav tilbud, men kommunerne valgte en anden tilbudsgiver og ReaMed indgav herefter klage til Klagenævnet. Klagenævnet fandt ikke, at der, som anført af ReaMed, var foretaget en udvidelse af sortimentet i den indgåede rammeaftale, der skulle have været offentliggjort som en ny rammeaftale, jf. udbudsdirektivets artikel 28 og 35, idet produkterne var et tilbud til borgerne efter fritvalgsordningen i den sociale servicelovs § 112, stk. 3.
Klagenævnet tog derimod ReaMeds påstand om imødekomme af aktindsigt i den indgåede rammeaftale inklusiv oplysning om priser til følge og henviste i den forbindelse til, at tilbudsgiver ved udarbejdelsen af tilbuddet må være indstillet på, at der som udgangspunkt skal gives fuld aktindsigt. Prisoplysningerne havde endvidere som følge af reglerne i den sociale servicelovs § 112, stk. 3 været bestemt til at skulle gøres tilgængelige for leverandører af tilsvarende produkter og en gruppe af kommunens borgere, hvorfor det sædvanlige hensyn til tilbudsgiverens konkurrenceevne ikke kunne tilægges betydning i det konkrete tilfælde.
<b>11. december 2012 - Dafolo A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S</b>
Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S ("SKI") udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet IT-løsninger og vedligehold som udbud af en rammeaftale inden for 17 delaftaler. Dafolo A/S blev ikke prækvalificeret til alle de ønskede delaftaler og indgav derfor klage til Klagenævnet under henvisning til, at SKI havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at offentliggøre evalueringsmodellen. SKI annullerede herefter prækvalifikationen på baggrund af modtaget kritik og for at forbedre konkurrencesituationen. Klagenævnet pålagde SKI at betale 7.500 kr. i sagsomkostninger til Dafolo A/S, da det ikke kunne udelukkes, at annullationen var sket på grund af den indgivne klage og Klagenævnet lagde i den forbindelse vægt på, at SKI havde prækvalificeret 11 ansøgere vedrørende den omhandlede delaftale.
<b>28. juni 2012 - Gambro Denmark, Filial af Gambro Lundia AB mod Region Sjælland</b>
Sagen omhandlede Regionens udbud af rammeaftale om indkøb af dialysemaskiner, dialyseforbrugsartikler samt hjemmedialyse. Klagenævnet fastslog, at regionen havde overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved ikke at evaluere tilbuddene ud fra forudsætningerne i udbudsbetingelserne, men ud fra nogle væsentlige andre forudsætninger, primært med hensyn til antallet af slangesæt til henholdsvis hæmodialyse og hæmodiafiltration. Tildelingsbeslutningen blev annulleret under henvisning til de konstaterede overtrædelser og til, at den valgte tilbudsgivers tilbud som ukonditionsmæssigt ikke måtte tages i betragtning.
Klagenævnet konstaterede i øvrigt, at udbudsdirektivets artikel 38 var overtrådt ved at der havde været for kort en til-



<p>budsfrist. Forordning 1182/71 fandtes anvendelig på tilbudsfristen, og Regionen havde ikke godtgjort, at tilbudsfristen kunne forkortes til den korteste af de to frister, der fremgår af udbudsdirektivets artikel 38, stk. 4. Desuden blev det konstateret, at kravene til udfyldelse af udbudsbekendtgørelsen ikke var overholdt, idet angivelsen i udbudsbekendtgørelsen af, at der ikke var frister for klage til klagenævnet.</p>
<p><b>11. juni 2012 - Gentofte Murer- og Tømrerforretning ApS mod 853 EF Østerbrogade-Hornemannsgade</b></p>
<p>Sagen omhandlede en begrænset licitation vedrørende en hovedentreprise på renovering af tag og facader på ejerlejlighedsejendommen. 853 EF Østerbrogade-Hornemannsgade havde i udbudsbetingelserne klart angivet, at licitationen var tilbudsloven og den omstændighed at der var henvist til en på tidspunktet for licitationen ophævet lovbekendtgørelse af tilbudsloven, kunne efter Klagenævnets opfattelse ikke medføre, at licitationen ikke skulle anses omfattet af den gældende tilbudslov. Gentofte Murer- og Tømrerforretning ApS' påstand om afvisning af sagen, blev derfor ikke taget til følge.</p>
<p><b>8. maj 2012 - Bødker &amp; Søn v/ Lars Bødker mod Ringsted Kommune</b></p>
<p>Bødker &amp; Søn v/ Lars Bødker blev ikke prækvalificeret i et udbud af en rammeaftale vedrørende ud- og indvendig vedligeholdelse af kommunale bygninger, og indgav derfor klage til klagenævnet. Klageren havde imidlertid ikke formuleret sin påstand. Dette skete trods anmodning fra klagenævnet ikke, ligesom klageren ikke trods anmodning afgav replik. Klagenævnet fandt derfor klagen uegnet til at danne grundlag for sagens behandling, hvorfor den afvistes.</p>
<p><b>8. maj 2012 - PH-Byg Faaborg A/S mod Faaborg Menighedsråd</b></p>
<p>Sagen er en udløber af PH-Byg Faaborg A/S mod Faaborg Menighedsråd af 17. april 2012. I sagen blev klagen ikke taget til følge bl.a. pga. ændringen af håndhævelseslovens § 10, hvorefter klagenævnet ikke længere af egen drift tog spørgsmål om grove overtrædelser op. Klagen blev indgivet før lovændringen, men klagenævnet fandt under hensyn til den klare "markering", som lovændringen indebar, at der ikke var grundlag for at følge den tidligere praksis.</p> <p>Eftersom grundlaget for klagesagen efter anmodningen ville være det samme som ved klagenævnets tidligere behandling, nu blot med nogle nye påstande og anbringender, ville klagenævnet ikke tage PH-Bygs anmodning om genoptagelse til følge. De skulle således have anført disse påstande under den tidligere behandling af sagen.</p>
<p><b>Opsættende virkning</b></p>
<p><b>14. januar 2013 - NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen</b></p>
<p>Moderniseringsstyrelsen udbød som begrænset udbud efter udbudsdirektivet en rammeaftale med flere aktører om indkøb af flytteydelser i en 2-årig periode med mulighed for op til to 1-årige forlængelser. NFB Transport Systems A/S ("NFB") blev prækvalificeret blandt andet på den for sagen relevante delaftale og Moderniseringsstyrelsen bad herefter om en nærmere redegørelse for det afgivne tilbud, da man mente, at dette kunne være unormalt lavt. Efter indhentelse af yderligere oplysninger og høring af NFB, afviste Moderniseringsstyrelsen NFB's tilbud som unormalt lavt.</p> <p>NFB indgav herefter klage til Klagenævnet med påstand om, at afvisningen var i strid med udbudsdirektivets artikel 55 og med anmodning om, at klagen tillægges opsættende virkning. Klagenævnet fandt ikke, at kravet om fumus boni juris var opfyldt, da Moderniseringsstyrelsen efter en foreløbig vurdering havde været berettiget til at afvise tilbuddet som unormalt lavt. Klagenævnet lagde i den forbindelse vægt på, at der måtte anses at være en betydelig risiko for, at kontrakten ville være tabsgivende for NFB, idet ca. 60 % af ydelserne i tilbudslisten var gratis, herunder en række flytninger uden for normal arbejdstid, og det måtte anses for sandsynligt, at Moderniseringsstyrelsen ville anmode om flytning i de gratis perioder frem for de øvrige perioder, hvor prisen var højere end de øvrige tilbudsgiveres. En strategisk interesse for NFB og dennes moderselskab til at indgå kontrakt, selvom denne muligvis var tabsgivende, kunne ikke føre til et andet resultat. Endvidere fandt Klagenævnet heller ikke, at kravet om uopsættelighed var opfyldt, idet NFB ville kunne få dækket sit eventuelle krav gennem erstatning og NFB's interesser var dermed tilstrækkeligt værnede, selvom opgørelsen af den positive opfyldelsesinteresse kunne være vanskelig ved rammekontrakter. Påstanden om tillæggelse af opsættende virkning blev derfor ikke taget til følge.</p>
<p><b>30. juli 2012 - NCC Construction Danmark A/S mod Egedal Kommune</b></p>
<p>I december 2011 udbød Egedal Kommune som begrænset udbud et såkaldt ESCO-projekt vedrørende et opvarmet bygningsareal fordelt på 32 ejendomme. Klagen vedrører opsættende virkning. NCC Construction Danmark A/S ("NCC") på-</p>

stod, at Egedal Kommune havde taget et ukonditionsmæssigt tilbud i betragtning. Desuden påstod NCC at Egedal Kommune til et underkriterium havde anvendt en pointmodel, der ikke fremgik i udbudsmaterialet. Endelig mente NCC ikke, at en række kvalitative underkriterier var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som var tildelingskriteriet.

Klagenævnet fandt, at der var tale om et forbehold i et af de tilbud, Egedal Kommune havde taget i betragtning. Idet forbeholdet ikke kunne prissættes, skulle Egedal Kommune have afvist det pågældende tilbud. På baggrund heraf fandtes fumus boni juris-betingelsen at være opfyldt. Uopsætteligheds-betingelsen fandtes ligeledes at være opfyldt, idet det ville være særdeles vanskeligt for NCC at opgøre sit tab, hvis tildelingsbeslutningen blev annulleret. Dette skyldtes, at den vindende tilbudsgiver efter udbudsbetingelserne skulle have andel i en eventuel overpræstation. Endelig fandtes Egedal Kommunes interesse i at udbudsprocessen ikke standses ikke kunne overstige NCCs interesse i, at udbuddet standses, idet lovliggørelse stadig var mulig. På baggrund heraf tillagde klagenævnet klagen opsættende virkning.

#### **1. maj 2012 - Rail and Road Protec GmbH mod DSB Vedligehold A/S**

Rail and Road Protec GmbH indgav en klage til Klagenævnet for Udbud, idet DSB Vedligehold A/S og DSB S-tog A/S (herefter samlet "DSB") uden forudgående udbud havde indgået dels en kontrakt vedrørende køb af recordere til S-togenes videoovervågningssystem og dels en allonge om forlængelse af en tidligere kontrakt, som omfattede installation, service og vedligeholdelse af systemet. Kontrakterne blev indgået med VSN Video System Networks GmbH. Aftalegrundlaget omfattede således to dele: en anskaffelseskontrakt samt en allonge om forlængelse af en eksisterende servicekontrakt.

Ifølge Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 8, skal værdien af montering og installation indgå i den samlede anslåede værdi af en kontrakt. I kendelsen udtalte Klagenævnet, at DSB ikke havde løftet bevisbyrden for, at den samlede værdi *ikke* oversteg tærskelværdien i forsyningsvirksomhedsdirektivet, da vederlaget for installationen ikke var nærmere specificeret i allongen, og da oplysninger herom ikke var fremlagt for nævnet.

Eftersom DSB ikke havde løftet bevisbyrden for, at værdien af kontrakten lå under tærskelværdien for udbud, fandt Klagenævnet, at der var udsigt til, at Rail and Road Protec GmbH ville få medhold i én eller flere af sine påstande, herunder at DSB havde været forpligtet til at gennemføre et udbud. Dermed havde klagen "noget på sig" og opfyldte således kravet om "fumus boni juris".

Som følge af ovenstående fandt Klagenævnet, at betingelsen om uopsættelighed ligeledes var opfyldt. I den forbindelse henviste Klagenævnet til sagens karakter, dvs. den situation, hvor en ordregiver tildeler en udbudspligtig kontrakt uden udbud. Ved en sådan "direkte tildeling" kan klageren ikke kompenseres ved erstatning, idet klageren ikke kan opnå erstatning for den positive opfyldelsesinteresse, da det ikke er muligt at bevise, at denne ville have fået kontrakten, hvis der havde været gennemført et udbud. Klageren kan ej heller opnå erstatning for den negative kontraktinteresse, da klageren ikke har haft omkostninger til udarbejdelse af et tilbud.

Endelig fandt Klagenævnet, at Rail and Road Protec GmbH's interesse i, at klagen tillagdes opsættende virkning, vejede tungere end DSB's interesser, da der allerede var velfungerede recordere i S-togene.

#### **28. marts 2012 - Merrild Coffee Systems A/S mod Region Sjælland**

Klage over udbud vedrørende levering af kaffe, te og kaffeautomater. Sagen omhandlede spørgsmålet om opsættende virkning, hvor alle tre betingelser for at give klagen opsættende virkning blev fundet opfyldt.

I forhold til første betingelser (fumus boni juris) udtalte klagenævnet, at det ikke blev anset for udsigtsløst for Merrild Coffee Systems A/S ("Merrild") at få medhold i at der var handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, eftersom, der var truffet beslutning om tildeling af delaftale 1 uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende.

Vedrørende anden betingelse (uopsættelighed) bemærkede klagenævnet, at også denne betingelse under hensyn til karakteren af den mulige overtrædelse var opfyldt.

Endelig i forhold til tredje betingelse (interessevejning) udtalte Klagenævnet, at Merrilds interesse i at opnå mulighed for, at dets tilbud kunne indgå ved en fornyet sammenligning af tilbuddene eller i at opnå annullation af tildelingsbeslutningen, før kontrakt blev indgået, under de foreliggende omstændigheder findes at overstige såvel den samfundsmæssige interesse i, at der af leveringssikkerhedsmæssige grunde hurtigt indgås aftale, samt leverandøren Frellsen Kaffe I/S' og Regions interesse i, at kontrakten indgås uden at klagen tillægges opsættende virkning.

**19. marts 2012 - VKS Inventa A/S mod Hjemmeværnskommandoen**

Hjemmeværnskommandoen udbød i december 2011 som offentligt udbud efter udbudsdirektivet indkøb af udstillingsmateriel. Hjemmeværnskommandoen havde afvist VKS Inventa A/S' ("VKS") bud som ukonditionsmæssigt, hvilket VKS klagede over. Denne kendelse vedrører udelukkende spørgsmålet om, hvorvidt klagen skulle tillægges opsættende virkning.

VKS havde gjort gældende, at såfremt afvisningen af deres tilbud, var sket pga. tilbuddet blev anset for to tilbud fordi at der var angivet to priser for et produkt, så skulle afvisningen anses for at være uberettiget, da udbudsbetingelserne ikke angav, at der kun måtte afgives et tilbud. Hjemmeværnskommandoens have ikke begrundet afvisningen med at de anså tilbuddet for to tilbud. På grund af dette og øvrig omstændigheder i sagen, fandt Klagenævnet at det ikke var udsigt til at VKS ville få medhold i at Hjemmeværnskommandoen havde handlet i strid med de udbudsretlige regler på den af VKS beskrevne baggrund.

Derimod fandt Klagenævnet at det klart fremgik af udbudsbetingelserne at der kun måtte anføres en pris pr. felt/varegruppe/linje i prisbilaget. Da VKS havde anført to priser for et produkt, fandt Klagenævnet som følge heraf, at det var velbegrundet, at VKS tilbud blev afvist som ukonditionsmæssigt. At Hjemmeværnskommandoen i andre lignende udbud fejlagtigt ikke havde afvist VKS' tilbud kunne ikke føre til et andet resultat.

Det var ikke i strid med hverken ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincippet at evaluere på baggrund af en fiktiv indkøbsmængde, ligesom dette kriterium var egnet til at fastlægge det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Hjemmeværnskommandoen havde dog handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 1 ved at undlade at orientere klager om tildelingsbeslutningen, samt om hvornår standstill-perioden udløb. Denne overtrædelse fandtes dog ikke at have en sådan karakter, at annullation kunne forventes at finde sted.

Idet der tilkommer ordregiver et betydeligt skøn ved fastsættelsen af underkriterier til tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud", var det ikke i strid med udbudsreglerne at man havde fastsat to forskellige evalueringsmodeller for kriterierne pris og kvalitet. Dette var begrundet med, at anvendelsen heraf var i overensstemmelse med det i udbudsbetingelserne anførte.

Endelig blev det udtalt, at indklagede ikke havde overtrådt udbudsreglerne ved at samle kriterierne kvalitet og anvendelighed i ét samlet kvalitativt kriterium, da det var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Klagenævnet konkluderede, at betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt. Herefter og da betingelse nr. 2 (uopsættelighed) heller ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning.

**Undtagelse fra udbud**

**4. januar 2013 - Augusta Westland Limited mod Forsvarets Materieltjeneste**

Forsvarets Materieltjeneste ("FM") iværksatte i 2007 en indkøbsproces af skibsbaseerede helikoptere uden EU-udbud. FM udsendte i den forbindelse en anmodning om tilbud til 4 leverandører, der havde tilkendegivet deres interesse for det annoncerede indkøb. Et efterfølgende forhandlingsforløb bragte antallet af mulige leverandører ned til 2; US Navy og Augusta Westland Limited ("AWL"). I november 2012 meddelte FM, at kontrakten blev tildelt US Navy. FM indgik umiddelbart herefter kontrakt med US Navy.

AWL indbragte herefter sagen for Klagenævnet for Udbud og begærede klagen tillagt opsættende virkning.

AWL nedlagde under sagen blandt andet påstand om, at indkøbet af helikopterne skulle have været gennemført som et EU-udbud. AWL gjorde i den forbindelse gældende, at undtagelsen i traktatens artikel 346, hvorefter medlemsstater kan anskaffe militært materiel uden EU-udbud, hvis medlemsstaten anser undladelse af udbud nødvendig for at beskytte sine væsentlige sikkerhedsinteresser, ikke kunne finde anvendes på indkøbet, idet de indkøbte helikoptere ikke kun skulle anvendes til militært brug. AWL henviste til praksis fra EU-domstolen vedrørende såkaldte "dual use"-indkøb. AWL gjorde også gældende, at FM ikke havde løftet bevisbyrden for, at anvendelsen af artikel 346 havde været konkret nødvendigt, og at der i øvrigt var tale om en absolut undtagelse, som skulle fortolkes indskrænkende. FM gjorde heroverfor gældende, at betingelserne for at anvende artikel 346 var opfyldt. FM henviste i den forbindelse til, at helikoptere af den pågældende type utvivlsomt var militært udstyr, idet der var tale om materiel omfattet af Rådets liste overmilitært udstyr. FM afviste, at der var tale om en anskaffelse af et såkaldt "dual use"-produkt, dvs. materiel, hvor den civile anvendelse er sikker, men hvor det er mere usikkert, om det pågældende materiel skal anvendes til militære formål. Ifølge FM var det modsatte i stedet tilfældet for de indkøbte helikoptere; disse skulle primært anvendes militært og kun i mindre omfang til at løse civilprægede opgaver, som er pålagt Forsvaret såsom fiskeriinspektion, politimyndighed og eftersøgningsaktioner.

FM gjorde endvidere gældende, at AWL havde udvist passivitet, som måtte komme AWL til skade, idet FM's anvendelse af undtagelsesbestemmelsen i artikel 346, samt den mindre grad af civilt brug af helikopterne havde været kendt af AWL i størstedelen af anskaffelsesforløbet, og at AWL først påberåbte sig, at denne bestemmelse ikke kunne finde anvendelse, da det stod klart, at de ikke ville blive tildelt kontrakten.

Klagenævnet fandt - i den umiddelbare vurdering af sagen - at betingelserne for anvendelse af undtagelsesbestemmelsen i artikel 346 var opfyldt. Klagenævnet lagde i den forbindelse vægt på, at der - ubestridt - var tale om militært materiel omfattet af Rådets liste, og at de helikoptere, som der blev indhentet tilbud på og forhandlet om, var designet udelukkende til militært brug og udelukkende leveres og anvendes til sådant brug andre steder. Klagenævnet fandt ligeledes, at den begrænsede civile brug af helikopterne ikke kunne antages at udelukke en anvendelse af undtagelsesbestemmelsen i artikel 346. Klagenævnet udtalte i den forbindelse - i tråd med EU-domstolens praksis - at der tilkommer medlemsstaterne en særlig vid skønsbeføjelse ved fastlæggelsen af hvilke foranstaltninger, der må anses for nødvendige for at de beskytte deres væsentlige sikkerhedsinteresser. Det forekom desuden sandsynligt, at indkøbet ikke kunne bewirke en forringelse af konkurrencevilkårene i EU på markedet for civile varer, idet de pågældende helikoptere var designet til militært brug - og blev anvendt som sådan.

Klagenævnet lagde herudover vægt på, at FM ved indkøbet havde sikret en vis offentlighed (gennem indledende annoncering), og at de i øvrigt i det hele taget havde gennemført anskaffelsen som en konkurrencepræget proces. I forhold til den af FM påståede udviste passivitet er det værd at bemærke, at Klagenævnet udtalte, at den udviste passivitet vil skulle tages i betragtning ved en endelig stillingtagen til realiteten i sagen og vil kunne tale for, at AWLs indsigelser er fortabt som følge af AWLs undladelse af at reagere på et tidligere tidspunkt. Det fremgår af Klagenævnets udtalelser på dette punkt, at Klagenævnet ligger til grund, at AWL i mindst 1 ¾ år havde eller burde have haft kendskab til de faktiske forhold, som den indbragte klage byggede på. Herudover må det nok antages at spille ind, at der i det hele taget var tale om en både langvarig, kompliceret og ressourcekrævende proces - både på FM og AWL's side - med omfattende forhandlinger over flere måneder, mange hundrede siders konkurrencegrundlag og tilsvarende tilbud. Klagenævnet tillagde, af blandt andet de refererede grunde, ikke klagen opsættende virkning.

#### **20. august 2012 - Intego A/S mod NRGi Net A/S**

NRGi Net A/S udbød i juni 2010 som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet levering af ca. 150.000 elmålere med tilhørende fjernafmålningsudstyr i sit forsyningsområde. Monteringen af de indkøbte målere skulle løses via NRGi Net A/S' søsterselskab El:con El-anlæg A/S, idet NRGi Net A/S vurderede, at denne kontrakt var undtaget udbudspligt efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23. Klagesagen omhandler monteringsarbejdet.

Intego A/S anførte at der var handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23, idet NRGi Net A/S ved omsætningsberegningen alene havde medtaget omsætning fra tilknyttede virksomheder, der havde indgået kontrakter om måleropsætning samt alene medtaget omsætning fra tilknyttede virksomheder, der udførte samme ydelser i form af måleropsætning. Klagenævnet udtalte, at omsætningskravet skal vurderes samlet inden for hver anskaffelseskategori uden hensyntagen til den nærmere karakter af eller sammenhængen mellem de forskellige anskaffelser. Samtlige virksomheder i El:Con Gruppen A/S fandtes således at udføre opgaver omfattet af den relevante CPV-reference, hvorfor omsætningskravet skulle beregnes under hensyntagen til den samlede omsætning af samme eller lignende ydelser fra alle tilknyttede virksomheder. Da dette ikke var sket, blev kontrakten erklæret uden virkning. Klagenævnet tog ikke stilling til en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen, da der ikke havde været afholdt udbud. Derimod indgav klagenævnet samtidigt med fremsendelsen af kendelsen en politianmeldelse mod NRGi Net A/S efter Håndhævelseslovens § 18, stk. 3.

**27. marts 2012 - Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Miljøministeriet**

Miljøministeriet har indgået aftale med Aarhus Universitet om "udførelse af forskningsbaseret myndighedsundersøgelse ved Danmarks Miljøundersøgelser (DMU)" uden forudgående udbud. Foreningen af Rådgivende Ingeniører mente, at en del af de omfattede opgaver var udbudspligtige. Klagenævnet lagde til grund, at en betydelig del af aftalens ydelser var undtaget efter udbudsdirektivets artikel 16, litra f om forskning og udvikling. Betingelsen om, at udbyttet ikke udelukkende må tilhøre ordregiver var opfyldt, idet der forelå en ret og pligt til at offentliggøre alle resultaterne. Klagenævnet gav medhold i, at visse dele af kontrakten isoleret set ikke kunne karakteriseres som forskning og udvikling, og derfor var udbudspligtige. Kontrakterne var således blandede, og vurderingen af udbudspligten måtte derfor foretages på baggrund af deres hovedformål. Klagenævnet fandt, at hovedformålet var forskning og udvikling, hvorfor der således ikke havde foreligget udbudspligt. Der var ikke krav om, at delementer skulle udbydes særskilt, idet disse delementer var af underordnet betydning i forhold til hovedformålet. Påstandene om at de af aftalerne omfattede opgaver var udbudspligtige blev således ikke taget til følge.

**AFGØRELSER FRA EU-DOMSTOLEN OG RETTEN**

**29. januar 2013 - T-339/10, Cosepuri Soc. Coop. pA mod EFSA**

Retten afsagde dom i sagen Cosepuri mod Den Europæiske Fødevaresikkerhedsautoritet ("EFSA") den 29. januar 2013, hvor Cosepuri havde nedlagt påstand om annullation af et udbud vedrørende bustransport, og en erstatningspåstand (sag T-339/10).

Samtlige påstande afvises af retten, men det interessante ved sagen er, om der kan udledes, at der ved siden af reglerne om "uden virkning" er et område, hvor myndighederne er forpligtet til at ophæve en indgået kontrakt. Artikel 266 foreskriver, at: "Den institution eller det organ, kontor eller agentur, fra hvilken en annulleret retsakt hidrører, eller hvis undladelse er erklæret stridende mod traktaterne, har pligt til at gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger." Med henvisning til artikel 266, fastslår retten i pr. 26, at det under disse omstændigheder ikke kunne udelukkes, at såfremt beslutningen om at tildede kontrakten til en anden tilbudsgiver var blevet annulleret, så ville EFSA skulle ophæve den pågældende kontrakt. Retten henviser i den forbindelse til kendelse afsagt af Rettens præsident den 31.1.2005, sag T-447/04 R, Capgemini Nederland mod Kommissionen, præmis 95-97. Det kan således ikke afvises, at såfremt Retten havde fundet påstanden fra Cosepuri overbevisende, ville EFSA have været nødsaget til at annullere den indgåede kontrakt for at kunne leve op til forpligtelsen efter artikel 266. Med dommen fra Retten og henvisningen til artikel 266, ses således at være endnu en åbning for, at ordregiver kan være forpligtet til at komme ud af kontrakten for at kunne overholde den udbudsretlige afgørelse, og det må derfor antages, at der hersker et snævert parallelt regime for "uden virkning" ved siden af de almindelige regler herfor. Spørgsmålet om, hvorvidt indgåede kontrakter på andet grundlag end de almindelige regler i håndhævelsesloven kan erklæres for "uden virkning" må besvares bekræftende.

**19. december 2012 - C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce**

Sagen omhandlede "horisontale samarbejdsaftaler" mellem offentlige myndigheder uden udbud, hvor et universitet og en lokalafdeling under sundhedsvæsenet i Italien indgik aftale om universitetets udførelse af konsulentbistand - en tjenesteydelse - for myndigheden. Dommen indeholder generelle bemærkninger om betingelserne for hvornår samarbejdsaftaler mellem offentlige enheder til varetagelse af en fælles public-service opgave kan indgås uden udbud. EU-domstolen fandt, at EU-retten er til hinder for nationale bestemmelser, der tillader, at to offentlige institutioner uden udbud indgår en samarbejdsaftale med hinanden, når en sådan kontrakt ikke har til formål at sikre gennemførelsen af en for disse institutioner fælles "public service"-opgave, og som ikke kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse, og endelig når aftalen indebærer, at en privat tjenesteyder opnår en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter.

**13. december 2012 - C-465/11, Forposta**

Sagen omhandlede en national lovbestemmelse om automatisk udelukkelse af økonomiske aktører, der under visse omstændigheder ikke har opfyldt en tidligere kontrakt med ordregiveren. Efter EU-praksis kan medlemsstaterne under overholdelse af traktatens almindelige principper fastsætte yderligere udelukkelsesgrunde end dem, der er opregnet i udbudsdirektivets artikel 45. Sådanne nationalt fastsatte udelukkelsesgrunde må imidlertid ikke angå de økonomiske aktørers faglige kvalifikationer. EU-domstolen udtalte, at udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, er til hinder for en sådan lovbestemmelse som følge af, at lovbestemmelsen afskærer ordregiveren fra en konkret vurdering af, om betingelserne for udelukkelse efter direktivbestemmelsen er opfyldt. De bestemmelser de nationale myndigheder må fastsætte må ikke gå ud på, at en aktør ubetinget skal udelukkes, hvis nogle bestemte betingelser er opfyldt - således at den konkrete vurdering udelukkes.

**12. december 2012 - T-457/07, Evropaiki Dynamiki mod European Food Safety Authority**

European Food Safety Authority (EFSA) iværksatte et udbud af en rammeaftale vedrørende tjenesteydelser bestående af rådgivning om informationsteknologi. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Et krav til tilbuddene var, at tilbudsgiver skulle vedlægge CV'er for nøglepersonerne, der skulle anvendes ved opgavens udførelse. Evropaiki Dynamiki blev ikke tildelt opgaven og klagede derfor til Retten af Første instans. Evropaiki Dynamiki gjorde under sagen blandt andet gældende, at EFSA havde overtrådt de udbudsretlige regler, idet de havde anvendt et egenhedskriterium under tilbudsevalueringen i form af CV'er, samt idet de havde vægtet tidligere dårlige erfaringer med Evropaiki Dynamiki. Retten udtalte, at henset til opgavens komplekse tekniske karakter var det et vigtigt kriteri-

um, at de personer, der skulle udføre opgaven, havde de nødvendige kompetencer. De krav, som EFSA i den forbindelse stillede til personernes uddannelse, var derfor egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der var således ikke tale om en generel vurdering af Europaiki Dynamikis evne til at udføre den udbudte opgave, men af tilbuddets kvalitet. En lignende begrundelse blev anvendt af Klagenævnet for Udbud i kendelsen af 11. december 2012 vedrørende anvendelse af underkriteriet "serviceorganisation". Kendelsen er tillige omtalt i dette nyhedsbrev. Retten fandt dog, at EFSA havde overtrådt udbudsreglerne ved at lægge vægt på dårlige erfaringer med Europaiki Dynamikis udførelse af en anden opgave. Begrundelsen herfor var, at et tilbuds kvalitet skal vurderes på grundlag af tilbuddet selv. Retten annullerede blandt andet som følge heraf EFSA's beslutning om at afvise Europaiki Dynamikis tilbud.

**29. november 2012 - C-182/11 & C-183/11, Econord**

Den italienske kommune Comune di Varese oprettede selskabet ASPEM til at varetage driften af en række offentlige tjenesteydelsesopgaver, herunder den offentlige renovation. Kontrakterne vedrørende tjenesteydelserne blev tildelt ASPEM uden gennemførelse af udbud, idet ASPEM af kommunen blev anset for at være in house-tjenesteyder. I 2005 valgte en række andre kommuner, herunder Comune di Cagno og Comune di Solbiate, at indgå aftale med Comune di Varese om at lade selskabet ASPEM varetage driften af renovationen mod betaling. Samtidig blev de aktionærer i selskabet, idet de fik andel i selskabskapitalen ved at erhverve én aktie hver. ASPEM's selskabskapital udgjorde EUR 173.785 fordelt på et tilsvarende antal aktier á nominelt én euro. Comune di Varese ejede 173.467 af aktierne og dermed aktiemajoriteten, mens de resterende 318 aktier var fordelt mellem 36 kommuner, som hver især ejede mellem én og 19 aktier. Samtidig med at kommunerne erhvervede aktier i ASPEM, underskrev Comune di Cagno og Comune di Solbiate sammen med en række andre kommuner en aktionæraftale, hvorefter de havde ret til at blive taget i samråd, udnævne en repræsentant til tilsynsrådet og udpege et bestyrelsesmedlem efter fælles overenskomst med de øvrige kommuner, der var parter i aftalen. På baggrund af disse aftaler fandt de to kommuner, at betingelserne for en in house-tildeling af den omhandlede tjenesteydelseskontrakt til ASPEM var opfyldt, idet selskabet blev kontrolleret af de lokale myndigheder i fællesskab. De tildelte derfor denne kontrakt direkte til ASPEM. Econord SpA anfægtede imidlertid denne direkte tildeling med henvisning til, at de to kommuner ikke havde tilstrækkelig kontrol med ASPEM i det foreliggende tilfælde, og at tildelingen af kontrakten skulle have været konkurrenceudsat.

Med afgørelsen i Teckal-sagen (sag nr. C-107/98) åbnede EU-Domstolen op for en anvendelse den såkaldte udvidede in-house-regel. Anvendelsen af den udvidede in-house-regel forudsætter, at to kriterier er opfyldt, for at en kontrakt kan tildeles en i øvrigt selvstændig juridisk enhed uden gennemførelse af udbud. Disse to kriterier er:

1. **Kontrolkriteriet:** Den ordregivende myndighed skal udøve en kontrol over den selvstændige juridiske person, som svarer til myndighedens kontrol med egne tjenestegrene, og
2. **Virksomhedskriteriet:** Den selvstændige juridiske person, skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de ordregivende myndigheder, som den kontrolleres af.

Spørgsmålet i den konkrete sag var, om kontrolkriteriet var opfyldt ved 1) at de ordregivende myndigheder ejede én aktie i den selvstændige virksomhed, og 2) at de ordregivende myndigheder var tillagt en ret til at blive taget i samråd, udnævne en repræsentant til tilsynsrådet og udpege et bestyrelsesmedlem efter fælles overenskomst med de øvrige kommuner. I dommen nåede EU-Domstolen frem til, at kontrolkriteriet ikke kunne anses for opfyldt blot ved at én ordregivende myndighed besad aktiemajoriteten i den selvstændige virksomhed, mens de øvrige ordregivende virksomheder besad en minoritetspost uden øvrige rettigheder. Efter EU-Domstolens opfattelse, ville en sådan fortolkning åbne op for, at EU's udbudsregler kan omgås.

Spørgsmålet var herefter, om de rettigheder, som Comune di Cagno og Comune di Solbiate var tillagt i aktionæroverenskomsten, var tilstrækkelige til, at de blev anset for at udøve en tilstrækkelig grad af kontrol. Om dette spørgsmål udtalte EU-Domstolen:

*"Henset til de foregående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares således, at når flere offentlige myndigheder i deres egenskab af ordregivende myndigheder sammen opretter en enhed til varetagelse af en af deres offentlige tjenesteydelsesopgaver, eller når en offentlig myndighed tilslutter sig en sådan enhed, er den i Domstolens rets-*

*praksis fastsatte betingelse, hvorefter disse myndigheder for at være fritaget for deres pligt til at iværksætte en offentlig udbudsprocedure i henhold til EU-retten i fællesskab skal udøve en kontrol med denne enhed, der svarer til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene, opfyldt, når hver af disse myndigheder har en andel i nævnte enheds kapital og ledelsesorganer."*

Da der var tale om en præjudiciel forelæggelse, jf. artikel 267 TEUF, besvarede EU-Domstolen alene spørgsmålet abstrakt, men tog ikke stilling til de konkrete omstændigheder. Tilbage står, at EU-Domstolen således anser kontrolkriteriet for opfyldt, når hver af de deltagende ordregivende myndigheder har andel i den selvstændige virksomheds kapital og ledelsesorganer. Hvilken andel der kræves, står således stadig ikke helt klart.

**18. oktober 2012 - C-218/11, Hochtief**

En ordregivende myndighed i Ungarn udbød bygge- og anlægsarbejde. Der var opstillet en betingelse om, at tilbudsgiverne ikke måtte have haft et negativt regnskabsresultat i mere end ét af de tre seneste regnskabsår. Der blev indgivet national klage over dette punkt. Klageren opfyldte ikke selv kravet, og havde derfor udelukkende mulighed for at henvise til sit tyske moderselskabs ressourcer efter udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2. Moderselskabet opfyldte imidlertid heller ikke kravet, da det hvert år overførte sit overskud til sit tyske moderselskab, hvorfor klagerens ungariske regnskab altid var negativt. Denne fremgangsmåde var fuldt ud lovlig efter tysk ret, men ikke efter ungarsk ret. Klageren påstod derfor, at kravet var diskriminerende, fordi det umuliggjorde at klageren kunne blive prækvalificeret. Klageren påstod endvidere, at kravet var diskriminerende, fordi det ikke tog hensyn til forskellene på de nationale lovgivninger. Sagen blev anket nationalt, og ankeinstansen forelagde Domstolen en række præjudicielle spørgsmål. Konklusionen på spørgsmålene fra Domstolens side var, at forskellen i de nationale regnskabslovgivninger var uden betydning. Det udtaltes, at den manglende mulighed for henvisning til moderselskabets regnskaber ikke skyldtes forskellene i de nationale lovgivninger, men i stedet skyldtes den koncerninterne beslutning om at foretage en sådan praksis.

**12. juli 2012 - T-476/07, Evropaïki Dynamiki mod Frontex**

Evropaïki havde nedlagt påstand om annullation af den af Det Europæiske Agentur for Forvaltning af det Operative Samarbejde ved de Ydre Grænser ("FRONTEX") vedtagne afgørelse af den 3. oktober 2007 om ikke at antage sagsøgerens bud i forbindelse med et offentligt udbud af It-tjenester samt licenser til hardware og software og afgørelsen om at tildele en anden tilbudsgiver kontrakten, samt påstand om erstatning. Retten afviste Evropaïki's påstand om, at udbuddet var sket i strid med gennemsigtighedsprincippet som grundløs, da Evropaïki ikke havde fremkommet med specifikke klager i den henseende. Evropaïki havde endvidere påstået, at FRONTEX havde anvendt evalueringskriterier der ikke fremgik af udbudsbetingelserne. Denne påstand blev ligeledes afvist som grundløs. En påstand om at der var åbenlyse vurderingsfejl blev også afvist. På den baggrund blev påstanden om at få beslutningen annulleret afvist. Da FRONTEX ikke havde handlet i strid med loven, var der heller ikke grundlag for at tildele Evropaïki erstatning. Evropaïki blev derimod tilpligtet at betale FRONTEX sagsomkostninger, udover deres egne.

**7. juni 2012 - C-615/10, Insinööriõitoimisto Ins Tiimi**

Sagen omhandlede offentlige kontrakter på forsvarsområdet og anvendelsen af udbudsdirektivets artikel 10 og artikel 296, stk. 1, litra b. (nu TEUF artikel 346). Eftersom der eksisterede en mulighed for en i det væsentlige tilsvarende civil anvendelse af den drejeskive ("tiltable turntable") bestemt til at foretage elektromagnetiske målinger medførte det, at ordregiver ikke havde overholdt sine udbudsretlige forpligtelser ved at undlade at afholde udbud i henhold til de i direktiv 2004/18 fastsatte fremgangsmåder.

**22. maj 2012 - T-17/09, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen**

Sagen vedrørte påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 30. oktober 2008 om ikke at vælge det bud, som sagsøgeren har afgivet inden for rammerne af udbuddet VT/2008/019 EMPL CAD A/17543 om udvikling og installation af EESSI-systemet ("Electronic Exchange of Social Security Information") – elektronisk udveksling af oplysninger om social sikring), på området for koordination af social sikring for personer, der flytter rundt i Europa, samt beslutningen om at tildele kontrakten til en anden bydende, og påstand om erstatning. Alle påstandene blev afvist som grundløse. Kommissionen blev derfor frifundet og Evropaïki Dynamiki tilpligtet til at betale sagsomkostninger.

**10. maj 2012 - C-368/10, Kommissionen mod Nederlandene**

Sagen er udtryk for, hvad man som ordregivende myndighed ikke skal gøre, når man fastsætter underkriterier om miljømærker o. lign. Der gives ikke direkte retningslinjer for, hvordan ordregivende myndigheder skal bære sig ad, hvis de gerne vil bidrage til fremme af økologi, 'fair trade' og bæredygtighed, men der åbnes en dør for en formali-



stisk tilgang til, hvordan de ønskede produktegenskaber kan opnås. Dommen giver et glimrende indblik i, hvordan man som ordregiver (og rådgiver) ikke skal gøre, når der stilles krav til produkternes egenskaber i forhold til økologi, fair trade og bæredygtighed. Samtidig står det klart, at EU-Domstolen i sagen havde fokus på en høj detaljeringsgrad ved udformning af udbudsbetingelserne i forhold til sådanne produkter. Om denne linje vil blive fastholdt i fremtidig praksis, kan der alene gisnes om, men i sit forslag til afgørelsen kom Generaladvokaten frem til, at det ville være unødvendigt formalistisk at kræve, at den ordregivende myndighed opregner alle disse specifikationer nærmere. Dette blev begrundet med, at man ved fastlæggelsen af kravene til den ordregivende myndighed ikke må undlade at tage hensyn til den administrative byrde, som efter Kokotts mening bør stå i rimeligt forhold til de formål, der forfølges med bestemmelserne om offentlige kontrakter.

**24. april 2012 - T-554/08, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen**

Sagen omhandlede dels annullation af Kommissionens beslutning af 26. september 2008 om ikke at antage det bud, sagsøgeren havde afgivet inden for rammerne af udbudsproceduren TAXUD/2007/AO-005 (TIMEA) vedrørende levering af tjenesteydelser i form af teknisk vejledning vedrørende projekter om computeranvendelse på told, afgift og skatteområderne (EUT 2008/S 203-268728). Retten afviste påstanden om at annullere beslutning om tildeling af kontrakten til den valgte bydende, da afvisning af klagers tilbud som ukonditionsmæssigt, var sket berettiget, da konsortiets projekt referencer og CV'er ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav jf. pr. 11. Ligebehandlingsprincippet var endvidere ikke krænket. Tilsvarende afviste Retten påstanden om erstatning.

**19. april 2012 - T-49/09, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen**

Sagen omhandlede annullation af Kommissionens beslutning af 30. oktober 2008 om ikke at antage sagsøgerens bud afgivet inden for rammerne af en udbudsprocedure REGIO-A4-2008-01 om vedligeholdelse og udvikling af Generaldirektorat for Regionalpolitik informationssystemer, dvs. en IT-ydelse (EUT 2008/S 117-155067). Der var klaget over at tilbuddet ikke indgik i den endelig tilbudsvurdering, da pointtildeling til Evropaiki var for lav. Kommissionen begrundede det med, at antallet af personarbejdsdage ("man-days parameter") var for lavt, hvorfor påstanden om at tildelingsbeslutningen af kontrakten til en anden bydende heller ikke blev annulleret, hvorfor der ikke var grundlag for erstatning.

**29. marts 2012 - C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie**

Udbuddet blev iværksat af handelselskabet Národná diaľničná spoločnosť a.s. (NDS) med henblik på levering af tjenester vedrørende opkrævning af vejafgifter. Sagen er anlagt mod Úrad, som er kontoret for indgåelse af offentlige kontrakter. Sagsøgerne blev udelukket fra udbudsproceduren efter at have redegjort for en unormalt lav pris. NDS stadfæstede disse afgørelser. Den forelæggende ret indgav derfor præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen, som blev besvaret som følger.

Først og fremmest fastslog Domstolen, at artikel 55 i udbudsdirektivet skal fortolkes således, at den kræver tilstedeværelsen i national lovgivning af en bestemmelse såsom den pågældende, der i det væsentlige bestemmer, at den ordregivende myndighed skriftligt skal anmode om en supplerende begrundelse for en eventuel unormalt lav pris. Derudover blev det fastslået, at artikel 55 er til hinder for, at den ordregivende myndighed kunne mene, at det ikke var dens ansvar at anmode om en supplerende begrundelse for den unormalt lave pris i tilbuddet. Endelig fastslog man, at artikel 2 ikke var til hinder for en national bestemmelse som den pågældende, hvorefter den ordregivende myndighed i det væsentlige skriftligt kan anmode om supplerende tilbudsoplysninger, uden at kræve eller acceptere ændringer i tilbuddet. Den ordregivende myndighed var dog forpligtet til, under respekt af dennes skøn, at behandle de forskellige ansøgere ens og rimeligt, således at anmodningen om supplerende oplysninger ikke efter afslutningen af proceduren og i lyset af resultaterne heraf kunne have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, der var genstand for anmodningen.

<b>DANSKE DOMSTOLES AFGØRELSER</b>
<b>3. december 2012 - Retten i Koldings dom - Finn Frogne A/S mod Region Nordjylland m.fl.</b>
Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt de sagsøgte, Regioner var berettigede til at afvise anmodningen om prækvalifikation fra Finn Frogne A/S som ukonditionsmæssigt under henvisning til, at anmodningen ikke indeholdt de i, som fremgik af udbudsbekendtgørelsen. Retten fandt, at det var korrekt at Finn Frogne's ansøgning om prækvalifikation var blevet afvist. Afgørelsen er konkret begrundet, da det knytter sig til den konkrete bekendtgørelse, og hvorledes kravene i denne skulle fortolkes. Klagenævnets kendelse af 10. maj 2011 blev derfor opretholdt.
<b>24. juli 2012 - Retten i Glostrups dom - Erhvervsskolen Nordsjælland mod Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S</b>
Sagen omhandlede Klagenævnets kendelse af 5. december 2011, om en rammeaftale mellem Konica Minolta mod Erhvervsskolen Nordsjælland, hvor Klagenævnet fastslog, at der på en rammeaftale ikke må være frit valg mellem direkte tildeling og miniudbud. Herudover slog kendelsen også fast, at hvis ordregiver har gennemført en korrekt § 4-procedure ("profylaksebekendtgørelse"), så har Klagenævnet ikke hjemmel til at træffe afgørelse om uden virkning - heller ikke selvom begrundelsen i § 4 er åbenbart urigtig. Erhvervsskolen indbragte kendelsen for Domstolene under ordningen for småsager, og Konica Minolta udeblev, hvilket medførte at Erhvervsskolen fik medhold og annullationen blev ophævet.
<b>15. juni 2012 - Højesterets dom - Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet</b>
Højesteret afsagde dom om en sag vedrørende forbehold for grundlæggende elementer i et EU-udbud. Denne gang stod striden mellem selskabet Montaneisen GmbH og Kystdirektoratet. Højesteret pålægger en ganske streng bevisbyrde på ordregiver, der således skal bevise, at havde man konstateret det vindende tilbud som ukonditionsmæssigt, så ville ordregiver på ingen måde haft i sinde eller mulighed for at indgå kontrakt med den bedste, konditionsmæssige tilbudsgiver. Kystdirektoratet konkurrenceudsatte gennem EU-udbud i 2007, fase 2 af rydning af et minefelt på Skallingen. Kontrakten blev udbudt som en resultatkontrakt, dvs. en totalentreprise hvor ansvaret for rydningen skulle være entreprenørens, og hvor risikoen for, at målet blev nået også var entreprenørens. Efter en gennem af de indkomne tilbud fandt Kystdirektoratet frem til en vinder, Minegruppen. Denne tilbudsgiver havde i sit tilbud beskrevet det påtænkte anvendte materiel samt en vurdering af effektiviteten ved rydningen ved anvendelse af dette materiel. Det fremgik yderligere af tilbuddet, at såfremt den nævnte vurdering ikke skulle holde stik, ville evt. yderligere arbejdsindsats i forbindelse med rydningen blive afregnet som ekstraarbejder. Dette forhold medførte således reelt, at tilbudsgiveren overvæltede risikoen for arbejdet på Kystdirektoratet.
Højesteret udtaler i afgørelsen, at en sådan præmis var i strid med et grundlæggende element i udbudsbetingelserne og det vindende tilbud skulle derfor have været afvist som ukonditionsmæssigt. Det fremgik videre af Kystdirektoratets evalueringsrapporter mv., at tilbuddet fra Montaneisen GmbH var blevet evalueret som det næstbedste og således reelt som det bedste tilbud blandt de konditionsmæssige tilbud. På den baggrund nedlagde Montaneisen GmbH påstand om erstatning af positiv opfyldelsesinteresse, opgjort til DKK 3,5 mio. Kystdirektoratet gjorde heroverfor gældende, at såfremt direktoratet havde været bekendt med, at det vindende tilbud var ukonditionsmæssigt, ville man have annulleret udbuddet, da tilbuddet fra Montaneisen GmbH oversteg direktoratets bevillingsmæssige ramme for opgaven. Kystdirektoratet anførte således, at denne ville have været afskåret fra at antage tilbuddet. Højesteret fastslog i overensstemmelse med Klagenævnets praksis, at ordregiver i sådan en situation bærer bevisbyrden for, at man ikke ville eller kunne have antaget det bedste, konditionsmæssige tilbud, hvis det vindende tilbud rettelig var blevet afvist som ukonditionsmæssigt.
Højesteret fandt i sagen ikke at denne bevisbyrde var løftet, og lagde hermed vægt på, at Danmark var internationalt forpligtet til at gennemføre minerydningen, ligesom dette skulle ske under et vist tidspres. Derudover kunne det grundet opgavens særlige karakter ikke forventes, at der ville komme flere eller væsentlig ændrede tilbud ved et eventuelt genudbud. Desuden fandt Højesteret ikke, at der forelå konkrete holdepunkter for at antage, at Kystdirektoratet ikke ville have fået den nødvendige merbevilling.
Det måtte derfor lægges til grund, at Montaneisens tilbud ville være antaget, hvis Minegruppens tilbud var blevet af-

vist. Kystdirektoratet blev herefter pålagt at betale erstatning til Montaneisen svarende til Montaneisens positive opfyldelsesinteresse, der skønsmæssigt blev fastsat til DKK 3,5 mio. samt sagsomkostninger.

Afgørelsen er i tråd med Højesterets dom af 5. april 2011, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S, hvor ordregiver måtte betale DKK 8 mio. til en forbigået tilbudsgiver samt knap DKK 950.000 i sagsomkostninger. Heller ikke her kunne ordregiver løfte bevisbyrden for, at man ville have annulleret udbuddet hvis det havde stået klart, at den "vindende" tilbudsgiver havde afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud.

**3. juli 2012 - Vestre Landsrets dom - AV Form mod 12 By Gruppen - uden virkning udover håndhævelseslovens bestemmelser**

Ved dom af 9. november 2009 fastslog Retten i Herning, at et antal af de kommuner, der indgik i 12-by-gruppens Indkøbscentral ("Indkøbscentralen"), var forpligtet til at opsig en tidligere kontrakt mellem indkøbscentralen og Creative Company A/S på grund af en fejl ved udbuddet. Indkøbscentralen skulle i henhold til dommen opsig kontrakten med Creative Company A/S og gennemføre en ny udbudsrunde. Det gjorde Indkøbscentralen også; men samtidig indgik de en mundtlig aftale med firmaet om levering af beskæftigelsesmaterialer, indtil der kunne gennemføres en ny udbudsrunde.

Indkøbscentralen udbød på den baggrund i 2010 en ny rammeaftale med en enkelt aktør om løbende levering af formnings- og beskæftigelsesmaterialer til institutioner og skoler i de tilsluttede kommuner. Rammeaftalen havde en anslået værdi af 15 mio. kr. Grundlaget for den nye rammeaftale og udbudsbetingelserne var en tilbudsliste, der i det store hele var identisk med indkøbscentralens hidtidige leverandørs varekatalog. Der var således tale om, at tilbudslistens i alt 2.869 varelinjer i det væsentligste fremstod som en gengivelse af Creative Company A/S katalog, blot med tilføjelsen "ca." foran en del af mængdeangivelserne.

Såvel klagenævnet som landsretten nåede frem til, at Indkøbscentralen ikke havde tilbagevist, at tilbudslisten indeholdt varenumre, som i hvert tilfælde kun vanskeligt kunne leveres af andre aktører end Creative Company A/S. Da tilbudsfristen endvidere var så kort, at de øvrige aktører på markedet ikke havde mulighed for at skaffe de produkter, der indgik i tilbudslisten, var Creative Company A/S således også den eneste aktør, der afgav tilbud på den udbudte rammeaftale. Landsretten fandt på den baggrund, at det ikke var godtgjort, at Indkøbscentralen havde søgt at mindske Creative Company A/S' betydelige konkurrencefordel, hvilket var i strid med udbudsreglerne.

Det er værd at bemærke, at landsretten med dommen pålægger Indkøbscentralen til at bringe kontrakten med Creative Company A/S til ophør med en måneds varsel (på et grundlag, der ikke er omfattet af håndhævelseslovens §§ 16 og 17). I den forbindelse påpeger landsretten netop, at kontrakten mellem Indkøbscentralen og den vindende tilbudsgiver indeholdt et forbehold om, at den indgåede kontrakt kunne ophæves af ordregiver med et varsel på en måned, hvis tildelingen af kontrakten blev underkendt.

Landsrettens bemærkning kan således læses derhen, at sådanne kontraktlige klausuler ikke blot indebærer en ret for ordregiver til at komme ud af en udbudt kontrakt i tilfælde af en kendelse mod sig - men også en pligt til at komme ud af et aftaleforhold, der baserer sig på en ulovlig udbudsforretning. Aftaleklausuler af en sådan art bør derfor altid overvejes grundigt, inden indsættelse i en kontrakt. Dommen er utrykt.

**26. marts 2012 - Helsingør Rets dom - HUMUS-Genplast v/ Hans Jørgen Rasmussen mod Fredensborg Forsyning A/S**

Sagen omhandlede et EU-udbud, hvor tilbud om levering af beholdere til indsamling af affald, ikke indeholdte oplysninger, som for myndigheden fremstod som åbenbart forkerte, hvilket medførte at Fredensborg Forsyning ikke havde haft pligt til at kontrollere oplysningerne. Derfor blev Klagenævnets kendelse af 19. februar 2010 opretholdt.

<b>KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN</b>
<b>Klager</b>
<b>12. juli 2012 - Klage over indkøb af arm- og benproteser uden forudgående udbud</b>
<p>Sagen drejede sig om Center for Hjælpemidler og Kommunikations manglende udbud af indkøb af arm- og benproteser. Center for Hjælpemidler og Kommunikation behandler ansøgninger om støtte til køb af personlige hjælpemidler for Haderslev, Sønderborg, Tønder og Aabenraa Kommuner. I stedet for at foretage et udbud blev der ved hvert enkelt indkøb indhentet tilbud fra to tilbudsgivere, der blev valgt fra en liste over leverandører. For at komme på listen skal leverandørerne opfylde en række krav.</p> <p>Bevilling af den økonomiske støtte sker som udgangspunkt i henhold til det bedste og billigste egnede tilbud af de to indhentede tilbud; men borgerne kan frit vælge en anden leverandør, hvis de ønsker dette. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen blev på den baggrund bedt om at vurdere, hvorvidt aftalerne om arm- og benproteser var omfattet af udbudsdirektivet, idet der i så fald skulle have været foretaget udbud. For at være omfattet af udbudsdirektivet skal en aftale være gensidigt bebyrdende. Det betyder, at den ordregivende myndighed accepterer at modtage en ydelse omfattet af udbudsdirektivet fra en økonomisk aktør mod betaling af et vederlag.</p> <p>Efter servicelovens § 112 har kommunerne pligt til at yde økonomisk støtte til borgerne til køb af hjælpemidler til personer med varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne. En kommune kan i henhold til loven bestemme, at en bestemt leverandør, som kommunen har indgået en leverandøraftale med, skal levere de personlige hjælpemidler, men borgeren har dog altid frit valg med hensyn til valg af leverandør. I denne sag har Center for Hjælpemidler og Kommunikation på vegne af kommunerne ikke valgt at indgå en leveringsaftale med en bestemt leverandør om levering af arm- og benproteser. I stedet vælger borgerne, der har brug for personlige hjælpemidler, selv to leverandører på leverandørlisten, hvorefter disse to afgiver tilbud.</p> <p>For at der skal være tale om en gensidigt bebyrdende aftale skal kommunerne have en økonomisk interesse i aftalerne. Eftersom det er borgerne, som begunstiges af aftalerne, vurderede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke, at kommunerne havde en økonomisk interesse i aftalerne, bl.a. fordi aftalerne ikke havde til formål at fritage kommunerne for en forpligtelse, som de er pålagt efter lovgivningen. I henhold til loven er kommunerne nemlig alene forpligtet til at yde økonomisk støtte svarende til prisen på det bedste og billigste tilbud.</p> <p>Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udtalte på dette grundlag, at der ikke skulle foretages udbud af aftalerne om indkøb af arm- og benproteser.</p>
<b>8. maj 2012 - Klage over DTU's manglende overholdelse af udbudsreglerne</b>
<p>Klager havde tilbage i 2009 som den eneste leverandør indgået en 4-årig rammeaftale vedrørende udførelsen af el-arbejder på DTU. Aftalen var ikke eksklusiv, idet DTU ønskede mulighed for at benytte andre leverandører til løsning af specialopgaver. Efter indgåelse af rammeaftalen indgik DTU aftaler med andre leverandører til løsning af samme typer af opgaver, som var omfattet af førnævnte rammeaftale.</p> <p>På den baggrund bad klager Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om at tage stilling til, hvorvidt DTU havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at indgå kontrakter om udførelse af el-arbejder med fem andre virksomheder uden forudgående udbud. Ydelserne var efter deres karakter omfattet af Udbudsdirektivet, og den samlede værdi af kontrakterne oversteg Udbudsdirektivets tærskelværdier. Kontrakterne blev indgået i perioden fra januar 2009 til og med ultimo september 2011.</p> <p>Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udtalte, at der ikke var holdepunkter for, at DTU i forbindelse med indgåelsen af kontrakterne havde været forpligtet til at lægge den samlede værdi af de indgåede kontrakter til grund ved vurderingen af, om tærskelværdierne var overskredet.</p>

Generelt, når det skal afgøres, om flere kontrakter om bygge- og anlægsaktiviteter værdimæssigt skal lægges sammen eller behandles hver for sig, skal det vurderes, om kontrakterne angår ét samlet bygge- og anlægsarbejde. Momenter, der kan indgå i vurderingen af, om der er tale om ét bygge- og anlægsarbejde, er eksempelvis sammenfald mellem flere kontrakter, fx den ordregivende myndighed, de virksomheder som kan udføre arbejderne, den geografiske placering, udførelsestidspunkt samt tidspunktet for proceduren ved kontraktindgåelsen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærkede, at man ved vurderingen af disse momenter havde lagt DTU's svar vedrørende klagen til grund. DTU havde oplyst, at kontrakterne var af meget forskellig karakter og indgået med flere forskellige virksomheder, ligesom de endvidere var udført over en periode på 33 måneder.

Samlet set fandt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen derfor, at kontrakterne ikke skulle betragtes som én samlet kontrakt, og værdien af den enkelte virksomheds kontrakter i perioden havde derfor ikke overskredet tærskelværdierne, hvorfor udbudsreglerne ikke fandtes overtrådt.

### **30. marts 2012 - Klage over Brugerklubben SBSYS - overtrædelse af udbudsreglerne**

Klagen omhandlede at nogle offentlige myndigheder havde tilsluttet sig Brugerklubben SBSYS uden forudgående udbud, samt at brugerklubben udbød en rammeaftale om udvikling og vedligeholdelse af IT-systemet SBSYS på en sådan måde, at myndigheder kunne tilslutte sig udbuddet uden et aktuelt indkøbsbehov. Brugerklubben SBSYS er en forening, der har til formål at stille IT-systemet SBSYS til rådighed samt at fungere som indkøbsfællesskab for dens medlemmer. Udelukkende offentlige myndigheder der var en del af rammeaftalen, hvad enten de havde et aktuelt behov eller ej, kunne få adgang til SBSYS.

Styrelsen udtalte, at selve tilslutningen til SBSYS ikke var omfattet af udbudsdirektivet, medmindre aftalen var gensidigt bebyrdende. Dette fandtes ikke at være tilfældet, hvorfor der ikke forelå udbudspligt på baggrund heraf. Det blev endvidere udtalt, at såvel kontrol- som virksomhedskritiet var opfyldte i den pågældende sag, hvorfor de af brugerklubben leverede ydelser ikke var udbudspligtige.

Styrelsen udtalte endvidere, at der ikke forelå en overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, in fine, idet kun ordregivende myndigheder, der var medlemmer af Brugerklubben SBSYS kunne trække på de udbudte rammeaftaler. Derfor blev ordregiverne nødt til at tilslutte sig brugerklubben for at kunne trække på rammeaftalerne. Herved udelukkedes risikoen for misbrug af rammeaftalerne. På baggrund af ovenstående blev det således konkluderet, at der efter Styrelsens opfattelse ikke havde fundet en overtrædelse af udbudsreglerne sted.

## **Vejledende udtalelser**

### **1. oktober 2012 - Vejledende udtalelse om L90's indgåelse af aftaler om bortskaffelse af forbrændingseget affald**

Sagen omhandlede indkøbsfællesskabet L90's indgåelse af leveringsaftaler med en række selskaber om bortskaffelse af forbrændingseget affald uden afholdelse af forudgående udbud. Det var Miljøstyrelsens opfattelse, at L90's aftaler skulle have været udbudt, hvorfor de rettede henvendelser til L90 og påstod at de havde handlet i strid med udbudsreglerne, særligt henset til U-Domstolens afgørelse i sag C-480/06 ("Hamburg-dommen"), hvilket ministeriet anmodede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om at forholde sig til.

Styrelsen udtalte at: *"En gensidigt bebyrdende offentlig aftale om bortskaffelse af affald kan som udgangspunkt alene indgås efter forudgående udbud i overensstemmelse med udbudsdirektivets regler. En aftale kan imidlertid være undtaget fra udbudsreglerne, herunder en såkaldt horisontal aftale om udførelse af public service-opgaver. Dette forudsætter imidlertid, at visse nærmere betingelser er opfyldt, jf. Hamburg-dommen".* Konkret vurderede Styrelsen ikke at de pågældende aftaler udgjorde et sådan horisontalt samarbejde, og at de ikke udgjorde et sådan "reelt" samarbejde, som var påkrævet efter Hamburg-dommen. Således opfordrede Styrelsen til, at L90 opsagde de pågældende kontrakter såfremt de fortsat var gældende.

### **4. september 2012 - Vejledende udtalelse om leverandøraftaler efter servicelovens § 112 er udbudspligtige**

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen modtog den 4. august 2011 e-mail fra Randers Kommune, hvor Styrelsen blev bedt om at forholde sig til, hvorvidt leverandøraftaler, der indgås i henhold til servicelovens § 112, er udbudspligtige.

Styrelsen undersøgte om to krav var opfyldt: 1) om ordregiver modtog en ydelse, og 2) om der skete betaling af et vederlag. Styrelsen fandt sammenfattende, at begge betingelserne var opfyldt, hvorfor de leverandøraftaler, som kommunerne indgår med eksterne leverandører om levering af personlige hjælpemidler efter servicelovens § 112, stk. 2, udgør gensidigt bebyrdede aftaler jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, hvilket medfører, at aftalerne skal udbydes i overensstemmelse med EU's udbudsregler.

**LOVE, REGLER OG VEJLEDNINGER**

**27. februar 2013 - Ændring af håndhævelsesloven på vej**

Erhvervs- og Vækstministeriet fremsatte den 27. februar 2013 det ventede lovforslag vedrørende ændring af håndhævelsesloven. Hovedformålet med lovforslaget er ifølge dets indhold at sikre en mere effektiv håndhævelse af udbudsreglerne blandt andet gennem et effektivt, smidigt og forenklet klagesystem. Baggrunden for ændringen af håndhævelsesloven er, at udviklingen af antallet af klagesager hos Klagenævnet for Udbud nærmest er eksploderet; siden 2005 er antallet af klager femdoblet samtidig med at et stigende antal klager afvises eller tilbagekaldes og andelen af sager, hvor tilbudsgiverne får helt eller delvist medhold er faldet markant. Regeringen nedsatte derfor i februar 2012 en arbejdsgruppe med det formål at fremlægge konkrete forslag til en ny organisering af klagesystemet. Arbejdsgruppens konkrete anbefalinger er indarbejdet i det fremsatte lovforslag, ligesom de planlagte ændringer af bekendtgørelsen om Klagenævnet for Udbud må forventes at bygge på arbejdsgruppens anbefalinger om blandt andet forhøjelse af klagegebyret og mulighed for at pålægge klager sagsomkostninger. Lovforslaget indeholder følgende forslag til ændringer:

**Forkortelse af klagefrister samt indførelse af klagefrist for klager i henhold til tilbudsloven.**

Forslaget indebærer en markant forkortelse af de nuværende klagefrister. Klagefristen i håndhævelseslovens § 7, stk. 1 vedrørende klager over ikke at være blevet prækvalificeret på 30 kalenderdage foreslås nedsat til 20 kalenderdage regnet fra ordregivers afsendelse af underretning. Fristen for øvrige klager efter den generelle klagefrist i håndhævelseslovens § 7, stk. 2, nr. 1 på 6 måneder foreslås nedsat til 45 kalenderdage efter ordregivers offentliggørelse af kontraktindgåelsen i EU-Tidende. Klagefristen på 12 måneder for klager over udbud vedrørende rammeaftaler i håndhævelseslovens § 7, stk. 2, nr. 3 foreslås ændret til 6 måneder fra ordregivers underretning. Herudover introducerer lovforslaget som noget nyt klagefrister for indbringelse af klager efter tilbudsloven. Klagefristerne følger de foreslåede frister for indbringelse af klager over overtrædelser af udbuds- og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det er dog værd at bemærke, at de pågældende klagefrister for overtrædelse af tilbudsloven først begynder at løbe, når ordregiver har afgivet en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen til de berørte ansøgere/tilbudsgivere, også selvom ordregiver ikke efter tilbudsloven er forpligtet til at afgive en sådan.

**Præcisering af Klagenævnets adgang til at afvise eller kun delvist afgøre en klage.**

Forslaget indeholder en udtrykkelig hjemmel for Klagenævnet til at afvise eller kun delvist afgøre en klage, som præciserer den eksisterende praksis på dette område. Efter forslaget indhold sigter bestemmelsen til situationer, hvor modtagne klager og påstande er udsigtsløse eller åbenlyst ubegrundede, herunder hvor klager og påstande ikke kan medføre anvendelse af de sanktioner, som klagenævnet i henhold til håndhævelsesloven kan gøre brug af, eller hvor en påberåbt fejl er uden betydning eller slet ikke er begået. Bestemmelsen vil ligeledes kunne finde anvendelse i forbindelse med klagenævnets vurdering af en påstand om opsættende virkning.

**"Uden virkning" begrænses til fremtidige leverancer.**

Efter den nuværende § 18 kan klagenævnet erklære en kontrakt for uden virkning for allerede foretagne leverancer, hvor særlige forhold taler for det, hvis leverancerne kan tilbageleveres i væsentlig samme stand. Forslaget indsnævrer klagenævnets adgang til at erklære en kontrakt uden virkning, således at det ikke længere vil være muligt at erklære allerede foretagne leverancer for uden virkning. Sanktionen "uden virkning" vil således kun kunne ske for fremtidige leverancer.

**Træk på rammeaftale udbudt af indkøbscentral i strid med udbudsreglerne.**

Med det formål at sikre, at en ordregiver kan anvende en indkøbscentrals rammeaftaler uden at risikere, at kontrakten senere kan erklæres for uden virkning på baggrund af fejl begået af indkøbscentralen, indeholder lovforslaget en bestemmelse, som medfører, at såfremt en ordregiver har tildelt kontrakt eller iværksat tildelingsprocedure inden klagenævnet eller domstolene har annulleret tildelingsbeslutningen vedrørende rammeaftalen, så vil kontrakten ikke kunne erklæres for uden virkning. Bestemmelsen har til hensigt at skabe klarhed over ordregivernes retsstilling i denne situation, som også har givet anledning til flere klagesager.

**6. december 2012 - Lovforslag L28 om ændring af tilbudsloven endeligt vedtaget**

Lovændringen indeholder to dele.

For det første mindskes ordregiveres administrative byrder ved at fjerne annonceringspligten for de såkaldte bilag II B-tjenesteydelser, som bl.a. omfatter social- og sundhedsydelser, juridiske ydelser, hotel- og restaurationsvirksomhed. Ordregiver vil dog fortsat være underlagt EUF-traktatens principper om ligebehandling og gennemsigtighed, hvilket indebærer, at ordregiveren skal sikre, at en kontrakt, der har klar grænseoverskridende interesse, udsættes for en passende grad af offentlighed.

For det andet får kommunerne friere adgang til at udføre opgaver for en anden offentlig myndighed, herunder en anden kommune, ligesom grænsen for den andel af omsætningen i selskaber med kommunal eller regional deltagelse, der må stamme fra salg til andre end kommuner henholdsvis regioner, øges fra 25 pct. til 50 pct. Der ændres ikke på det overordnede formål med lov om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber (L 548), og det offentlige skal fortsat ikke bevæge sig ud på områder, hvor der allerede er et velfungerende privat marked. Ligeledes er den kommunale udførelseslov (lov nr. 548 af 8. juni 2006) blevet ændret i bestræbelserne på at mindske ordregiveres administrative byrder samt give kommunerne friere adgang til at udføre opgaver for en anden offentlig myndighed, herunder en anden kommune, idet grænsen for den andel af omsætningen i selskaber med kommunal eller regional deltagelse, der må stamme fra salg til andre end kommuner henholdsvis regioner, er øget fra 25 pct. til 50 pct.

**11. december 2012 - Lovforslag om afskaffelse af kommunal kvalitetskontrakt samt kommunale og regionale udbudsstrategier - vedtaget.**

Som led i Moderniseringsaftalen 2013 søger regeringen at skabe fokus på resultater fremfor proceskrav - og dermed give rum for større fagligt ansvar og nytænkning. Lovforslag om ændring af lov om kommunernes styrelse og regionsloven, idet regeringen anser de gældende bestemmelser for en uhensigtsmæssig detailstyring er nu vedtaget. Med lovforslaget ophæves således kommunalbestyrelsens forpligtelse til at udarbejde en kommunal kvalitetskontrakt og opfølgingsredegørelse samt kommunalbestyrelsens og regionsrådets forpligtelse til at udarbejde en udbudsstrategi. Loven er trådt i kraft den 1. januar 2013.

**11. april 2012 - Ændring af bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter i høring**

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har sendt et udkast om ændring af bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter i høring. Bekendtgørelsen sigter på at præcisere retstilstanden vedrørende udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, om tildeling af kontrakter baseret på en rammeaftale, der er indgået med flere økonomiske aktører.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til ændringsbekendtgørelse er udarbejdet og sendt i høring i forlængelse af styrelsens vejledende udtalelse fra 4. januar 2011. I forbindelse med den vejledende udtalelse rettede styrelsen henvendelse til i EU-Kommissionen med henblik på at opnå svar på, om samme rammeaftale kan indeholde vilkår om direkte tildeling og miniudbud. Af EU-Kommissionens svar fremgik det, at en rammeaftale kan indeholde vilkår om både direkte tildeling og miniudbud, så længe ordregiver ikke har frit valg med hensyn til, hvilken tildelingsprocedure der skal anvendes.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til bekendtgørelse indeholder en ny bestemmelse (§ 12a), som fastsætter reglerne for anvendelsen af rammeaftaler, der indeholder mulighed for tildeling af kontrakter efter direkte tildeling og miniudbud. Af bestemmelsen følger, at ordregiverens valg mellem tildelingsprocedurerne skal træffes på grundlag af objektive, ikke-diskriminerende og gennemsigtige kriterier. Følgende kriterier kan i henhold til bekendtgørelsen anvendes: 1) En rammeaftale, der er opdelt i delaftaler, kan fastsætte, at kontrakter vedrørende en given delaftale skal tildeles efter direkte tildeling, mens kontrakter vedrørende en anden delaftale skal tildeles efter miniudbud. 2) Rammeaftalen kan fastsætte, at kontrakter vedrørende visse ydelser skal tildeles efter direkte tildeling, mens kontrakter vedrørende andre ydelser skal tildeles efter miniudbud. 3) Rammeaftalen kan fastsætte, at varekontrakter op til en bestemt mængde skal tildeles efter direkte tildeling, mens varekontrakter over en sådan bestemt mængde skal tildeles efter miniudbud. Kriterierne skal fremgå af rammeaftalen og i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.



**TILTAG FRA KOMMISSIONEN****24. januar 2013 - Traktatbrudsprocedure indledt overfor Østrig**

Europa-Kommissionen har den 24. januar 2013 anmodet Østrig om at fastsætte bestemmelser om et effektivt klagesystem samt at sikre, at principperne om ikke-diskriminering og gennemsigtighed respekteres. Anmodningen er fremsat i forbindelse med et offentligt indkøb om levering af varer til østrigske ministerier, hvor Østrig har overtrådt princippet om effektive klageprocedurer ved konkret at fortsætte udbudsproceduren, selv om dele af udbudsmaterialet var anset for diskriminerende og dermed ugyldige af den kompetente klageinstans. Herved har Østrig tillige overtrådt Udbudsdirektivets gennemsigtighedsprincip. Kommissionens anmodning er en såkaldt begrundet udtalelse og dermed en del af EU's traktatbrudsprocedure. Hvis ikke Østrig inden to måneder giver Kommissionen meddelelse om foranstaltninger, der skal bringe overtrædelsen af de EU-retlige regler til ophør, kan kommissionen - beslutte at anlægge sag ved Den Europæiske Unions Domstol.

**ANDET NYT**

**1. april 2012 - Adgang til udbudsplatformen**

Ordregiverne fik d. 1. april 2012 mulighed for at offentliggøre EU-udbud og kontrakter, der er omfattet af tilbudslovens afsnit I, på portalen [www.ubud.dk](http://www.ubud.dk). Ved EU-udbud udveksles der data mellem Den Europæiske Unions Tidende (TED) og [www.ubud.dk](http://www.ubud.dk). Pligten til at anvende [www.ubud.dk](http://www.ubud.dk) fremgår af bekendtgørelse om ordregiveres annoncering af offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter på den centrale udbudsplatform. De første annonceringer er allerede sket på hjemmesiden.