

Klagenævnet for Udbud

Årsberetning 2021

INDHOLDSFORTEGNELSE

FORORD.....	5
1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD.....	6
1.1 Lovgrundlag og etablering.....	6
1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning	6
1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat.....	7
1.4 Klagenævnet for Udbuds opgaver, herunder klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder.....	8
1.5 Nævns- og formandsafgørelser	11
1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning.....	12
1.7 Sagens forberedelse og afgørelse, herunder sagsomkostninger	13
1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven	16
2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER.....	17
2.1 Indledning.....	17
2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser	17
2.2.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter	17
Kendelse af 26. januar 2021, Ishøj Ny Antenneforening mod Ishøj Kommune.....	17
Kendelse af 20. april 2021, Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland.....	18
Kendelse af 20. maj 2021, Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune	19
Kendelse af 13. juli 2021, Vikarlæger.dk A/S mod Region Sjælland.....	20
Kendelse af 26. august 2021, HydroCharting ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI")	21
2.2.2 Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse	22
Kendelse af 14. januar 2021, Audio Visionary Music A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI).....	22
Kendelse af 25. marts 2021, Jacobs Douwe Egberts DK ApS mod Fællesindkøb Fyn.....	22
Kendelse af 31. maj 2021, Familieplejen Bornholm mod Bornholms Regionskommune.....	23
Kendelse af 18. juni 2021, Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH mod Region Syddanmark	24
Delkendelse af 9. september 2021, ABB Power Grids Denmark A/S mod Femern Bælt A/S	24
Kendelse af 27. august 2021, PricewaterhouseCoopers Statsautoriseret Revisionspartnerselskab mod Rigspolitiet	26
2.2.3 Tilbuds konditionsmæssighed og forbehold	27
Kendelse af 15. marts 2021, Brdr. Thybo A/S mod Horsens Kommune.....	27
2.2.4 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel	28
Kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og	

Forenklingsstyrelsen	28
Kendelse af 14. juli 2021, DXC Technology Danmark A/S mod Domstolsstyrelsen v/Tinglysningsretten	28
Kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S	29
Kendelse af 27. august 2021, PricewaterhouseCoopers Statsautoriseret Revisionspartnerselskab mod Rigspolitiet	30
Delkendelse af 3. november 2021, Meldgaard Miljø A/S mod Rebild Kommune	30
2.2.5 Indhentelse af yderligere oplysninger	31
Kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen	31
2.2.6 Rammeaftaler	31
Kendelse af 17. februar 2021, Systematic A/S mod Greve, Holbæk, Ringsted, Køge, Vordingborg, Kalundborg, Roskilde, Næstved, Guldborgsund, Lejre og Slagelse kommuner	31
Kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark	33
2.2.7 Klagenævnsloven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner	34
Kendelse af 6. januar 2021, Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S	34
Erstatningskendelse af 10. februar 2021, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune	35
Kendelse af 17. februar 2021, Systematic A/S mod Greve, Holbæk, Ringsted, Køge, Vordingborg, Kalundborg, Roskilde, Næstved, Guldborgsund, Lejre og Slagelse kommuner	35
Kendelse af 25. februar 2021, SUEZ Water A/S mod Danish Oil Pipe A/S	36
Delkendelse af 7. april 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB mod regionerne Midtjylland, Nordjylland, Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden	36
Kendelse af 8. april 2021, C. Møllmann & Co. A/S mod Rudersdal Kommune	38
Kendelser af 15. april og 4. oktober 2021, Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen mod Region Hovedstaden og Region Midtjylland	39
Kendelse af 13. juli 2021, Vikarlæger.dk A/S mod Region Sjælland	39
Kendelse af 30. juli 2021, EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle	39
Delkendelse af 9. september 2021, ABB Power Grids Denmark A/S mod Femern Bælt A/S	41
Delkendelse af 15. oktober 2021, Verdo Teknik A/S mod Københavns Kommune	41
Kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark	42
Kendelse af 10. november 2021, A/S Bladkompagniet mod HOFOR A/S	42
Omkostningsafgørelse af 22. november 2021, Rally Point Tactical Scandinavia ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI")	42
Delkendelse af 30. november 2021, Holbøll A/S mod Næstved Fjernvarme a.m.b.a.	42
2.2.8 Udelukkelsesgrunde	43
Kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen	43

Kendelse af 18. juni 2021, Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH mod Region Syddanmark	46
Kendelse af 1. september 2021, Faaborg Værft A/S mod Center for Logistik og Samarbejde ApS.....	46
2.2.9 Prækvalifikation.....	47
Delkendelse af 7. april 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB mod regionerne Midtjylland, Nordjylland, Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden	47
Delkendelse af 9. september 2021, ABB Power Grids Denmark A/S mod Femern Bælt A/S	47
2.2.10 Indikationer for konkurrencefordrejende adfærd.....	48
Kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen.....	48
Kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S	48
Delkendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden.....	48
Delkendelse af 9. december 2021, Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden.....	49
3. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER	50
Østre Landsrets dom af 22. december 2021, Joca Trading A/S mod Allerød Kommune, Rudersdal Kommune og Hørsholm Kommune, jf. klagenævnets kendelse af 13. juni 2019.....	50
Retten i Koldings dom af 17. december 2021, Fyns Almennyttige Boligselskab mod Westflyt Kolding ApS, jf. klagenævnets kendelse af 6. oktober 2021.....	50
4. EU-DOMSTOLENS DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER.....	52
EU-Domstolens dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark.	52
5. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2021.....	54
5.1 Indkomne klager.....	54
5.2 Standstill-sager og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning	55
5.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde.....	55
5.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf	56
5.5 Afsagte erstatningskendelser	58
5.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	58
5.7 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist som procentvis fordeling)	59
5.8 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt).....	60
5.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling).....	61
5.10 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist procentvist kumulativt)	61
6. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET.....	63

FORORD

Klagenævnet for Udbud udgiver hermed sin niende årsberetning, der i overensstemmelse med klagenævnsbekendtgørelsen skal formidle indholdet af klagenævnets principielle kendelser.

Kapitel 1 indeholder en redegørelse for nævnets lovgrundlag, etablering og sammensætning, herunder formandskabet, nævnets sagkyndige og sekretariat.

I kapitel 2 er der anført referater af en række af nævnets kendelser fra 2021, som må anses for principielle eller i øvrigt af særlig interesse. Der er herunder afsagt en del kendelser om forståelsen af centrale bestemmelser i udbudsloven. Det er ved omtalen tilstræbt at fokusere på de aspekter, klagenævnet har fundet særligt interessante. Klagenævnets kendelser offentliggøres løbende på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.naevneneshus.dk. Det gælder både kendelser om overtrædelse af udbudsreglerne og kendelser om erstatning samt et udvalg af kendelser vedrørende opsættende virkning og aktindsigt.

Kapitel 3 indeholder en gennemgang af danske domme i sager, der tidligere har været afgjort af klagenævnet.

Klagenævnet har i kapitel 4 skrevet om EU-Domstolens dom i sag C-23/20, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark.

Kapitel 5 indeholder statistiske oplysninger om klagenævnets virksomhed og kommentarer hertil. I 2021 modtog Klagenævnet 91 klager, hvilket næsten er på niveau med antallet modtaget i 2019, men ligger under niveauet i 2020. Ved nævnets afgørelser blev der givet klageren helt eller delvis medhold i ca. 37 % af tilfældene, hvilket er en højere medholdsprocent end for 2020, men lidt lavere end i 2019. Hertil kommer, at klagenævnet i ca. 43 % af nævnets kendelser om opsættende virkning, hvor nævnet tog stilling til betingelsen om fumus boni juris (om klagen har noget på sig), fandt, at denne betingelse var opfyldt, hvilket typisk førte til, at parterne fandt en løsning, som indebar, at klagen blev tilbagekaldt.

Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid steg i 2021 til 6 måneder mod 5 måneder i 2020.

Nikolaj Aarø-Hansen, formand

Viborg, juli 2022

1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD

1.1 Lovgrundlag og etablering

Klagenævnet for Udbud er et domstolslignende klagenævn. Klagenævnet blev etableret i 1992 med det formål at opfylde Danmarks forpligtelser i henhold til kontroldirektiverne (direktiv 89/665/EØF og direktiv 92/13/EØF). Nævnets virksomhed er i dag reguleret i lov om Klagenævnet for Udbud (klagenævnsloven), jf. lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016, der indeholder reglerne om klagenævnets kompetence og virksomhed. Til loven knytter sig bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud (klagenævnsbekendtgørelsen), der senest er ændret ved bekendtgørelse nr. 178 af 11. februar 2016. Klagenævnsbekendtgørelsen indeholder bl.a. reglerne for indgivelse af klager og klagenævnets sagsbehandling. Udviklingen i retsgrundlaget for nævnets virksomhed er udførligt beskrevet i nævnets årsberetning for 2016, kapitel 1, hvortil der henvises.

1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning

Klagenævnets organisation er fastlagt i klagenævnslovens § 9 og klagenævnsbekendtgørelsens § 1.

Klagenævnet består af en formand og et antal næstformænd (formandskabet) samt et antal sagkyndige medlemmer. Formandskabet og de sagkyndige medlemmer udpeges af erhvervsministeren for en periode på op til 4 år. Der er mulighed for genudpegning.

Formandskabet består af 6 landsdommere og 4 byretsdommere.

Formanden tilrettelægger arbejdet i klagenævnet og dets sekretariat og udpeger en formand i den enkelte sag blandt formandskabets medlemmer. Formanden i den enkelte sag udpeger herefter den sagkyndige, der skal deltage i sagens behandling. Klagenævnets formand kan i særlige tilfælde beslutte at udvide antallet af medlemmer fra formandskabet og sagkyndige medlemmer, som skal deltage i afgørelsen af sagen. Herom henvises til afsnit 1.5 nedenfor.

Klagenævnets sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til bl.a. bygge- og anlægsvirksomhed, offentlig indkøbsvirksomhed, transportvirksomhed, forsyningsvirksomhed eller har juridisk sagkundskab. Klagenævnets 20 sagkyndige medlemmer er udpeget efter indstilling fra de ministerier og organisationer, der er tillagt indstillingsret i klagenævnsbekendtgørelsen. De sagkyndige medlemmer er uafhængige i deres hverv som sagkyndige i klagenævnet og er således hverken undergivet instruktionsbeføjelse eller tilsyn fra den myndighed eller organisation, hvor de har deres hovedbeskæftigelse, eller fra den indstillingsberettigede myndighed eller organisation.

Klagenævnets formandskab var i 2021 sammensat af følgende dommere:

Formand for Klagenævnet for Udbud:

Landsdommer Nikolaj Aarø-Hansen

Klagenævnets øvrige formandskab:

- Fhv. landsdommer Kirsten Thorup
- Landsdommer, ph.d. Michael Ellehauge
- Fhv. dommer Niels Feilberg Jørgensen
- Landsdommer Erik P. Bentzen
- Landsdommer, LL.M. Katja Høegh (til 15. april 2021)
- Dommer Jesper Stage Thusholt
- Dommer Charlotte Hove Lasthein
- Landsdommer Jakob O. Ebbensgaard
- Dommer Anders Raagaard (til 1. april 2021)
- Landsdommer Jesper Jarnit (fra 15. april 2021)
- Dommer Mette Langborg (fra 20. august 2021)

Klagenævnets sagkyndige medlemmer var i 2021:

- Senior Director Pernille Hollerup
- Videnspartner Jan Eske Schmidt
- Juridisk konsulent Lene Ravnholt
- Chefjurist Preben Dahl
- Professor, ph.d. Steen Treumer (til 16. august 2021)
- Advokat Stephan Falsner
- Udbudskonsulent Palle Skaarup (til 23. november 2021)
- Indkøbs- og udbudschef Jeanet Vandling
- Professor (MSO), ph.d. Ole Helby Petersen
- Chefkonsulent Christina Kønig Mejl
- Chefjurist, cand.jur. Claus Pedersen
- Kontorchef Birgitte Nellemann
- Advokat Kurt Helles Bardeleben
- Kontorchef Maria Haugaard
- Lektor Carina Risvig Hamer
- Servicechef Trine Kronbøl
- Advokat Johan Iversen Møller (til 23. september 2021)
- Advokat Mikael Kenno Fogde
- Salgschef Rikke Fog Bach
- Chefkonsulent Louise Kirkegaard Folling
- Advokat, chefkonsulent Torkil Schrøder-Hansen (fra 20. september 2021)
- Professor Michael Steinicke (fra 23. november 2021)
- Chefkonsulent Christian Lund Hansen (fra 23. november 2021)

1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat

Klagenævnets sekretariat er placeret i Nævnenes Hus, som er en styrelse under Erhvervsministeriet.

Klagenævnets formand er faglig leder af sekretariatet, som i det meste af 2021 var normeret med tre jurister og to sekretærer.

Klagenævnets jurister forbereder sagerne og bistår i udvalgte sager den pågældende formand med at udarbejde kendelsesudkast. Herudover bistår juristerne klagenævnets formand i en række ledelsesmæssige opgaver. Klagenævnets sekretærer deltager i sagsforberedelsen, besvarer skriftlige henvendelser vedrørende spørgsmål om, hvorvidt der inden for standstill-perioden er klaget over et afholdt udbud, varetager en række administrative opgaver og yder telefonisk klagevejledning. Der er herudover en række fælles opgaver for Nævnenes Hus.

Sekretariatet bestod i 2021 af følgende medarbejdere:

- Kontorfuldmægtig Dorthe Hylleberg (til 31. oktober 2021)
- Kontorfuldmægtig Heidi Thorsen (til 31. oktober 2021)
- Specialkonsulent, cand.jur. Julie Just O'Donnell (til 30. september 2021)
- Specialkonsulent, cand.merc.jur. Maiken Nielsen
- Specialkonsulent, cand.jur. Mona Rosenlund (fra 1. november 2021)
- Fuldmægtig, cand.jur. Tanja Bøtker Lindgren

Klagenævnet var ligesom resten af samfundet præget af COVID-19-pandemien i 2021. Klagenævnets sekretariat har derfor i længere perioder arbejdet hjemmefra. Da sagsbehandlingen i klagenævnet navnlig foregår på skriftligt grundlag, har det imidlertid ikke været nødvendigt at udsætte behandlingen af sagerne eller at iværksætte særlige foranstaltninger for at kunne behandle sager ved hjemmearbejde.

1.4 Klagenævnet for Udbuds opgaver, herunder klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder

Klagenævnet træffer efter klagenævnslovens § 10, stk. 1, 1. pkt., afgørelse om, hvorvidt en ordregiver har overtrådt de regler, der er nævnt i lovens § 1, stk. 2 og 3.

Klagenævnet behandler således primært klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af:

- Udbudsloven og regler udstedt i medfør af denne lov, bortset fra overtrædelser af udbudslovens § 1 og § 193
- EU-retten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter og kontrakter inden for forsyningsvirksomhed (EU-udbudsreglerne)
- Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tilbudsloven)

Klagenævnet er endvidere efter offentlighedslovens § 37 klageinstans for andre myndigheders afgørelser om aktindsigt i udbudssager. Der henvises til kapitel 3 i årsberetningen for 2016 for en nærmere beskrivelse af denne del af klagenævnets opgaver. Klagenævnet er endelig klageinstans for kommuners og regioners overtrædelse af regler i kontrolbudsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 607 af 24. juni 2008) samt på særlige områder, hvor klagenævnet i lov eller i henhold til lov er gjort til klageinstans.

Hovedparten af de sager, der behandles af klagenævnet, angår udbudsloven, der navnlig implementerer udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU), og de øvrige EU-udbudsregler, mens der alene behandles et meget begrænset antal sager vedrørende tilbudsloven.

Klagenævnets hovedopgave er at træffe konkrete afgørelser i konkrete klagesager. Når klagenævnet afsiger principielle kendelser, kommer dette ofte til udtryk på den måde, at klagenævnet fremkommer med nogle generelle udtalelser om retsreglernes nærmere indhold. Der kan være grund til at advare imod overfortolkning af klagenævnets kendelser og imod, at de tages som udtryk for at være af vidererækkende betydning, uden at der er dækning for det i den pågældende kendelse. Der henvises herved til artiklen i Ugeskrift for Retsvæsen 2013 B, side 241 ff. (U.2013B.241, Michael Ellehauge: Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler, punkt 1).

Klagenævnets kendelser er som retskilde underordnet domme fra de danske domstole og fra EU-Domstolen. Det er imidlertid alene en lille andel af nævnets afgørelser, der indbringes for domstolene; i 2021 skete dette således kun i 4 ud af 49 afgørelser, og klagenævnets praksis, måske navnlig kendelser afsagt inden for de seneste 10 år, må anses for en vigtig retskilde ved anvendelsen af udbudsreglerne i Danmark. Endvidere har klagenævnet den fordel at kunne agere hurtigere end domstolene. Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid for udbudssager var således i 2021 på 6 måneder, hvortil bl.a. kommer, at en meget stor del – 46 % – af sagerne færdigbehandles i løbet af de første 3 måneder, efter at klagen er modtaget (i tallet indgår afgjorte og afviste sager). Der henvises til årsberetningens kapitel 5.

Klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder

Klagenævnet er i klagenævnenslovens §§ 12-14 a og §§ 16-19 samt § 24, stk. 2, tillagt en række sanktionsbeføjelser for at kunne sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne.

Opsættende virkning

Klagenævnet kan i standstill-sager (klagenævnenslovens § 12, stk. 2 og 3) og i andre sager efter anmodning (klagenævnenslovens § 12, stk. 1) tillægge en klage opsættende virkning, hvis særlige grunde taler for det.

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets faste praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("fumus boni juris"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge uopsættelighed. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En interesseafvejning skal tale for opsættende virkning: Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Der henvises til artiklerne herom i Ugeskrift for Retsvæsen 2010 B, side 303 ff. og 2016 B, side 403 ff. (U.2010B.303, Mette Frimodt Hansen og Kirsten Thorup: Standstill og opsættende virkning i udbudsretten, og U.2016B.403, Katja Høegh og Kirsten Thorup: Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang) og samme i kapitlet Standstill og opsættende virkning i udbudsretten i Treumer (red.) Udbudsretten 2019.

Når klagenævnet vurderer, om en klage skal tillægges opsættende virkning, er der tale om en foreløbig vurdering på skriftligt grundlag af, om de tre betingelser er opfyldt. De anførte betingelser er kumulative, og der vil således ikke blive truffet afgørelse om opsættende virkning, blot én af betingelserne ikke er

opfyldt. Afgørelsen af spørgsmålet om opsættende virkning præjudicerer ikke den endelige afgørelse i sagen.

I klagenævnets praksis er der en lang række eksempler på, at der gives en udførlig begrundelse i relation til den første betingelse om "fumus boni juris". Formålet er at give klageren og indklagede en tilkendegivelse om, at der på det foreliggende grundlag 1) ikke er begået kvalificerede overtrædelser af udbudsreglerne, og at klageren ikke har udsigt til at få medhold, medmindre der fremkommer væsentlige nye oplysninger, eller 2) er begået overtrædelser, som efter omstændighederne medfører, at indklagede kan/bør overveje at annullere udbudsforretningen eller om muligt omgøre sin tildelingsbeslutning.

Uanset at en afgørelse om opsættende virkning ikke indeholder en endelig vurdering og dermed en materiel afgørelse i sagen, vil klagenævnets "fumus-kendelse" således ofte i praksis tjene til at vejlede den part, som kendelsen går imod, om, at sagen skal tilføres noget nyt, hvis parten skal have en chance for at få medhold ved klagenævnets senere materielle kendelse i sagen. I 2021 har klagenævnet i fem tilfælde tillagt en klage opsættende virkning: Ved afgørelse af 22. januar 2021, Systematic A/S mod Greve, Holbæk, Ringsted, Køge, Vordingborg, Kalundborg, Roskilde, Næstved, Guldborgsund, Lejre og Slagelse kommuner, ved delkendelse af 7. april 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB mod Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden, ved delkendelse af 15. oktober 2021, Verdo Teknik A/S mod Københavns Kommune, ved afgørelse af 27. oktober 2021, Bolt Services DK ApS mod Aarhus Kommune, og ved delkendelse af 30. november 2021, Holbøll A/S mod Næstved Fjernvarme a.m.b.a.

Det forekommer, at der anmodes om opsættende virkning på trods af, at der er indgået kontrakt. Udbuddet er i sådanne tilfælde afsluttet, og opsættende virkning savner derfor mening, medmindre der er nedlagt påstand om at erklære den indgåede kontrakt for uden virkning.

Hvis klagenævnet vurderer, at en sag kan afgøres på det foreliggende grundlag, kan klagenævnet i stedet beslutte at afgøre selve sagen, således at klagenævnet ikke træffer afgørelse om opsættende virkning. Parterne vil i så fald få lejlighed til at fremkomme med supplerende processkrifter. Der er i 2021 afsagt fem af sådanne kendelser: Kendelse af 26. januar 2021, Ishøj Ny Antenneforening mod Ishøj Kommune, kendelse af 17. februar 2021, Systematic A/S mod Greve, Holbæk, Ringsted, Køge, Vordingborg, Kalundborg, Roskilde, Næstved, Guldborgsund, Lejre og Slagelse kommuner, kendelse af 25. marts 2021, Jacobs Douwe Egberts DK ApS mod Fællesindkøb Fyn, kendelse af 16. april 2021, Biometric Solutions A/S mod Udenrigsministeriet, Rigspolitiet og Udlændinge- og Integrationsministeriet og kendelse af 1. september 2021, Faaborg Værft A/S mod Center for Logistik og Samarbejde ApS. Kendelserne af 17. februar, 25. marts og 1. september 2021 er omtalt i årsberetningens kapitel 2.

Øvrige sanktionsmuligheder

Når der er konstateret en overtrædelse af udbudsreglerne, kan klagenævnet efter påstand fra klageren (klagenævnslovens §§ 13-14 a og §§ 16-19) bl.a.

- suspendere ordregiverens udbudsprocedure eller beslutninger i forbindelse med en udbudsforretning
- annullere ordregiverens ulovlige beslutninger eller en udbudsforretning
- erklære en kontrakt for uden virkning og udstede påbud om, at kontrakten bringes til ophør
- pålægge ordregiveren en alternativ sanktion
- pålægge ordregiveren at betale erstatning

Blandt disse sanktioner er "uden virkning" i kombination med reglerne om alternative sanktioner de mest vidtrækkende. "Uden virkning" finder alene anvendelse på de groveste overtrædelser af udbudsreglerne og navnlig ved direkte tildeling af kontrakter og indgåelse af en kontrakt i standstill-perioden eller i en periode, hvor klagenævnet har tillagt klagen opsættende virkning.

Hvis en tildelingsbeslutning annulleres ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren efter udbudslovens § 185, stk. 2, bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende. Bestemmelsen finder ikke anvendelse, hvor sanktionen "uden virkning" finder anvendelse, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, 1. og 2. pkt. Ved endelig afgørelse eller dom menes ifølge lovbemærkningerne en endelig afgørelse fra klagenævnet eller en dom fra de almindelige domstole, der ikke længere kan ankes.

Sanktionen "uden virkning" kan anvendes over for ordregiveren, selvom denne er i "god tro" om, at der ikke er klaget til klagenævnet inden for standstill-fristen, fordi klageren i strid med klagenævnenslovens § 6, stk. 4, har undladt at oplyse ordregiveren om klagens indgivelse til klagenævnet. Se herom den ovenfor omtalte artikel af Katja Høegh og Kirsten Thorup i U.2016B.403 med henvisning til bl.a. klagenævnets kendelse af 7. maj 2015, Rengoering.com A/S mod Ringsted Kommune. Ordregiveren kan imidlertid skrive til klagenævnets sekretariat og spørge, om der er indgivet klage over et afholdt udbud med angivelse af udbudsbekendtgørelsesnummeret, inden ordregiveren indgår kontrakt med den vindende tilbudsgiver. Klagenævnets sekretariat besvarer så vidt muligt sådanne skriftlige forespørgsler efter kl. 13 samme dag (på hverdage), som de er modtaget.

Er ordregiveren ikke en del af den offentlige forvaltning og dermed ikke omfattet af klagenævnenslovens § 19, stk. 1, kan klagenævnet ikke pålægge ordregiveren en økonomisk sanktion. I stedet indgiver klagenævnet politianmeldelse, når ordregiveren i medfør af lovens § 18, stk. 3, skal pålægges en alternativ sanktion i form af bøde. Der henvises herved til klagenævnets kendelse af 6. januar 2021, Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S, og kendelse af 10. november 2021, A/S Bladkompagniet mod HOFOR A/S (omtalt i årsberetningens kapitel 2), hvor klagenævnet i begge sager indgav politianmeldelse.

Den praksisoversigt, der findes på klagenævnets hjemmeside i tilknytning til årsberetningen, indeholder en række andre eksempler fra klagenævnets praksis på anvendelsen af klagenævnenslovens sanktioner.

1.5 Nævns- og formandsafgørelser

Reglerne om klagenævnets sammensætning i den enkelte sag findes i klagenævnenslovens § 10, stk. 4 og 6.

Nævnsafgørelser

Når klagenævnet træffer afgørelse i en sag, er klagenævnet som udgangspunkt sammensat af ét medlem af formandskabet og ét sagkyndigt medlem. Formanden for klagenævnet udpeger formanden i den enkelte sag.

I særlige tilfælde kan formanden for klagenævnet som nævnt ovenfor i afsnit 1.2 beslutte at udvide antallet af medlemmer fra formandskabet og dermed også antallet af sagkyndige medlemmer, der skal træffe

afgørelse i en sag. Beføjelsen kan anvendes i principielle, særligt omfattende eller komplekse sager, således at besætningen øges til to medlemmer fra formandskabet og to sagkyndige medlemmer.

I 2021 er der afsagt kendelse med en sådan udvidet besætning i fire sager, nemlig kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet ved Udviklings- og Forenklingsstyrelsen, kendelse af 14. januar 2021, Audio Visionary Music A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, delkendelse af 9. september 2021, ABB Power Grids Denmark A/S mod Femern Bælt A/S, og kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark.

Formandsafgørelser

I sager, der kan afgøres på skriftligt grundlag, og som ikke er af principiel karakter, kan formanden i den enkelte sag beslutte at træffe afgørelse uden medvirken af en sagkyndig. Denne mulighed er ikke ofte benyttet, da de sagkyndige medlemmers medvirken er af afgørende betydning.

Formanden i den enkelte sag kan desuden træffe afgørelse uden medvirken af en sagkyndig ved afgørelsen af processuelle spørgsmål. Hertil hører bl.a. afgørelser om opsættende virkning og aktindsigt samt afvisning af klager som følge af manglende klageadgang.

1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning

Betingelserne for klageadgang er fastsat i klagenævnslovens §§ 6-7 og § 10 samt i klagenævnsbekendtgørelsens §§ 4-5.

Det er sekretariatets opgave i samarbejde med formanden i den enkelte sag at påse, at klageren opfylder de formelle krav for at klage. På klagenævnets hjemmeside, www.naevneneshus.dk, er offentliggjort en klagevejledning på dansk og på engelsk, der gennemgår kravene til en klage, og som navnlig henvender sig til de klager, der ikke er repræsenteret ved advokat eller anden professionel rådgiver. Derudover yder sekretariatet telefonisk vejledning om indgivelse af klager.

En klage til klagenævnet skal indgives skriftligt. Samtidig med indgivelsen af en klage skal klageren underrette ordregiveren skriftligt om klagen og oplyse, om klagen er indgivet i standstill-perioden. Er klagen ikke indgivet i standstill-perioden, skal klageren i underretningen oplyse, om der er anmodet om opsættende virkning efter klagenævnslovens § 12, stk. 1. Klageren skal ved indgivelsen af klagen vedlægge en kopi af denne underretning. Derudover skal klageren oplyse, om der er oplysninger i klageskriftet, som efter klagerens opfattelse kan undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens regler.

Ved klage over overtrædelser af udbudslovens afsnit I-III, forsyningsvirksomhedsdirektivet, koncessionsdirektivet eller forsvars- og sikkerhedsdirektivet skal der betales et gebyr på 20.000 kr., mens der ved øvrige klager, herunder over overtrædelser af tilbudsloven, skal betales et gebyr på 10.000 kr. Indbetales gebyret ikke ved indgivelse af klagen eller inden udløbet af en frist, som klagenævnet har fastsat, afvises klagen.

Klagen skal indeholde påstande, der præcist beskriver de overtrædelser, som klagenævnet skal tage stilling til. Klagenævnet er bundet af parternes påstande og anbringender (argumenter) og kan således ikke tilkende en part mere, end parten har påstået, eller tage hensyn til argumenter, som ikke er anført (klagenævnslovens § 10, stk. 1). Klagenævnet kan derfor ikke bistå med formulering af brugbare påstande,

men klagenævnet kan vejlede klageren herom. Hvis påstandene efter en sådan vejledning fortsat er uegnede som grundlag for behandling af sagen, afviser klagenævnet de pågældende påstande eller klagen i sin helhed, jf. herved kendelse af 21. marts 2018, Scientia Ltd. mod Aarhus Universitet.

Det er yderligere en betingelse for at klage, at klageren har retlig interesse. Klageberettigede er virksomheder, der har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt. Typisk vil klageren have ansøgt om prækvalifikation eller have afgivet tilbud, men også virksomheder, som reelt kunne have ansøgt om prækvalifikation eller afgivet tilbud (potentielle ansøgere/tilbudsgivere), kan have retlig interesse. Kan klageren ikke sandsynliggøre at have retlig interesse i sagen, afvises klagen. Klagenævnet har truffet en række afgørelser, der belyser kravet om retlig interesse. Nogle af disse afgørelser er omtalt i den praksisoversigt, der findes på klagenævnets hjemmeside i tilknytning til årsberetningen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samt visse organisationer og offentlige myndigheder, der er nævnt i bilaget til klagenævnsbekendtgørelsen, er særskilt tillagt klageadgang.

Klageren skal endvidere overholde de klagefrister, der er fastsat i klagenævnenslovens § 7, hvortil henvises.

Klagefristerne er i **hovedtræk**:

Klagefristen for ikke at være blevet prækvalificeret: 20 kalenderdage.

Klagefristen for kontrakter baseret på en rammeaftale med genåbning af konkurrencen eller et dynamisk indkøbssystem: 30 kalenderdage (gælder kun klager over EU-udbud).

Klagefristen for "almindelige kontrakter": 45 kalenderdage.

Klagefristen for rammeaftaler: 6 måneder.

Klagefristen for direkte tildelte kontrakter, hvor § 4-proceduren er fulgt (profylaksebekendtgørelse): 30 kalenderdage

For Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gælder en særlig klagefrist på 2 år regnet fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelse om, at der er indgået kontrakt, er offentliggjort.

Ved beregning af fristerne efter klagenævnensloven finder fristberegningsforordningen (Rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter) anvendelse.

1.7 Sagens forberedelse og afgørelse, herunder sagsomkostninger

Reglerne om sagens forberedelse og afgørelse er fastsat i klagenævnenslovens §§ 6 og 10-11 og klagenævnsbekendtgørelsens §§ 6-9.

Klagenævnets sekretariat forbereder sagerne i samarbejde med formanden i den enkelte sag. Under sagsforberedelsen udveksler parterne processkrifter, ligesom klagenævnet kan søge at få bestemte aspekter af sagen yderligere belyst.

Klagenævnet anmoder således efter den indledende gennemgang af, om klagen/klageskriftet opfylder de nødvendige betingelser, jf. afsnit 1.6, indklagede om at afgive en redegørelse for sagens faktiske og retlige omstændigheder samt fremsende sagens bilag inden for en fastsat frist (svarskrift). Derefter udveksles som udgangspunkt yderligere processkrifter (replik og duplik mv.) mellem parterne. Omfanget af denne del af sagsbehandlingen afhænger af sagens karakter. Klagenævnet afgør som led i sagsbehandlingen eventuelle tvister mellem parterne om klagerens ret til aktindsigt som part. Sådanne afgørelser træffes efter forvaltningslovens regler herom, jf. årsberetningen for 2016, kapitel 3. Klageren får normalt mulighed for at afgive yderligere indlæg, når klagenævnet har afgjort spørgsmålet om klagerens aktindsigt, og inden klagenævnet træffer den materielle afgørelse i sagen. Klagenævnet vil under alle omstændigheder, og således uanset klagerens eventuelt begrænsede aktindsigt, have adgang til hele materialet og vil kunne inddrage dette ved bedømmelsen af, om der er sket overtrædelser.

Klagenævnet kan tillade, at en tredjemand indtræder (intervenerer) i sagen til fordel for klageren eller ordregiveren (klagenævnslovens § 6, stk. 3). Dette sker oftest i forbindelse med sager, hvor der er nedlagt påstand om annullation af tildelingsbeslutningen, og hvor en annullation i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2, som udgangspunkt ville indebære en pligt til at bringe kontrakten til ophør med et passende varsel. Hvis der er spørgsmål om sanktionen "uden virkning", har den, med hvem kontrakt er indgået, ubetinget ret til at intervenere og skal orienteres herom, jf. klagenævnslovens § 6, stk. 5. Det er efter klagenævnslovens § 6, stk. 3, en betingelse for intervention, at sagen har væsentlig betydning for den, der ønsker at intervenere. Intervention efter klagenævnsloven svarer til biintervention efter retsplejelovens regler. Intervenienten kan således ikke nedlægge selvstændige påstande og fremføre egne anbringender og tillægges af samme grund ikke sagsomkostninger.

Det er klagenævnets ansvar, at sagen er tilstrækkeligt oplyst. Klagenævnet kan anmode klageren, indklagede eller en tredjemand, der er indtrådt i sagen som intervenient, om at tilvejebringe oplysninger, som skønnes at have betydning for sagen (klagenævnsbekendtgørelsens § 6, stk. 2). Klagenævnet er derimod afskåret fra af egen drift at tage spørgsmål om fejl op til behandling, idet parternes påstande og anbringender udgør rammen for klagenævnets prøvelse (klagenævnslovens § 10, stk. 1). Klagenævnet er på dette punkt bundet af forhandlingsmaksimen, hvilket f.eks. ses i kendelse af 31. maj 2021, Familieplejen Bornholm mod Bornholms Regionskommune (omtalt i årsberetningens kapitel 2).

Når skriftvekslingen er afsluttet, er det udgangspunktet, at sagen afgøres på skriftligt grundlag, medmindre formanden i sagen beslutter at afholde mundtlig forhandling, hvilket kun sker i ganske få sager.

Hvorvidt der skal ske mundtlig forhandling, afhænger af en vurdering af den enkelte sag. I vurderingen indgår bl.a., om klagen vedrører et kompliceret eller principielt spørgsmål, og om forklaringer er nødvendige eller ønskelige, herunder hvis parterne er enige om, at sagen bør behandles mundtligt.

En mundtlig forhandling foregår i Nævnenes Hus i Viborg og forløber som udgangspunkt således, at parternes påstande og sagens centrale dokumenter gennemgås. Det er muligt at supplere oplysningsgrundlaget med forklaringer, der afgives under mødet, men det vil som regel være mest hensigtsmæssigt, at der i stedet på forhånd afgives skriftlige erklæringer til klagenævnet og modparten. I nogle tilfælde anser klagenævnet den indledende præsentation af sagens dokumenter mv. for unødvendig. Klagenævnet vil i så fald meddele, at klagenævnet har sat sig ind i sagens dokumenter og parternes synspunkter i processkrifterne. Klagenævnet kan eventuelt ønske forskellige afklarende spørgsmål besvaret

eller få foretaget en demonstration i relation til de omtvistede forhold, jf. f.eks. kendelse af 15. marts 2019, Leo Nielsen Trading ApS og Glock Ges.m.b.H mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse. Mødet afsluttes med, at parterne eller deres advokater fremkommer med deres afsluttende bemærkninger (procedure), hvorefter sagen optages til afgørelse. Voteringen påbegyndes normalt umiddelbart derefter. De mundtlige forhandlinger i klagenævnet har typisk en varighed på 4-5 timer, mens varigheden i de største sager kan være op til 1-2 dage. Der har i 2021 ikke været afholdt mundtlig forhandling.

Klagenævnet træffer sine afgørelser ved almindeligt stemmeflertal. Foreligger der stemmelighed, er formandens stemme udslagsgivende.

Foruden den votering i sagen, der finder sted med deltagelse af formanden i den pågældende sag og den sagkyndige, drøftes klagenævnets kendelsesudkast internt i formandskredsen, inden kendelsen afsiges. Dette gælder særligt, hvis sagen indeholder principielle aspekter.

Ved den materielle kendelse og ved en kendelse om erstatning tager klagenævnet stilling til spørgsmålet om sagsomkostninger. Klagenævnet kan bestemme, at den tabende part skal betale modparten et beløb til hel eller delvis dækning af dennes omkostninger ved klagesagen. I vurderingen, som er ganske konkret, indgår elementer som sagens karakter, omfang og forløb.

Der kan opstå situationer, hvor en klager, der har fået delvist medhold i sagen, alligevel anses som den tabende part, hvilket f.eks. ses i kendelse af 25. februar 2021, SUEZ Water A/S mod Danish Oil Pipe A/S (omtalt i årsberetningens kapitel 2).

Sagsomkostningerne kan som udgangspunkt maksimalt udgøre 75.000 kr. Klagenævnet kan dog pålægge den indklagede at betale et større beløb, hvis der er tale om en større sag defineret efter kontraktstørrelse, eller hvis særlige forhold måtte tale for det. I klagenævnets kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, blev omkostningerne fastsat til 100.000 kr. til den vindende part.

Tilkendelse af erstatning under en klagesag forudsætter, at der nedlægges påstand herom, jf. klagenævnslovens § 14. Når en klage er tilbagekaldt, er sagen sluttet og kan ikke genoplives ved under skriftvekslingen i forbindelse med en afgørelse om sagsomkostninger at nedlægge påstand om erstatning, hvilket f.eks. ses i omkostningsafgørelse af 22. november 2021, Rally Point Tactical Scandinavia ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (omtalt i årsberetningens kapitel 2).

Som anført under pkt. 1.4 er der i klagenævnets praksis en lang række eksempler på, at der gives en udførlig begrundelse i relation til den første betingelse om "fumus boni juris", når der skal tages stilling til, om en klage skal tillægges opsættende virkning. Hvis delkendelsen afslutter sagen, og skriftvekslingen har haft et omfang, som kan ligestilles med den skriftveksling, der ville have været, såfremt klagenævnet havde truffet en endelig afgørelse i sagen, vil klagenævnet i en efterfølgende særskilt afgørelse tillægge den vindende part sagsomkostninger, som om sagen havde været afgjort med en materiel kendelse.

Klagenævnets afgørelser kan indbringes for domstolene senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt parterne. I sager med spørgsmål om erstatning opdeler klagenævnet som udgangspunkt sagen i en materiel del og en erstatningsdel. Fristen for at indbringe den materielle kendelse for domstolene løber fra det

tidspunkt, hvor afgørelsen om erstatningsspørgsmålet er meddelt parterne. Klagenævnets kendelse har retskraft for parterne, hvis den ikke indbringes for domstolene inden for lovens frist.

1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven

Klagenævnets aktindsigtssager efter offentlighedsloven omfatter:

- Klager over en ordregivende myndigheds afslag på aktindsigt i et udbud, dvs. sager, hvor klagenævnet er rekursinstans efter offentlighedslovens § 37. Derimod er klagenævnet ikke rekursinstans ved klager over afslag på aktindsigt i sager om opfyldelsen af aftaler indgået som resultat af et udbud.
- Sager, hvor en tredjemand, f.eks. en journalist, anmoder om aktindsigt efter offentlighedsloven i dokumenter oprettet eller modtaget i en klagesag, der verserer eller har verseret ved klagenævnet. I disse tilfælde er det klagenævnet og ikke i første omgang den indklagede ordregiver, der træffer afgørelsen om aktindsigt. Da de pågældende dokumenter selvsagt også findes hos den indklagede myndighed, vil der normalt i stedet kunne søges om aktindsigt direkte hos denne myndighed.

Sagerne om aktindsigt efter offentlighedsloven adskiller sig væsentligt fra de sager om overtrædelse af udbudsreglerne, der efter klagenævnets loven skal afgøres af klagenævnet. Der henvises til kapitel 3 i årsberetningen for 2016, 2017, 2018, 2019 og 2020 for en nærmere beskrivelse af klagenævnets praksis i aktindsigtssager.

Klagenævnet besluttede medio 2020 i højere grad at offentliggøre afgørelser om aktindsigt. Nævnet har på den baggrund og i lyset af de tidligere års beskrivelser af nævnets praksis besluttet, at der ikke i årsberetningen for 2021 er behov for et særskilt kapitel om afgørelser om aktindsigt.

2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER

2.1 Indledning

Alle materielle kendelser og erstatningskendelser offentliggøres på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk, og kan tilgås direkte via <https://klfu.naevneneshus.dk>. Endvidere offentliggøres delkendelser vedrørende opsættende virkning og aktindsigtsafgørelser, hvis de har almen interesse. I det følgende omtales en række kendelser fra 2021, som alle er offentliggjort på klagenævnets hjemmeside. Nogle af kendelserne har egentlig principiel karakter. Andre vedrører problemstillinger, som uanset deres konkrete karakter må antages at være af interesse for en bredere kreds.

Kendelserne er kategoriseret under følgende emneord:

- Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter
- Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse
- Tilbuds konditions-mæssighed og forbehold
- Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel
- Indhentelse af yderligere oplysninger
- Rameaftaler
- Klagenævnsloven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner
- Udelukkelsesgrunde
- Prækvalifikation
- Indikationer for konkurrencefordrejende adfærd

Kendelserne er kategoriseret efter, hvilke problemstillinger som særligt behandles i kendelsen, idet flere aspekter kan fremdrages i hvert enkelt tilfælde.

2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser

2.2.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter

Kendelse af 26. januar 2021, Ishøj Ny Antenneforening mod Ishøj Kommune

Ishøj Kommune havde ikke i forbindelse med salget af Ishøj Fællesantenne til Stofa A/S handlet i strid med udbudsloven eller koncessionsdirektivet ved at undlade udbud af udbudspligtige tjenesteydelser, som kommunen ved aftalen fik leveret af Stofa. De forskellige dele i det delte ejerskab, hvor kommunen ejer minimum 2 lyslederpar pr. fiberkabel, der anvendes til at sikre infrastruktur til kommunen, og Stofa ejer selve fiberkablerne og de øvrige lyslederkabler, som sikrer infrastruktur til internet og tv-indhold til borgerne, måtte anses for uadskilleligt forbundet og for at udgøre en udelelig helhed.

Sagen angik kommunens salg af Ishøj Fællesantennenet efter en udbudslignende salgsproces uden indrykning af udbudsbekendtgørelse. Som led i salget påtog køberen sig vederlagsfrit at stille anlægget til rådighed for kommunens til enhver tid værende institutioner, herunder drift og vedligeholdelse af anlægget. Klageren, der indtil da havde drevet anlægget i henhold til en koncessionskontrakt, gjorde

gældende, at salgsaftalen indeholdt en udbudspligtig tjenesteydelse, som enten burde have været udbudt efter udbudslovens afsnit II eller III eller subsidiært som en koncessionskontrakt.

Af aftalen fremgik, at kommunen fra erhververen, Stofa, modtager en tidsubegrænset og vederlagsfri drifts- og vedligeholdelsesydelse og en ydelse vedrørende andre arbejder på de lyslederkabler, som kommunen beholder ejerskabet til. Kommunen må anses for at betale for denne ydelse gennem en lavere pris for anlægget, end hvad der ville være blevet tilbudt, hvis anlægget var udbudt uden denne forpligtelse.

Med henvisning til kendelse af 30. november 2017, GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut og Sundheds- og Ældreministeriet (Årsberetning 2017 side 18) og den deri nævnte praksis fra EU-Domstolen på området for blandede kontrakter tog klagenævnet stilling til, om de forskellige dele af aftalen var ”uadskilleligt forbundne og således udgør en udelelig helhed”. Kommunen havde reelt forbeholdt sig ejerskabet af to lyslederpar pr. fiberkabel og havde dermed opnået en lavere salgspris. Aftalen indeholdt ikke en ret for Stofa til at levere internet eller tv til kommunen, og selskabet havde derfor ikke sikkerhed for at få kommunen som kunde til sådanne leverancer. Sådanne leverancer indgik dermed ikke i aftalen. Derimod indgik det i aftalen, at Stofa skulle stå for drift og vedligeholdelse af kablerne og dermed også kommunens lyslederpar, uden at kommunen skulle betale for dette. Denne del måtte imidlertid anses for en uadskillelig del af kontraktens hovedformål om salg af anlægget, som ikke var udbudspligtig. Aftalen om levering af den pågældende drift- og vedligeholdelsesydelse var derfor ikke selvstændigt udbudspligtig.

Det delte ejerskab, der blev etableret ved aktivoverdragelsesaftalen, hvorefter erhververen, Stofa, ejer fiberkabler samt lyslederkabler, der anvendes som infrastruktur til borgerne, mens kommunen beholder de lyslederkabler, som hidtil har været anvendt til kommunen og dens institutioner, og hvorefter Stofa har mulighed for og i en periode til dels pligt til at benytte (sin del af) anlægget til at levere tv-indhold og internetydelser til borgerne, indebar heller ikke, at der foreligger en koncession i koncessionsdirektivets forstand.

Klagen blev derfor ikke taget til følge.

Kendelse af 20. april 2021, Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

Salg af udbudsklinikker og regionsklinikker med tilhørende ydernumre til alment praktiserende læger er ikke omfattet af udbudspligt. En alment praktiserende læge, der har et ydernummer, udfører en opgave for regionen i form af patientbehandling mod regionens betaling. Denne opgave er ikke udbudspligtig, da udbudspligt efter tilkendegivelser fra EU-Domstolen forudsætter en udvælgelse mellem tilbudsgivere. En sådan udvælgelse er der ikke tale om, da enhver (kvalificeret) læge med et ydernummer kan udføre den omtalte opgave mod regionens betaling. Det gør ingen forskel, om lægen har købt ydernummeret af regionen.

En alment praktiserende læge driver sin klinik som en privat erhvervsvirksomhed på grundlag af et såkaldt ydernummer. Ydernummeret giver lægen adgang til betaling fra regionen for patientbehandling i henhold til en overenskomst mellem Praktiserende Lægers Organisation og en særlig landsdækkende myndighed. Når lægen ophører med sin virksomhed, sælger lægen klinikken med tilhørende ydernummer til en anden læge, der har ret til at drive virksomhed som alment praktiserende læge. Den købende læge driver herefter klinikken videre på grundlag af ydernummeret. For at sikre lægedækning kan regionen bl.a. overtage en klinik, der ikke har kunnet sælges, hvorefter regionen kan overlade klinikens drift til en tredjemand i en

tidsbegrænset periode (udbudsklinikker). Hvis der ikke kommer et relevant tilbud ved et udbud af en udbudsklinik, kan regionen selv drive klinikken videre (regionsklinik).

Sagen drejede sig om Region Nordjyllands konvertering af tre udbudsklinikker og to regionsklinikker til almindelige private lægeklinikker. Regionen annoncerede disse klinikker med tilhørende ydernumre til salg med angivelse af, at køberne ville blive udvalgt blandt tilbudsgiverne efter nogle nærmere vilkår. Tre læger, der havde givet tilbud på køb af en eller flere af disse klinikker, men som ikke havde fået tildelt nogen af dem, klagede over, at klinikkerne blev solgt uden at have været udbudt efter light-regimet i udbudslovens afsnit III, da salgene af klinikkerne angik en udbudspligtig ydelse, der bestod i retten til på regionens vegne at tilbyde borgere lægekonsultation og oppebære den dertil hørende omsætning. Værdien af denne ydelse oversteg ydernumrenes salgsværdi, og salgene var derfor udbudspligtige i deres helhed i medfør af reglerne om blandede kontrakter i udbudslovens § 26 (direktiv 2014/24/EU artikel 3, stk. 3, 4 og 6).

Klagenævnet tog ikke klagen til følge. Klagenævnet henviste herved navnlig til, at den almindelige ordning om salg af praksis og ydernumre mellem læger med deraf følgende adgang til patientbehandling mod det offentlige betaling ikke var omfattet af udbudsdirektivet og dermed heller ikke af udbudsloven, jf. EU-Domstolens domme af 2. juni 2016 i sag C-410/14, Falk Pharma, og 1. marts 2018 i sag C-9/17, Tirkkonen, hvorefter udbudspligt forudsætter, at der sker en udvælgelse mellem interesserede. Salg af ydernumre fra en region til alment praktiserende læger medfører ikke andre forpligtelser for køberen, end hvad der følger af overenskomst og lovgivning. At nogle læger køber ydernummer af en region fremfor af en anden læge, medfører ikke, at den almindelige ordning ikke fortsat skal anses for en ikke-udbudspligtig ordning, eller at ydernummeret ikke kan anses for at være en del af denne ordning.

Kendelse af 20. maj 2021, Geelmuyden Kiese A/S mod Aarhus Kommune

Udbud af en tjenesteydelse efter light-regimet i udbudslovens afsnit III med tildelingskriteriet kvalitet. Klagen var indgivet af en forbigået tilbudsgiver med påstande bl.a. om, at den vindende tilbudsgiver skulle have været udelukket som følge af inhabilitet, og at kontrakten med denne tilbudsgiver var udtryk for ændring af et grundlæggende element. Klagenævnet tog ikke klagen til følge på noget punkt.

Sagen angik et udbud af en kontrakt på opgaven som operatør for den årlige festival "Internet Week Denmark". Klageren gjorde navnlig gældende, at den vindende tilbudsgiver skulle have været udelukket på grund af en utilbørlig konkurrencefordel som følge af inhabilitet hos en ledende medarbejder; den pågældende havde tidligere været ansat af kommunen og udlånt til festivalen. Herudover gjorde klageren bl.a. gældende, at der under udbuddet blev foretaget ændringer af grundlæggende elementer, som dermed krævede en ny udbudsprocedure, idet et krav om, at vinderen skulle sørge for, at festivalen fik eget CVR-nummer, blev ændret til, at det skulle man sørge for, hvis det var hensigtsmæssigt.

Klageren fik ikke medhold. Der var nok en risiko for, at kommunens tidligere projektleder havde opnået relevant viden under ansættelsen, men al relevant viden var videregivet under udbuddet. Navnlig efter udbuddets karakter og tilrettelæggelse var der herefter ikke grundlag for at fastslå, at vinderen som følge heraf konkret havde haft en uudlignet konkurrencefordel ved at have haft kendskab til oplysningerne på et tidligere tidspunkt.

Det oprindelige krav om oprettelse af CVR-nummer var ikke egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller tilbuddenes indhold. Det var herefter ikke en ændring af et grundlæggende

element, at det blev frivilligt at oprette et selvstændigt CVR-nummer. Klagenævnet henviste bl.a. til udbudslovens § 178 (direktiv 2014/24/EU artikel 72, stk. 4 og 5) (lovens afsnit II). Principperne i denne bestemmelse finder anvendelse ved udbud efter udbudslovens afsnit III, jf. kendelse af 27. juni 2017, CFD mod Den Nationale Tolkemyndighed, som klagenævnet også henviste til.

Der var endvidere ikke grundlag for at fastslå, at kommunen havde begået fejl i tilbudsevalueringen.

Klageren fik således ikke medhold i nogen del af klagen.

Kendelse af 13. juli 2021, Vikarlæger.dk A/S mod Region Sjælland

Den anslåede værdi af direkte tildelt kontrakt var ikke tilstrækkeligt vurderet og dokumenteret af ordregiveren. Kontrakten erklæret for uden virkning. Ikke grundlag for at indhente yderligere oplysninger fra ordregiveren til behandling af sagen.

Den 23. maj 2017 udbød Region Sjælland en 4-årig rammeaftale om levering af speciallægevikarydelser til de somatiske sygehuse samt psykiatrien i Region Sjælland med ophør den 31. oktober 2021.

Den 5. december 2019 indgik regionen kontrakt med SurgiTeam om lægelig bemanning af Kirurgisk Afdeling, Nykøbing Falster Sygehus. Kontrakten, der var gældende fra den 1. januar til den 31. december 2020, blev efterfølgende forlænget. Kontrakten blev indgået uden udbud og uden profylaksebekendtgørelse, jf. klagenævnslovens § 4.

Vikarlæger.dk var en af flere leverandører tilknyttet rammeaftalen fra 2017. Det måtte derfor også antages, at Vikarlæger.dk kunne have leveret de ydelser, som regionen havde indgået kontrakt med SurgiTeam om. Virksomheden havde derfor retlig interesse i at indgive klage, jf. klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

Vikarlæger.dk havde under sagen anmodet klagenævnet om at indhente en række oplysninger hos regionen. Oplysningerne angik dog ikke de nedlagte påstande på en sådan måde, at klagenævnet fandt det nødvendigt at indhente dem for at kunne behandle påstandene.

Der var tvist om værdien af den direkte tildelte kontrakt, og om kontrakten skulle have været udbudt. Den igangværende aftale var uden udløbsdato og gjaldt således indtil opsigelse med en måneds varsel.

Klagenævnet udtalte, at en ordregiver ved vurderingen af, om kontraktens værdi må antages mindst at svare til den udbudsretlige tærskelværdi, skal foretage et sagligt skøn og herved foretage de undersøgelser, der er nødvendige og tilstrækkelige for udøvelsen af det saglige skøn, jf. udbudslovens § 30, lovforarbejderne hertil og bl.a. klagenævnets kendelse af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S. Ordregiveren bør sørge for at sikre dokumentation for det saglige skøn og de undersøgelser, der er foretaget i den forbindelse. Det følger af karakteren af ordregiverens skøn og af hensynet til udbudsreglernes effektivitet, at ordregiveren ved skønnet over kontraktens værdi skal foretage en forsigtig vurdering. Det medfører, at en ikke ubetydelig grad af usikkerhed med hensyn til, om kontraktens værdi er mindst den samme som en tærskelværdi, som udgangspunkt skal medføre, at kontrakten udbydes.

De foretagne indkøb hos SurgiTeam havde i hele 2020 og i januar - marts 2021 haft en samlet værdi på godt 10,6 mio. kr.

Indkøbenes omfang, herunder stigningen i indkøbene, medførte, at der i hvert fald allerede i forbindelse med faktureringen i april 2020 for de første tre måneder af kontraktens løbetid (januar - marts 2020) forelå en væsentlig risiko for overskridelse af tærskelværdien, idet der alene vedrørende marts 2020 blev faktureret for 696.870 kr. Tærskelværdien blev overskredet allerede med faktureringen i oktober 2020. Herefter fortsatte indkøbene på et tilsvarende højt niveau. Det var endvidere oplyst, at regionen under behandlingen af sagen havde taget skridt til at iværksætte et nyt udbud. Regionen havde redegjort for, hvorfor indkøbene var nødvendige, men havde ikke redegjort for og dokumenteret, hvorledes værdien var blevet vurderet.

Klagenævnet fandt, at regionen ikke havde løftet bevisbyrden for, at udbud kunne undlades. Klagenævnet lagde vægt på grundlaget for det udøvede skøn over værdien, forløbet af kontraktforholdet samt indkøbenes udvikling, omfang og værdi.

Da der således forelå en ulovlig direkte tildeling uden profylaksebekendtgørelse, jf. klagenævnslovens § 4, erklærede klagenævnet kontrakten (kontraktforholdet) for uden virkning, jf. lovens § 17, stk. 1, nr. 1. Kontrakten blev erklæret for uden virkning fra den 1. december 2021, hvorved der også var taget højde for de hensyn, regionen havde anført til støtte for, at kontrakten undtagelsesvis ikke skulle erklæres for uden virkning, jf. lovens § 17, stk. 3.

Klagenævnet fastsatte endvidere en alternativ sanktion vedrørende den periode, kontrakten havde været i kraft, jf. lovens § 18, stk. 2. Den økonomiske sanktion blev fastsat til 700.000 kr., jf. forarbejderne til lovens § 19, stk. 1-3.

Kendelse af 26. august 2021, HydroCharting ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI")

Kontrakt om softwarelicenser havde klar grænseoverskridende interesse. Ordregiveren havde i annonceringen af kontrakten angivet, at kontrakten havde klar grænseoverskridende interesse, men gjorde under klagesagen gældende, at annonceringen ikke var udtryk for ordregiverens vurdering af spørgsmålet. Ordregiveren havde imidlertid ikke under klagesagen fremlagt et notat eller lignende, hvor ordregiverens vurdering af spørgsmålet om klar grænseoverskridende interesse fremgik.

Sagen angik anskaffelse af licenser til software til oprensning af sonardata. Værdien af anskaffelsen var anslået til 700.000 kr. og dermed under tærskelværdierne. Anskaffelsen blev annonceret, og i annoncen oplyste FMI, at der var tale om udbud af "varer og tjenesteydelser med klar grænseoverskridende interesse".

Under klagesagen gjorde ordregiveren gældende, at sagen skulle afvises. Til støtte herfor blev det gjort gældende, at klagenævnet ikke var kompetent til at behandle sagen, idet den udbudte kontrakt ikke oversteg grænseværdierne i udbudsdirektivet og ikke havde en klar grænseoverskridende interesse. Annonceringen var ikke udtryk for ordregiverens vurdering af spørgsmålet om klar grænseoverskridende interesse.

Klagenævnet anførte indledningsvis, at den udbudte kontrakt ikke var omfattet af udbudslovens afsnit II eller III, og at det afgørende for klagenævnets kompetence til at behandle klagen herefter var, om

kontrakten havde klar grænseoverskridende interesse og dermed var omfattet af udbudslovens afsnit IV, jf. udbudslovens § 191, stk. 1.

Klagenævnet udtalte herefter med henvisning til forarbejderne, at efter en samlet vurdering og navnlig henset til, at kontrakten vedrørte udvikling af et softwareprogram til oprensning af sonardata, havde den udbudte kontrakt – uanset kontraktens lave værdi og det forhold, at FMI ikke modtog tilbud eller henvendelser fra udenlandske virksomheder – en klar grænseoverskridende interesse. Vedrørende spørgsmålet om indholdet af annonceringen bemærkede klagenævnet, at FMI ikke havde fremlagt et notat eller lignende, hvor FMI's vurdering af spørgsmålet om klar grænseoverskridende interesse fremgik.

Påstanden om afvisning blev derfor ikke taget til følge. Klagenævnet fandt endvidere, at FMI havde været berettiget og forpligtet til at afvise HydroCharting ApS' tilbud som ukonditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte et mindstekrav.

2.2.2 Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse

Kendelse af 14. januar 2021, Audio Visionary Music A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)

Udbud af en rammeaftale opdelt i otte delaftaler, hvoraf to af delaftalerne var "underlagt" en såkaldt øst/vest-model, som indebar, at den ene delaftale som udgangspunkt ikke blev tildelt tilbudsgiveren med den laveste pris, men derimod tilbudsgiveren med den næstlaveste pris under forudsætning af, at tilbudsgiveren med den næstlaveste pris ville levere ydelsen til samme pris, som tilbudsgiveren med den laveste pris havde tilbudt. Fumus-kendelse om, at modellen ikke var lovlig, og at der var udsigt til, at tildelingsbeslutningen ville blive annulleret. Ikke tillagt opsættende virkning, da uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt.

Delkendelsen af 29. maj 2020 er omtalt i klagenævnets Årsberetning 2020. Det er nævnt i årsberetningen, at der er afsagt endelig kendelse den 14. januar 2021, og at klagenævnet fastholdt, at modellen ikke var lovlig, og tildelingsbeslutningen vedrørende påstand 1 og 2 blev annulleret.

SKI har ved stævning af 9. juli 2021 indbragt sagen for domstolene.

Kendelse af 25. marts 2021, Jacobs Douwe Egberts DK ApS mod Fællesindkøb Fyn

To forskellige kaffeprodukter var sammenlignelige, idet det klart fremgik af udbudsmaterialet, hvordan den evalueringstekniske pris, som var det eneste evalueringskriterium, blev beregnet. Det var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, at tilbudsgiverne alene kunne afgive ét tilbud.

Sagen angik et udbud af en rammeaftale med en enkelt leverandør om levering af kaffe, te og maskiner m.v. til en række fynske kommuner. Udbuddet var udformet således, at der enten kunne tilbydes flydende kaffe eller instant kaffe, og der var udformet to tilbudsliste – en til hver slags kaffe. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne kun måtte tilbyde den ene slags kaffe, og det var ikke tilladt at afgive alternative eller sideordnede bud. Tildelingskriteriet var laveste pris, som for kaffens vedkommende blev beregnet på baggrund af den færdigbryggede literpris.

En forbigået tilbudsgiver klagede til klagenævnet og gjorde gældende, at udbuddet var tilrettelagt således, at evalueringen i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ville medføre en sammenligning af usammenlignelige produkter. Klageren gjorde endvidere gældende, at udbudsmaterialet pålagde den tilbudsgiver, der ville tilbyde flydende kaffe, flere forpligtelser end den tilbudsgiver, der ville tilbyde instant kaffe, idet tilbudslisten for flydende kaffe tillige indeholdt en forpligtelse til at tilbyde flydende mælk eller kakao, hvis de eksisterende maskiner hos ordregiveren krævede dette. Klageren gjorde endelig gældende, at en prisreguleringsaftale i kontrakten ikke var ensartet for de to typer kaffe, idet reguleringen skete efter mængden af tørstof, som var forskellig for de to kaffetyper.

Klagenævnet udtalte, at de to tilbudslistes var opbygget således, at prisen blev beregnet ens for begge tilbudslistes på baggrund af prisen pr. liter færdigbrygget kaffe ganget med det forventede årlige forbrug, og at der ikke blev foretaget en kvalitativ evaluering af kaffen. Da det klart fremgik af tilbudslisterne, hvordan den evalueringstekniske pris blev beregnet, var tilbud med flydende kaffe og tilbud med instant kaffe sammenlignelige. Ordregiveren fastsætter skønsmæssigt, hvilke krav der skal stilles til det udbudte, og at der var en række forskelle på flydende og instant kaffe kunne ikke – når der alene konkurreres på pris pr. liter færdigbrygget kaffe – føre til, at gennemsigtighedsprincippet eller ligebehandlingsprincippet var overtrådt.

Klagenævnet udtalte endvidere, at bestemmelsen om prisregulering ikke var i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, og at det forhold, at der i tilbudslisten med flydende kaffe blev stilet krav om, at sortimentet indeholdt flydende mælk/kakao, når det samtidig stod klart for tilbudsgiverne, at flydende mælk/kakao ikke indgik i evalueringen af tilbuddet, ikke medførte, at tilbud med flydende kaffe og tilbud med instant kaffe var usammenlignelige.

Klagenævnet udtalte endelig, at det forhold, at tilbudsgiverne enten skulle tilbyde flydende kaffe eller instant kaffe og derfor alene kunne indgive ét tilbud, heller ikke var i strid med gennemsigtighedsprincippet eller ligebehandlingsprincippet, idet det fremgik klart af tilbudslisterne, hvordan den evalueringstekniske pris blev udregnet. Derfor kunne tilbudsgiverne selv beregne, med hvilken type kaffe de kunne afgive det billigste tilbud. De havde derfor ingen interesse i at kunne indlevere flere tilbud.

Kendelse af 31. maj 2021, Familieplejen Bornholm mod Bornholms Regionskommune

Kontrolbudsbekendtgørelsens regler om vilkårene for kontrolbud, evaluering, evalueringsmodel og habilitet var overholdt. Ikke kontraheringspligt.

Sagen angik et udbud efter udbudslovens afsnit III (light-regimet) af en 4-årig rammeaftale om levering af konsulentytelser i forbindelse med anbringelse af børn og unge i familiepleje m.v. Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver (fordi kommunen hjemtog opgaven), gjorde navnlig gældende, at kommunens kontrolbud, der blev afgivet i henhold til kontrolbudsbekendtgørelsen, var udarbejdet af inhabilt personale, at der var lagt forkerte forudsætninger til grund ved beregning af diverse timepriser, at der var sket en kvalitetsvurdering, som ikke svarede til udbudsbetingelserne, og at den anvendte evalueringsmodel var uegnet.

Kommunen havde erkendt, at den ikke havde overholdt pligten til at oplyse om, at der ville blive afgivet kontrolbud. Der var ikke grundlag for at fastslå, at kontrolbuddet var udarbejdet af inhabilt personale.

Klagerens påstand om, at kontrolbuddet var afgivet på andet grundlag end efter udbudsbetingelserne, hvilede på en række anbringender om, at der var anvendt et andet beregningsgrundlag. Efter en fortolkning af den påberåbte bestemmelse fastslog klagenævnet, at sådanne spørgsmål blev reguleret af andre bestemmelser i bekendtgørelsen, og der var, jf. forhandlingsmaksimen i klagenævnslovens § 10, ikke grundlag for at tage klagen til følge på dette punkt.

Med hensyn til kvalitetsevalueringen konstaterede klagenævnet, at kontrolbuddets besvarelse overskred det maksimale antal tegn, men at der ved evalueringen var taget højde for dette, idet den fulde beskrivelse i kontrolbuddet ikke indgik ubeskåret i evalueringen, idet de overskydende tegn var fjernet i det evalueringsark, som blev benyttet. Der var ikke grundlag for at konstatere, at kommunen havde overskredet sit skøn ved evalueringen.

Klagenævnet fastslog endvidere, at udbudslovens § 160 ikke gælder i relation til udbud efter light-regimet, og at evalueringsmodellen i øvrigt levede op til de grundlæggende krav om gennemsigtighed og ligebehandling.

Med hensyn til annullationspåstanden fastslog klagenævnet dels, at nævnet har kompetence til at behandle sådanne påstande, dels at kontrolbudsreglerne ikke har til formål at regulere ordregiverens mulighed for at hjemtage opgaven, og at der derfor ikke var grundlag for annullation af kommunens beslutning om hjemtagelse.

Kendelse af 18. juni 2021, Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH mod Region Syddanmark

Kendelsen er nærmere omtalt under 2.2.8 Udelukkelsesgrunde.

Delkendelse af 9. september 2021, ABB Power Grids Denmark A/S mod Femern Bælt A/S
Udbudsdirektivets artikel 60 og udbudslovens § 154 fandt ikke anvendelse i forhold til udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Ordregiveren var ikke forpligtet til at vurdere en ansøgers opfyldelse af et mindstekrav om økonomisk formåen anderledes end fastsat eller for en kortere periode end fastsat, herunder da en nedjustering af omsætningskravet/periodens længde ville medføre en ændring af mindstekravet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Det måtte have stået ansøgeren klart, at i hvert fald kravet til niveauet for omsætning ikke var opfyldt, og ansøgeren kunne derfor ikke have en forudsætning om, at moderselskabet som støttende enhed bidrog tilstrækkeligt til opfyldelsen af mindstekravet. De hensyn, der ligger bag forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, kunne på denne baggrund i den foreliggende situation ikke føre til, at ordregiveren var forpligtet til at give ansøgeren mulighed for at udskifte moderselskabet. Tidspunktet for og forløbet op til etableringen af selskabet og moderselskabet, kunne ikke føre til et andet resultat. Det forhold, at ikke alle virksomheder kunne opfylde mindstekravet til økonomisk og finansiel kapacitet, medførte ikke i sig selv, at minimumskravene var i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Ligebehandlingsprincippet stiller ikke krav om, at ethvert vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrenceneutralt for alle økonomiske aktører. De fastsatte krav til økonomisk formåen var sagligt begrundede, proportionale og i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Sagen blev behandlet af to medlemmer af klagenævnets formandskab, jf. klagenævnenslovens § 10, stk. 6, jf. stk. 4.

Sagen angik et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af en kontrakt vedrørende etablering, drift og vedligehold af en transformerstation på den danske side af Femern Bælt-forbindelsen. Kontrakten havde en samlet værdi på 70.000.000 euro. Femern Bælt havde i udbudsbekendtgørelsen fastsat mindstekrav til ansøgernes økonomiske og finansielle kapacitet, således at ansøgerne skulle opfylde nærmere angivne krav til omsætning og soliditet i hvert af de seneste tre "financial years". Der var ikke stillet krav til længden af regnskabsperioderne i årsregnskaberne.

En ansøger, ABB Power Grids, opfyldte ikke kravene til omsætning og soliditetsgrad, og virksomheden baserede derfor sin ansøgning om prækvalifikation på sit moderselskab, Hitachi ABB, som støttende enhed. Femern Bælt afviste ansøgningen med henvisning til, at ABB Power Grids og moderselskabet ikke tilsammen opfyldte kravet om økonomisk og finansiell formåen.

I kendelsen fastslog klagenævnet, at udbudsdirektivets artikel 60 om dokumentation ikke finder anvendelse i forhold til udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Klagenævnet lagde herved vægt på, at det i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 3, er fastsat, at udbudsdirektivets bestemmelser i artiklerne 59 og 61 finder anvendelse i forhold til bestemmelsens stk. 1 og 2, mens der ikke henvises til udbudsdirektivets artikel 60, som for så vidt angår stk. 3 er implementeret i udbudslovens § 154. Klagenævnet fastslog endvidere, at udbudslovens § 154 heller ikke finder direkte anvendelse på forsyningsvirksomhedsdirektivet, da henvisningen i § 11 i bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester om anvendelsen af udbudslovens § 148 (direktiv 2014/24/EU artikel 59, stk. 1, 1. afsnit) efter sin ordlyd alene kan forstås således, at det er selve brugen af det fælles europæiske udbudsdokument, der gøres anvendeligt som foreløbigt bevis for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde, og for at ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder kravene til egnethed i forbindelse med udvælgelse, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 78.

Klagenævnet fandt det berettiget, at Femern Bælt havde afvist ABB Power Grids' ansøgning om prækvalifikation, da ABB Power Grids ud fra oplysningerne i ESPD'erne ikke opfyldte det fastsatte minimumskrav til omsætning.

Det var endvidere klagenævnets vurdering, at det ud fra oplysningerne afgivet af ABB Power Grids og moderselskabet i ESPD'erne måtte fremstå klart, at ABB Power Grids ikke opfyldte minimumskravene til omsætning, og at Femern Bælt derfor ikke var forpligtet til at foretage en nærmere undersøgelse heraf. De omstændigheder, som ABB Power Grids havde henvist til vedrørende tidspunktet for og forløbet op til etableringen af selskaberne, kunne ikke føre til, at Femern Bælt var forpligtet til at vurdere mindstekravenes opfyldelse anderledes end fastsat eller over en kortere periode, herunder da en nedjustering af omsætningskravet/periodens længde ville medføre en ændring af mindstekravet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Efter indholdet af henholdsvis ABB Power Grids' og moderselskabets ESPD'er, der ikke indeholdt forkerte oplysninger, måtte eller burde det – sådan som mindstekravene var fastsat – endvidere have stået ABB Power Grids klart, at i hvert fald kravet til niveauet for omsætning ikke var opfyldt, og ABB Power Grids

kunne på den baggrund ikke have haft en forudsætning om, at moderselskabet bidrog tilstrækkeligt til opfyldelsen af mindstekravet.

Under disse omstændigheder fandt klagenævnet, at de hensyn, der ligger bag forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, i den foreliggende situation ikke kunne føre til, at Femern Bælt var forpligtet til at give ABB Power Grids mulighed for at udskifte moderselskabet. ABB Power Grids havde til støtte for påstanden herom henvist til klagenævnets kendelse af 18. januar 2019, ALSTOM Transport Danmark A/S mod DSB.

Endelig fandt klagenævnet det berettiget, at Femern Bælt havde fastsat krav til henholdsvis omsætning og soliditetsgrad og samtidig bestemt, at ansøgerne skulle fremlægge oplysninger herom i deres årsregnskab, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 2, jf. stk. 1, jf. udbudsdirektivets artikel 58, stk. 3.

Det forhold, at ikke alle virksomheder kunne opfylde mindstekravet til økonomisk og finansiel kapacitet, medførte ikke i sig selv, at minimumskravene var i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Klagenævnet bemærkede i den forbindelse, at ligebehandlingsprincippet ikke stiller krav om, at ethvert vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrenceneutralt for alle økonomiske aktører.

Der var ikke grundlag for at tilsidesætte Femern Bælts vurdering af behovet for kapitalberedskab i forhold til størrelsen af omsætningen og soliditetsgraden, samt at oplysningerne skulle gå tre år tilbage, da de fastsatte krav til økonomisk formåen ud fra de foreliggende oplysninger, herunder Femern Bælts redegørelse under sagen, var sagligt begrundede, proportionale og i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Klagen blev ikke tillagt opsættende virkning, da betingelsen om "fumus boni juris" ikke var opfyldt. ABB Power Grids tilbagekaldte efterfølgende klagen, og delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse af sagen.

Kendelse af 27. august 2021, PricewaterhouseCoopers Statsautoriseret Revisionspartnerselskab mod Rigspolitiet

Sagen angik et udbud af en kontrakt vedrørende levering, vedligeholdelse, support og videreudvikling af en IAM-løsning, dvs. en Identity Access Management-løsning, der kan understøtte brugeradministrationsopgaver. Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde navnlig gældende, at selskabets tilbud var blevet forkert evalueret, og at forhandlingsforløbet ikke var beskrevet tilstrækkeligt i udbudsbekendtgørelsen, herunder at det ikke var oplyst, om der blev ydet vederlag til de tilbudsgivere, der deltog i forhandlingerne, jf. udbudslovens § 62 (direktiv 2014/24/EU artikel 29, stk. 1, 1. og 2. afsnit). Rigspolitiet havde ikke handlet i strid med § 62 (direktiv 2014/24/EU artikel 29, stk. 1, 1. og 2. afsnit), da forløbet var tilstrækkeligt oplyst, og da der alene er pligt til at medtage oplysninger om vederlag, hvor det er relevant. Ej annullation.

Rigspolitiet udbød som udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II et system til håndtering af brugeradgange hos politiet med underkriterierne pris, kvalitet og leveringssikkerhed. En forbigået tilbudsgiver indgav klage over, at Rigspolitiet havde begået en række væsentlige fejl ved den kvalitative evaluering af klagerens tilbud, herunder ved at basere evalueringen på faktisk forkerte oplysninger, der ikke fremgik af tilbuddet. Klagenævnet fastslog efter en gennemgang af tilbuddet, at Rigspolitiet på enkelte

punkter havde foretaget en fejlbedømmelse af tilbuddet, men i øvrigt ikke havde begået fejl ved tilbudsevalueringen, og at Rigspolitiet i det omfang, hvor evalueringen hvilede på et skøn, ikke havde handlet usagligt eller overskredet grænserne for det skøn, der tilkommer en ordregivende myndighed. De fejl, der var konstateret ved evalueringen, havde ikke en sådan betydning for tildelingen, at annullationspåstanden skulle tages til følge.

Klageren nedlagde endvidere påstand om, at Rigspolitiet havde handlet i strid med udbudslovens § 62 (direktiv 2014/24/EU artikel 29, stk. 1, 1. og 2. afsnit) ved ikke at beskrive i udbudsbekendtgørelsen, hvorledes forhandlingsforløbet forventedes at forløbe, eller om der ville blive ydet vederlag til deltagerne i forhandlingerne.

Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at Rigspolitiet forbeholdt sig retten til at tildele kontrakten på grundlag af det første tilbud uden at indgå i forhandlinger, og at de ansøgere, der blev opfordret til at afgive tilbud, ville modtage yderligere praktiske oplysninger om forhandlingsforløbet, som var nærmere beskrevet i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet fandt, at potentielle ansøgere og tilbudsgivere var gjort tilstrækkeligt bekendt med forløbet af forhandlingsprocessen. Påstanden blev derfor ikke taget til følge på dette punkt.

Om et eventuelt vederlag konstaterede klagenævnet, at det hverken af udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet fremgik, at Rigspolitiet ville yde vederlag til deltagerne i forhandlingerne, og at Rigspolitiet ikke under processen ydede et sådant vederlag.

Klagenævnet fastslog endvidere, at det omtalte vederlag må antages at være et væsentligt element, som potentielt kan påvirke den samlede konkurrencesituation under udbuddet. Klagenævnet konkluderede herefter, at der er pligt til at oplyse, hvor der faktisk ydes et vederlag til de deltagende.

Klagenævnet fandt derimod ikke grundlag for at fastslå, at en ordregiver ved ikke at oplyse, at der ikke ydes et vederlag for deltagelse i forhandlingerne, har handlet i strid med udbudslovens § 62 (direktiv 2014/24/EU artikel 29, stk. 1, 1. og 2. afsnit).

Denne del af påstanden blev derfor heller ikke taget til følge.

2.2.3 Tilbuds konditionsmæssighed og forbehold

Kendelse af 15. marts 2021, Brdr. Thybo A/S mod Horsens Kommune

Horsens Kommune havde ikke været berettiget til at antage det vindende tilbud, da tilbuddet indeholdt et forbehold for licitationsbetingelsernes tidsplan, hvilket udgjorde et forbehold for et grundlæggende element. Tildelingsbeslutningen blev annulleret med henvisning til karakteren af den konstaterede overtrædelse.

Sagen angik en offentlig licitation efter tilbudsloven om hovedentreprisen ved et byggeri. Tildelingskriteriet var fastsat til tilbuddet med den laveste pris. Licitationsbetingelserne indeholdt en tidsplan for byggeriet i form af angivelser af starttidspunkt og sluttidspunkt. Den vindende tilbudsgivers tilbud blev afgivet under forudsætning af, at tidsplanen kunne forlænges med minimum en måned. Efter indholdet af underretningen om licitationsresultatet lagde klagenævnet til grund, at Horsens Kommune antog dette

tilbud, hvilket også støttedes af specifikationen af entreprisens summen i entreprisekontrakten. Det kunne ubestridt lægges til grund, at forudsætningen udgjorde et forbehold for tidsplanen, og at forbeholdet dermed vedrørte et grundlæggende element. Den omstændighed, at den vindende tilbudsgiver i sit tilbud havde anført, at entreprisens summen skulle tillægges et beløb på 200.000 kr., såfremt tidsplanen ikke kunne forlænges, hvorved den vindende tilbudsgiver reelt selv prissatte forbeholdet, kunne ikke føre til, at Horsens Kommune var berettiget til at antage tilbuddet med tillæg af dette beløb, sådan som det fremgik af entreprisekontrakten.

Sagen er indbragt for domstolene.

2.2.4 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel

Kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.8 Udelukkelsesgrunde.

Kendelse af 14. juli 2021, DXC Technology Danmark A/S mod Domstolsstyrelsen v/Tinglysningsretten

Begrænset udbud vedrørende et it-system med tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet. Ordregiveren havde overtrådt udbudsreglerne, da evalueringsmodellen for underkriteriet pris ikke afspejlede det forventede indkøb og var udtryk for en sammenblanding af to tilbud, som tilbudsgiverne skulle afgive, nemlig et tilbud med brug af en bestemt software og et sideordnet tilbud med brug af en anden software. Annullation af tildelingsbeslutningen.

Domstolsstyrelsen udbød som begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II en kontrakt om drift, vedligeholdelse, support og videreudvikling af digital tinglysning (e-TL) til en anslået samlet værdi på 90 mio. kr. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af underkriterierne pris (35 %) og kvalitet (65 %). Tilbudsgiverne skulle afgive tilbud på en option om udskiftning af software fra Oracle med et tilsvarende billigere alternativ. Alle omkostninger til forundersøgelse og gennemførelse af udskiftningen skulle indeholdes i de tilbudte priser, og de forventede reducerede licensomkostninger skulle ligeledes anføres. Domstolsstyrelsen var forpligtet til senest 6 måneder før kontraktens underskrift at give besked om, hvorvidt optionen ønskedes tilkøbt.

Der indkom tilbud fra DXC og Netcompany A/S, og Domstolsstyrelsen besluttede at indgå kontrakt med Netcompany, hvis tilbudte pris var langt den laveste. DXC klagede til klagenævnet og gjorde navnlig gældende, at det månedlige drifts-, vedligeholdelses- og supportvederlag var blevet indregnet to gange i den samlede evalueringstekniske pris, og at begge scenarier – dvs. både med og uden udnyttelse af optionen – aldrig ville skulle indkøbes. Domstolsstyrelsen gjorde heroverfor gældende, at det ikke var det samme vederlag, der indgik to gange i den evalueringstekniske pris, men derimod to forskellige vederlag (med og uden udnyttelse af optionen).

Klagenævnet tog alene stilling til de påstande, der vedrørte evalueringen i relation til underkriteriet pris, og fastslog indledningsvis, at det er et grundlæggende udbudsretligt princip, at ordregiveren klart skal beskrive, hvad der ønskes indkøbt, og at tilbuddene skal evalueres i overensstemmelse hermed. Optionen dækkede vederlagene til drift, vedligeholdelse og support på samme måde som den pris, der som udgangspunkt blev tilbudt. Domstolsstyrelsen havde ikke oplyst, om valget af, hvorvidt optionen ønskedes

tilkøbt, var truffet på tidspunktet for tildelingsbeslutningen, eller til hvilket beløb den endelige pris kunne opgøres.

Domstolsstyrelsens strukturering af udbuddet skabte derfor – i strid med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og gennemsigtighedsprincippet – uklarhed over, hvad der ønskedes indkøbt. Evalueringsmodellen var i konsekvens heraf udtryk for en sammenblanding af de to tilbud, som tilbudsgiverne skulle afgive, nemlig et tilbud med Oracle som software og et sideordnet tilbud med en anden, billigere software. Dermed afspejlede evalueringsmodellen ikke det forventede indkøb på kontrakten, der i intet tilfælde ville omfatte begge situationer. Blandt de elementer, som indgik i kriteriet pris, fik drifts-, vedligeholdelses- og supportvederlagene således ved den anvendte model i konsekvens heraf en evalueringsteknisk vægt, som ikke afspejlede det faktiske indkøb.

Klagenævnet tog herefter også påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge. Det kunne ikke føre til andet resultat, at en korrektion af evalueringen i overensstemmelse med DXC's anbringender muligvis ville kunne føre til, at Netcompany havde afgivet tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S

Undladelse af at udelukke to tilbudsgivere fra at afgive koordinerede tilbud var ikke i strid med udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, c, d, g og i), da oplysninger herom først fremkom under klagesagen, og udbuddet umiddelbart herefter blev annulleret af andre, saglige grunde.

Sagen angik et udbud efter udbudslovens afsnit II om kommunal affaldsindsamling. Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde navnlig gældende, at den vindende tilbudsgiver og et andet selskab, der også havde afgivet tilbud, skulle have været udelukket efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, c, d, g og i), fordi det ene selskab havde afgivet en urealistisk høj pris med henblik på at påvirke den fastsatte prisevalueringsmodel.

Tildelingskriteriet var fastsat til bedste forhold mellem pris og kvalitet, der vægtede henholdsvis 70 % og 30 %. Ordregiverens prisevalueringsmodel fastsatte, at tilbuddet med laveste tilbudspris fik maksimumpoint, mens tilbud med tilbudspris på 30 % herover fik minimumpoint. Øvrige tilbud fik point efter lineær interpolation. Hvis den faktiske spredning mellem tilbudspriserne var større end 30 %, ville gearingen blive udvidet med 10 % ad gangen, indtil alle konditionsmæssige tilbud kunne rummes i modellen, dog maksimalt 100 %.

Ordregiveren havde tilvalgt den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, c, d, g og i), om udelukkelse af en økonomisk aktør, når ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at aktøren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.

Der blev under udbuddet afgivet fire tilbud, hvoraf de tre prismæssigt lå i spændet mellem 30,4 og 33,4 mio. kr. Det sidste tilbud lød på 55,2 mio. kr. Det medførte, at den endelige evalueringsmodel gik fra den oprindelige "laveste pris + 30 %" til: "laveste pris + 90 %". Det vindende tilbud havde afgivet den næstlaveste pris på ca. 30,8 mio. kr.

Klageren gjorde navnlig gældende, at den vindende tilbudsgiver og det selskab, der havde afgivet budet på 55,2 mio. kr., ultimativt havde de samme ejere, og at selskaberne havde koordineret deres tilbudspriser, idet det ene af de to søsterselskaber tilbød en urealistisk høj pris, hvilket medførte en ændring af "gearingen" i den på forhånd fastsatte prisevalueringsmodel.

Klagenævnet gentog under henvisning til tidligere praksis, at der må tilkomme ordregiveren et vist skøn ved vurderingen af, om der er sådanne plausible indikationer på en konkurrencebegrænsende aftale, at dette bør føre til udelukkelse af ansøgeren eller tilbudsgiveren.

I kendelsen fastslog klagenævnet, at det ikke var godtgjort, at ordregiveren på tidspunktet for evaluering og tildeling var bekendt med, at de to omtvistede tilbudsgivere ultimativt havde de samme ejere. Det forhold, at det ene selskab bød en meget høj pris, udgjorde således på dette tidspunkt ikke i sig selv "plausible indikationer" på konkurrenceforvridende adfærd, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, c, d, g og i). Der var heller ikke på dette tidspunkt anledning til en undersøgelsespligt for ordregiveren.

Da de oplysninger om ejerforholdene, som kunne give anledning til nærmere overvejelser, først fremkom under klagesagen, og da ordregiveren umiddelbart derefter havde annulleret udbuddet på et sagligt grundlag, der ikke havde noget med klagesagen at gøre, havde ordregiveren ikke overtrådt udbudsreglerne som påstået.

Det forhold, at den konstaterede prisforskel mellem på den ene side det dyreste tilbud og på den anden side de tre øvrige tilbud sammenholdt med, at den fastsatte prisevalueringsmodel i væsentlig grad ændrede sig ved en stor prisspredning, i lyset af de (efterfølgende) oplyste ejerforhold på tidspunktet for kendelsens afsigelse forekom påfaldende, kunne herefter ikke føre til en anden vurdering.

Kendelse af 27. august 2021, PricewaterhouseCoopers Statsautoriseret Revisionspartnerselskab mod Rigspolitiet

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.2. Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse.

Delkendelse af 3. november 2021, Meldgaard Miljø A/S mod Rebild Kommune

Dele af evalueringsmodellen var ikke beskrevet tilstrækkelig klart i udbudsbetingelserne. Der var derfor udsigt til, at klagen ville blive taget til følge. Da uopsættelighedsbetingelsen imidlertid ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning.

Klagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II om indsamling af husholdningsaffald. Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, havde bl.a. gjort gældende, at Rebild Kommune havde handlet i strid med udbudslovens § 160, § 164 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4) og § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved ikke at "fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen og ved at anvende en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Klageren havde herunder bl.a. gjort gældende, at det ikke fremgik tilstrækkelig klart af udbudsbetingelserne, hvad der ville vægte positivt/negativt, og at evalueringsmodellen konkret var uegnet, herunder i forhold til et kriterium om et "Lokalt driftskontor, hvor bilerne holder". Klagenævnet fastslog i overensstemmelse med tidligere praksis herom, at det ikke er et krav, at en ordregiver udførligt beskriver alt, hvad der tillægges

betydning ved vurderingen efter kvalitative under- og delkriterier. Klagenævnet fastslog herefter, at et kriterium om lokal tilstedeværelse kan virke diskriminerende i forhold til tilbudsgivere, der ikke er i lokalområdet, hvorfor et sådant kriterium kun kan anvendes, hvis det er sagligt, nødvendigt og velbegrunder. Hvis et sådant kriterium kunne anvendes, påhvilede det desuden kommunen at sikre, at det af udbudsmaterialet klart fremgik, at lokal tilstedeværelse vægtede positivt. De anførte krav var ikke opfyldt. Der var desuden ikke oplyst omstændigheder, der understøttede, at lokal tilstedeværelse konkret var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der var derfor udsigt til, at klagen i dette omfang ville blive taget til følge. Da uopsættelighedsbetingelsen imidlertid ikke var opfyldt, var der ikke grundlag for at tillægge klagen opsættende virkning.

Udbuddet blev efterfølgende annulleret og klagen tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse i sagen.

2.2.5 Indhentelse af yderligere oplysninger

Kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Foreklingsstyrelsen

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.8 Udelukkelsesgrunde.

2.2.6 Rammeaftaler

Kendelse af 17. februar 2021, Systematic A/S mod Greve, Holbæk, Ringsted, Køge, Vordingborg, Kalundborg, Roskilde, Næstved, Guldborgsund, Lejre og Slagelse kommuner

Kommunerne havde overtrådt udbudslovens § 100 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 5) ved til dels at lade tilbudsgivernes oplysninger om nogle såkaldte use cases indgå i den kvalitative tilbudsvurdering, selvom rammeaftalen ikke gav mulighed herfor. Kommunerne havde endvidere overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved uklare og modstridende oplysninger om betydningen af use cases og ved under den kvalitative tilbudsvurdering at have anvendt en fremgangsmåde, der ikke var egnet til at sikre en fyldestgørende og ensartet evaluering af tilbuddene. Klagenævnet annullerede på den baggrund miniudbuddet.

Sagen angik et træk på en SKI-rammeaftale om "software as a service (software, der kører hos leverandøren)" i form af et miniudbud vedrørende 11 individuelle leveringsaftaler om anskaffelse og implementering og drift af en ny fælles it-løsning til understøttelse af fem hovedfagområder – social, sundhed, omsorg, træning og misbrug. Trækket var iværksat af nogle kommuner i fællesskab med henblik på indgåelse af særskilte aftaler med hver af kommunerne. Miniudbuddet blev gennemført ved indhentning af tilbud fra to leverandører under rammeaftalen. Klagen blev indgivet af en forbigået tilbudsgiver ved miniudbuddet, og klagenævnet tillagde klagen midlertidig opsættende virkning i medfør af klagenævnenslovens generelle regel om opsættende virkning, da reglerne om standstill-periode og automatisk opsættende virkning ikke gælder i relation til træk på rammeaftaler, jf. klagenævnenslovens § 3, stk. 3, nr. 2, jf. § 12, stk. 2. Klagenævnet tog ikke stilling til, om klagen skulle tillægges endelig opsættende virkning, men afgjorde i stedet sagen.

Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af underkriterierne pris og kvalitet med nærmere angiven vægtning. Det fremgik af rammeaftalen, at der til underkriteriet kvalitet skulle være

knyttet nogle delkriterier med nærmere angivet indbyrdes vægtning, herunder et delkriterium test, hvilket også var en del af miniudbudsbetingelserne. Miniudbudsbetingelserne indeholdt under betegnelsen "Funktionel kravspecifikation" lidt under 100 såkaldte use cases, som indeholdt en opstilling over forskellige sagsforløb. Under udbuddets spørgsmål/svar oplyste kommunerne blandt andet: "Use-cases er ikke krav, herunder mindstekrav, men Ordregivers ønsker til fremgangsmåder. I og med at de indgår i kontraktmateriale, som ligger til grundlag for tolkning af Leveringsaftalen, vil de indgå i kontraktmateriale efterfølgende, men IKKE i evalueringen. Da der ikke er tale om krav, vil forudsætningen være, at use-cases opfyldes som udtrykte underliggende behov." I nogle andre svar under spørgerunden tilkendegav kommunerne desuden bl.a., at tilbudsgiverne selv skulle udvælge de use cases, som de ønskede at præsentere.

Klagenævnet fandt, at kommunerne havde handlet i strid med udbudslovens § 100 (direktiv 2014/24/EU artikel 35, stk. 5) ved at basere miniudbuddet i henhold rammeaftalen på nye vilkår i form af funktionelle use cases, der ikke var fastsat på forhånd i udbudsmaterialet for rammeaftalen. Klagenævnet fastslog indledningsvist, at det forhold, at use cases ikke var direkte omtalt i rammeaftalegrundlaget med hensyn til gennemførelse af miniudbud, ikke i sig selv kunne føre til, at kommunerne var afskåret fra at anvende use cases, eller at dette i sig selv medførte, at use casene udgjorde nye vilkår. Use casene var beskrevet og fastsat på en sådan måde i udbudsmaterialet for miniudbuddet, at de indgik som en del af grundlaget for tilbudsvurderingen efter delkriteriet test. Af kommunernes svar under spørgerunden fremgik det, at de anvendte use cases ikke var krav, men ønsker til fremgangsmåder, som tilbudsgiverne kunne bruge som redskab til at præsentere den teknologiske opbygning m.m., og at use casene ikke ville indgå i evalueringen. Tilbudsgiverne kunne på denne baggrund ikke have været i tvivl om, at use casene ikke var ment som krav, og at det ikke var hensigten, at de skulle indgå i evalueringen. Kommunerne havde dog i hvert fald til dels anvendt use casene på en anden måde end tilkendegivet, og use casene var således – i overensstemmelse med, hvad der fremgik af udbudsmaterialet – indgået som krav i evalueringen efter underkriteriet test. Det fremgik af rammeaftalen, at tilbudsgivernes præsentation ikke skulle være en gennemgang af, hvordan processerne konkret blev gennemført, og det var ikke fastsat eller forudsat, at der til brug for testens gennemførelse kunne angives konkrete krav, der skulle evalueres på. Da kommunerne ved evalueringen af delkriteriet test havde inddraget elementer vedrørende opfyldelsen af use cases, som ikke var fastsat eller forudsat i rammeaftalen, havde kommunerne handlet i strid med udbudslovens § 100 (direktiv 2014/24/EU artikel 35, stk. 5).

Klagenævnet fandt endvidere, at kommunernes svar under en spørgerunde gjorde det uklart for tilbudsgiverne, hvilken rolle use casene reelt havde ved miniudbuddet, og kommunerne havde med svaret givet uklare og modstridende oplysninger om betydningen af use casene.

Endelig fandt klagenævnet, at kommunerne havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved, at kommunernes fremgangsmåde ved tilbudsvurderingen efter delkriteriet test ikke var egnet til at sikre en fyldestgørende og ensartet evaluering. Klagenævnet henviste herved til, at betingelserne for miniudbuddet var fastlagt således, at tilbudsgiverne selv kunne bestemme, om de ønskede at gøre brug af use casene til at demonstrere deres service, og i bekræftende fald, hvilke use cases de ønskede at anvende. Denne fremgangsmåde indebærer, at kommunerne ikke fik mulighed for at vurdere tilbudsgivernes løsninger på et ensartet og gennemsigtigt grundlag. Evalueringsgrundlaget for de to tilbud blev også konkret forskelligt som følge af, at de to tilbudsgivere ikke anvendte det samme antal use cases.

Klagenævnet annullerede miniudbuddet, da udbudsmaterialet ikke havde kunnet danne grundlag for en lovlige tildelingsbeslutning.

Kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark

Klagenævnet forelagde ved kendelse af 16. januar 2020 en række præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen (Årsberetning 2020 s. 42), der besvarede spørgsmålene ved dom af 17. juni 2021 (sag C-23/20). På baggrund heraf afgjorde klagenævnet herefter sagen. Annullation og ikkebindende udtalelse, jf. klagenævnslovens § 14 a.

Sagen vedrørte et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om levering af sonderemedier til hjemmepatienter og institutioner. Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde bl.a. gældende, at klagenævnet skulle konstatere, at regionerne havde handlet i strid med udbudslovens § 56 (direktiv 2014/24/EU artikel 49) og § 128, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 51, stk. 2), samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have angivet den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de varer, der skulle leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, og at regionerne havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved ikke i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale at angive en maksimal mængde eller maksimal værdi af de varer, der skulle leveres i henhold til den udbudte rammeaftale. Ved delkendelse af 18. september 2019 blev klagen ikke tillagt opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Ved kendelse af 16. januar 2020 stillede klagenævnet EU-Domstolen en række spørgsmål, som blev besvaret ved Domstolens dom af 17. juni 2021 (sag C-23/20), jf. kapitel 4.

I kendelsen af 9. november 2021 fastslog klagenævnet på baggrund af Domstolens besvarelse,

- at en ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen skal angive den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale,
- at den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale tillige skal angive en maksimal mængde eller maksimal samlet værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, og
- at de nævnte værdier og mængder skal angives samlet.

Disse krav var ikke opfyldt. Klagenævnet fastslog herefter, at de konstaterede overtrædelser ikke var af rent formel karakter, og tildelingsbeslutningen blev annulleret.

Desuden afgav klagenævnet i medfør af klagenævnslovens § 14 a en ikkebindende udtalelse om, at der ikke forelå særlige forhold, der tilsagde, at rammeaftalen videreføres, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

Domstolen havde i sin besvarelse af de præjudicielle spørgsmål fastslået, at det forhold, at udbudsbekendtgørelser ikke lever op til de anførte krav, ikke i sig selv kunne føre til, at aftalen skulle anses for indgået uden udbudsbekendtgørelse, da den pågældende overtrædelse var synlig for enhver, som

dermed havde mulighed for at klage. Klageren havde på den baggrund frafaldet en påstand om, at aftalen skulle erklæres for uden virkning.

2.2.7 Klagenævnsløven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner

Kendelse af 6. januar 2021, Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S

Direkte tildelt kontrakt undtagelsesvis opretholdt, jf. klagenævnsløvens § 17, stk. 3.

Silkeborg Genbrug og Affald A/S ("SGA") havde efter 3 forgæves udbud foretaget direkte tildeling til virksomheden HCS af en udbudspligtig kontrakt om affaldsindsamling uden offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse, jf. klagenævnsløvens § 4. SGA gjorde for klagenævnet gældende, at betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2), var opfyldt, og at lovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og § 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 4, litra a-c, artikel 13) herefter ikke var overtrådt. SGA anførte, at kontrakten var indgået som følge af et akut behov båret af almenhedens interesser og med så kort en løbetid som muligt.

Efter udbudslovens § 80, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2), kan en ordregiver gøre brug af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling.

Klagenævnet henviste til, at § 80, stk. 5, der implementerer udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, er en videreførelse af gældende ret og skal fortolkes i overensstemmelse med direktivet. I direktivets artikel 32, stk. 2, c), er fastsat, at "De omstændigheder, der påberåbes som tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives den ordregivende myndighed". I direktivets præambelbetragtning 80 (og i lovbemærkningerne til § 80, stk. 5) er endvidere som eksempel anført, at naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling. Klagenævnet fandt, at det påhvilede SGA at løfte bevisbyrden for, at den midlertidige kontrakt med HCS lovligt kunne indgås uden udbud. Efter en gennemgang af forløbet i forbindelse med de tre forgæves udbud fandt klagenævnet, at SGA ikke havde bevist, at den direkte tildeling af kontrakten med en løbetid fra den 1. januar 2020 indtil den 20. marts 2022 var lovlig. Det havde således tidsmæssigt været muligt at gennemføre et offentligt udbud og at udskifte leverandøren pr. 1. januar 2020, hvor den tidligere kontrakt ophørte. Det ville antagelig også være lykkedes, hvis blot et af udbuddene var blevet tilrettelagt og gennemført i overensstemmelse med de udbudsretlige regler.

Klagenævnet foretog herefter en vurdering efter klagenævnsløvens § 17, stk. 3, i relation til spørgsmålet, om den direkte tildelte kontrakt undtagelsesvis ikke skulle erklæres for uden virkning.

Klagenævnet lagde vægt på, at den direkte tildelte kontrakt angik forsyningspligt til affaldsindsamlingen i kommunen, at kontrakten på tidspunktet for nævnets kendelse alene havde en resterende løbetid på ca. 1 år og 2 måneder, og at leveringstiden for nye affaldslastbiler var på 14 - 18 måneder. På den baggrund forelå der væsentlige hensyn til almenhedens interesser, som gjorde det nødvendigt, at den midlertidige kontrakt fortsat skulle have virkning, jf. § 17, stk. 3. Klagenævnet indgav politianmeldelse vedrørende overtrædelsen, da SGA som aktieselskab ikke er en del af den offentlige forvaltning, med henblik på fastsættelse af en sanktion.

Erstatningskendelse af 10. februar 2021, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune

Den vindende tilbudsgivers indlevering af referencer, som ikke opfyldte fastsatte mindstekrav, medførte, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, og ved kendelse af 29. april 2020 annullerede klagenævnet ordregiverens tildelingsbeslutning. Ved kendelse af 10. februar 2021 pålagde klagenævnet ordregiveren at betale en skønsmæssigt fastsat erstatning på 1,2 mio. kr. til dækning af klagerens tab ved ikke at have fået kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse).

Sagen angik et offentligt udbud om design og implementering af en ny hjemmeside til kommunen. Kommunen fastsatte som mindstekrav, at tilbudsgiverne skulle indlevere mindst tre referencer fra tilsvarende opgaver. Der indkom tilbud fra tre tilbudsgivere. Eksponent, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde under klagesagen navnlig gældende, at den vindende tilbudsgiver ikke levede op til mindstekravene til teknisk og faglig formåen om tre referencer, idet to af de tre indleverede referencer ikke kunne anvendes. Herefter erkendte kommunen, at i hvert fald en af referencerne ikke kunne bruges, men i stedet for at afvise tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver, gav kommunen virksomheden mulighed for at indlevere nye referencer for at sikre overholdelsen af mindstekravet. Det klagede Eksponent også over. Ved kendelsen af 29. april 2020 konstaterede klagenævnet bl.a., at ordregiveren havde overtrådt udbudsreglerne ved efterfølgende at indhente oplysninger om en krævet reference hos den vindende tilbudsgiver, og klagenævnet annullerede tildelingsbeslutningen.

Eksponent fremsatte herefter krav om erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse på ca. 2,2 mio. kr., subsidiært negativ kontraktinteresse på 120.000 kr.

Kommunen påstod frifindelse med henvisning til bl.a., at kommunen ville have annulleret udbuddet, hvis den havde indset, at alternativet var at indgå kontrakt med Eksponent. Kommunen henviste under erstatningssagen til, at den ikke kunne acceptere den it-løsning, som Eksponent havde tilbudt. Kommunen bestred desuden Eksponents tabsopgørelser.

Klagenævnet fastslog, at kommunen havde handlet erstatningspådragende ved de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne. Efter oplysningerne om evalueringen af Eksponents tilbud, herunder de tildelte point og kommunens bemærkninger til den tilbudte løsning, kunne klagenævnet ikke lægge til grund, at kommunen ikke ville have accepteret Eksponents løsning. Da kommunen således ikke havde sandsynliggjort, at udbuddet ville være blevet annulleret, hvis kommunen havde erkendt, at det vindende tilbud var ukonditionsmæssigt, havde Eksponent krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Erstatningen skulle fastsættes på grundlag af det forventede dækningsbidrag, der kunne henføres til den udbudte opgave. Nogle konsulenttimer, der ikke med kort varsel kunne allokeres til andre opgaver, skulle ikke medtages i erstatningsopgørelsen, men der var ikke grundlag for at lade den del af den udbudte kontrakt, der angik vedligeholdelse og support, udgå ved opgørelsen. Derimod skulle der tages højde for, at en del af kontrakten omhandlede optioner. Erstatningen blev skønsmæssigt fastsat til 1,2 mio. kr.

Gentofte Kommune har ved stævning af 6. april 2021 indbragt sagen for domstolene.

Kendelse af 17. februar 2021, Systematic A/S mod Greve, Holbæk, Ringsted, Køge, Vordingborg, Kalundborg, Roskilde, Næstved, Guldborgsund, Lejre og Slagelse kommuner

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.6 Rameaftaler.

Kendelse af 25. februar 2021, SUEZ Water A/S mod Danish Oil Pipe A/S

Klageren blev pålagt at betale sagsomkostninger til indklagede på trods af, at klageren fik medhold i, at der var sket ændring af et grundlæggende element.

Sagen angik et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet om opførelse af et nyt renseanlæg til behandling af spildevand baseret på en kvalifikationsordning efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Klagen blev indgivet af SUEZ Water, hvis tilbud Danish Oil Pipe havde afvist som ukonditions-mæssigt. Danish Oil Pipe annullerede udbuddet efter klagens indgivelse. SUEZ Water fastholdt klagen med henblik på at kunne opnå erstatning for tilbudsomkostningerne.

Klagenævnet fandt det berettiget, at tilbuddet var blevet afvist som ukonditions-mæssigt, da det i hvert fald var uklart, om tilbuddet opfyldte et mindstekrav, og idet tilbuddet indeholdt forbehold, som måtte anses for at angå grundlæggende elementer, herunder i relation til tidsplanen. Danish Oil Pipe havde ikke haft pligt til at kontrollere oplysningerne, og risikoen for uklarheden påhvilede SUEZ Water som tilbudsgiver. SUEZ Water fik medhold i, at Danish Oil Pipe under udbuddet havde ændret et grundlæggende element, hvilket var erkendt af Danish Oil Pipe.

Klagenævnet frifandt Danish Oil Pipe for et krav om erstatning i form af negativ kontraktinteresse, da der som følge af ukonditions-mæssigheden af SUEZ Waters tilbud ikke var årsagsforbindelse mellem den konstaterede overtrædelse og det påståede tab.

SUEZ Water blev pålagt at skulle betale sagsomkostninger til Danish Oil Pipe på trods af, at SUEZ Water fik medhold i, at der var sket ændring af et grundlæggende element, hvilket normalt ville føre til annullation af tildelingsbeslutningen. Afgørelsen heraf indebar, at SUEZ Water blev anset som den tabende part, hvilket må ses i lyset af, at Danish Oil Pipe havde rettet for sig allerede ved klagens modtagelse, og at nævnet ikke tog erstatningspåstanden til følge.

Delkendelse af 7. april 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB mod regionerne Midtjylland, Nordjylland, Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden

Sagen angik et udbud af fire døgnbemandede helikopterberedskaber som led i driften af den landsdækkende akutlægehelikopterordning. Klageren var ikke blevet prækvalificeret med den begrundelse, at klagerens ansøgning ikke opfyldte mindstekravene til økonomisk og finansiel formåen. Fumus-kendelse om, at klagerens ansøgning opfyldte mindstekravene, og at der var udsigt til, at beslutningen om ikke at prækvalificere klageren ville blive annulleret. Klagen tillagt opsættende virkning.

Region Midtjylland udbød som udbudsansvarlig for de fem danske regioner fire døgnbemandede helikopterberedskaber som led i driften af den landsdækkende akutlægehelikopterordning. Regionerne fastsatte i udbudsbekendtgørelsen bl.a. mindstekrav til en ansøgers økonomiske kapacitet. Ansøgeren skulle 1) have en egenkapital på mindst 7 mio. euro i det foregående regnskabsår, 2) have haft et overskud før skat i to af de sidste tre regnskabsår og 3) have en solvensgrad på 20 % i det foregående regnskabsår. Det blev anført, at det var vigtigt for regionerne, at operatøren på opgaven havde økonomisk robusthed til at varetage opgaven gennem hele kontraktperioden. Der var derfor krav om, at operatøren isoleret set opfyldte mindstekravene til ansøgerens økonomiske og finansielle formåen. I det omfang ansøgeren påberåbte sig andre enheders økonomiske og finansielle formåen, var det et krav, at den enhed, som

ansøgeren baserede sin økonomiske og finansielle formåen på, forpligtede sig til at yde ansøgeren et kapitalindskud, hvis ansøgeren blev tildelt kontrakten eller alternativt stillede ansvarlig lånekapital til rådighed for ansøgeren i den ordinære 10-årige løbetid af kontrakten med henblik på, at egenkapitalen og solvensprocenten opfyldte mindstekravene på tidspunktet for indgåelse af kontrakten. Hvis ansøgeren påberåbte sig kapitalindskud og/eller ansvarlig lånekapital, der blev stillet til rådighed senest på tidspunktet for kontraktens indgåelse, skulle ansøgningen ledsages af en bindende erklæring fra den støttende enhed om at stille kapitalindskuddet/den ansvarlige lånekapital til rådighed i en periode på mindst 10 år, forudsat at ansøgeren blev tildelt kontrakten.

Babcock ansøgte om prækvalifikation. I forhold til de stillede mindstekrav til økonomisk og finansiell formåen oplyste Babcock, at virksomheden ikke støttede sig på andre enheders formåen, men virksomheden vedlagde et "Letter of Support" fra sit moderselskab. Forudsat at Babcock blev tildelt kontrakten, erklærede moderselskabet at ville øge aktiekapitalen i Babcock, så den fremover opfyldte de finansielle krav, som var fastsat i kontrakten, eller alternativt at ville stille ansvarlig lånekapital til rådighed for Babcock i kontraktens ordinære 10-årige løbetid med den effekt, at Babcock opfyldte de finansielle krav på tidspunktet for kontraktens indgåelse. Babcock anførte i sit ESPD, at virksomheden ikke var afhængig af andre enheders kapacitet til at opfylde mindstekravene.

Regionerne afviste Babcocks ansøgning om prækvalifikation, idet Babcock ifølge regionerne ikke opfyldte mindstekravene til økonomisk og finansiell formåen, og regionerne anførte, at det var uklart, om Babcock var afhængig af moderselskabet for at opfylde de økonomiske mindstekrav. Regionerne henviste herved til: 1) Babcock opfyldte ubestridt ikke selv kravene til økonomisk og finansiell formåen, 2) Babcock angav i sit ESPD ikke at basere sin formåen på andre enheders kapacitet, 3) ansøgningen indeholdt ikke et ESPD for en støttende enhed i samme koncern og 4) den støtteeerklæring, som moderselskabet havde afgivet, indeholdt ikke et juridisk forpligtende tilsagn om at ville stille ansvarlig lånekapital til rådighed for Babcock eller yde kapitaltilskud til virksomheden.

Babcock klagede til klagenævnet over regionernes beslutning om ikke at prækvalificere virksomheden.

Klagenævnet fandt, at regionernes krav om kapitaltilførsel eller ansvarlig lånekapital i realiteten indebar, at en ansøger efter kapitaltilførslen eller modtagelsen af den ansvarlige lånekapital selv ville opfylde de økonomiske mindstekrav. I den situation ville ansøgeren ikke støtte sig på en anden enheds økonomiske kapacitet, men på egen kapacitet. Da det var tilfældet for Babcock, havde virksomheden ikke haft pligt til at anføre dette i sit ESPD. På den baggrund og efter formuleringen af udbudsbetingelserne og nogle besvarelser, som regionen havde afgivet under ansøgningsprocessen, havde Babcock heller ikke haft pligt til at indlevere et ESPD for moderselskabet. Hvis det måtte antages, at regionerne havde haft til hensigt at fastsætte krav om et ESPD fra den enhed, som skulle tilføre kapital eller yde ansvarlig lånekapital til en ansøger, havde udbudsmaterialet i bedste fald været uklart, og risikoen for en sådan uklarhed var regionernes.

Klagenævnet fandt desuden, at det indleverede "Letter of Support" fra moderselskabet havde en sådan klarhed, at det juridisk forpligtede moderselskabet til enten at tilføre Babcock den nødvendige kapital eller at yde virksomheden ansvarlig lånekapital, hvis virksomheden blev tildelt kontrakten.

Betingelsen om "fumus boni juris" var herefter opfyldt. I forhold til uopsættelighedsbetingelsen lagde klagenævnet vægt på, at Babcock ikke var blevet prækvalificeret og dermed var afskåret fra at afgive tilbud. Babcock havde derfor ikke efter de almindelige erstatningsregler mulighed for at opnå økonomisk kompensation, hvis virksomheden ved den endelige afgørelse fik medhold i klagen. Betingelsen var herefter opfyldt. Endelig fandt klagenævnet, at Babcocks interesse i, at klagen blev tillagt opsættende virkning, vejede tungere end regionernes interesse i, at udbuddet fortsatte. Betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning var derfor opfyldt.

Regionerne annullerede herefter den påklagede prækvalifikationsbeslutning, og det fik Babcock til at tilbagekalde klagen.

Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse i sagen.

Kendelse af 8. april 2021, C. Møllmann & Co. A/S mod Rudersdal Kommune

Ikke retlig interesse i at klage over fejl, som ordregiveren allerede havde rettet.

Under et begrænset udbud om rammeaftaler på håndværksydelser blev C. Møllmann & Co. ("C. Møllmann") prækvalificeret. Kommunen besluttede at indgå kontrakt med tre af de prækvalificerede virksomheder rangordnet som nr. 1, 2 og 3. Efter at C. Møllmann, der ikke var blevet tildelt kontrakt, havde gjort indsigelse mod tildelingen og klaget til klagenævnet med anmodning om opsættende virkning, tilbagekaldte kommunen tildelingsbeslutningen. Der blev herefter truffet en ny tildelingsbeslutning, hvor C. Møllmann blev tildelt kontrakt rangordnet som nr. 2. Efterfølgende blev C. Møllmann udelukket fra udbuddet, idet virksomheden ikke inden udløbet af en fastsat frist indsendte dokumentation for oplysninger afgivet i virksomhedens ESPD, jf. udbudslovens § 136, nr. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra e, f og h).

Klagen blev ikke tillagt opsættende virkning. C. Møllmann anfægtede under sagen fortsat lovligheden af den første tildeling, uanset tildelingen var tilbagekaldt på grund af fejl, som var påtalt af virksomheden, og som kommunen havde erkendt. C. Møllmann anførte også, at kommunen havde handlet i strid med standstill-reglerne ved at omgøre tildelingsbeslutningen, mens klagesagen verserede som standstill-sag.

Klagenævnet fandt, at kommunen ved at annullere den første tildeling og foretage en ny evaluering og tildeling havde rettet den erkendte fejl på en lovlige og relevant måde. Derfor havde C. Møllmann ikke retlig interesse i at få påkendt de påstande, som angik disse fejl. Påstandene blev derfor afvist, jf. klagenævnetslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

Klagenævnet udtalte endvidere, at tilbagekaldelsen af tildelingsbeslutningen og den fornyede evaluering ikke var i strid med standstill-reglerne, jf. klagenævnetslovens § 3, stk. 1, § 12, stk. 2, og udbudslovens § 173. Klagenævnet anførte, at kommunen havde ladet kontraktindgåelsen afvente, at klagenævnet traf afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Påstande om evalueringsfejl i forbindelse med tildeling nr. 2 blev ikke taget til følge.

Kendelser af 15. april og 4. oktober 2021, Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen mod Region Hovedstaden og Region Midtjylland.

Usaglig annullation af et udbud, da den reelle begrundelse var ønsket om at indgå kontrakt med en ukonditionsmæssig tilbudsgiver (og undgå at indgå kontrakt med den konditionsmæssige klager). Annullation af beslutningen om annullation. En midlertidig kontrakt erklæret for uden virkning og ordregiveren tilpligtet at betale økonomisk sanktion. Klageren tillagt 2,5 mio. kr. i erstatning for positiv opfyldelsesinteresse.

Under et udbud efter udbudslovens afsnit II af arbejdsbeklædning til akutberedskabet modtog de to regioner konditionsmæssige tilbud fra Dansk Uniform og Hoffmann Firmatøj A/S. Kontrakten blev tildelt Hoffmann. Dansk Uniform påpegede herefter, at tilbuddet fra Hoffmann var ukonditionsmæssigt, da to mindstekrav ikke var opfyldt. Regionerne annullerede tilbuddet og gav forskellige begrundelser, som var uden realitet. Region Midtjylland indgik desuden direkte kontrakt til en værdi over tærskelværdien med Hoffmann. Klagenævnet fastslog i kendelsen af 15. april 2021, at annullationen var usaglig, fordi den reelt var begrundet i, at tilbuddet fra Hoffmann var ukonditionsmæssigt. Klagenævnet annullerede derfor regionernes beslutning om at annullere tilbuddet og erklærede den midlertidige kontrakt for uden virkning, idet kontrakten ikke som anført af Region Midtjylland havde hjemmel i udbudslovens § 80, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2) ("i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne"). Under henvisning til bestemmelsens forarbejder, der nævner naturkatastrofer som eksempel på sådanne situationer, fastslog klagenævnet, at Region Midtjylland ikke havde løftet bevisbyrden for, at det var lovligt at foretage direkte tildeling i den foreliggende situation. Da kontrakten var udløbet, blev Region Midtjylland pålagt en økonomisk sanktion på 100.000 kr. En påstand om, at klagenævnet skulle fastslå, at tilbuddet ikke ville kunne aflyses på grund af manglende konkurrence, blev afvist, da en sådan afgørelse ikke var truffet af regionerne.

I kendelsen af 4. oktober 2021 fastslog klagenævnet, at overtrædelserne var båret af et fast ønske om at indgå kontrakt med en bestemt virksomhed og en tilsvarende manglende vilje til at indgå kontrakt med Dansk Uniform, der var den hidtidige leverandør, og som havde afgivet et konditionsmæssigt tilbud. Overtrædelserne angik således i sin kerne regionernes manglende vilje til at indgå kontrakt med klageren, skønt dennes tilbud lå tæt på den udpegede vinders, og uden at regionerne på noget tidspunkt havde påvist en saglig grund til vægringen. Regionerne havde derfor handlet culpøst over for Dansk Uniform. Det påhvilede regionerne at sandsynliggøre, at de også ville have annulleret tilbuddet med den lovlige begrundelse, at der var modtaget for få konditionsmæssige tilbud, og denne bevisbyrde var ikke løftet. Dermed var også kravet om årsagsforbindelse opfyldt. Dansk Uniform havde dermed krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, der blev udmålt til 2,5 mio. kr.

Kendelse af 13. juli 2021, Vikarlæger.dk A/S mod Region Sjælland

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter.

Kendelse af 30. juli 2021, EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle

Tilbud uberettiget afvist som unormalt lavt. Evaluering behæftet med fejl. Ordregiveren pålagt at bevise, at den erstatningssøgende virksomhed ikke ville have opnået en højere (og dermed vindende) score ved en

korrekt evaluering. Bevisbyrden ikke løftet, og erstatning tilkendt efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse.

Den 26. november 2020 afsagde klagenævnet materiel kendelse i sagen (Årsberetning 2020, side 36). Ved kendelsen fandt klagenævnet, at der ikke havde været grundlag for som sket at afvise tilbuddet fra EL-TECH TEAM på el-arbejde (udbudt ved licitation) som unormalt lavt, jf. tilbudslovens § 8, stk. 3. Kendelsen af 30. juli 2021 angår EL-TECH TEAMS påstand om erstatning, idet virksomheden krævede erstatning opgjort efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse.

Klagenævnet fandt indledningsvis, at AAB Vejle havde handlet ansvarspådragende over for EL-TECH TEAM, idet der som fastslået i den tidligere kendelse ikke havde været grundlag for at afvise tilbuddet som unormalt lavt.

AAB Vejle havde imidlertid gjort gældende, at boligorganisationen ville have annulleret licitationen, hvis den havde været bekendt med, at tilbuddet fra EL-TECH TEAM ikke kunne afvises som unormalt lavt. AAB Vejle gjorde endvidere – som et nyt anbringende – gældende, at evalueringsmodellen var uegnet.

Klagenævnet fandt, at det påhvilede AAB Vejle at løfte bevisbyrden for, at licitationen ville være blevet annulleret.

Klagenævnet bemærkede, at nævnet ikke i kendelsen af 26. november 2020 havde udtalt, at evalueringsmodellen eller udbudsmaterialet i øvrigt var uegnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Bevisbyrden for, at boligorganisationen ville have annulleret licitationen, fandtes i øvrigt ikke at være løftet. I relation til spørgsmålet om evalueringsmodellens anvendelighed og muligheden for strategisk prissætning lagde klagenævnet vægt på, at tilbudslisterne indeholdt oplysning om forventede mængder (forbrug), således at tilbudsgiverne havde mulighed for at optimere tilbuddet, og at evalueringsmodellen tog udgangspunkt heri.

Spørgsmålet var dernæst, om det kunne lægges til grund, at EL-TECH TEAM ville være blevet tildelt mindst 2 point i relation til underkriteriet "Samarbejde". Dette var en forudsætning for, at virksomheden kunne anses for at have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og dermed også en forudsætning for, at der kunne tilkendes erstatning opgjort efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse. Bevisbyrden herfor påhvilede som udgangspunkt EL-TECH TEAM.

Klagenævnet gennemgik herefter forløbet i sagen. Boligorganisationen havde først tildelt kontrakten til Lindpro, idet den herved også havde evalueret tilbuddet fra EL-TECH TEAM uden at finde det unormalt lavt. Ved vurderingen af tilbuddene i relation til "Samarbejde" havde boligorganisationen tildelt 0 point ud af 10 mulige til EL-TECH TEAM, som var hidtidig leverandør, selvom tilbuddet efter sit indhold utvivlsomt skulle have været tildelt en højere score. AAB Vejle havde således overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved, som sket, kun at tildele virksomheden 0 point. Efter at EL-TECH TEAM havde anmodet om en begrundelse for tildelingen, afviste AAB Vejle imidlertid virksomhedens tilbud som unormalt lavt.

Da karaktererne 1 point og 2 point ikke var nærmere defineret ved licitationen, og da EL-TECH TEAMS tilbud indeholdt en række oplysninger til opfyldelse af underkriteriet, var det herefter op til AAB Vejle at bevise, at EL-TECH TEAM ved en evaluering ikke ville være blevet tildelt mindst 2 point. Bevisbyrden blev ikke løftet.

Kravet om årsagsforbindelse i relation til det fremsatte krav om erstatning udmålt som positiv opfyldelsesinteresse var herefter opfyldt.

EL-TECH TEAM havde endeligt opgjort sit tab til 1.095.085,80 kr. baseret på en årlig mistet avance på 365.028,60 kr. og en kontraktperiode på 3 år.

Opgørelsen af kravet indeholdt usikkerhedsmomenter, herunder med hensyn til dækningsbidragets størrelse. Den fremlagte dokumentation, herunder revisorberegninger og en årsrapport, understøttede ikke tilstrækkeligt kravets størrelse.

Erstatningen blev herefter fastsat skønsmæssigt til 450.000 kr. som en passende erstatning for virksomhedens positive opfyldelsesinteresse med hensyn til den 3-årige kontrakt.

Delkendelse af 9. september 2021, ABB Power Grids Denmark A/S mod Femern Bælt A/S

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.2 Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse.

Delkendelse af 15. oktober 2021, Verdo Teknik A/S mod Københavns Kommune

Sagen angik et begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II om drift og vedligeholdelse af bl.a. ca. 400 trafiksignalanlæg i Københavns Kommune. Kravspecifikationen indeholdt under overskriften "Vedligeholdelse af master" forskellige ret detaljerede angivelser om maling af master, herunder en angivelse om, at master som minimum skulle males hvert 10. år. Under en spørgerunde tilkendegav ordregiveren imidlertid, at tilbudsgiverne skulle se bort fra "krav om maling af master", og at eneste krav herefter var, at "beskadigede master pletmales, så de fremstår ensartede uden skader."

Københavns Kommune besluttede at indgå kontrakt med en tilbudsgiver, men ca. 14 dage efter annullerede kommunen udbuddet med henvisning til uhensigtsmæssigheder i udbudsmaterialet. Københavns Kommune iværksatte herefter et nyt udbud om ydelsen, nu i form af et offentligt udbud. Også ved det nye udbud indeholdt kravspecifikationen under overskriften "Vedligeholdelse af master" nogle detaljerede angivelser om maling af master, dog uden angivelse af, at masterne som minimum skulle males hvert 10. år. Under en spørgerunde tilkendegav kommunen på ny, at tilbudsgiverne skulle se bort fra "krav om maling af master", og at eneste krav var, at "beskadigede master pletmales, så de fremstår ensartede uden skader." På grundlag af det nye udbud besluttede Københavns Kommune at indgå kontrakt med en ny tilbudsgiver. Den tilbudsgiver, der havde vundet det første udbud, klagede derefter til klagenævnet med nogle klagepunkter vedrørende tilbudsvurderingen. Desuden omfattede klagen et klagepunkt om, at kommunen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved at frafalde et mindstekrav om maling af master.

Klagenævnet fandt foreløbigt vurderet, at kommunen ved sin tilkendegivelse under udbudsprocessen om, at tilbudsgiverne skulle "se bort fra krav om maling af master", havde foretaget en ændring af mindstekrav i udbudsmaterialet, idet det udtrykkeligt fremgik af kravspecifikationens indledning, at de beskrevne krav udgjorde mindstekrav.

Klagenævnet fandt herefter, at kommunen ikke havde løftet bevisbyrden for, at ændringen af mindstekravet om maling ikke udgjorde en ændring af et grundlæggende element, hvilket ifølge

forarbejderne til udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) som klart udgangspunkt kræver nyt udbud.

Der var herefter udsigt til, at klagen ville blive taget til følge, og betingelsen om "fumus boni juris" var dermed opfyldt.

Da ændringen ikke kunne foretages uden nyt udbud, var også betingelsen om uopsættelighed opfyldt. Endelig fandt klagenævnet, at en afvejning af parternes interesser førte til, at klagen skulle tillægges opsættende virkning. I vurderingen indgik bl.a. karakteren af den fejl, som kommunen foreløbigt vurderet havde begået, samt de interesser, kommunen havde henvist til.

Klagen blev derfor tillagt opsættende virkning. Kommunen annullerede herefter udbuddet, og klagenævnets kendelse om opsættende virkning er således den endelige afgørelse i sagen

Kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.6 Rameaftaler.

Kendelse af 10. november 2021, A/S Bladkompagniet mod HOFOR A/S

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter.

Omkostningsafgørelse af 22. november 2021, Rally Point Tactical Scandinavia ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI")

Tilkendelse af erstatning under en klagesag forudsætter, at der nedlægges påstand herom, jf. klagenævnens-lovens § 14. Når en klage er tilbagekaldt, er sagen sluttet og kan ikke genoplives ved i forbindelse med en afgørelse om sagsomkostninger at nedlægge påstand om erstatning.

Sagen angik et offentligt udbud af en rammeaftale om køb af remedier til rensning af håndvåben og andre mindre våben. Få dage efter modtagelse af klagen annullerede FMI udbuddet. Klagenævnet anmodede på den baggrund klageren om at meddele, hvorvidt klagen ville blive fastholdt eller trukket tilbage. Klagenævnet fastsatte samtidig frist for parternes bemærkninger til sagsomkostninger. Kort efter tilbagekaldte klageren klagen. Der ville således ikke blive taget stilling til sagens materielle problemstillinger. Under skriftvekslingen om sagsomkostninger meddelte FMI, at der ikke var bemærkninger til omkostningerne, hvorefter klageren nedlagde påstand om erstatning. Der var ikke, inden sagen blev tilbagekaldt, nedlagt påstand om eller taget forbehold for at nedlægge påstand om erstatning. Klagenævnet fandt, at klageren under disse omstændigheder var afskåret fra under skriftveksling om sagsomkostninger at nedlægge påstand om erstatning. Klageren blev herefter tilkendt 5.000 kr. i sagsomkostninger.

Om lignende problemstillinger se bl.a. klagenævnets kendelse af 5. oktober 2018, Næstved Sprog- og Integrationscenter mod Næstved Kommune, og klagenævnets kendelser af 8. maj 2012, PH-Byg Faaborg A/S mod Faaborg Menighedsråd og af 31. januar 2012, Noe Net A/S mod Sikkerhedsstyrelsen.

Delkendelse af 30. november 2021, Holbøll A/S mod Næstved Fjernvarme a.m.b.a.

Begrænset udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet om udførelse af fjernvarmeledninger. Klage fra en forbigået ansøger om prækvalifikation tillagt opsættende virkning efter klagenævnens-lovens § 12, stk. 1.

Et fjernvarmeselskab iværksatte et begrænset udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet om udførelse af ca. 4,2 km fjernvarmeledninger primært i boligområder. Som mindstekrav til den tekniske og faglige formåen skulle ansøgerne om prækvalifikation inden for de seneste fem år have udført og afsluttet to sammenlignelige projekter, dvs. projekter udført i hovedentreprise med etablering af fjernvarmeanlæg i bymæssig bebyggelse omfattende både hoved- og stikledninger, og den samlede entreprisensum for hver entreprise skulle minimum have været 4 mio. kr. ekskl. moms. Desuden skulle ansøgerne oplyse op til fem referencearbejder for lignende projekter udført og afsluttet inden for de seneste fem år.

Fjernvarmeselskabet prækvalificerede fem af seks ansøgere, og den ansøger, der ikke var blevet prækvalificeret, klagede med anmodning om, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning, jf. klagenævnslovens § 12, stk. 1.

Klagen omfattede en række påstande. Klagenævnet fandt, at der var udsigt til, at klageren ville få medhold i påstand 3, hvorefter fjernvarmeselskabet havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at prækvalificere ansøgeren W, selvom W ikke opfyldte mindstekravet til teknisk og faglig formåen. Ingen af de fem referencer, som W havde angivet, indeholdt oplysning om, at opgaven var udført i hovedentreprise. Derimod var to af referencerne angivet som totalentreprise og tre af dem som rammeaftaler. Med en nærmere begrundelse fastslog klagenævnet, at det herefter ikke fremgik tilstrækkeligt klart af W's ansøgning, at der var tale om hovedentreprise. Klagenævnet henviste til præmis 40 i EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova.

Klagenævnet fandt ligeledes, at der var udsigt til, at klageren ville få medhold i påstand 4 om overtrædelse af § 11 i bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, jf. udbudslovens § 148 (direktiv 2014/24/EU artikel 59, stk. 1, 1. afsnit), ved at udelukke muligheden for, at ansøgerne om prækvalifikation kunne anvende ESPD'et som foreløbigt bevis for, at ansøgerne opfyldte egnethedskravet og i forbindelse med udvælgelse.

Der var herefter udsigt til, at påstand 6 om annullation af beslutningen om at prækvalificere de fem ansøgere ville blive taget til følge. Betingelsen om "fumus boni juris" var derfor opfyldt.

Ved klage over manglende prækvalifikation er betingelsen om uopsættelighed hermed også opfyldt, ligesom en interesseafvejning falder ud til klagerens fordel.

Klagenævnet tillagde derfor klagen opsættende virkning.

Næstved Fjernvarme a.m.b.a. annullerede udbuddet, og klageren trak klagen tilbage.

Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse af sagen.

2.2.8 Udelukkelsesgrunde

Kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at en ordregiver i tvivlstilfælde har pligt til at undersøge, om etableringen af et konsortium, der er økonomisk aktør (ansøger eller tilbudsgiver), er udtryk for en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovgivningen, idet en sådan aftale er ugyldig.

Tilsvarende gælder, når en økonomisk aktør støtter sig på andre enheder. Hvis ordregiveren har tilvalgt den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, c, d, g og i), har ordregiveren et vist skøn med hensyn til, om udelukkelsesgrundens betingelser er opfyldt. Hvis denne udelukkelsesgrund ikke er tilvalgt, og prøvelsen derfor alene skal ske efter ligebehandlingsprincippet, må der kræves et mere sikkert grundlag for at antage, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, men der må også i disse tilfælde tilkomme ordregiveren et vist skøn.

Sagen blev som følge af sin principielle betydning og værdien af udbuddet behandlet af to medlemmer af klagenævnets formandskab og to sagkyndige, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 4.

Sagen angik et begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale med fire leverandører om forretnings- og analyseydelse til it-, teknologi- og datarelaterede projekter til en værdi på 1,6 mia. kr. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af følgende underkriterier: pris (30 %) og kvalitet (70 %). Træk på rammeaftalen skulle ske ved miniudbud (genåbning af konkurrencen). Der blev prækvalificeret ni ansøgere, som alle indleverede tilbud. Skatteministeriet besluttede at indgå rammeaftale med fire af tilbudsgiverne, hvoraf en tilbudsgiver støttede sin økonomiske/finansielle formåen og sin tekniske/faglige formåen på fem andre virksomheder – for nogle af støttevirksomhederne begge typer formåen, for andre kun en af typerne.

Klagen blev indgivet af Peak Consulting, der ikke havde fået en rammeaftale, og gik ud på, at en af de valgte tilbudsgiveres brug af andre enheder som støtte for sin formåen var udtryk for en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale, at Skatteministeriet burde have foretaget kontrol af nogle oplysninger i denne tilbudsgivers tilbud, at Skatteministeriet havde begået forskellige fejl ved den kvalitative tilbudsvurdering, og at Skatteministeriets evalueringsmodel var uegnet.

Klagenævnet fandt, at Skatteministeriet ikke havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt udbudslovens § 159, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3), ved ikke at have udelukket den pågældende tilbudsgiver efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, c, d, g og i). Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at klagenævnet ikke har kompetence til at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overholdt. Hvis den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, c, d, g og i), finder anvendelse, kan klagenævnet imidlertid behandle spørgsmålet som et led i vurderingen af, om en tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrunden. Klagenævnet kan herunder vurdere, om ordregiveren burde have foretaget en nærmere undersøgelse af lovligheden af en konsortieaftale eller en støtteaftale. Hvis et konsortium afgiver tilbud, og konsortieaftalen er i strid med konkurrenceloven og eventuelt artikel 101 i TEUF (om forbud mod konkurrencehindrende aftaler), vil dette indebære, at aftalen er ugyldig. Konsortiet vil derfor ikke kunne levere den tilbudte ydelse. Tilsvarende vil en aftale om, at en eller flere konkurrerende virksomheder fungerer som støttevirksomheder, kunne være ugyldig med den konsekvens, at tilbudsgiveren ikke opfylder egnethedskravene. Selvom udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, c, d, g og i), ikke er tilvalgt, må det efter udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) påhvile ordregiveren at foretage en undersøgelse af, om et tilbud er baseret på en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale i tilfælde, hvor der er anledning til tvivl herom. Med hensyn til egnethedskrav følger denne pligt også af udbudslovens §§ 140-143 (direktiv 2014/24/EU artikel 58, stk. 1-5) (om egnethedskrav) og § 159, stk. 2, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3) (om pligt til verifikation af opfyldelse af egnethedskrav), jf. § 2. Når ordregiveren har

tilvalgt udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, c, d, g og i), har ordregiveren et vist skøn med hensyn til, om bestemmelsens betingelser er opfyldt. Hvis denne udelukkelsesgrund ikke er tilvalgt, og prøvelsen derfor alene skal ske efter lovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), må der kræves et mere sikkert grundlag for at antage, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne. Der må dog også i disse tilfælde tilkomme ordregiveren et vist skøn ved vurderingen af, om der er det fornødne sikre grundlag for at antage, at en konsortieaftale eller en støtteaftale er ulovlig efter konkurrencereglerne. At der står flere virksomheder bag et tilbud, kan ikke i sig selv udgøre et sådant sikkert grundlag. Peak Consulting havde efter det oplyste ikke anmodet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om at indlede en undersøgelse af, om der var indgået en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale, og der var heller ikke oplysninger i øvrigt om, at en sådan undersøgelse var indledt. På denne baggrund fandt klagenævnet, at der ikke havde været en sådan tvivl om, hvorvidt det samarbejde mellem den pågældende tilbudsgiver og de støttende virksomheder, der lå til grund for tilbuddet, udgjorde en ugyldig konkurrencebegrænsende aftale, at Skatteministeriet burde have undersøgt dette.

Det var endvidere klagenævnets vurdering, at Skatteministeriet ikke havde overtrådt udbudslovens § 164, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4) (om effektiv kontrol i tvivlstilfælde af oplysningerne og dokumentationen i et tilbud), samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at have foretaget en effektiv kontrol af oplysningerne i den pågældende tilbudsgivers tilbud om at have forskellige medarbejdere til rådighed. Klagenævnet henviste herved til, at en ordregiver som udgangspunkt ikke har pligt til at kontrollere oplysningerne i et tilbud, men at der kan opstå en sådan pligt, hvis ordregiveren efterfølgende modtager oplysninger eller dokumentation fra en tredjepart, der sår tvivl om rigtigheden af ansøgerens eller tilbudsgiverens oplysninger. At Peak Consulting i standstill-perioden havde gjort Skatteministeriet opmærksom på, at den pågældende tilbudsgiver alene er konsulentmægler, medførte imidlertid ikke, at Skatteministeriet havde pligt til at foretage en efterfølgende kontrol af tilbuddet. Dertil kom, at der ikke i udbudsbetingelserne var krav om, at visse centrale opgaver skulle udføres af tilbudsgiveren selv, jf. udbudslovens § 144, stk. 8 (direktiv 2014/24/EU artikel 63).

Skatteministeriet havde ikke evalueret eller lagt vægt på forhold, der ikke var anført i eller kunne udledes af udbudsmaterialet af en rimelig oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver, og Skatteministeriet havde dermed ikke inddraget forhold i tilbudsevalueringen, som lå uden for rammerne af Skatteministeriets skøn. Der var derfor ikke grundlag for at antage, at Skatteministeriet havde overskredet de rammer, der gælder for ordregiverens kvalitative vurdering, eller at Skatteministeriet havde handlet usagligt.

Der var ikke grundlag for at fastslå, at Skatteministeriets evalueringsmodel, der var en forskelsmodel, var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagenævnet lagde herved vægt på, at evalueringen blev foretaget efter en på forhånd oplyst matematisk metode, som gjorde det klart, hvilken metode der ville blive anvendt til at identificere de fire tilbud, der havde det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Det forhold, at tilbuddene skulle sammenstilles to og to, medførte ikke, at evalueringsmetoden var uegnet, og på grundlag af udbudsbetingelsernes oplysninger om evalueringsmetoden havde tilbudsgiverne haft tilstrækkelig mulighed for at vurdere, hvordan de kunne optimere deres tilbud.

Kendelse af 18. juni 2021, Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH mod Region Syddanmark

Udbud af aptering af rårum på Nyt OUH var tilrettelagt på en sådan måde, at den vindende tilbudsgivers de facto iboende fordele var minimeret, og den vindende tilbudsgiver havde derfor ikke haft en utilbørlig konkurrencefordel. Der var ikke grundlag for at fastslå, at udbuddet var skræddersyet til den vindende tilbudsgiver.

Sagen angik et forhandlingsudbud af en entreprisekontrakt om aptering af rårum og flytning af udstyr til Nyt OUH (Odense Universitetshospital). Den vindende tilbudsgiver havde tidligere vundet udbuddet af totalentreprisen om opførelsen af bygningerne. Denne totalentreprise omfattede dog alene en rårumsentreprisen i udvalgte funktionsområder, som havde særlig høj apterings- og udstyrskompleksitet, og det var disse rårum, der nu skulle apteres.

Klageren gjorde navnlig gældende, at den vindende tilbudsgiver som entreprenør på rårummene havde en række konkurrencemæssige fordele, bl.a. ved at de betydelige risici og omkostninger, der var forbundet med grænsefladeproblemerne mellem bygningsentreprisen og apteringsentreprisen ikke gjaldt for den vindende tilbudsgiver, og ved at den vindende tilbudsgiver kunne spare omkostninger til personale og etablering og afrigning af byggeplads ved at kunne fortsætte arbejderne efter afslutningen af rårumsentreprisen. Klageren gjorde hertil endvidere gældende, at ordregiveren ikke havde gjort, hvad man kunne for at udligne disse konkurrencefordele.

Klagenævnet udtalte, at den vindende tilbudsgiver ikke havde haft en utilbørlig konkurrencefordel som følge af sit kendskab til rårumsentreprisen og tidsplanen herfor. Det forhold, at den vindende tilbudsgiver kunne spare omkostninger til personale og etablering og afrigning af byggeplads ved at kunne fortsætte arbejderne på Nyt OUH efter afslutningen af rårumsentreprisen, var en uundgåelig konsekvens af, at den vindende tilbudsgiver havde været entreprenør på byggeentreprisen, og dermed en de facto iboende fordel. Henset til, at byggepladsomkostninger alene udgjorde en mindre del af kriteriet økonomi, som alene vægtede 30 %, fandt klagenævnet, at ordregiveren ved den måde, som udbuddet var tilrettelagt på, i rimelig grad havde minimeret denne fordel.

Klagenævnet udtalte endvidere, at det var en fejl, at det af udbudsmaterialet fremgik, at råhuset skulle overdrages direkte fra entreprenøren på råhusentreprisen til apteringsentreprenøren, og at der ikke var grundlag for at fastslå, at udbuddet var skræddersyet til den vindende tilbudsgiver.

Kendelse af 1. september 2021, Faaborg Værft A/S mod Center for Logistik og Samarbejde ApS

Sagen angik et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet om et prototypefartøj, som skulle danne grundlag for udviklingen af et førerløst passagerfartøj mellem Aalborg og Nørresundby.

Center for Logistik og Samarbejde ApS ("CLS"), der er et non profit industriinitiativ, som arbejder for at udvikle kompetencer inden for blandt andet autonom skibsfart og miljørigtig teknologi i Danmark, havde indgået aftale med Tuco Værft om et projekt om at udvikle fartøjet. På et tidspunkt indså CLS imidlertid, at det var nødvendigt at gennemføre et udbud.

Tre værfter blev prækvalificeret, men kun Mathis Værft og Tuco Værft afgav tilbud. Den tredje, Faaborg Værft, indgav inden fristen for afgivelse af tilbud en klage blandt andet over, at Tuco Værft ikke var blevet udelukket fra prækvalifikation som følge af inhabilitet.

CLS afgav en redegørelse og oplyste blandt andet, at parterne i maj 2019 havde en indledende kontakt om projektet. I september 2020 anmodede CLS Tuco Værft om en skibstegning til fartøjet. Parterne fortsatte forhandlingerne, og i november 2020 faldt finansieringen af fartøjet på plads. Senere samme måned blev det imidlertid klart for CLS, at bygning af fartøjet skulle i udbud.

CLS indgik nu kontrakt med en udenforstående virksomhed, der skulle forestå udarbejdelse af kravspecifikationerne m.m. CLS forlængede på grund af en henvendelse fra Faaborg Værft såvel fristen for at stille spørgsmål i tilbudsrunderen som fristen for at afgive tilbud. En skabelon, som Tuco Værft havde delt med CLS, blev med henblik på at udgøre et arbejdsdokument uploadet til de prækvalificerede virksomheder.

Tuco Værft vandt senere kontrakten.

Klagenævnet udtalte, at det påhvilede CLS at godtgøre, at Tuco Værft ikke ved sin involvering forud for udbuddet havde opnået en uberettiget konkurrencefordel. Klagenævnet henviste til, at ordregivere efter praksis fra EU-Domstolen, Retten og klagenævnet har en betydelig skønsmargen ved beslutningen om, hvorvidt tilbuddet fra en tilbudsgiver, der har bistået med undersøgelser forud for udbuddet, skal afvises, fordi det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet at tage det i betragtning. Dertil kommer, at virksomheder ikke generelt kan udelukkes fra en udbudsproces, fordi de har udført forberedende arbejder med tilknytning til udbuddet, og den blotte mulighed for en interessekonflikt er ikke tilstrækkelig. Udelukkelse kan kun ske efter en konkret vurdering af det tilbud, som den pågældende virksomhed måtte afgive.

Efter en konkret gennemgang af forløbet, herunder de foretagne evalueringer i løbet af forhandlingsudbuddet, fastslog klagenævnet, at CLS havde løftet bevisbyrden for, at Tuco Værft ikke havde opnået en konkret uberettiget konkurrencefordel.

Klagenævnet lagde herved navnlig vægt på den redegørelse om samarbejdet, CLS havde afgivet, og de forskelle, der kunne konstateres ved sammenligning mellem den delte skabelon og de opstillede kravspecifikationer, samt de ændringer der kom under afgivelsen af tilbuddene. De fordele, som Faaborg Værft påstod, at Tuco Værft havde fået, var ikke kommet til udtryk ved evalueringen. Endelig blev det tillagt vægt, at Faaborg Værft ikke havde bemærkninger til tidsplanen eller udbudsmaterialet i øvrigt, og at Mathis Værft afgav sit tilbud inden for den fastsatte frist.

Påstanden om, at tilbuddet fra Tuco Værft skulle have været afvist, blev herefter ikke taget til følge.

2.2.9 Prækvalifikation

Delkendelse af 7. april 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB mod regionerne Midtjylland, Nordjylland, Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.7 Klagenævnsloven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner.

Delkendelse af 9. september 2021, ABB Power Grids Denmark A/S mod Femern Bælt A/S

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.2 Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse.

2.2.10 Indikationer for konkurrencefordrejende adfærd

Kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.8 Udelukkelsesgrunde.

Kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.4 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel Udelukkelse.

Delkendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden

Der forelå på evaluerings- og tildelingstidspunktet tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at de to tilbudsgivere, der var blevet tildelt hver sin delaftale, havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, hvorfor Region Hovedstaden burde have undersøgt dette forhold nærmere, jf. udbudslovens § 159, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3), og § 138 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6 og 7). Det var derfor i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), at regionen valgte at tildele aftalerne uden at have foretaget denne undersøgelse.

Sagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af to delaftaler om køb af nitril undersøgelseshandsker. Udbuddet var iværksat som led i etableringen af et EU-nødlager for værnemidler (rescEU). Hver delaftale havde en værdi af ca. 40 mio. kr., og delaftalerne skulle tildeles de to økonomisk mest fordelagtige tilbud, der kunne identificeres på grundlag af bedste forhold mellem det styk antal, den kvalitet og den initiallevering, der kunne foretages for den fastsatte kontraktsum. I forbindelse med udbuddet havde regionen aktiveret de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, herunder nr. 4 om konkurrencefordrejning (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, c, d, g og i). Ved klagenævnets behandling af spørgsmålet om opsættende virkning gjorde klageren gældende, at de to vindende tilbudsgivere burde have været udelukket fra udbuddet, idet de havde afgivet koordinerede tilbud. Klagenævnet foretog en konkret vurdering af de forhold, der kunne indikere en samordning af de to tilbud, herunder at der var en række enslydende slåfejl, som ikke alene angik tekniske specifikationer, og at den bistand, som den ene tilbudsgiver havde stillet til rådighed for den anden tilbudsgiver, ikke var afspejlet i prissætningen af handskerne. Klagenævnet konstaterede herefter, at regionen havde været opmærksom på forholdet, da det i et bilag til evalueringsrapporten var anført, at det fremgik ”direkte og utvetydigt, at en af disse tilbudsgivere har skrevet af i forhold til hinanden i kravspecifikationen”, og at afskriften ”bevidner en grad af samordning af tilbud”. For at kunne udelukke de to tilbudsgivere fra udbuddet som følge af ”tilstrækkelige plausible indikationer” som påstået af klageren, ville regionen, jf. udbudslovens § 138 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6 og 7), være forpligtet til først at give de pågældende en passende frist efter tilbudsfristens udløb til at fremlægge tilstrækkelig dokumentation for deres pålidelighed, og dernæst skulle en sådan dokumentation udeblive eller blive fundet utilstrækkelig. Fordi fremgangsmåden i udbudslovens § 138 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6 og 7) ikke var fulgt, anførte klagenævnet i kendelsen, at der var udsigt til at påstand 1 ”i dette omfang” ville blive taget til følge, og at der herefter ligeledes var udsigt til, at påstand 4 om annullation af tildelingsbeslutningen ville blive taget til følge. Da uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning. Regionens tilbagekaldte herefter tildelingsbeslutningen, hvorefter også klagen blev tilbagekaldt.

Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse i sagen.

Delkendelse af 9. december 2021, Eastwest Instore ApS mod Region Hovedstaden

Klagen angik en ny tildelingsbeslutning i samme udbud som den netop omtalte delkendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden. Regionen havde, efter at have indhentet en redegørelse i medfør af udbudslovens § 138, truffet en ny tildelingsbeslutning, herunder til den ene af de tilbudsgivere, der tidligere havde fået tildelt en af to delaftaler. Da det ikke af regionens evalueringsrapport fremgik, at regionen havde foretaget en vurdering i overensstemmelse med udbudslovens § 138 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6 og 7), herunder af om regionen havde fundet, at tilbudsgiverens redegørelse indeholdt tilstrækkelig dokumentation for tilbudsgiverens pålidelighed, var det i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 at tildele en delkontrakt til denne tilbudsgiver.

Sagen angik samme udbud som i klagenævnets delkendelse af 29. september 2021, OneMed A/S mod Region Hovedstaden. Regionen havde som følge af denne kendelse annulleret sin første tildelingsbeslutning og i forlængelse heraf indhentet en redegørelse i medfør af udbudslovens § 138 fra den ene af de to tilbudsgivere (A), der ved den nu annullerede tildelingsbeslutning havde fået tildelt en kontrakt. Den anden af de to tilbudsgivere (B), der ved den nu annullerede tildelingsbeslutning havde fået tildelt en kontrakt, ønskede ikke at vedstå det tidligere afgivne tilbud og indgik derfor ikke i evalueringen med henblik på en ny tildelingsbeslutning. Klageren gjorde gældende, at A ikke kunne få tildelt en delkontrakt allerede som følge af klagenævnets tidligere kendelse. Der var ikke i perioden mellem den første tildelingsbeslutning og den anden tildelingsbeslutning fremkommet væsentlig nye oplysninger om forbindelsen mellem A og B. Det fremgik af den nye evalueringsrapport, at regionen lagde til grund, at A aldrig havde været omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, c, d, g og i). Det fremgik herunder, at regionen ikke i forbindelse med den nye evaluering havde lagt vægt på de "self-cleaning" foranstaltninger, som A havde gennemført. Regionen gjorde gældende, at foranstaltningerne kunne påberåbes under klagesagen, selvom regionen ikke havde foretaget en prøvelse heraf. Da der ikke forelå væsentlige nye oplysninger, og da regionen ikke havde foretaget en vurdering af, om de foranstaltninger, der var iværksat, var tilstrækkelig dokumentation for A's pålidelighed, en vurdering der i første række skal foretages af ordregiver og ikke af klagenævnet, fandt klagenævnet, at der var udsigt til, at påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen ville blive taget til følge. Da uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning. Regionen annullerede efterfølgende tildelingsbeslutningen, og klagen blev tilbagekaldt.

Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse i sagen.

3. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER

Afsnittet indeholder en gengivelse af endelige domme fra 2021 afsagt i sager, som klagenævnet har afsagt kendelse om. Klagenævnet anmoder ved en kendelses afsigelse parterne om at få at vide, hvis sagen indbringes for domstolene, og om at blive orienteret om dommens udfald. Det er dog ikke sikkert, at nævnet herved får oplysning om alle sådanne sager. Domme, som ikke er blevet endelige i 2021, fordi de er anket til en højere instans, er ikke medtaget i oversigten.

Østre Landsrets dom af 22. december 2021, Joca Trading A/S mod Allerød Kommune, Rudersdal Kommune og Hørsholm Kommune, jf. klagenævnets kendelse af 13. juni 2019

Sagen omhandlede et udbud af en rammeaftale om levering af affaldsbeholdere. Klagen var indgivet af en forbigået tilbudsgiver med påstand om, at de andre tilbudsgiveres tilbud var ukonditionsmæssige bl.a. som følge af manglende opfyldelse af et mindstekrav til beholderlåg, at ordregiverne havde begået fejl ved den kvalitative tilbudsevaluering, og at begrundelsen for tildelingsbeslutningen ikke var fyldestgørende. Bortset fra påstanden om begrundelse fik klageren ikke medhold på noget punkt. En påstand om annullation af tildelingsbeslutningen blev derfor ikke taget til følge.

Klagenævnets afgørelse blev indbragt for Retten i Lyngby, der ved dom af 16. februar 2021 opretholdt klagenævnets kendelse. Sagen blev anket til Østre Landsret, der ved dom af 22. december 2021 stadfæstede byrettens dom. Såvel byretten som landsretten omtalte i den forbindelse, at den vindende tilbudsgiver var bundet til at opfylde mindstekravet ud fra indholdet af tilbudslisten, altså nærmest et kontraktretligt synspunkt om, at tilbuddet på den baggrund var konditionsmæssigt, da tilbudsgiveren i det foreliggende tilfælde måtte bære risikoen for den uklarhed, som tekstmaterialet i tilbuddet måtte kunne give anledning til. Begge retsinstanter fandt endvidere, at Joca Trading herefter ikke havde nogen retlig interesse i at få taget stilling til, om tilbuddet fra en anden tilbudsgiver var ukonditionsmæssigt.

Kommentar: Dommens kontraktretligt prægede formuleringer giver efter klagenævnets opfattelse ikke anledning til at ændre nævnets faste praksis om, at tilbudsgiveren bærer risikoen for uklarheder i sit tilbud, og om, at hvis et tilbud indeholder en tvetydig angivelse, der både kan forstås som et forbehold og ikke som et forbehold, må angivelsen anses for et forbehold. Hvis det fremstår som uklart, om et tilbud opfylder et mindstekrav, skal tilbuddet uden videre anses for ukonditionsmæssigt.

Retten i Koldings dom af 17. december 2021, Fyns Almennyttige Boligselskab mod Westflyt Kolding ApS, jf. klagenævnets kendelse af 6. oktober 2021

Klagenævnet fastslog, at boligselskabet havde overtrådt udbudslovens § 2 under et udbud af en rammeaftale om flytteopgaver. Klagenævnet annullerede boligselskabets tildelingsbeslutning og erklærede de indgåede kontrakter for uden virkning.

Da boligselskabet ikke er omfattet af klagenævnslovens § 19, stk. 1, indgav klagenævnet politianmeldelse, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 3.

For byretten tog Westflyt Kolding ApS bekræftende til genmæle over for boligselskabets påstande om, at boligselskabet ikke havde handlet i strid med udbudslovens § 2, og at kontrakterne var gyldige og ikke kunne erklæres for uden virkning. De nærmere omstændigheder om baggrunden herfor fremgår ikke af dommen.

Den alternative sanktion i form af bøde blev derfor ikke aktuel.

4. EU-DOMSTOLENS DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER

EU-Domstolens dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark.

Region Nordjylland og Region Syddanmark iværksatte i 2019 et udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om levering af sonderemedier til hjemmepatienter og institutioner. Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde bl.a. gældende, at klagenævnet skulle konstatere, at regionerne havde handlet i strid med udbudslovens § 56 (direktiv 2014/24/EU artikel 49) og § 128, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 51, stk. 2), samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have angivet den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de varer, der skulle leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, og at regionerne havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale at angive en maksimal mængde eller maksimal værdi af de varer, der skulle leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.

Ved delkendelse af 18. september 2019 blev klagen ikke tillagt opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Under sagens behandling forelagde klagenævnet ved kendelse af 16. januar 2020 i lyset af Domstolens dom af 19. december 2018 i sag C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust og Coopservice Soc. coop. arl mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica - Sebino (ASST)* m.fl. en række spørgsmål om, hvorvidt udbudsbekendtgørelsen ved et udbud af en rammeaftale skal indeholde oplysninger om anslået og maksimal værdi og mængde, og om konsekvensen af manglende oplysninger herom i forhold til anvendelsen af sanktionen "uden virkning" (Årsberetning 2020 s. 42).

Domstolen besvarede herefter klagenævnets spørgsmål således:

- "1) Artikel 49 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF og punkt 7 og 8 samt punkt 10, litra a), i del C i bilag V til dette direktiv, sammenholdt med nævnte direktivs artikel 33 og ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, der er fastsat i dette direktivs artikel 18, stk. 1, skal fortolkes således, at der i udbudsbekendtgørelsen skal angives den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi samt en maksimal mængde og/eller en maksimal værdi af de varer, der skal leveres i henhold til en rammeaftale, og at når denne grænse er nået, vil den nævnte rammeaftale have udtømt sine virkninger.
- 2) Artikel 49 i direktiv 2014/24 samt punkt 7 og punkt 10, litra a), i del C i bilag V til dette direktiv, sammenholdt med nævnte direktivs artikel 33 og ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, der har fundet udtryk i dette direktivs artikel 18, stk. 1, skal fortolkes således, at den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi samt en maksimal mængde og/eller en maksimal værdi af de varer, der skal leveres i henhold til en rammeaftale, skal angives samlet i udbudsbekendtgørelsen, og at der i denne bekendtgørelse kan fastsættes

supplerende krav, som den ordregivende myndighed træffer beslutning om og tilføjer til bekendtgørelsen.

- 3) Artikel 2d, stk. 1, litra a), i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014, skal fortolkes således, at denne bestemmelse ikke finder anvendelse i det tilfælde, hvor en udbudsbekendtgørelse er offentliggjort i Den Europæiske Unions Tidende, men hvor, for det første, den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, ikke fremgår af denne udbudsbekendtgørelse, men af udbudsbetingelserne, og, for det andet, der hverken i nævnte udbudsbekendtgørelse eller i disse udbudsbetingelser er nævnt en maksimal mængde og/eller en maksimal værdi af de varer, der skal leveres i henhold til nævnte rammeaftale.”

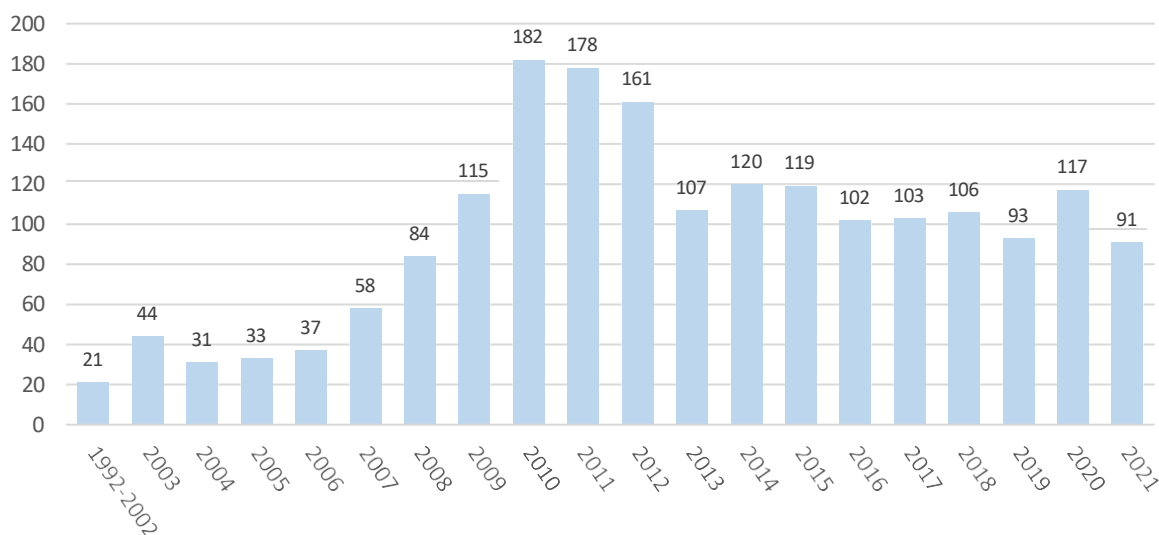
5. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2021

De statistiske oplysninger nedenfor er baseret dels på manuel optælling, dels på den årsstatistik, som klagenævnet hvert år udarbejder.

5.1 Indkomne klager

I 2021 modtog klagenævnet 91 klager. Oversigten nedenfor viser udviklingen i antallet af indkomne klager i årene 1992-2021.

6. Indkomne sager



Antallet af modtagne klager i 2021 er under niveauet i 2020. Dermed er antallet af klagesager fortsat markant lavere end i 2010-2012.

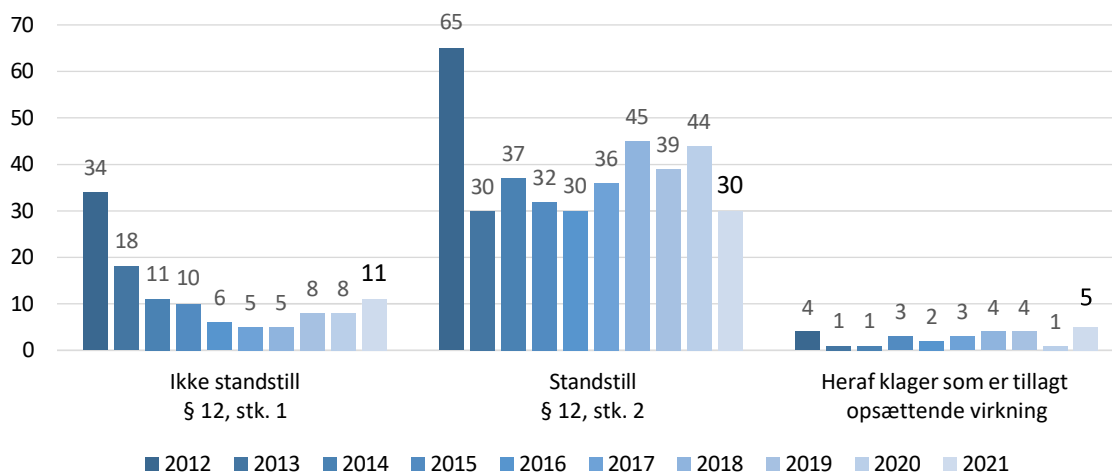
Som anført i afsnit 5.1 i årsberetningen for 2013 skal det markante fald i sagstilgangen ses i lyset af ændringerne i håndhævelsesloven (nu klagenævnsloven) og klagenævnsbekendtgørelsen i 2013, som netop havde til formål at begrænse et stigende antal klagesager. Navnlig forhøjelsen af klagegebyret til 20.000 kr. i sager om overtrædelse af udbudsdirektivet (de fleste sager) og klagerens risiko for at blive pålagt at betale sagsomkostninger til den indklagede ordregiver må antages at have været udslagsgivende faktorer. At der skete et mindre fald i antallet af klagesager i 2016-2019 kan muligvis forklares med, at potentielle klagerere i lyset af gennemførelsen af de omfattende ændringer i de materielle udbudsregler har været mere tilbageholdende, samt med at klagenævnet ikke længere er kompetent til at træffe afgørelser i sager om indkøb under tærskelværdierne uden en klar grænseoverskridende interesse, jf. udbudslovens afsnit V.

6.1 Standstill-sager og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning

Som det fremgår nedenfor, afsagde klagenævnet i 2021 delkendelse i 11 sager, hvor der var anmodet om opsættende virkning efter klagenævnslovens § 12, stk. 1, og delkendelse i 30 sager modtaget i standstill-perioden efter lovens § 12, stk. 2, hvor klagenævnet har en lovbunden frist på 30 dage til at træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning. I 2021 er der i fem sager truffet afgørelse om at tillægge en klage opsættende virkning, se herom afsnit 1.4 ovenfor og omtale af kendelserne i kapitel 2. I nogle tilfælde træffer klagenævnet afgørelse om, hvorvidt en klage skal tillægges opsættende virkning, i brevform og ikke som en egentlig kendelse. Sådanne afgørelser i brevform er også medregnet i opgørelsen.

Nedenfor ses antallet af afsagte standstill-kendelser og andre kendelser m.v. vedrørende opsættende virkning for 2012-2021.

STANDSTILL-KENDELSER OG ANDRE AFGØRELSE VEDRØRENDE OPSÆTTENDE VIRKNING



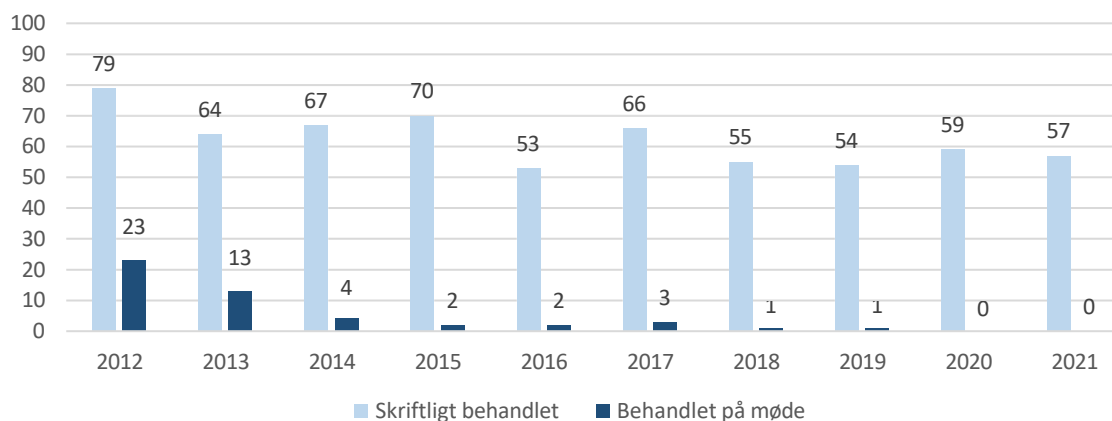
Klagenævnets kendelser m.v. vedrørende opsættende virkning fører i en række sager til, at klagen tilbagekaldes som følge af klagenævnets "fumus-kendelse", hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt. Sådanne kendelser er meget ressourcetrækkende for klagenævnet, da kendelsen i de fleste tilfælde skal udarbejdes og afsiges inden for en frist på 30 dage og således under et betydeligt tidspres, og da kendelserne, trods deres foreløbige karakter, ofte indeholder en omfattende sagsfremstilling og detaljerede præmisser. Generelt medfører standstill-reglerne og reglerne om opsættende virkning, at klagenævnet i en betydelig del af alle sager skal træffe to afgørelser, nemlig en afgørelse vedrørende opsættende virkning og en materiel afgørelse vedrørende de påståede overtrædelser. Hertil kommer en eventuel erstatningskendelse samt under sagens forløb eventuelt tillige afgørelse(r) om aktindsigt.

6.2 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde

De 49 sager, hvori klagenævnet afsagde realitetskendelser i 2021 (se afsnit 5.4), blev alle behandlet på skriftligt grundlag.

Nedenfor ses en opgørelse over sager behandlet henholdsvis på skriftligt grundlag og med mundtlig forhandling i årene 2012-2021.

NÆVNSBEHANDLING PÅ SKRIFTLIGT GRUNDLAG ELLER MØDE



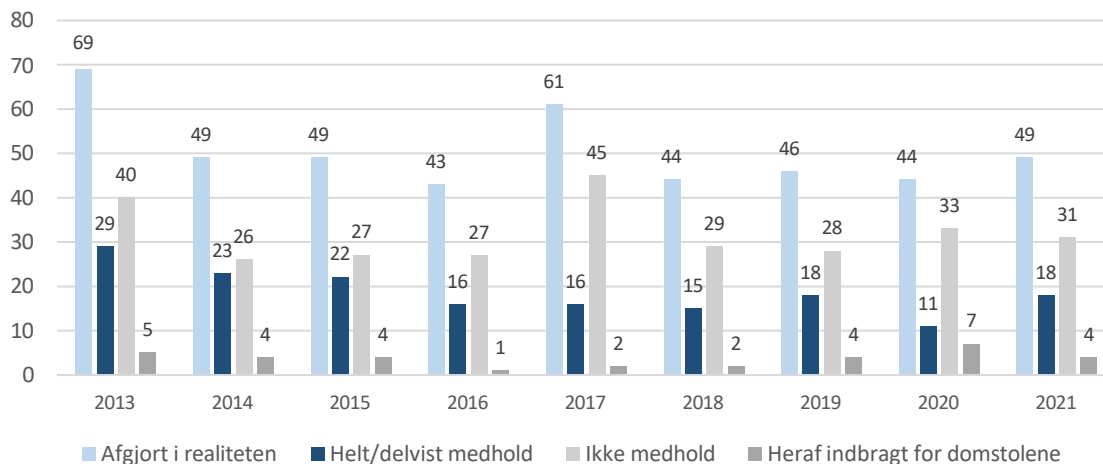
Note: De viste tal indeholder også afviste sager

Fordelingen af skriftligt behandlede sager/sager med mundtlig forhandling viser, at kun ganske få sager behandles mundtligt. Som også anført i afsnit 5.3 i årsberetningen for 2013 er dette fald i overensstemmelse med lovgivers intention. I 2010 blev det således med håndhævelseslovens (nu klagenævnslovens) § 11, stk. 1, bestemt, at en sag forberedes ved udveksling af skriftlige indlæg og afgøres på dette grundlag, medmindre formanden i sagen beslutter, at der skal ske mundtlig forhandling. I 2009 – året før ikrafttrædelsen af bestemmelsen i § 11, stk. 1 – var der en ligelig fordeling af skriftligt behandlede sager og sager med mundtlig forhandling. Parterne har under sagens forberedelse mulighed for at fremsætte ønske om mundtlig behandling af sagen, men erfaringsmæssigt sker dette kun i ganske få sager.

6.3 Afgjorte sager samt udfaldet heraf

I 2021 afgjorde klagenævnet 49 sager i realiteten. Heraf fik 18 klagere helt eller delvist medhold, mens 31 klagere ikke fik medhold. Klagenævnets kendelse er i de fleste tilfælde den endelige afgørelse af sagen. Af de 49 kendelser blev således kun fire indbragt for domstolene. Antallet af kendelser, der er indbragt for domstolene, er lavere end det foregående år.

AFGJORTE SAGER SAMT UDFALDET HERAF



Note: Opgørelsen over antallet af sager indbragt for domstolene er navnlig baseret på optælling af antallet af stævninger, som klagenævnet har fået oplysning om. Klagenævnet har ikke sikkerhed for, at alle indgivne stævninger er sendt til nævnet. Klagenævnet anmoder om at modtage kopi til orientering af alle stævninger, der indleveres til domstolene i relation til kendelser afsagt af klagenævnet.

Tabellen nedenfor viser, at medholdsprocenten i 2021 var på 37 % og dermed højere end i 2020, men lidt lavere end i 2019.

Opgørelsen i grafen og nedenstående tabel indeholder ikke de "fumus-kendelser", som bliver den endelige afgørelse i klagesagen. Klagenævnet har i 2021 afsagt 23 "fumus-kendelser". I ti af disse vurderede nævnet, at betingelsen om fumus boni juris (at klagen har noget på sig) var opfyldt. Dette førte i syv sager til, at ordregiveren annullerede udbuddet eller sin beslutning om tildeling, hvorefter klagen blev tilbagekaldt, og delkendelsen således blev nævnets endelige afgørelse i sagen.

I de resterende 13 "fumus-kendelser" vurderede klagenævnet, at betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt, hvilket i seks tilfælde førte til, at klagen blev tilbagekaldt, og delkendelsen således blev nævnets endelige afgørelse i sagen.

År	Helt/delvist medhold	Ikke medhold
2013	42 %	58 %
2014	47 %	53 %
2015	45 %	55 %
2016	37 %	63 %
2017	26 %	74 %
2018	34 %	66 %
2019	39 %	61 %
2020	25 %	75 %
2021	37 %	63 %

6.4 Afsagte erstatningskendelser

I 2021 afsagde klagenævnet fire kendelser om erstatning.

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for den del af sagen, der angik erstatningsspørgsmålet, var ca. syv måneder.

AFSAGTE ERSTATNINGSKENDELSER



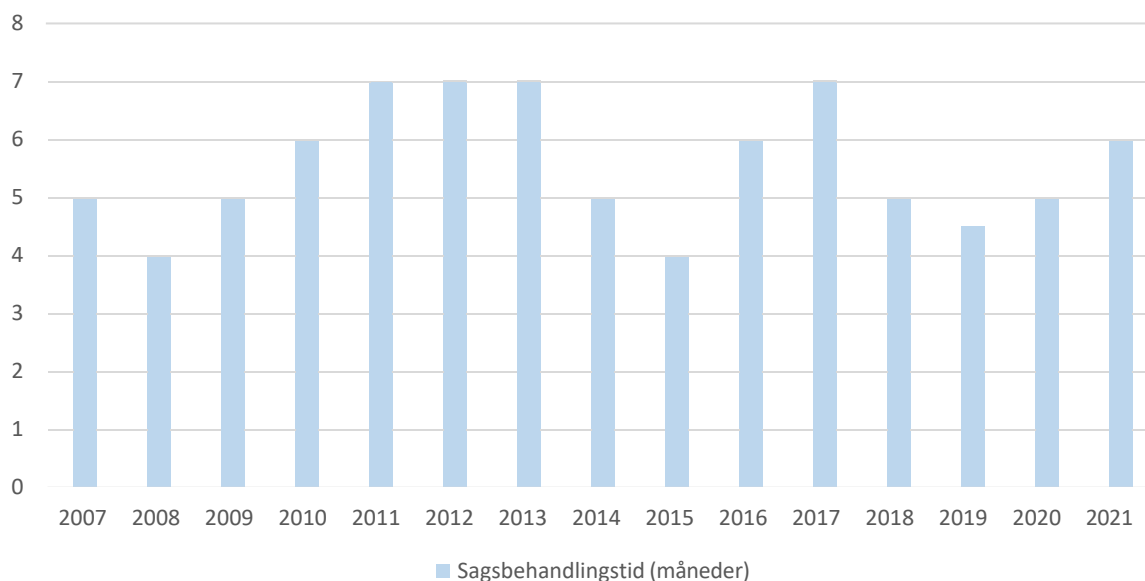
Som omtalt i afsnit 5.5 i årsberetningen for 2013 er det erfaringen, at erstatningsspørgsmålet i mange af de sager, hvor klageren har fået helt eller delvist medhold ved klagenævnets materielle kendelse, løses uden om klagenævnet, således at parterne indgår forlig i stedet for at lade det være op til klagenævnet at afgøre sagen ved en erstatningskendelse. Antallet af erstatningskendelser i 2012 må sammenholdes med et stort antal modtagne klager i 2010 og 2011 (henholdsvis 182 og 178 klager).

6.5 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid

I 2021 havde klagenævnet en gennemsnitlig sagsbehandlingstid på seks måneder.

Nedenfor ses en opgørelse over udviklingen i den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for afviste sager og materielle kendelser opgjort i måneder i årene 2007-2021.

GENNEMSNITLIG SAGSBEHANDLINGSTID



Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid, der i 2014 og 2015 viste en faldende tendens fra syv måneder i 2011-2013 til fem måneder i 2014 og til fire måneder i 2015, steg til seks måneder i 2016 og til syv måneder i 2017, svarende til niveauet i 2010-2013. Sagsbehandlingstiden faldt igen i 2018 til fem måneder og til 4,5 måneder i 2019.

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid er steget til seks måneder i 2021, svarende til sagsbehandlingstiden i 2010 og 2016.

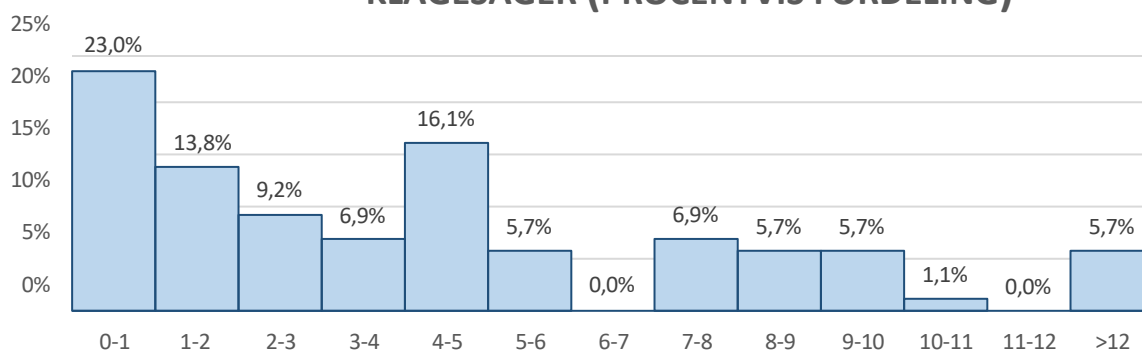
Antallet af verserende sager ultimo 2021 er opgjort til 43, hvilket svarer nogenlunde til årene 2017 – 2020.

6.6 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist som procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2021 opgjort den procentvise andel af alle sager, der afsluttes med en sagsbehandlingstid på 0-1 måned, 1-2 måneder osv. og med en sagsbehandlingstid på mere end 12 måneder. I opgørelsen indgår alle klagesager, herunder sager, hvor klagen er afvist, og sager, hvor klagen er tilbagekaldt, herunder tilbagekaldt efter at klagenævnet har afsagt en "fumus-kendelse". Erstatningskendelser, som der kun afsiges ganske få af, er ikke medregnet. For yderligere bemærkninger henvises til afsnit 5.8 nedenfor, hvor sagsbehandlingstiden i antal måneder for klagesager er opgjort procentvist kumulativt.

Sagsbehandlingstiden anses for afsluttet ved afsigelse af materiel kendelse, afvisning eller tilbagekaldelse af klagen. Om den yderligere sagsbehandlingstid i sager, hvori der herudover bliver afsagt erstatningskendelse, henvises til afsnit 5.5.

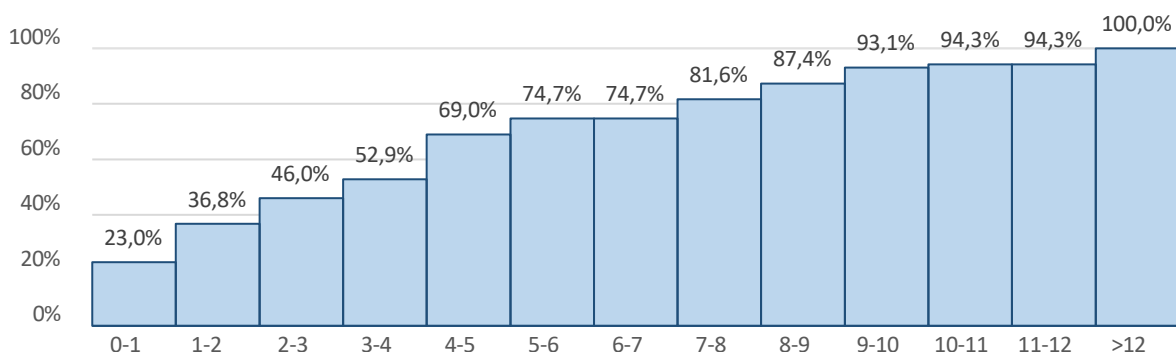
SAGSBEHANDLINGSTID I ANTAL MÅNEDER FOR KLAGESAGER (PROCENTVIS FORDELING)



6.7 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt)

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for 2021 vist procentvist kumulativt.

SAGSBEHANDLINGSTID I ANTAL MÅNEDER FOR KLAGESAGER (VIST PROCENTVIST KUMULATIVT)

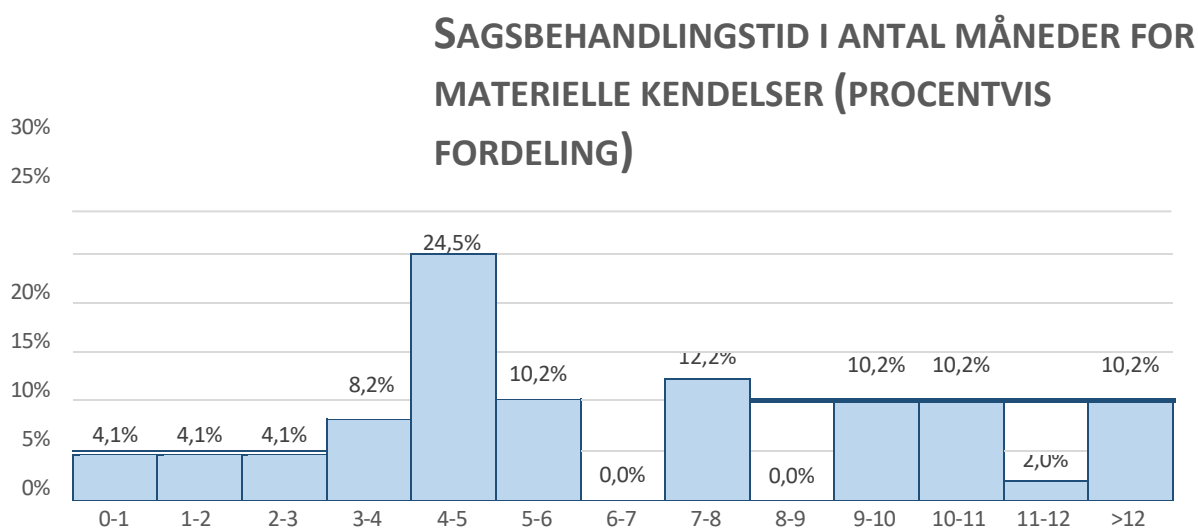


Ca. 23 % af sagerne er i 2021 afsluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen mod 27 % i 2019 og ca. 32 % i 2020. Ca. 37 % af sagerne er i 2021 sluttet i løbet af de første to måneder efter klagens modtagelse mod ca. 48 % i 2019 og ca. 54 % i 2020. Det fremgår videre, at 46 % af alle modtagne sager i 2021 blev sluttet i løbet af tre måneder mod ca. 56 % i 2019 og ca. 63 % i 2020. I opgørelsen for 2021 indgår bl.a. 30 sager, hvor klagen er tilbagekaldt. I ca. en tredjedel af disse sager er klagen tilbagekaldt som følge af klagenævnets "fumus-kendelse", hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt. Det ses endvidere, at ca. 75 % af sagerne i 2021 blev sluttet i løbet af fem-seks måneder efter klagens modtagelse mod ca. 84 % i 2019 og 80 % i 2020, og at ca. 93 % af sagerne færdigbehandles i løbet af ni-ti måneder mod ca. 97 % i 2019 og ca. 94 % i 2020.

Klagenævnet har således ikke generelt lange sagsbehandlingstider, men afslutter en væsentlig andel af sagerne efter en sagsbehandlingstid, der under hensyn til sagernes omfang, deres faktiske og juridiske kompleksitet og de ofte overordentligt store værdier må betegnes som kort.

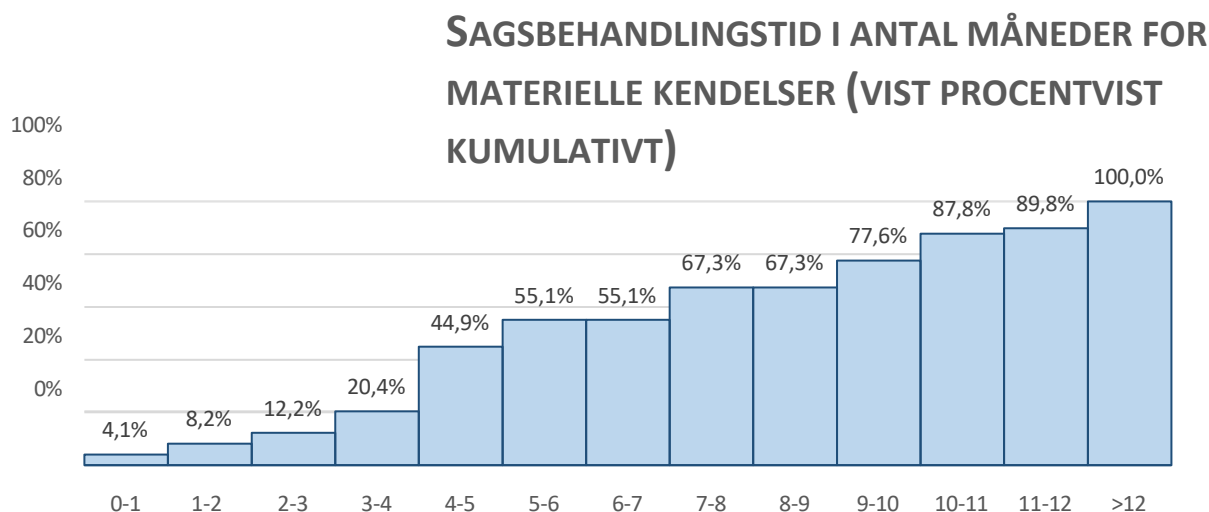
6.8 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2021 opgjort den procentvise andel af alle materielle kendelser, der afsluttes med en sagsbehandlingstid på 0-1 måneder, 1-2 måneder, 2-3 måneder osv. og med en sagsbehandlingstid på mere end 12 måneder.



6.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist procentvist kumulativt)

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for materielle kendelser i 2021 vist procentvist kumulativt.



Tabellen viser, at der i 2021 var afsagt materiel kendelse i ca. 20 % af de sager, hvori en sådan kendelse blev afsagt, i løbet af tre-fire måneder mod 37 % i 2019 og ca. 41 % i 2020. I 2021 var der endvidere afsagt materiel kendelse i ca. 55 % af sagerne i løbet af fem-seks måneder mod ca. 67 % i 2019 og 50 % i 2020. Videre ses det, at der i 2021 efter syv-otte måneder var afsagt materiel kendelse i ca. 67 % af sagerne mod 87 % i 2019 og ca. 77 % i 2020. De resterende 33 % (2019: 13 % og 2020: 23 %) af sagerne, hvis sagsbehandlingstid strakte sig over længere tid, hører erfaringsmæssigt til i kategorien af særligt store og juridisk/teknisk meget komplicerede sager, der nødvendigvis har en længere sagsbehandlingstid. Når der

ses på klagenævnets sagsbehandlingstid for materielle kendelser, er det vigtigt at være opmærksom på, at arbejdet med en sag ofte ikke alene består i at udarbejde en materiel kendelse, men at der undervejs i mange af sagerne også bruges betydelige ressourcer på at træffe afgørelse(r) vedrørende opsættende virkning og aktindsigt efter forvaltningsloven, jf. også ovenfor afsnit 5.2.

7. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET

Klagenævnets udadrettede aktiviteter i 2021 var også dette år som følge af COVID-19-pandemien begrænset set i forhold til årene før pandemien.

Klagenævnets formand Nikolaj Aarø-Hansen og næstformand Katja Høegh holdt den 8. februar 2021 oplæg ved JUC Udbudskonference, der foregik virtuelt, hvor nævnets sekretariat deltog.

Klagenævnet og nævnets sekretariat deltog den 29. juni 2021 i et virtuelt møde i Network of first instance procurement review bodies, arrangeret af EU-Kommissionen.

Klagenævnets formand Nikolaj Aarø-Hansen og næstformand Kirsten Thorup holdt oplæg ved JUC Udbudskonference den 17. november 2021, der denne gang blev afholdt fysisk. Nævnets sekretariat deltog også på konferencen.