

Klagenævnet for Udbud

Årsberetning 2022

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 8. februar 2022 og kendelse af 20. juni 2022, Atea A/S mod Udenrigsministeriet	17
Kendelse af 21. juni 2022, Inlead ApS mod Det Digitale Folkebibliotek.....	19
Kendelse af 16. september 2022, Electrolux Professional A/S mod Alabu Bolig	21
Kendelse af 26. september 2022, Borch Teknik A/S mod DR.....	21
Kendelse af 28. november 2022, Grandt Defense ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI")	23
Kendelse af 29. november 2022, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel - og Indkøbsstyrelse	24
2.2.2 Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse.....	25
Kendelse af 4. maj 2022, Koss ApS mod Indkøbsfællesskabet IFIRS	25
Delkendelse af 25. maj 2022, Aktieselskabet Carl Christensen mod Rigspolitiet.....	26
Kendelse af 27. juli 2022, Edora A/S mod Københavns Kommune og Aalborg Kommune	27
2.2.3 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel	28
Delkendelse af 12. januar 2022, Norsk Luftambulans AS mod Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden.....	28
Delkendelse af 23. februar 2022, Capio A/S mod Region Midtjylland	29
Delkendelse af 20. april 2022, Umove Vest A/S mod Nordjyllands Trafikselskab.....	31
Delkendelse af 6. juli 2022, Assemble A/S mod Herning Kommune og Holstebro Kommune.....	32
Kendelse af 18. juli 2022, Dräger Danmark A/S mod Region Sjælland, Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Syddanmark og Region Hovedstaden.....	33
Kendelse af 27. juli 2022, Edora A/S mod Københavns Kommune og Aalborg Kommune	34

2.2.4 Rameaftaler	34
Kendelse af 5. maj 2022, Peab Asfalt A/S mod Øresundsbro Konsortiet I/S.....	34
Kendelse af 24. maj 2022, Netcompany A/S mod Arbejdstilsynet	35
2.2.5 Klagenævnsloven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner	36
Kendelse af 28. januar 2022, Steelco Nordic A/S mod Region Sjælland	36
Kendelse af 10. februar 2022, Assemble A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune	37
Delkendelse af 20. april 2022, Umove Vest A/S mod Nordjyllands Trafikselskab.....	38
Kendelse af 18. maj 2022, Assemble A/S mod Lejre Kommune	38
Kendelse af 21. juni 2022, Inlead ApS mod Det Digitale Folkebibliotek.....	39
Kendelse af 16. september 2022, Electrolux Professional A/S mod Alabu Bolig	39
Kendelse af 22. september 2022, Filial af Trend Micro Emea Limited mod Region Hovedstaden	39
Erstatningskendelse af 13. december 2022, Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik	40
2.2.6 Udelukkelsesgrunde.....	41
Kendelse af 24. oktober 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Herlev Kommune	41
Delkendelse af 27. oktober 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Frederiksberg Kommune.....	42
2.2.7 Udbud med forhandling.....	43
Kendelse af 7. marts 2022, Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S og HRH EL A/S mod Albertslund Kommune	43
3. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER	45
Københavns Byrets dom af 3. marts 2022, G4S Security Services A/S mod Post Danmark A/S, jf. klagenævnets kendelser af 22. januar 2019 og 8. oktober 2020.	45
Retten i Svendborgs dom af 12. maj 2022, FynBus, Midttrafik og Sydtrafik mod Alsvognen I/S, Betina Thomsen og Allan Peter Gramstrup Thomsen, og Retten i Svendborgs dom af 12. maj 2022, FynBus, Midttrafik og Sydtrafik mod Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen, jf. klagenævnets kendelser af 19. maj og 27. oktober 2020 (Årsberetning 2020 s. 16).	45
Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022, Gentofte Kommune mod Eksponent ApS, jf. klagenævnets kendelser af 29. april 2020 og 10. februar 2021 (Årsberetning 2021 s. 35).....	46
Retten i Glostrups dom af 9. december 2022, Ringkøbing-Skjern Kommune mod De Forenede Dampvaskerier A/S, jf. klagenævnets kendelser af 15. maj og 17. december 2020.	46
4. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2022	48
4.1 Indkomne klager	48
4.2 Standstill-sager og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning	49
4.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde	49
4.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf.....	50
4.5 Afsagte erstatningskendelser.....	52
4.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	52
4.7 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist som procentvis fordeling)	53

4.8 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt).....	54
4.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling)	55
4.10 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist procentvist kumulativt).....	55
5. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET	57

FORORD

Klagenævnet for Udbud udgiver hermed sin tiende 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 2022, som må anses for principielle eller i øvrigt af særlig interesse. En del af kendelserne vedrører 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 klagenævnets endelige afgørelser om opsættende virkning og om aktindsigt.

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

Kapitel 4 indeholder statistiske oplysninger om klagenævnets virksomhed og kommentarer hertil. I 2022 modtog klagenævnet 100 klager, hvilket næsten er på niveau med antallet modtaget i 2016-2018 og lidt over antallet modtaget i 2021. Ved nævnets afgørelser blev der i 2022 givet klageren helt eller delvist medhold i ca. 36 % af tilfældene, hvilket er en højere medholdsprocent end for 2020, men næsten på niveau med 2021. Hertil kommer, at klagenævnet i ca. 24 % 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.

Kapitel 5 indeholder en beskrivelse af klagenævnets øvrige aktiviteter i årets løb.

Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid steg i 2022 til 7 måneder mod 6 måneder i 2021.

Jakob O. Ebbensgaard, formand

Viborg, juli 2023

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 (klagenævnsløven), jf. lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016, der er ændret ved lov nr. 884 af 21. juni 2022, og som 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 genudpegnings.

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 2022 sammensat af følgende dommere:

Formand for Klagenævnet for Udbud:

Landsdommer Nikolaj Aarø-Hansen (til den 14. august 2022)

Landsdommer Jakob O. Ebbensgaard (udnævnt som formand pr. 15. august 2022)

Klagenævnets øvrige formandskab:

- Fhv. landsdommer Kirsten Thorup
- Landsdommer, ph.d. Michael Ellehauge
- Fhv. dommer Niels Feilberg Jørgensen
- Landsdommer Erik P. Bentzen
- Dommer Jesper Stage Thusholt
- Dommer Charlotte Hove Lasthein (til den 21. februar 2022)
- Landsdommer Jesper Jarnit
- Dommer Mette Langborg
- Dommer Morten Juul Nielsen (fra den 22. februar 2022)

Klagenævnets sagkyndige medlemmer var i 2022:

- Senior Director Pernille Hollerup
- Videnspartner Jan Eske Schmidt
- Juridisk konsulent Lene Ravnholt
- Chefjurist Preben Dahl
- Advokat Stephan Falsner
- 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
- Professor Carina Risvig Hamer
- Servicechef Trine Kronbøl
- Advokat Mikael Kenno Fogde
- Salgschef Rikke Fog Bach
- Chefkonsulent Louise Kirkegaard Folling
- Advokat, chefkonsulent Torkil Schrøder-Hansen
- Professor Michael Steinicke
- Chefkonsulent Christian Lund Hansen

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 2022 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 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 2022 af følgende medarbejdere:

- Specialkonsulent, cand.merc.jur. Maiken Nielsen
- Specialkonsulent, cand.jur. Tanja Bøtker Lindgren (orlov fra den 8. april 2022)
- Specialkonsulent, cand.jur. Mona Rosenlund (til den 13. marts 2022)
- Fuldmægtig, cand. jur. Julie Dybdahl Barrett (fra maj til september 2022)
- Fuldmægtig, cand.merc.jur. Louise Dissing Jensen (fra den 15. november 2022)
- Fuldmægtig, cand.merc.jur. Stine Loftager Rasmussen (fra den 1. december 2022)
- Kontorfuldmægtig Heidi Thorsen
- Overassistent Katrine Kirkegaard Gade (fra den 16. marts 2022)
- Kontorelev Nadia Reichenbach Bodentien (fra den 1. juli 2022)

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 2022 skete dette således kun i 3 ud af 42 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 2022 på 7 måneder, hvortil bl.a. kommer, at en meget stor del – ca. 59 % – 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 4.

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 2022 har klagenævnet i tre tilfælde tillagt en klage opsættende virkning: Ved afgørelse af 25. maj 2022, HCS A/S Transport & Spedition mod Bornholms Regionskommune og Bornholms Affaldssortering (BOFA), ved afgørelse af 1. juni 2022, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, og ved afgørelse af 6. oktober 2022, Tunstall A/S mod Frederikssund Kommune.

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 2022 afsagt tre af sådanne kendelser: Kendelse af 22. marts 2022, Indra Sistemas, S.A. mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, kendelse af 17. juni 2022, Grandt Defense ApS mod Rigspolitiet, og kendelse af 16. september 2022, Electrolux Professional A/S mod Alabu Bolig. Kendelsen af 16. september 2022 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/eller
- pålægge ordregiveren en alternativ sanktion
- indgive politianmeldelse med henblik på bødestraf
- pålægge ordregiveren at betale erstatning

Blandt disse sanktioner er "uden virkning" i kombination med reglerne om alternative sanktioner/indgivelse af politianmeldelse 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 klagenævnens § 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 klagenævnens § 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 16. september 2022, Electrolux Professional A/S mod Alabu Bolig (omtalt i årsberetningens kapitel 2), hvor klagenævnet indgav politianmeldelse.

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

1.5 Nævns- og formandsafgørelser

Reglerne om klagenævnets sammensætning i den enkelte sag findes i klagenævnens § 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 2022 er der afsagt kendelse med en sådan udvidet besætning i fem sager, nemlig kendelse af 7. marts 2022, (tre sambehandlede sager) Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S og HRH EL A/S mod Albertslund Kommune, kendelse af 28. november 2022, Grandt Defense ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, og kendelse af 29. november 2022, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse. Kendelserne er omtalt i årsberetningens kapitel 2.

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. Et sagkyndigt medlem medvirker altid ved afgørelser, hvor en kontrakt anses for uden virkning, eller hvor alternative sanktioner anvendes.

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.klfu.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 skal undtages fra aktindsigt.

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, og kendelse af 22. juni 2021, Pro Medical Covid-19 Test ApS mod Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden.

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. Dette var f.eks. tilfældet i klagenævnets kendelse af 24. oktober 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Herlev Kommune, hvor en potentiel tilbudsgiver ikke fandtes at have retlig interesse, da virksomheden var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 (nu nr. 4). Kendelsen er nærmere omtalt i årsberetningens kapitel 2. 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 (intervenere) 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 årsberetningen for 2021, 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 2022 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 årsberetningen for 2021, 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 årsberetningen for 2021, kapitel 2).

Som anført under afsnit 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 klagenævnsloven 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 2022 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. Endvidere offentliggøres delkendelser vedrørende opsættende virkning og aktindsigtsafgørelser, hvis de har almen interesse. I det følgende omtales en række kendelser fra 2022, 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
- Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel
- Rammeaftaler
- Klagenævnsloven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner
- Udelukkelsesgrunde
- Udbud med forhandling

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 8. februar 2022 og kendelse af 20. juni 2022, Atea A/S mod Udenrigsministeriet

Udenrigsministeriets fejlagtige fortolkning af mindstekrav ved tildelingen og efter kontraktens ikrafttræden ikke anset som en ændring af kontrakten. Efter at klagenævnet havde afsagt kendelse om den rette forståelse af mindstekravet, havde Udenrigsministeriet håndhævet kontrakten i overensstemmelse hermed, og leverandøren havde inden rimelig tid rettet ind efter dette. Ikke uden virkning. Påstand om annullation afvist, da indbragt efter klagefristens udløb.

Sagen angik et begrænset udbud efter udbudsloven af en rammeaftale om kabling og adgangssikring. Fire virksomheder blev prækvalificeret, mens alene to virksomheder, TPA og Atea, afgav tilbud. Kontrakten blev tildelt TPA, hvorefter Atea indgav klage.

Klagen gik på, at ministeriet havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), og § 178, stk. 1, jf. stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 72, stk. 4 og 5), ved at frafalde et mindstekrav og grundlæggende element om, at

leverandøren i hele rammeaftalens løbetid skulle være certificeret el-installatør, certificeret TVO-installatørvirksomhed registeret hos F&P og certificeret AIA-installatørvirksomhed registeret hos F&P. Der var endvidere tvist om forståelsen af mindstekravet.

Atea nedlagde tillige påstand om uden virkning. Synspunktet var, at ministeriet ved ikke at håndhæve mindstekravet havde frafaldet dette, hvorfor ændringsreglerne fandt anvendelse.

Klagenævnet udtalte, at det klart og utvetydigt var fastsat som mindstekrav, at leverandøren i hele rammeaftalens løbetid selv (og altså ikke blot en underleverandør) skulle være certificeret som nævnt. Det forhold, at Udenrigsministeriet havde haft en anden forståelse og fandt kravet uhensigtsmæssigt, ændrede ikke herved, jf. også EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i C-336/12, Manova, hvorefter det "påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat." Mindstekravet kunne således ikke opfyldes ved, at alene underleverandør(er) opfyldte certificeringskravene.

I relation til spørgsmålet om uden virkning udtalte klagenævnet:

"Ikke enhver tvist vedrørende forståelsen af et mindstekrav, som ikke falder ud til ordregiverens fordel, indebærer, at mindstekravet kan anses for ændret eller frafaldet.

I det foreliggende tilfælde har Udenrigsministeriet anvendt udbudsbetingelserne forkert i en situation, hvor der mellem Atea A/S og ministeriet har været en reel tvist om forståelsen og anvendelsen af mindstekravet, herunder også i lyset af den kontekst, som mindstekravet indgår i.

Derimod kan det ikke lægges til grund, at Udenrigsministeriet på nuværende tidspunkt har frafaldet mindstekravet og dermed ændret udbudsbetingelserne. ..."

Der er tale om en principiel udtalelse fra klagenævnet, som bidrager til at afgrænse anvendelsesområdet for ændringsreglerne og i den forbindelse også reglerne om uden virkning.

Klagenævnet erklærede på den anførte baggrund ikke kontrakten for uden virkning og pålagde heller ikke en alternativ sanktion. Der var ikke nedlagt påstand om annullation af tildelingsbeslutningen. Klagenævnet kunne derfor ikke træffe bestemmelse om annullation, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 1, 2. pkt., med den virkning, at kontrakten skulle bringes til ophør, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

Herefter udtalte klagenævnet:

"Imidlertid har klagenævnet nu fastslået, hvorledes mindstekravet om certificering af leverandøren skal forstås.

Hvis Udenrigsministeriet herefter måtte undlade at håndhæve mindstekravet i overensstemmelse med, hvordan det rettelig skal forstås, vil dette efter omstændighederne kunne indebære, at ministeriet må anses for at have frafaldet kravet og dermed foretaget en ændring omfattet af udbudslovens § 178 (direktiv 2014/24/EU artikel 72, stk. 4 og 5)."

Atea indgav efterfølgende på ny klage over Udenrigsministeriet. Atea anførte i det væsentlige, at ministeriet havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), og § 178, stk. 1, jf. § 178, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 72, stk.

4 og 5), ved ikke at håndhæve det pågældende mindstekrav, og at klagenævnet derfor skulle erklære kontrakten for uden virkning og pålægge en alternativ sanktion, subsidiært annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtalte, at det ikke følger af den første kendelse i sagen, at ministeriet var forpligtet til at bringe rammeaftalen til ophør, idet klagenævnet hverken traf bestemmelse om uden virkning eller om annullation. Klagenævnet skulle derfor tage stilling til, om Udenrigsministeriet i tiden efter klagenævnets første kendelse havde handlet i strid med udbudsloven ved ikke at håndhæve mindstekravet og derved havde ændret/frafaldet dette.

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at antage, at Udenrigsministeriet havde ændret eller frafaldet mindstekravet om certificering. Derimod måtte det lægges til grund, at Udenrigsministeriet havde fastholdt mindstekravet, idet ministeriet umiddelbart efter klagenævnets kendelse håndhævede kravet over for leverandøren TPA. Klagenævnet fandt efter en samlet vurdering, herunder af karakteren og omfanget af de nødvendige certificeringer og behovet for ekstern audit, at mindstekravet inden for rimelig tid blev opfyldt af leverandøren.

Atea valgte i forbindelse med den første klage ikke at nedlægge påstand om annullation. Da klage nr. 2 med påstand om annullation af tildelingsbeslutningen først var indgivet mere end 6 måneder efter meddelelsen om tildelingen, blev påstanden afvist, jf. klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 3.

Kendelse af 21. juni 2022, Inlead ApS mod Det Digitale Folkebibliotek

En direkte tildeling blev ikke erklæret for uden virkning, idet 1) Det Digitale Folkebibliotek forinden kontraktindgåelsen havde offentliggjort en profylaksebekendtgørelse, 2) der ikke inden fristen var fremkommet indsigelser, og 3) Det Digitale Folkebibliotek havde udvist den fornødne omhu ved vurderingen af, om betingelserne for direkte tildeling var opfyldt. Vurderingen af, om Det Digitale Folkebibliotek havde udvist den fornødne omhu, skulle foretages på baggrund af en vurdering af sagens samlede omstændigheder, hvori også indgik kontraktens genstand, herunder kompleksiteten i den tjenesteydelse, der indgås kontrakt om, og kontraktens mindre værdi. Klagenævnet annullerede efterfølgende tildelingsbeslutningen, idet betingelserne for direkte tildeling ikke var til stede. Det forhold, at betingelserne for direkte tildeling ikke var opfyldt, medførte ikke i sig selv, at Det Digitale Folkebibliotek ikke havde udvist fornøden omhu ved vurderingen af, om betingelserne for direkte tildeling var opfyldt.

Sagen angik en direkte indgået kontrakt om udvikling af en basisplatform som led i en større opgradering af hjemmesideløsningen for alle folkebiblioteker i Danmark og Grønland samt på Færøerne.

Inden kontrakten blev indgået, havde Det Digitale Folkebibliotek indrykket en profylaksebekendtgørelse, hvor Det Digitale Folkebibliotek nærmere begrundede, at der kun kunne være én bestemt leverandør til den påtænkte løsning på grund af manglende konkurrence af tekniske årsager. Det Digitale Folkebibliotek agtede at indgå kontrakt med denne leverandør. Da Det Digitale Folkebibliotek ikke modtog indsigelser inden for fristen i profylaksebekendtgørelsen, indgik Det Digitale Folkebibliotek herefter kontrakt.

Klagenævnet afsagde den 15. oktober 2021 delkendelse i sagen. I delkendelsen udtalte klagenævnet bl.a., at det er ordregiveren, som skal godtgøre, at betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2), for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse

er opfyldt. Såfremt ordregiveren ikke kan godtgøre, at betingelserne for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er opfyldt, skal kontrakten som udgangspunkt erklæres for uden virkning. Ordregiveren har dog i medfør af § 4, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud mulighed for at sikre, at en kontrakt ikke erklæres for uden virkning, hvis 1) ordregiveren forud for kontraktindgåelsen i Den Europæiske Unions Tidende har offentliggjort en bekendtgørelse, hvoraf det fremgår, at ordregiveren agter at indgå kontrakten, 2) kontrakten ikke er indgået inden udløbet af 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort, og 3) ordregiveren finder, at indgåelsen af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende er tilladt i henhold til udbudsloven eller EU-udbudsreglerne.

Betingelse nr. 1) og 2) var opfyldt. Om betingelse nr. 3) udtalte klagenævnet med henvisning til EU-Domstolens dom i sag C-19/13, Fastweb, at det er en betingelse, at ordregiveren ved vurderingen af, at indgåelsen af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende er tilladt, har udvist den fornødne omhu.

Klagenævnet udtalte herefter, at afgørelsen af, om ordregiveren i den konkrete sag havde udvist den fornødne omhu, skulle foretages på baggrund af en vurdering af sagens samlede omstændigheder, hvori også indgår kontraktens genstand, herunder kompleksiteten i den tjenesteydelse, der indgås kontrakt om, og kontraktens mindre værdi.

I den konkrete sag fandt klagenævnet, at Det Digitale Folkebibliotek havde udvist den fornødne omhu, og da Det Digitale Folkebiblioteks vurdering fremgik af profylaksebekendtgørelsen, havde potentielle tilbudsgivere haft tilstrækkelige oplysninger til at kunne vurdere, om der var grundlag for at indgive klage.

Der var på den baggrund ikke udsigt til, at klagenævnet ved sin endelige afgørelse i sagen ville erklære kontrakten for uden virkning. Da der var indgået kontrakt, blev klagen herefter ikke tillagt opsættende virkning.

Inlead fastholdt imidlertid klagen, herunder påstanden om uden virkning.

Ved den endelige kendelse fandt klagenævnet, at Det Digitale Folkebibliotek ikke havde løftet bevisbyrden for, at betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2), for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse var opfyldt. Det Digitale Folkebibliotek havde derfor handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og § 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 4, litra a-c og artikel 13), jf. § 128, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 49), ved at foretage en direkte tildeling af kontrakten, og betingelserne for at annullere tildelingsbeslutningen var derfor opfyldt.

Klagenævnet fandt dog stadig, at Det Digitale Folkebibliotek – på trods af at Det Digitale Folkebiblioteks vurdering var forkert, og at betingelserne for at foretage en direkte tildeling ikke var opfyldt – havde udvist tilstrækkelig omhu ved udarbejdelsen og offentliggørelsen af profylaksebekendtgørelsen. Der var derfor ikke grundlag for at erklære kontrakten for uden virkning. Det forhold, at det nu var fastslået, at Det Digitale Folkebiblioteks vurdering var forkert, og at betingelserne for at foretage en direkte tildeling herefter ikke havde været opfyldt, medførte ikke i sig selv, at Det Digitale Folkebibliotek ikke kunne anses for at have udvist fornøden omhu.

Kendelse af 16. september 2022, Electrolux Professional A/S mod Alabu Bolig

Klage over en almen boligorganisations tildeling uden udbud af kontrakter om vaskeridrift til en samlet værdi over tærskelværdien til 18 afdelinger i boligorganisationen. De enkelte afdelinger blev på grund af boligorganisationens særegne konstruktion anset for decentrale enheder, jf. udbudslovens § 31, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 5, stk. 2). 15 afdelingers anskaffelser oversteg ikke tærskelværdien, mens tre afdelingers anskaffelser gjorde. Uden virkning og politianmeldelse med henblik på alternativ sanktion.

Alabu Bolig er en almen boligorganisation med udbudspligt, jf. udbudslovens § 24, nr. 28 (direktiv 2014/24/EU artikel 2, nr. 1), og med 70 afdelinger i Nordjylland.

Alabu havde tidligere iværksat en udbudslignende proces om overtagelse af alle boligorganisationens vaskerier, men denne proces var blevet annulleret. De anskaffelser, som klagen vedrørte, omhandlede 18 afdelinger, som uden udbud havde indgået en række kontrakter om vaskeridrift underskrevet af Alabus' direktør på tre forskellige datoer. Sammenlagt oversteg kontrakterne tærskelværdien, og tre afdelingers kontrakter oversteg i sig selv tærskelværdien. Disse tre kontrakter blev bragt til ophør foranlediget af klagen.

Electrolux, der gennem den tidligere udbudslignende proces var opmærksom på anskaffelserne, nedlagde påstand om, at den direkte tildeling af de 18 kontrakter, subsidiært de tre kontrakter, var i strid med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og § 6, stk. 1, nr. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 4, litra c), og om annullation af de 18, subsidiært de tre, tildelingsbeslutninger. Desuden nedlagde Electrolux påstand om uden virkning og alternativ sanktion.

Alabu nedlagde påstand om afvisning og erkendte overtrædelsen for så vidt angik de tre afdelinger.

Klagenævnet tog ikke påstanden om afvisning til følge, da Electrolux' påstande vedrørte mulige overtrædelser af udbudslovens afsnit II, som klagenævnet har kompetence til at behandle.

Klagenævnet henviste til klagenævnets kendelse af 25. november 2002, Skousen Husholdningsmaskiner A/S mod Arbejdernes Andels Boligforening, hvor boligorganisationsformen er beskrevet som "en særegen retlig konstruktion", idet de enkelte afdelinger, ikke boligorganisationen, anses for at være udbudsretlig ordregiver. Afdelingerne blev anset for at opfylde betingelserne for at være decentrale enheder omfattet af udbudslovens § 31, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 5, stk. 2), således at værdien af anskaffelserne skulle anslås særskilt for hver afdeling. De påstande, som vedrørte de tre afdelinger, hvis anskaffelser lå over tærskelværdien, blev derfor taget til følge, og disse kontrakter erklæret for uden virkning. I medfør af klagenævnetslovens § 18, stk. 3, indgav klagenævnet politianmeldelse.

Kendelse af 26. september 2022, Borch Teknik A/S mod DR

Direkte tildeling af kontrakt med DR var lovlig, idet betingelserne i udbudslovens § 19 var opfyldt.

Ved profylaksebekendtgørelse af 1. februar 2022 meddelte DR (Danmarks Radio), at DR havde til hensigt at indgå en kontrakt om "Administration Agreement on DTT, FM, AM and DAB", som den 31. januar 2022 var tildelt Cibicom ved en direkte tildeling. Kontrakten afløste den hidtidige administrationsaftale med Cibicom (tidligere Teracom) indgået i 2013.

Borch Teknik klagede over den direkte tildeling og gjorde gældende, at betingelserne i udbudslovens § 19 (direktiv 2014/24/EU artikel 8) for at undlade at udbyde kontrakten ikke var opfyldt.

Klagenævnet udtalte om *retsgrundlaget*, at § 19 (direktiv 2014/24/EU artikel 8) efter loven ikke gælder for offentlige kontrakter, som "... hovedsagelig har til formål at sætte ordregiveren i stand til [1] at stille et offentligt kommunikationsnet til rådighed, [2] drive et sådant net eller [3] levere elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden".

Klagenævnet udtalte videre, at det efter ordlyden og bestemmelsens forarbejder er tilstrækkeligt, at der er tale om en offentlig kontrakt, der hovedsagelig har ét af de tre formål, som er nævnt i bestemmelsen. Der er således ikke tale om kumulative betingelser. Det samme fremgår klart af udbudsdirektivets artikel 8 ("... hovedsagelig har til formål at sætte de ordregivende myndigheder i stand til at stille et offentligt kommunikationsnet til rådighed eller drive et sådant net eller til at levere en eller flere elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden").

Om udbudslovens § 19, 3. led

Klagenævnet udtalte, at det efter § 19, 3. led, er afgørende, om formålet hovedsagelig er at sætte ordregiveren i stand til at levere elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden. Betegnelsen "*Elektroniske kommunikationstjenester*" skal ifølge lovforarbejderne tillægges samme betydning som i rammedirektivet (direktiv 2002/21/EF).

Rammedirektivet er afløst af direktiv 2018/1972/EU. 2018-direktivet indeholder en omarbejdning af rammedirektivet og andre retsakter på området og har i artikel 2, nr. 4, en definition af "elektronisk kommunikationstjeneste". Definitionen omfatter bl.a. tjenester, der udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler som fx transmissionstjenester, der anvendes til levering af maskine-til-maskine-tjenester og til *radio og tv-spredning*.

I definitionen indgår endvidere, at der er tale om en tjeneste, der normalt – men altså ikke kun – ydes mod betaling via elektroniske kommunikationsnet. Sådanne elektroniske kommunikationsnet er bredt defineret i direktivets artikel 2, nr. 1, og i telelovens § 2, nr. 4. Begge definitioner omfatter bl.a. net, som anvendes til *radio- og tv-spredning* samt kabel-tv-net, uanset hvilken type information der overføres.

"Elektronisk kommunikationstjeneste" er tillige bredt defineret i telelovens § 2, nr. 9, således:

"Tjeneste, der helt eller delvis består i elektronisk overføring af kommunikation i form af *lyd, billeder, tekst eller kombinationer heraf ved hjælp af radio- eller telekommunikationsteknik* mellem net-termineringspunkter, herunder både tovejskommunikation og *envejskommunikation*."

Klagenævnets vurdering af den direkte tildeling

Klagenævnet fandt efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger, at den direkte tildelte kontrakt var omfattet af undtagelsen i *udbudslovens § 19, 3. led*, om kontrakter, der hovedsagelig har til formål at sætte ordregiveren i stand til at levere elektroniske kommunikationstjenester til offentligheden. Det pågældende net skulle således utvivlsomt betragtes som et elektronisk kommunikationsnet i overensstemmelse med definitionen i artikel 2, nr. 1, i direktiv 2018/1972/EU, og i telelovens § 2, nr. 4.

Klagenævnet lagde endvidere vægt på, at administrationsaftalen angik net til brug for DTT, FM, AM og DAB. Det måtte lægges til grund, at ydelserne i kontrakten skulle sætte DR i stand til at levere radio og tv til offentligheden.

Det ændrede ikke herved, at der ikke var almindelig adgang for andre aktører, der leverer radio og tv m.v., til at få udbudt tjenester på det pågældende net (input-siden), hvilket var et centralt punkt i sagen.

At DR i 2012 udbød den igangværende tilsvarende kontrakt ved et begrænset udbud kunne ikke føre til et andet resultat.

Allerede fordi betingelserne i udbudslovens § 19, 3. led, var opfyldt, var DR berettiget til at tildele kontrakten ved en direkte tildeling. Klagenævnet tilføjede dog, at § 19, 1. og 2. led, omfatter offentlige kontrakter, som "hovedsagelig har til formål at sætte ordregiveren i stand til at stille et offentligt kommunikationsnet til rådighed [eller] drive et sådant net".

Lovbemærkningerne til telelovens § 2, nr. 10, (definitionen af offentlig elektronisk kommunikationstjeneste) underbyggede efter klagenævnets opfattelse klart, at betingelserne i udbudslovens § 19 var opfyldt. Af lovbemærkningerne (lovforslag 2020/21 L42) fremgik således, at "... det afgørende element, for om et elektronisk kommunikationsnet betragtes som et offentligt elektronisk kommunikationsnet, vil være, om nettet eller de tjenester, der overføres på nettet, udbydes til en på forhånd ikke afgrænset kreds af slutbrugere eller udbydere af elektroniske kommunikationsnet".

Kendelse af 28. november 2022, Grandt Defense ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI")

FMI havde i en profylaksebekendtgørelse tilkendegivet at ville indgå rammeaftaler med den eksisterende leverandør om efterfølgende leverancer af et militært udstyr (ballistiske beskyttelsesvestsystemer) med reservedele og service, og at rammeaftalerne ville blive indgået uden udbud i medfør af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, nr. 1, litra e. Betingelserne for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse var opfyldt.

I 2012 indgik FMI uden udbud aftale med en amerikansk leverandør om levering af et system for ballistiske beskyttelsesveste (skudsikre veste med en kompliceret og avanceret opbygning). Systemet undergik derefter forskellige ændringer og tilpasninger, og i 2018 lod FMI aftalen afløse af en syv-årig rammeaftale med leverandøren. Da der imidlertid opstod behov for nye tilpasninger og for supplerende med forskelligt tilbehør, meddelte FMI i en profylaksebekendtgørelse, at man ved udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse agtede at indgå en 10-årig rammeaftale om levering af systemer for ballistiske beskyttelsesveste og en 10-årig rammeaftale med option på forlængelse i syv år om levering af reservedele og services hertil med leverandøren. Værdien af de to rammeaftaler var anslået til mellem 850 mio. og ca. 1,2 mia. kr.

Twisten mellem Grandt Defense, der er en virksomhed, som selv leverer militært udstyr, og FMI handlede om, hvorvidt betingelserne for at indgå rammeaftalerne uden udbud var opfyldt.

Klagenævnet udtalte bl.a., at FMI ikke ved de indgåede rammeaftaler havde udfaset det eksisterende beskyttelsesvestsystem, og at rammeaftalerne derfor var udtryk for supplerende indkøb. Der var heller ikke grundlag for at tilsidesætte FMI's oplysning om, at det var afgørende, at soldaterne kun havde ét

beskyttelsesvestsystem at forholde sig til, og at FMI ved indkøb af nye og anderledes beskyttelsesvestsystemer ville have omstillingsomkostninger eller værdispild svarende til 500 mio. kr. Selv hvis der måtte være andre leverandører, der vil kunne levere kompatible dele til den nuværende leverandørs patenterede dele, ville det medføre, at FMI ikke ville kunne holde én leverandør ansvarlig for det samlede ballistiske beskyttelsesvestsystem. Klagenævnet fandt, at det, under hensyn til indkøbets personsikkerhedsmæssige karakter, var et sagligt krav.

FMI havde derfor løftet bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder i undtagelsesbestemmelsen i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra e, forelå, og betingelserne for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse var opfyldt.

Grandt Defenses påstande om, at klagenævnet skulle fastslå, at de anførte betingelser ikke var opfyldt, og om annullation, blev derfor ikke taget til følge.

Kendelsen er indbragt for domstolene.

Kendelse af 29. november 2022, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel - og Indkøbsstyrelse

Forsvarsministeriets Materiel - og Indkøbsstyrelse (FMI) indrykkede en profylaksebekendtgørelse i EU-Tidende om, at FMI ville indlede forhandlinger med et dansk konsortium om levering og vedligeholdelse af nogle skibe til Søværnet uden udbud i medfør af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b. Et dansk skibsværft klagede derefter til klagenævnet over, at der i strid med EU-rettens grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed ikke var foretaget tilstrækkelig konkurrenceudsættelse. Klagenævnet tog ikke klagen til følge.

Sagen angik, om indkøb og vedligeholdelse af patruljeskibe til Søværnet kunne ske uden udbud i medfør af undtagelsesbestemmelsen i EUF-traktatens artikel 346, stk. 1, litra b, om beskyttelse af væsentlige sikkerhedsinteresser.

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

Efter at have foretaget forskellige markedsundersøgelser offentliggjorde FMI den 29. april 2022 en profylaksebekendtgørelse om, at FMI ønskede at anskaffe et antal patruljeskibe og i den forbindelse ville optage forhandlinger med et konsortium, Danske Patruljeskibe K/S, om at udfylde rollen som national leverandør heraf. FMI meddelte samtidig, at det var vurderingen, at der ikke fandtes et rimeligt alternativ til Danske Patruljeskibe K/S, og at den direkte tildeling havde hjemmel i TEUF artikel 346. FMI henviste til, at formålet var at sikre vedligeholdelsen af danske kompetencer til opgaver, som har en særlig strategisk vigtig betydning for Danmark.

I konsortiet indgik bl.a. virksomheden Terma A/S, som ubestridt er den eneste danske integrator af våben og øvrige systemer. I konsortiet indgik ikke et værft.

Det var under sagen ubestridt, at patruljeskibene havde karakter af krigsmateriel, at fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål, ikke ville blive påvirket af indkøbet, og at væsentlige sikkerhedsinteresser nødvendiggjorde nationalitetsdiskrimination.

Fayard A/S, som klagede over FMI's beslutning, havde et hovedsynspunkt om (påstand 1), at formålet med at undtage kontrakten fra udbud ikke ville blive opfyldt ved indgåelse af en kontakt med en leverandør, som ikke inkluderede værftskapacitet, og at kontrakten derfor ikke kunne indgås uden udbud. Fayard A/S havde subsidiært et synspunkt om (påstand 2 og 3), at det ikke var nødvendigt at indgå en totalleverandørkontrakt om leverancen, og at FMI – ved at fastholde dette frem for at opdele kontrakten – kunstigt indsnævrede konkurrencen og i øvrigt gik videre end nødvendigt for at beskytte væsentlige sikkerhedsinteresser.

FMI gjorde omvendt gældende, at undtagelsesbestemmelsen i traktaten var anvendt med rette.

Klagenævnet gav FMI medhold i, at det var med rette, at undtagelsesbestemmelsen i traktaten var anvendt.

Klagenævnet udtalte, at der ikke var grundlag for at anfægte FMI's vurdering af, at der reelt alene var én dansk leverandør, og at formålet om beskyttelse af nationale sikkerhedsinteresser kunne opfyldes, også selvom dele af kontrakten skulle udføres af underleverandører, idet overholdelse af nationale sikkerhedsinteresser ville kunne sikres i kontraktgrundlagets krav til underleverandørerne.

Klagenævnet udtalte videre, at det ikke kunne anses for en kunstig indsnævring af konkurrencen, at FMI sagligt havde vurderet, at aftalen skulle indgås som en totalleverandørkontrakt, uagtet at dette medførte, at der reelt kun var én mulig leverandør.

Klagenævnet udtalte endeligt, at den manglende nationale konkurrenceudsættelse ikke var i strid med de grundlæggende EU-principper om gennemsigtighed og ligebehandling, idet et indkøb, der er undtaget udbud med henvisning til TEUF artikel 346, falder helt uden for traktatens anvendelsesområde.

Klagenævnet havde ved en kendelse af 13. juni 2022 truffet afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om fumus ikke var opfyldt.

Klagenævnet har tidligere behandlet klager over anvendelse af TEUF artikel 346, jf. kendelse af 16. februar 2009, SAAB Danmark A/S mod Forsvarets Materieltjeneste, og kendelse af 20. december 2013, Augusta Westland Limited mod Forsvarets Materieltjeneste.

Fayard A/S fik således ikke medhold i nogen del af klagen.

2.2.2 Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse

Kendelse af 4. maj 2022, Koss ApS mod Indkøbsfællesskabet IFIRS

Sagen angik et udbud af en 2-årig aftale om levering af undervisningsmaterialer til frisøruddannelsen.

Koss ApS, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde bl.a. gældende, at det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, om prisen på kurser skulle indgå i evalueringen. Klagenævnet bemærkede, at det fremgik klart af udbudsbetingelsernes kvalitative delkriterium, at prisen på "kurser og serviceydelser" skulle indgå i evalueringen.

Koss gjorde endvidere gældende, at IFIRS skulle have besvaret et spørgsmål fra Koss stillet inden tilbudsfristens udløb om, hvorledes udtrykket "tilbudssum" i udbudsbetingelserne skulle forstås. Koss opdagede den 29. april 2021 en fejl i udbudsbetingelserne, idet der i disse var anført "gennemsnitlig

tilbudssum”, ”tilbudssum” og ”vægtede tilbudssum” uden en nærmere beskrivelse af, hvad begreberne omfattede, og hvorledes de blev beregnet. Fristen for meddelelse af supplerende oplysninger udløb den 28. april 2021.

Klagenævnet bemærkede, at spørgsmålet var stillet senere end 6 dage før udløbet af fristen for afgivelse af tilbud. Klagenævnet fastslog, at det af vejledningen vedrørende evaluering fremgik, at denne ville finde sted efter en nærmere beskrevet metode, hvorefter der for hver tilbudsgiver blev udregnet ”Tilbudsgivers samlede evalueringspris”. Klagenævnet fandt, at det ”for en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver [måtte] have stået klart, hvad der i udbudsbetingelsernes pkt. 7.3.2 mentes med begrebet ”tilbudssum”, og klagenævnet fandt efter en gennemgang af forarbejderne til udbudslovens § 134 (direktiv 2014/24/EU artikel 53, stk. 2, 1. pkt.) ikke grundlag for, at IFIRS i den konkrete situation var forpligtet til at meddele Koss supplerende oplysninger med den konsekvens, at IFIRS skulle forlænge enten ansøgningsfristen eller tilbudsfristen.

Delkendelse af 25. maj 2022, Aktieselskabet Carl Christensen mod Rigspolitiet

Sagen angik Rigspolitiets udbud af 32 rammeaftaler om værkstedsydelser. Delrammeaftalerne var opdelt efter geografi og køretøjsmærke. Sagen angik særligt, om nogle mindstekrav til teknisk og faglig formåen var opfyldt af Aktieselskabet Carl Christensen, og om nogle mindstekrav til den udbudte tjenesteydelse var saglige og proportionelle.

Aktieselskabet påberåbte sig bl.a. at mindstekravene til den udbudte ydelse var i strid med udbudslovens § 40, stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 2), hvorefter de tekniske specifikationer, som ordregiveren fastsætter, skal give økonomiske aktører lige adgang til udbuddet og ikke må bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence.

Bestemmelsen i udbudslovens § 40, stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 2), er ikke til hinder for, at en ordregiver kan fastsætte de tekniske specifikationer, således at det alene er visse økonomiske aktører, der vil kunne afgive tilbud under udbuddet. Det forudsætter blot, at disse krav og specifikationer er saglige, proportionelle og begrundede i ordregiverens behov.

Kendelsen af 25. maj 2022 er en fumus-kendelse om, at Rigspolitiet for tre af de seks mindstekrav til ydelsen ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at kravene var lovlige, og at der derfor var udsigt til, at udbuddet ville blive annulleret. På grund af manglende uopsættelighed blev klagen dog ikke tillagt opsættende virkning.

Mindstekravene til ydelsen havde alle relation til forholdet mellem autoværksteder, der er autoriserede af en køretøjsfabrikant, og autoværksteder, der ikke er det. Dette er i vidt omfang EU-reguleret. Reguleringen har til formål at gøre de ikke-autoriserede værksteder til ligeværdige konkurrenter med de autoriserede værksteder.

Udbuddet angik almindelige værkstedsydelser på gængse bilmærker. I tre af mindstekravene var der stillet krav om anvendelse af ”køretøjsproducentens værktøj” mv. og krav om anvendelse af originale reservedele. Kravene angik alle test-, kalibrerings- og diagnoseværktøjer og alle reservedele uden nærmere afgrænsning og uden mulighed for at anvende andet tilsvarende. Det blev på et spørgsmål under udbuddet oplyst, at der ikke ville kunne anvendes værktøj fra andre end køretøjsproducenten og uoriginale reservedele, selv hvis dette kunne ske uden, at Rigspolitiet blev stillet dårligere kvalitets- eller garantimæssigt.

For de tre mindstekrav fandt klagenævnet på det foreløbige grundlag, der forelå, at Rigspolitiet ikke havde løftet bevisbyrden for, at der havde foreligget saglige og proportionale grunde for at fastsætte mindstekravene som sket.

I klagenævnets vurdering af, om bevisbyrden var løftet, indgik bl.a., at der i et tidligere tilsvarende udbud ikke havde været fastsat tilsvarende mindstekrav, og at der i dette tidligere udbud var modtaget en del konditionsmæssige tilbud, mens der i det konkrete udbud var væsentlig færre konditionsmæssige tilbud, og på nogle delaftaler endog slet ingen konditionsmæssige tilbud. I vurderingen indgik tillige, at de – saglige – behov, som Rigspolitiet havde henvist til som begrundelse for kravene, ikke godtgjorde, at det var nødvendigt at stille kravene som sket.

Klagen over de tre øvrige mindstekrav blev ikke taget til følge, da klagenævnet bl.a. under henvisning til den EU-retlige regulering af uautoriserede værksteder konkret fandt, at de var saglige og proportionale.

Kendelse af 27. juli 2022, Edora A/S mod Københavns Kommune og Aalborg Kommune

Kommunerne havde truffet tilstrækkelige foranstaltninger med henblik på at udligne de fordele, en anden tilbudsgiver havde som hidtidig leverandør af det it-system, der skulle integreres til. En ensidigt indhentet erklæring havde ikke en sådan klarhed og bevismæssig betydning, at den kunne føre til et andet resultat. Ikke holdepunkter for, at der ved evalueringen skulle ske afrunding af pointtal, der var tildelt efter underkriterierne. En sådan afrunding ville også kunne føre til skævvridning af evalueringen og dermed et forkert resultat.

Sagen angik udbud af en kontrakt om levering af en borgerbookingløsning. Borgerbooking er et selvbetjeningstilbud til borgere, der modtager ydelser fra kommunerne. Edora og Systematic afgav tilbud, og den 23. april 2021 tildelte kommunerne kontrakten til Systematic.

Edora klagede med påstand om, at kommunerne havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved ikke at behandle tilbudsgiverne lige (påstand 1) og ved ikke at have fulgt den fastlagte procedure ved evalueringen (påstand 2).

Påstand 1 angik nærmere, om kommunerne havde gjort tilstrækkelig for at udligne de fordele, Systematic havde som leverandør til kommunerne af it-systemet Cura, som borgerbookingløsningen skulle integreres med.

Klagenævnet henviste til delkendelsen i sagen og udtalte, at udbudsbetingelserne indeholdt en beskrivelse af snitflade til integration til Cura, som skulle lægges til grund af tilbudsgiverne, uanset om Cura måtte blive opgraderet i tilbudsfasen.

Edora havde i forbindelse med tilbudsgivningen haft problemer med et såkaldt sandkassemiljø vedrørende Cura, som Systematic havde stillet til rådighed. Klagenævnet fandt imidlertid, at det ikke skyldtes kommunernes forhold, at Edora i en periode ikke havde adgang til Cura. Edora havde ikke anmodet om adgang til sandkassemiljøet ved brug af fremgangsmåden i udbudsmaterialet, selvom dette var nærliggende. Virksomheden måtte selv bære risikoen for eventuelle negative følger heraf, og dette gjaldt, uanset om adgangen måtte anses for nødvendig eller blot hensigtsmæssig ved udarbejdelsen af tilbud.

Det var klagenævnets samlede vurdering, at kommunerne havde truffet tilstrækkelige foranstaltninger med henblik på at udligne de fordele, Systematic havde som leverandør af Cura, hvorved klagenævnet henviste til Rettens dom af 28. juni 2018 i sag T-211/17, Amplexor Luxembourg Sarl mod Kommissionen, præmis 37 og 38, og Rettens dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, præmis 76.

Edora havde fremlagt en erklæring af 4. oktober 2021 fra Force Technology. Erklæringen var ensidigt indhentet. Klagenævnet fandt, at erklæringen ikke havde en sådan klarhed og bevismæssig betydning, at den kunne føre til et andet resultat. Afgørelsen herom illustrerer, at der for klagenævnet kan fremlægges tekniske erklæringer, men viser også, at bevisværdien afhænger af, hvordan erklæringen er fremkommet, herunder om begge parter eller kun den ene part har deltaget i indhentelsen af erklæringen. Herudover beror bevisværdien på en konkret vurdering, herunder på erklæringens indhold og præcisionsgrad.

Påstand 2 angik spørgsmålet, om det i udbudsbetingelserne var fastsat, at der ved evalueringen alene skulle anvendes hele tal, og om tildelte pointtal med decimaler skulle afrundes til hele tal. Edora anførte, at den vægtede score for Kvalitet skulle have været nedrundet til 7 point for begge virksomheder. Den vægtede score for Pris skulle have været nedrundet til 7 point for Systematics vedkommende. Herefter ville Edora have opnået en højere samlet vægtet score end Systematic, og Edora ville være blevet tildelt kontrakten.

Klagenævnet udtalte, at der ikke var holdepunkter i udbudsmaterialet for at antage, at der ved evalueringen skulle ske afrunding af pointtal, der var tildelt efter underkriterierne. En sådan afrunding harmonerede ikke med bestemmelsen i udbudsbetingelserne om, at alle underkriterierne afslutningsvis "sammenregnes" i henhold til deres vægtning til tilbuddets samlede antal point, således at tilbuddet med det højeste samlede antal point var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. En afrunding ville endvidere kunne føre til skævvridning af evalueringen og dermed et forkert resultat.

Klagen blev således ikke taget til følge.

2.2.3 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel

Delkendelse af 12. januar 2022, Norsk Luftambulans AS mod Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden

Regionerne havde overtrådt reglerne om sideordnede udbud ved ikke at angive i udbudsmaterialet, hvordan regionerne ville vælge mellem de sideordnede løsninger.

Sagen angik et forhandlingsudbud efter udbudslovens afsnit II af den landsdækkende akutlægehelikopterordning, der drives af de fem regioner i fællesskab som et tværregionalt akutberedskab. Udbuddet var et sideordnet udbud, idet tilbudsgiverne skulle give tilbud på fire forskellige former for udførelse af den udbudte ydelse, nemlig med 1) fire små helikoptere uden tidsbegrænsning, 2) to større og to små helikoptere uden tidsbegrænsning, 3) fire små helikoptere i 10 år, og 4) to større og to små helikoptere i 10 år. I udbudsmaterialet var angivet, at regionerne som følge af hensynet til den bedste patientbehandling foretrak en kontrakt uden tidsbegrænsning og en kontrakt med to større og to små helikoptere, men at regionerne også ville lægge vægt på regionernes overordnede økonomiske situation i forhold til den foretrukne løsning.

Norsk Luftambulans, der ikke fik tildelt kontrakten, gjorde navnlig gældende, at det var i strid med udbudsloven, at det ikke fremgik af udbudsmaterialet, hvordan regionerne ville vælge mellem de fire løsninger.

Klagenævnet fastslog, at udbudslovens § 53, stk. 3, indeholder en forpligtelse til at sikre, at ordregiveren ikke frit kan kombinere de forskellige løsninger med det resultat, at ordregiveren har et frit valg mellem tilbuddene, og at ordregiveren ved valget mellem de indkomne tilbud skal anvende den evalueringsmetode, som er offentliggjort i udbudsmaterialet, jf. udbudslovens § 160. Det anførte gælder for alle de indkomne tilbud, herunder også de sideordnede tilbud, og ikke kun tilbuddene inden for den valgte sideordnede løsning. Ordregiveren er derfor forpligtet til på forhånd i udbudsmaterialet at beskrive en evalueringsmetode for, hvordan sammenligningen mellem de forskellige tilbud med forskellige udførelsesmetoder mv. foretages.

Regionerne havde beskrevet, at de foretrak dels en tidsubegrænset kontrakt frem for en tidsbegrænset, dels en kombination af to store og to små helikoptere frem for fire små. Det var imidlertid ikke fastsat, hvordan regionerne ville prioritere eller foretage evalueringen mellem de fire sideordnede tilbud, hvis ikke en tidsubegrænset kontrakt med to små og to store helikoptere var mulig inden for regionernes økonomiske ramme. Dermed var det ikke muligt at foretage en evaluering i overensstemmelse med § 160 – og en sådan var heller ikke foretaget. Der var derfor udsigt til, at Norsk Luftambulanses påstand 1 ville blive taget til følge.

Fumus-betingelsen var herefter opfyldt vedrørende en del af klagen, men da uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning.

Regionerne annullerede efterfølgende udbuddet, og Norsk Luftambulans tilbagekaldte herefter klagen. Delkendelsen blev derfor klagenævnets endelige afgørelse.

Delkendelse af 23. februar 2022, Capio A/S mod Region Midtjylland

Offentligt udbud efter udbudslovens afsnit III (light-regimet) af en rammeaftale med to delaftaler om udførelse af ortopædisk kirurgi med tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet. Klagen var indgivet af en forbigået tilbudsgiver, der bl.a. påstod, at regionen havde overtrådt udbudslovens § 160 ved ikke at oplyse om en anvendt evalueringsmodel i udbudsmaterialet, og at regionen havde fastsat det maksimale forbrug for delaftalerne urealistisk højt. Fumus-kendelse om, at der ikke var udsigt til, at klagen ville blive taget til følge.

Region Midtjylland udbød som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit III (light-regimet) en rammeaftale med to delaftaler om ortopædisk kirurgi – delaftale 1 Overekstremitetskirurgi og delaftale 2 Underekstremitetskirurgi. I udbudsmaterialet var forbruget på de to delaftaler anslået til henholdsvis 3.600 og 2.400 udredninger/behandlinger, mens det maksimale forbrug var angivet til henholdsvis 6.000 og 4.000 udredninger/behandlinger. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af underkriterierne Pris og Kvalitet, der begge vægtede 50 %. Til brug for tilbudsvurderingen i forhold til underkriteriet Pris skulle tilbudsgiverne i en tilbudsliste angive priser på forskellige ydelser som en procentdel af en særlig takst for frit sygehusvalg. I udbudsmaterialet var desuden angivet en længere række delkriterier, som ordregiveren ville lægge vægt på ved tilbudsvurderingen efter underkriteriet Kvalitet.

Der indkom tilbud fra to tilbudsgivere, hvorefter regionen besluttede at indgå kontrakt med den ene af dem. Den anden tilbudsgiver, Capiro, klagede til klagenævnet og påstod bl.a., at regionen havde overtrådt udbudslovens § 160 og § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved ikke i tilstrækkelig grad at beskrive den anvendte evalueringsmodel i udbudsmaterialet. Evalueringsmodellen var ikke oplyst i udbudsmaterialet, men fremgik af en evalueringsrapport, der var vedlagt regionens begrundelse for tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtalte, at der ikke var udsigt til, at påstanden ville blive taget til følge. Begrundelsen var, at udbuddet var gennemført efter udbudslovens afsnit III, og regionen havde derfor alene været forpligtet til at fastlægge en procedure i overensstemmelse med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), herunder at fastsætte kriterier for tildeling og at træffe tildelingsbeslutning i overensstemmelse med den fastlagte procedure, jf. lovens § 186 (direktiv 2014/24/EU artikel 74) og § 188 (direktiv 2014/24/EU artikel 76). Kravet efter udbudslovens § 160 om, at den evalueringsmodel, der påtænkes anvendt, skal beskrives i udbudsmaterialet, fandt ikke anvendelse ved udbud efter udbudslovens afsnit III. Udbudsmaterialet indeholdt ikke oplysninger om, hvilken pointskala regionen ville anvende ved den kvalitative tilbudsvurdering, eller hvordan tilbudspriserne ville blive beregnet. Evalueringsrapporten, der blev sendt sammen med underretningen om tildelingsbeslutningen, indeholdt imidlertid en detaljeret beskrivelse af den anvendte evalueringsmodel, og klagenævnet havde ikke grundlag for at konstatere, at regionen ikke ved evalueringen havde overholdt de tildelings-, under- og delkriterier, der var fastsat. Evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet Kvalitet var sket efter en sædvanlig, absolut metode, og evalueringen af tilbudspriserne var sket efter en sædvanlig relativ prisvurdering.

Capiro påstod også, at de maksimale forbrug på de to delaftaler var fastsat urealistisk højt, og at udbuddet derfor ikke kunne danne grundlag for lovlige kontrakttildelinger, da den reelle maksimale mængde ikke kunne identificeres.

Klagenævnet udtalte, at der ikke var udsigt til, at påstanden ville blive taget til følge. Klagenævnet anførte, at en ordregiver har et betydeligt skøn ved fastsættelsen af en rammeaftales maksimale mængde/værdi, men skønnet skal være sagligt begrundet. Ordregiveren må ikke kunstigt forhøje rammeaftalens samlede mængde/værdi i forhold til sit behov. Ved vurderingen af, om en ordregiver har fastsat den maksimale mængde/værdi kunstigt højt, er det inden for ordregiverens skøn at tillægge det forventede behov en sikkerhedsmargin.

Region Midtjylland havde på forhånd udarbejdet et notat, der påviste, at der var en række betydelige usikkerheder ved estimeringen af behovet. Regionen havde henvist til, at sundhedsområdet er dynamisk og har begrænset forudsigelighed, og at det offentlige sygehusvæsen generelt står over for en række nærmere angivne udfordringer. Klagenævnet fandt herefter ikke grundlag for at konstatere, at det maksimale antal udredninger/behandlinger var fastsat usagligt eller overskred den sikkerhedsmargin, som regionen var berettiget til at inddrage.

Klagen blev efterfølgende tilbagekaldt, og delkendelsen blev derfor klagenævnets endelige afgørelse.

Delkendelse af 20. april 2022, Umove Vest A/S mod Nordjyllands Trafikselskab

Evalueringsmodellen for et kvalitativt delkriterium var i strid med ligebehandlingsprincippet, fordi modellen på forhånd udelukkede nogle tilbudsgivere fra at opnå mere end en vis score. Da uopsættelighedsbetingelsen imidlertid ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning.

Nordjyllands Trafikselskab (NT) udbød som begrænset udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en 10-årig kontrakt vedrørende almindelig rutekørsel med mulighed for 6 års forlængelse. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet med en række underkriterier. Sagen drejer sig om delkriteriet arbejdsmiljø. Tilbuddene ville blive evalueret efter, i hvilken grad tilbudsgiverens busanlæg var arbejdsmiljøklassificeret af Arbejdstilsynet efter en nærmere oplyst skala ("kronesmiley"/ "grøn smiley"). Såfremt en tilbudsgiver ikke allerede havde drift inden for NT's område, ville tilbuddet blive tildelt 50 % af de maksimale point.

NT modtog tre tilbud og konstaterede, at ingen af tilbudsgiverne tydeligt havde redegjort for, hvilken arbejdsmiljøstatus de busanlæg, som skulle indgå i driften af den tilbudte kørsel, havde. NT indhentede derfor forskellige oplysninger herom, og Arbejdstilsynet verificerede de indkomne oplysninger. På baggrund heraf tildelte NT Keolis Danmark A/S 17,5 point (vægtet) og Umove Vest A/S 12,5 point (vægtet) i relation til delkriteriet arbejdsmiljø. Da disse tilbud i øvrigt blev evalueret ens i relation til underkriteriet kvalitet af drift, hvori delkriteriet arbejdsmiljø indgik med 25 %, fik tilbuddet fra Keolis 75,6 og Umove 70,6 point i relation til underkriteriet kvalitet af drift.

Ved den samlede evaluering opnåede Keolis 92,5 point og Umove 91,75 point.

Umove klagede til klagenævnet og gjorde bl.a. gældende, at evalueringsmodellen var i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, idet tilbuddene ville blive evalueret på baggrund af, hvilken arbejdsmiljøcertificering der på tilbudstidspunktet forelå på de garageanlæg, der ville blive anvendt ved opfyldelsen af kontrakten. Modellen tilgodeså således de operatører, der allerede på tilbudstidspunktet havde eksisterende garageanlæg inden for det geografiske område, som kontrakten vedrørte (i praksis den hidtidige operatør eller andre operatører med stærk tilstedeværelse i Nordjylland), og udelukkede andre operatører fra at opnå de maksimale point for delkriteriet arbejdsmiljø.

NT gjorde bl.a. gældende, at delkriteriet arbejdsmiljø var lovligt, sagligt og i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Den hidtidige operatør var ikke udelukket fra at afgive tilbud på opgaven på ny. Det følger af forholdets natur, at buskørsel i et givet område i praksis kræver, at der etableres anlæg i området, og det var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, at NT stillede krav til arbejdsmiljøet på disse anlæg. NT havde ikke gjort kravet om en vis arbejdsmiljøstandard til et mindstekrav, og delkriteriet vægtede alene 6,25 % i den samlede evaluering. Nye operatører, som ikke havde en tilstrækkelig høj grad af arbejdsmiljøcertificering, havde mulighed for at kompensere for dette ved at gøre sig mere konkurrencedygtige på andre kriterier. Endelig havde NT indrettet pointgivningens således, at en ny operatør ikke fik en uproportional hård bedømmelse, idet det udløste 50 ud af 100 point, hvis en tilbudsgiver ikke havde nogen certificerede anlæg.

Klagenævnet fastslog, at den fastsatte evalueringsmodel alene gav mulighed for en topscore på 100 point for de tilbudsgivere, hvis anlæg allerede ved tilbudsafgivelsen havde opnået såvel en "grøn smiley" som en "kronesmiley" fra Arbejdstilsynet.

En ordregiver bestemmer selv inden for rammerne af de udbudsretlige regler, hvorledes udbuddet skal tilrettelægges. Det var ikke et udbudsretligt problem, at NT havde ladet arbejdsmiljøvurderingen af de enkelte tilbud være bundet op på Arbejdstilsynets smiley-ordning.

Krav om, at tilbudsgiverne skal være i besiddelse af visse certifikater o.l. vil imidlertid oftest være formuleret således, at kravet skal være opfyldt ved kontraktstart. Herved undgås, at tilbudsgivere, der ikke har vundet kontrakten, påføres unødvendige udgifter.

Ligebehandlingsprincippet indebærer ikke, at et udbud skal tilrettelægges sådan, at enhver tilbudsgiver skal kunne opfylde ethvert krav. Ligebehandlingsprincippet indebærer derimod, at ingen tilbudsgiver på forhånd på grund af den valgte evalueringsmodel skal være udelukket fra at kunne afgive tilbud, som vil kunne tillægges maksimumpoint.

Efter klagenævnets foreløbige vurdering var der derfor udsigt til, at påstanden om overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen ville blive taget til følge. Betingelsen om "fumus boni juris" var derfor opfyldt.

Da betingelsen om "uopsættelighed" ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning.

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

Delkendelse af 6. juli 2022, Assemble A/S mod Herning Kommune og Holstebro Kommune

Kendelsen af 6. juli 2022 er en fumus-kendelse, som er blevet til klagenævnets endelige kendelse, efter at klagen blev tilbagekaldt. Evaluering på grundlag af en brugertest favoriserede ikke den hidtidige leverandør. Den mulige konkurrencefordel, som den hidtidige leverandør måtte have, var udlignet i tilstrækkeligt omfang.

Sagen angik et fællesudbud fra to kommuner om levering af et it-system til pladsanvisning til brug for kommunernes Børn og Unge-forvaltninger. Assemble gjorde gældende, at den anvendte evalueringsmodel favoriserede den hidtidige leverandør.

Modellen var en såkaldt kommissionsmodel, som er anerkendt ved bl.a. EU-Domstolens dom af 20. september 2018 i sag C-546/16, Montte SL mod Musikene, og klagenævnets kendelse af 25. april 2018, BilButikken A/S mod Randers Kommune. Ideen med modellen er, at evalueringen opdeles i flere faser, hvor der i første fase fastsættes en minimumsscore på en eller flere af de fastsatte underkriterier. Opnår en tilbudsgiver ikke minimumscoren, vil tilbuddet fra denne tilbudsgiver ikke gå videre til evalueringen i næste fase. Modellen som sådan var ikke omtvistet.

Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af underkriterierne Pris (20 %), Kvalitet (50 %), Brugerinvolvering (10 %) og Servicemål og implementering (20 %). Til underkriteriet Kvalitet var knyttet forskellige delkriterier med en nærmere angiven indbyrdes vægtning. Udbudsbetingelserne indeholdt en beskrivelse af 104 forskellige ønsker i relation til, hvad delkriterierne angik, og det fremgik, at kommunerne lagde stor vægt på de tilbudte systemers brugervenlighed og intuitive tilgængelighed m.v. Vurderingen af tilbuddenes opfyldelse af delkriterierne ville ske efter en brugertest af en dags varighed

under deltagelse af en lang række personer med forskellige nærmere angivne kompetencer og med mulighed for, at tilbudsgiverne kunne deltage.

Assembles hovedsynspunkt var, at evaluering på grundlag af en brugertest generelt favoriserer den hidtidige leverandør, da en bruger, der bliver bedt om at evaluere et system, vedkommende kender, og et system, vedkommende ikke kender, altid vil finde det system, vedkommende kender, mere brugervenligt, og derved konkret favoriserer den eksisterende leverandør.

Assembles synspunkt var endvidere, at brugertesten var subjektiv og favoriserede den hidtidige leverandør, idet der ikke var fastsat objektive målepunkter for brugertesten, og der ikke forelå en beskrivelse af, hvilke objektive kriterier der lå til grund for brugergruppens vurdering af de tilbudte systemer.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge og anførte, at en brugertest må antages at medvirke til at eliminere en eventuel konkurrencefordel for den hidtidige leverandør, idet et for evalueringsteamet ukendt system dermed kan visualiseres umiddelbart. Brugertesten i sagen var tilrettelagt sådan, at tilbudsgiver havde mulighed for at deltage fysisk eller virtuelt, og således, at tilbudsgiver havde lejlighed til at guide de personer, der skulle brugerteste systemet. Resultatet af brugertesten var udførligt beskrevet i evalueringsrapporten. Brugertesten var foregået i tilknytning til tilbudsgivers prosabeskrivelse af systemet og dermed på baggrund af de 104 konkrete ønsker, som kommunerne havde stillet til systemet.

Den mulige konkurrencefordel, som den hidtidige leverandør måtte have, var dermed udlignet i tilstrækkeligt omfang.

Kendelse af 18. juli 2022, Dräger Danmark A/S mod Region Sjælland, Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Syddanmark og Region Hovedstaden

Kendelsen er et eksempel på, at klagenævnet foretager en intensiv og detaljeret prøvelse af evalueringen. Ikke annullation af tildelingsbeslutningen, da de konstaterede overtrædelser efter en konkret væsentlighedsvurdering ikke havde haft betydning for tildelingsbeslutningen.

Sagen angik et offentligt genudbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om levering af anæstesiapparater samt udstyr og forbrugsartikler hertil. Udbuddet var iværksat af alle regionerne i fællesskab.

Dräger, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde navnlig gældende, at regionerne ved tilbudsevalueringen havde lagt vægt på oplysninger, som Dräger havde indgivet under et tidligere udbud, og at der således ikke var lagt vægt på indholdet af det aktuelle tilbud. Endvidere gjort gældende, at det vindende tilbud uberettiget var blevet tildelt for god en score på en række punkter.

Klagenævnet udtalte bl.a., at det ikke er et krav, at ordregiveren giver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier. Klagenævnet henviste herved til Rettens dom af 7. oktober 2015 i sag T-299/11, European Dynamics Luxembourg SA m.fl. mod KHIM, hvoraf følger, at der kan lægges vægt på forhold, som ikke udtrykkeligt er anført i udbudsmaterialet, hvis underkriteriet udtrykkeligt giver grundlag herfor. Der er således ikke krav om, at ordregiveren udtømmende oplister samtlige forhold, der tillægges vægt ved vurderingen af et underkriterium. Det er derimod et krav, at der oplyses om forhold, som der lægges

afgørende vægt på, samt forhold, som det efter sædvanlig forståelse af, hvad der ligger inden for rammerne af det pågældende kriterium, må anses for usædvanligt at tillægge betydning.

Klagen blev bl.a. taget til følge for så vidt angår en række påstande, hvor klagenævnet fandt, at det vindende tilbud uberettiget var blevet tildelt for god en score på en række punkter.

En korrektion af de tildelte point medførte umiddelbart, at tilbuddet fra Dräger opnåede den bedste placering. Regionerne var imidlertid under klagesagen blevet opmærksom på, at Dräger uberettiget havde fået tildelt 100 point for opfyldelsen af et krav, og at Dräger burde være tildelt 0 point. Klagenævnet var enig i, at Dräger ved en korrekt evaluering ville være blevet tildelt 0 point for opfyldelsen af kravet, og Dräger ville dermed alligevel ikke have opnået den bedste placering.

På denne baggrund havde de udbudsretlige overtrædelser efter en konkret væsentlighedsvurdering således ikke haft betydning for tildelingsbeslutningen, og klagenævnet tog derfor ikke påstanden om annullation til følge.

Kendelse af 27. juli 2022, Edora A/S mod Københavns Kommune og Aalborg Kommune

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

2.2.4 Rammeaftaler

Kendelse af 5. maj 2022, Peab Asphalt A/S mod Øresundsbro Konsortiet I/S

Pligten til at angive en anslået værdi og anslået mængde ved udbud af rammeaftaler gælder også for rammeaftaler om tjenesteydelser.

Sagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en 2-årig rammeaftale om belægningsarbejder og mindre drifts- og reparationsarbejder på Øresundsforbindelsen. I udbudsbekendtgørelsen var der ikke angivet en anslået mængde eller en anslået værdi af de tjenesteydelser, der skulle leveres i henhold til rammeaftalen. I udbudsbetingelserne (kaldet "upphandlingsdokument") var derimod angivet følgende, oversat fra svensk: Aftalens volumen var baseret på historiske erfaringer og forventedes at blive ca. 17 mio. kr. i en 4-års periode. Det maksimalt tilladte volumen i aftalens periode gik op til ca. 22 mio. danske kr. og udgjorde rammeaftalen maksimumvolumen ("takvolum").

Peab Asphalt, der var en forbigået tilbudsgiver, klagede til klagenævnet og gjorde gældende, at udbudsbekendtgørelsen var mangelfuld, idet den ikke indeholdt oplysning om den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de tjenesteydelser, der skulle leveres i henhold til den udbudte rammeaftale. Klagen omfattede en række yderligere klagepunkter, som klagenævnet ikke tog stilling til.

Klagenævnet udtalte, at en ordregivende myndighed, som fastslået i klagenævnets kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark (Årsberetning 2021, side 33), i udbudsbekendtgørelsen bl.a. skal angive den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, jf. EU-Domstolens dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20 mellem samme parter. Manglende overholdelse af denne forpligtelse udgør en overtrædelse af

udbudsdirektivets artikel 49, som er implementeret i dansk ret ved udbudslovens § 56 og § 128, stk. 2, og artikel 18, som svarer til udbudslovens § 2.

Det følger af udbudslovens § 56 og § 128, stk. 2, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde de oplysninger, der er anført i bilag V, del C, til udbudsdirektivet. Som anført i EU-Domstolens dom i sag C-23/20 indebærer såvel ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling som det deraf afledte gennemsigtighedsprincip, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige tilbudsgivere kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde.

Oplysninger i udbudsbekendtgørelsen om den anslåede værdi eller omfanget og hyppigheden af de kontrakter, der skal tildeles på rammeaftalen, må anses for et centralt element i potentielle tilbudsgiveres indledende screening af, om de ønsker at foretage en nærmere vurdering af, om de skal afgive tilbud, herunder ved vurderingen af deres evne til at kunne opfylde forpligtelserne i henhold til rammeaftalen.

På den baggrund var det klagenævnets vurdering, at udbudsdirektivets artikel 49, jf. artikel 33, og punkt 7 og 8 samt punkt 10, litra a, i direktivets del C i bilag V skal fortolkes således, at der i udbudsbekendtgørelsen tillige skal angives den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi af de tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til en rammeaftale.

Konsortiet havde ikke løftet bevisbyrden for, at den manglende beskrivelse af rammeaftalens rammer ikke havde bevirket, at potentielle tilbudsgivere havde afholdt sig fra at afgive tilbud, og klagenævnet annullerede herefter tildelingsbeslutningen.

Kendelse af 24. maj 2022, Netcompany A/S mod Arbejdstilsynet

Arbejdstilsynet havde givet tilstrækkelige oplysninger i udbudsbekendtgørelsen om kontraktens maksimale samlede værdi, jf. betingelserne herfor i EU-Domstolens dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, Simonsen og Weel. Klagenævnet fandt endvidere, at den måde, som den evalueringstekniske pris var beregnet på, ikke afspejlede udgifterne til det samlede forventede indkøb, og at evalueringsmodellen dermed ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Sagen angik et udbud af en rammeaftale om levering af udviklingskonsulenter, som skulle stå for udvikling, vedligeholdelse, applikationsdrift og rådgivning i forbindelse med Arbejdstilsynets fagsystemer.

I udbudsbekendtgørelsen var pkt. II.1.5) "Anslået samlet værdi" ikke udfyldt, mens der i pkt. II.2.6) "Anslået værdi" var angivet en værdi på 200 mio. kr. I pkt. VI.3) var anført bl.a., at det anførte beløb i pkt. II.2.6) var et "skønnet øvre forbrug" over 4 år opgjort på baggrund af det historiske og forventede forbrug, og at det årlige forbrug forventedes at udgøre 45-55 mio. kr.

Klagenævnet udtalte, at EU-Domstolen ved dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, Simonsen og Weel, har fastslået, at en ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale skal angive en maksimal mængde eller maksimal samlet værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.

Klagenævnet gennemgik herefter bl.a. reglerne om udfyldelse af udbudsbekendtgørelsen og fandt, at Arbejdstilsynet ved angivelserne i udbudsbekendtgørelsen klart, præcist og utvetydigt havde angivet den anslåede samlede maksimumværdi for hele kontrakten. Det forhold, at Arbejdstilsynet havde oplyst, at det årlige forbrug gennemsnitligt forventedes at udgøre 45-55 mio. kr., medførte ikke, at oplysningen om den samlede maksimumværdi for hele kontrakten derved fremstod uklar eller uigennemsigtig. Klagenævnet udtalte endvidere, at det forhold, at Arbejdstilsynet ikke havde udfyldt pkt. II.1.5) heller ikke kunne føre til, at oplysningen om den samlede maksimumværdi for hele kontrakten kunne anses for uklar eller uigennemsigtig, når denne fremgik klart af pkt. II.2.6) som uddybet i rubrik VI.3).

Klagenævnet tog endvidere stilling til bl.a., om den måde, den evalueringstekniske pris var beregnet, var egnet til at bidrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Den evalueringstekniske pris var beregnet som prisen for et forbrug af 20.000 konsulenttimer i et år med tillæg af de fulde transitionsomkostninger samt nogle yderligere tillæg.

Klagenævnet udtalte, at den evalueringstekniske pris ikke afspejlede udgifterne til det samlede forventede indkøb, idet transitionsomkostningerne var medregnet for hele perioden, mens udgifterne til konsulenttimer alene var medregnet for et år. Derudover passede antagelsen om en årlig anvendelse af 20.000 konsulenttimer ikke til det årlige forventede forbrug, som var oplyst til 45-55 mio. kr. Klagenævnet fandt, at der var en så stor forskel mellem evalueringsmodellen og det forventede årlige forbrug, at Arbejdstilsynets fastsættelse af evalueringsmodellen hvilede på et usagligt grundlag, og at evalueringsmodellen dermed ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagenævnet annullerede følgelig Arbejdstilsynets tildelingsbeslutning.

2.2.5 Klagenævnsloven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner

Kendelse af 28. januar 2022, Steelco Nordic A/S mod Region Sjælland

En virksomhed, der ikke har afgivet tilbud ved et udbud, har ikke retlig interesse i at klage over udbuddet eller fastholde en klage over det, hvis ordregiveren har annulleret udbuddet, jf. klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

Region Sjælland udbød i juni 2021 som offentligt udbud efter udbudsloven nogle rammeaftaler om løbende indkøb af instrumentvaskere m.v. Steelco Nordic A/S afgav ikke tilbud, men klagede den 4. november 2021 til klagenævnet med påstande bl.a. om, at regionen ikke havde oplyst estimerede/maksimale mængder eller værdi af anskaffelserne. Steelco nedlagde ligeledes påstand om annullation af tildelingsbeslutningen. Den 10. november 2021 meddelte regionen med henvisning til klagenævnets kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark (Årsberetning 2021, side 33), at udbuddet blev annulleret. Udbuddet blev annulleret den 16. november 2021.

Steelco frafaldt herefter påstanden om overtrædelse af de principper, som fremgår af kendelsen af 9. november 2021, og påstanden om annullation, men fastholdt klagen og korrigerede nogle øvrige påstande.

Region Sjælland påstod klagen afvist.

Klagenævnet udtalte med henvisning til klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1, at begrebet "retlig interesse" ikke bør fortolkes snævert. Klageren skal dog have en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er tilsidesat.

Da regionen havde annulleret udbuddet, havde Steelco ikke den fornødne retlige interesse i klagen, og klagenævnet afviste derfor klagen.

Kendelse af 10. februar 2022, Assemble A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune

Statens- og Kommunernes Indkøbsservice (SKI) udbød i 2014 efter det dagældende udbudsdirektiv, direktiv 2004/18/EF, i alt fem delaftaler om IT-rådgivning m.v. Sagen angik delaftale 2, Kommunale ASP/Cloud-SaaS services, og en leveringsaftale om et dagtilbudssystem. Både Assemble A/S og KMD A/S var optaget som leverandører på rammeaftalen. Lyngby-Taarbæk Kommune tildelte i 2018 ved en direkte tildeling kontrakten til KMD. Assemble klagede til klagenævnet i 2021. Kommunen påstod klagen afvist som følge af passivitet, men fik ikke medhold heri. Assemble blev pålagt bevisbyrden, og klagen blev ikke taget til følge.

Lyngby-Taarbæk Kommune ønskede i 2018 at gøre brug af rammeaftalen og kontaktede derfor såvel Assemble som KMD og anmodede om oplysninger om en bestemt funktionalitet i forbindelse med en ønsket leveringsaftale om et dagtilbudssystem. Der blev herefter holdt et møde mellem Assemble og kommunen, men der var uenighed om forløbet, herunder om Assemble vendte tilbage på kommunens henvendelser. Kommunen vurderede herefter, at KMD var den eneste leverandør, hvis system opfyldte alle kommunens beskrevne behov, og indgik i oktober 2018 aftale med KMD herom. Kontrakten er fortsat i kraft.

I juni 2021 klagede Assemble til klagenævnet med påstand om, at kommunen ikke havde været berettiget til at foretage en direkte tildeling til KMD. Assemble påstod tildelingsbeslutningen annulleret og kontrakten erklæret for uden virkning.

Kommunen påstod afvisning på grund af passivitet, subsidiært at klagen ikke blev taget til følge.

Med hensyn til afvisningspåstanden henviste klagenævnet til de klagefrister i klagenævnslovens § 7, der blev indført i 2010 samtidig med reglerne om uden virkning og økonomisk sanktion, og som med visse ændringer stadig er gældende. Det fremgår af bemærkningerne til reglerne om klagefrister, at "[d]er ikke indføres klagefrister ved direkte ulovlig tildeling af kontrakter uden offentliggørelse."

Fristerne i klagenævnslovens § 7 begynder at løbe ved ordregiverens underretning eller offentliggørelse af en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende. Da kommunen ikke havde benyttet sig af muligheden for at indrykke en profylaksebekendtgørelse efter klagenævnslovens § 4 med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed, blev Assemble ikke ramt af de præklusive frister i klagenævnslovens § 7. Da den kontrakt, som klagen vedrørte, stadig løb, fandt klagenævnet ikke grundlag for at afvise klagen med henvisning til udvist passivitet.

Med hensyn til påstandene om, at den direkte tildeling var sket i strid med rammeaftalens bestemmelser og udbudslovens afsnit II, idet også Assemble kunne tilbyde de ønskede løsninger, bemærkede klagenævnet, at det alene var bestemmelserne i direktiv 2004/18/EF, som fandt anvendelse. En påstand

om overtrædelse af udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) blev allerede af den grund ikke taget til følge.

Klagenævnet lagde til grund, at kommunen havde fået det indtryk, at Assembles system ikke opfyldte et beskrevet behov for venteliste-funktion.

Parterne havde – som beskrevet i kendelsen – forskellig opfattelse af mødeforløbet, men det lå fast, at kommunen før tildelingen af kontrakten til KMD havde søgt at afklare navnlig, om de mulige leverandører opfyldte behovet for en bestemt venteliste-funktion. Assemble klagede først ca. tre år efter forløbet og knap to år efter, at Assemble med sikkerhed fik viden om den direkte tildeling. Assemble havde derfor bevisbyrden for, at systemet indeholdt den beskrevne funktionalitet, og at kommunen burde være klar over, at det forholdt sig sådan.

Da Assemble ikke havde løftet denne bevisbyrde, blev klagen ikke taget til følge.

Delkendelse af 20. april 2022, Umove Vest A/S mod Nordjyllands Trafikselskab

Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.3 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel.

Kendelse af 18. maj 2022, Assemble A/S mod Lejre Kommune

Frist for uden virkning kunne ikke forlænges ved fastsættelse af en større økonomisk sanktion end efter almindelig praksis. Klagenævnens § 17, stk. 3, fandt ikke anvendelse.

Sagen angik kommunens direkte tildeling under Rammeaftale 02.19 ASP/Cloud-SaaS. Assemble A/S og KMD A/S var leverandører på rammeaftalen. Tildelingen var foretaget til fordel for KMD og angik levering af et dagtilbudssystem. Der var efter tildelingen indgået en fireårig kontrakt.

Kommunen erkendte under sagen, at bestemmelserne for tildeling ikke var fulgt. Kontrakten skulle derfor efter klagenævnens § 17, stk. 1, nr. 1, erklæres for uden virkning, idet kommunen ikke forud for kontraktindgåelsen havde offentliggjort en bekendtgørelse i overensstemmelse med § 4.

Kommunen påstod frifindelse og anmodede om, at tidspunktet for uden virkning blev udskudt, idet der forelå ”tertiære momenter”. Kommunen forudsatte, at en udskydelse af tidspunktet for uden virkning skete mod, at der blev fastsat en forholdsmæssigt større økonomisk sanktion efter klagenævnens § 18, stk. 2, og §§ 19 - 20, jf. klagenævnets kendelse af 10. [februar] 2014, Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregion Nord I/S.

Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt kontrakten skulle erklæres for uden virkning, lagde klagenævnet vægt på en række konkrete forhold i sagsforløbet og på kommunens behov for at gennemføre indkøbet, hensynet til effektiv håndhævelse af udbudsreglerne og kommunens muligheder for at tilrettelægge og gennemføre nyt udbud. Kontrakten blev herefter erklæret for uden virkning fra og med den 1. september 2022. Klagenævnet fandt, at betingelserne for at anvende klagenævnens § 17, stk. 3, ikke var opfyldt, idet den foreliggende situation ikke faldt ind under bestemmelsens anvendelsesområde. Klagenævnet henviste herved til bestemmelsens forarbejder.

Klagenævnet fandt således ikke grundlag for – mod en større økonomisk sanktion end efter almindelig praksis, sådan som kommunen havde lagt op til – at udskyde tidspunktet for uden virkning yderligere. Der

ville i givet fald være tale om udskydelse i længere tid end foreneligt med saglige hensyn. En sådan fremgangsmåde, hvorved ordregiveren mod en større økonomisk sanktion, dvs. mod betaling af et pengebeløb, kunne undgå, at en ulovligt direkte tildelt kontrakt blev ramt af uden virkning i videregående omfang, ville således ikke være forenelig med håndhævelsesreglerne i klagenævnsloven og hensynet til effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Det tilføjes, at en ordregiver har mulighed for at offentliggøre en profylaksebekendtgørelse, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, jf. § 4.

Kendelse af 21. juni 2022, Inlead ApS mod Det Digitale Folkebibliotek

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

Kendelse af 16. september 2022, Electrolux Professional A/S mod Alabu Bolig

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

Kendelse af 22. september 2022, Filial af Trend Micro Emea Limited mod Region Hovedstaden

Region Hovedstaden var berettiget til at annullere et miniudbud med den begrundelse, at regionens behov ikke længere var som oplyst i det fremsendte udbudsmateriale, særligt på baggrund af ændrede budgetmæssige og strukturelle forhold. En efterfølgende direkte tildeling blev erklæret for uden virkning, og regionen blev pålagt en økonomisk sanktion. Ved vurderingen af, om reglerne om uden virkning og økonomisk sanktion fandt anvendelse, udtalte klagenævnet, at den direkte tildeling ikke kunne anses for at være indgået på baggrund af rammeaftalen og dermed omfattet af udbudslovens afsnit II. Da værdien af kontrakten imidlertid lå over tærskelværdien, var anskaffelsen omfattet af udbudslovens afsnit II, og dermed fandt reglerne om uden virkning og økonomisk sanktion anvendelse.

Sagen angik dels en direkte tildeling, dels et miniudbud om indkøb af antivirus-software i henhold til en SKI-aftale.

Region Hovedstaden havde iværksat et miniudbud med henblik på anskaffelse af antivirus-licenser. Regionen annullerede imidlertid miniudbuddet og indgik dagen efter annullationen kontrakt med en af deltagerne i miniudbuddet på baggrund af en direkte tildeling.

Som begrundelse for annullationen af miniudbuddet anførte Region Hovedstaden, at regionens behov ikke længere var som oplyst i det fremsendte udbudsmateriale, særligt på baggrund af ændrede budgetmæssige og strukturelle forhold.

Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at det følger af fast praksis fra EU-Domstolen og tilsvarende dansk domstols- og klagenævnspraksis, at en ordregiver er berettiget til at annullere et igangværende udbud, såfremt annullationen ikke forfølger et formål, der er i strid med ligebehandlingsprincippet eller på anden måde er usagligt, og at det som udgangspunkt er klageren, der har bevisbyrden for, at ordregiveren har overtrådt udbudsreglerne.

Klagenævnet fandt i den konkrete sag, at den angivne begrundelse ikke var så generel og indholdsløs, at klagenævnet ikke kunne efterprøve, om annullationen forfulgte et formål, der var i strid med ligebehandlingsprincippet eller på anden måde var usagligt. Klagenævnet fandt endvidere, at der ikke var grundlag for at antage, at Region Hovedstadens begrundelse ikke også reelt lå til grund for beslutningen om at annullere miniudbuddet. Da Trend Micro ikke havde løftet bevisbyrden for, at annullationen var

usaglig, var der herefter ikke grundlag for at tage Trend Micros påstand om at annullere regionens annullation af miniudbuddet til følge.

For så vidt angik den efterfølgende direkte tildeling erkendte Region Hovedstaden at have handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved at have foretaget den direkte tildeling i strid med rammeaftalens bestemmelser. Region Hovedstaden tilsluttede sig på den baggrund påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen, der – tillige med påstanden om at have handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved at have foretaget den direkte tildeling – blev taget til følge.

For så vidt angik Trend Micros påstand om uden virkning opstod spørgsmålet, om den direkte tildeling skulle anses for at være foretaget på baggrund af rammeaftalen, som også indeholdt en beskrivelse af, hvornår direkte tildeling var tilladt, eller om tildelingen ikke var foretaget på baggrund af rammeaftalen. Klagenævnet fandt i den forbindelse, at tildelingen ikke kunne anses for at være indgået på baggrund af rammeaftalen. Da værdien af kontrakten imidlertid lå over tærskelværdien, var anskaffelsen omfattet af udbudslovens afsnit II, og dermed fandt reglerne om uden virkning og økonomisk sanktion anvendelse.

Kontrakten blev herefter erklæret for uden virkning, og Region Hovedstaden blev pålagt en økonomisk sanktion på 30.000 kr.

Erstatningskendelse af 13. december 2022, Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik

Angår et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet om flexkørsler. Erstatningskendelsen er en fortsættelse af klagenævnets kendelse af 27. oktober 2020, opretholdt ved dom afsagt af Retten i Svendborg den 12. maj 2022. En afvisningspåstand ikke taget til følge. Øens Taxa tillagt erstatning på 600.000 kr.

Ved kendelse af 27. oktober 2020 vedrørende den såkaldte FG6-kørsel fastslog klagenævnet, at trafikelskaberne havde overtrådt udbudsreglerne og pålagde dem en økonomisk sanktion på 7 mio. kr. (Årsberetning 2020, side 16). Trafikelskaberne indbragte denne kendelse – og en tilsvarende kendelse i den parallelle sag om FV6-kørsel, anlagt af Alsvognen I/S – for Retten i Svendborg, hvorefter klagenævnet på trafikelskabernes anmodning afsagde kendelse om, at den erstatningssag, som Øens Taxa havde indledt ved klagenævnet, blev sluttet.

Ved domme afsagt den 12. maj 2022 af Retten i Svendborg blev klagenævnets kendelser opretholdt.

Øens Taxa anmodede om genoptagelse af erstatningssagen. Trafikelskaberne protesterede, men fik ikke medhold.

Øens Taxa nedlagde påstand om erstatning på godt 3,5 mio. kr. Trafikelskaberne påstod erstatningssagen afvist som uforståeligt dokumenteret, subsidiært frifindelse. Klagenævnet tog ikke afvisningspåstanden til følge, da den påståede uklarhed i kravet vedrørende dokumentationen for en række poster ikke kunne føre til afvisning af erstatningssagen i sin helhed.

Trafikelskaberne havde handlet ansvarspådragende over for Øens Taxa ved den overtrædelse af udbudsreglerne, som var konstateret ved kendelsen af 27. oktober 2020.

Trafikselskaberne gjorde med hensyn til kravet om årsagssammenhæng gældende, at den vogn, som Øens Taxa havde tilbudt, i lighed med den vindende tilbudsgivers vogn ikke opfyldte mindstekravet om plads til to store kørestole. Trafikselskabernes fortolkning af mindstekravet fremgik imidlertid ikke tilstrækkelig præcist af selve kravet, og trafikselskaberne ville derfor ikke have kunnet afvise tilbuddet fra Øens Taxa som ukonditionsmæssigt. Øens Taxa havde ikke anskaffet den tilbudte vogn netop til brug for FG6-udbuddet, men klagenævnet fandt, at Øens Taxa havde været berettiget til at beregne sit tilbud på grundlag af anskaffelsesprisen. Tilbuddet fra Øens Taxa var efter det oplyste alene placeret på en 4. plads, og det kunne ikke afvises, at tilbud nr. 2 og 3 var konditionsmæssige. Klagenævnet fandt det imidlertid mest nærliggende at lade trafikselskaberne bære bevisbyrden for de to ”mellemkommende” tilbuds konditionsmæssighed. Da denne bevisbyrde ikke var løftet, var kravet om årsagsforbindelse derfor ligeledes opfyldt.

Øens Taxas krav var sammensat af en række poster. Post A vedrørte et tab på ca. 1,2 mio. kr. ved ikke at have fået tildelt FG6-kørslerne fra Ærø. Efter regulering af den periode, som kravet vedrørte, og efter nærmere angivne fradrag tog klagenævnet til dels skønsmæssigt kravet til følge med 600.000 kr. Post B vedrørte den FV6-kørsel, som var omfattet af den parallelle sag anlagt af Alsvognen I/S. At Øens Taxa var indtrådt som intervenient for Alsvognen I/S måtte sidestilles med biintervention i retsplejelovens forstand. Øens Taxa var således ikke part i den sag, og klagenævnet havde derfor ikke fastslået noget erstatningsgrundlag. Post C vedrørte tabt fortjeneste ved ikke at have kunnet afgive tilbud på et senere udbud om garantikørsel, FG7. Kravet blev ikke taget til følge, da Øens Taxas generelle økonomiske formåen var trafikselskaberne uvedkommende. Kravet om adækvans var derfor ikke opfyldt. Post D vedrørte egen forbrugt tid i forbindelse med sagen og blev efter fast praksis ikke taget til følge. Post E vedrørte krav på grund af mistet goodwill og blev ikke taget til følge, da kravet i det hele var udokumenteret og heller ikke opfyldte kravet om adækvans.

2.2.6 Udelukkelsesgrunde

Kendelse af 24. oktober 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Herlev Kommune

Klage afvist på grund af manglende retlig interesse, jf. klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

Herlev Kommune udbød som begrænset udbud efter udbudsloven to 4-årige delkontrakter om rengøringservice og vinduespolering på nærmere angivne adresser. Udbudsbekendtgørelsen indeholdt ikke angivelse af udbuddets samlede værdi under pkt. II.1. 5 eller delaftalernes samlede værdi under pkt. II.2.6.

KN Rengøring var kommunens tidligere leverandør af rengøringservice og vinduespolering. Kommunen havde den 19. august 2021 ophævet kontrakten med KN Rengøring på grund af KN Rengørings væsentlige misligholdelse og rejst et erstatningskrav. KN Rengøring bestred kravet og gjorde gældende, at kontraktophævelsen var uberettiget.

KN Rengøring ansøgte ikke om prækvalifikation.

Kommunen modtog fem tilbud på hver delaftale og besluttede den 7. april 2022 at indgå kontrakter med to virksomheder.

KN Rengøring klagede den 4. juli 2022 til klagenævnet og nedlagde påstand om, at kommunen havde overtrådt udbudsreglerne ved ikke at have angivet den anslåede værdi for hver af de udbudte delaftaler.

Kommunen påstod afvisning og henviste til, at kommunen havde tilvalgt den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 (nu 4) (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra g), om udelukkelse i tilfælde af tidligere misligholdelse af en offentlig kontrakt. KN Rengøring ville derfor være blevet udelukket, hvis virksomheden havde ansøgt om prækvalifikation. Subsidiært nedlagde kommunen påstand om, at klagen ikke toges til følge.

KN Rengøring henviste til sin ret til self-cleaning, jf. udbudslovens § 138 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6 og 7).

Klagenævnet anførte, at klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1, om retlig interesse ikke skal fortolkes restriktivt. En virksomhed, der har deltaget i eller ville have kunnet deltage i et udbud, har efter praksis retlig interesse. KN Rengøring havde ikke deltaget i udbuddet, men driver virksomhed i den relevante branche. Som udgangspunkt kunne KN Rengøring derfor klage.

Kommunen havde imidlertid tilvalgt udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 (nu 4) (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra g). Da KN Rengøring hverken var ansøger eller tilbudsgiver, havde kommunen ikke haft lejlighed til at udelukke KN Rengøring med henvisning hertil, og reglerne om self-cleaning i udbudslovens § 138, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6), fandt derfor ikke anvendelse.

På denne baggrund tog klagenævnet afvisningspåstanden til følge.

Delkendelse af 27. oktober 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Frederiksberg Kommune

Frederiksberg Kommune havde påvist, at Herlev Kommune ophævede kontrakten med KN Rengøring på grund af forhold, som efter Frederiksberg Kommunes skøn kunne kvalificeres som væsentlig misligholdelse, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra g). Ikke grundlag for at tilsidesætte Frederiksberg Kommunes vurdering af, at udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6), ikke var opfyldt.

Sagen angik et begrænset udbud i henhold til udbudslovens afsnit II af tre delaftaler om udførelse af rengøring i Frederiksberg Kommune (genudbud). Efter at KN Rengøring var blevet prækvalificeret, besluttede Frederiksberg Kommune sig for at udelukke KN Rengøring fra udbudsprocessen, da kommunen vurderede, at KN Rengøring i forbindelse med ophævelse af en kontrakt i Herlev Kommune var omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra g), og ikke havde dokumenteret sin pålidelighed efter udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1 og 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6).

KN Rengøring gjorde navnlig gældende, at betingelserne for at udelukke virksomheden ikke var opfyldt, da Herlev Kommunes ophævelse af rengøringskontrakten var uberettiget, og at virksomhedens dokumentation af pålidelighed var tilstrækkelig.

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at tilsidesætte Frederiksberg Kommunes vurdering, og kommunen havde således påvist, at Herlev Kommune ophævede kontrakten med KN Rengøring på grund af forhold, som efter Frederiksberg Kommunes skøn kunne kvalificeres som væsentlig misligholdelse. Frederiksberg Kommune havde dermed dokumenteret i tilstrækkeligt omfang, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra g), var opfyldt. Der var heller ikke grundlag for at tilsidesætte Frederiksberg Kommunes vurdering af, at udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6), ikke var opfyldt. Da betingelserne i udbudslovens § 138, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6), er kumulative, blev der ikke taget stilling til, om betingelserne i udbudslovens § 138, stk. 1, nr. 1, var opfyldt.

Klagen blev efterfølgende tilbagekaldt, og delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

2.2.7 Udbud med forhandling

Kendelse af 7. marts 2022, Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S og HRH EL A/S mod Albertslund Kommune

Sagen angik et kommunalt forhandlingsudbud af fem delrammeaftaler om håndværkerydelser; 1) VVS-arbejde, 2) tømrerarbejde, 3) el-arbejde, 4) ventilationsarbejde og 5) kloakarbejde. Klagerne, der ikke blev prækvalificeret, gjorde under sagen bl.a. gældende, at nogle af de prækvalificerede virksomheder – og senere vindende tilbudsgivere – ikke opfyldte et fastsat mindstekrav til teknisk og faglig kapacitet, og at kommunen ikke havde været berettiget til at gennemføre udbuddet som et forhandlingsudbud.

Albertslund Kommune iværksatte et udbud med forhandling om rammeaftaler om håndværksydelser. Håndværksydelserne blev i udbudsbekendtgørelsen beskrevet som "almindeligt forekommende" arbejde (f.eks. tømrerarbejder, ventilationsarbejde og el-arbejde). Det var et mindstekrav til teknisk og faglig kapacitet, at ansøgerne om prækvalifikation på de enkelte delaftaler kunne angive mindst en reference, som viste relevant erfaring med sammenlignelige ordregivere inden for de enkelte kategorier af ydelser.

De klagende virksomheder søgte om prækvalifikation på delaftalerne om tømrerarbejde, ventilationsarbejde og el-arbejde. De blev ikke prækvalificeret, og de klagede ikke over, at de ikke var blevet prækvalificeret. Derimod klagede de, da kommunen havde truffet sine tildelingsbeslutninger. Virksomhederne, der indgik i samme koncern, klagede med påstand om bl.a., at nogle af de vindende tilbudsgivere ikke opfyldte det fastsatte minimumskrav til teknisk og faglig kapacitet, idet de gjorde gældende, at nogle af de vindende tilbudsgivere ikke havde indleveret referencer, som opfyldte minimumskravet.

Albertslund Kommune påstod, at denne del af virksomhedernes klage skulle afvises, fordi den reelt knyttede sig til prækvalifikationen, og fordi klage over manglende prækvalifikation efter klagenævnenslovens § 7, stk. 1, skal indbringes for klagenævnet inden 20 dage fra underretningen om ikke at være blevet prækvalificeret. Den frist var ikke overholdt.

Selv om virksomhederne allerede ved beslutningen om prækvalifikation kunne have klaget, gav klagenævnet ikke kommunen medhold i afvisningspåstanden, idet nævnet udtalte, at virksomhederne (nu) havde klaget over tildelingsbeslutningerne, og klagefristen i klagenævnenslovens § 7, stk. 1, fandt derfor ikke anvendelse. Virksomheder, som har fået afslag på prækvalifikation, og som ikke klager over den manglende prækvalifikation, er således stillet på samme måde som potentielle tilbudsgivere ved klage over den endelige tildelingsbeslutning.

Virksomhederne nedlagde desuden påstand om, at Albertslund Kommune havde tilsidesat udbudslovens § 55 (direktiv 2014/24/EU artikel 26), jf. § 61, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 26, stk. 4), ved at have gennemført udbuddet som et udbud med forhandling, uden at betingelserne i udbudslovens § 61, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 26, stk. 4), var opfyldt. Virksomhederne gjorde navnlig gældende, at Albertslund Kommune havde gennemført et forhandlingsudbud, der ikke var begrundet i nogen af de undtagelsestilfælde, der er opregnet i udbudslovens § 61, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 26, stk. 4). Der var tale om et udbud af rammeaftaler om håndværksydelser, hvor ydelsesspecifikationerne først skulle

fastlægges i forbindelse med indgåelse af de efterfølgende aftaler, og hvor der efter udbudsbekendtgørelsen var udbudt "almindeligt forekommende" arbejder.

Det var derimod kommunens opfattelse, at den havde været berettiget til at anvende udbudsformen udbud med forhandling, da der – selv om de udbudte grundlæggende tjenesteydelser selvstændigt havde karakter af generiske ydelser – var tale om indgåelse af fem delaftaler, som indeholdt elementer bestående af tilpasninger af rammerne for leveringen af ydelsen, som blev gjort til genstand for en forhandling, og da forhandlingerne blev gennemført og resulterede i ændrede kontraktgrundlag i form af bl.a. ændrede ydelsesbeskrivelser. Hensynet til at sikre konditionsmæssige tilbud blev også opfyldt, da kommunen skabte det bredest mulige konkurrencefelt med i alt 14 modtagne konditionsmæssige tilbud. Formålet med forhandlingen var således, at tilbudsgiverne fik adgang til at optimere deres tilbud, at det blev sikret, at tilbudsgiverne afgav konditionsmæssige tilbud, og at ydelsesbeskrivelsen blev præciseret. Kommunen anførte endelig, at udbud med forhandling er en udbudsform, der med udbudsloven er sidestillet med offentligt og begrænset udbud. Udbudslovens § 61 (direktiv 2014/24/EU artikel 26, stk. 4, litra a og b og stk. 6) er ikke udtryk for en undtagelsesbestemmelse, og bestemmelsen skal derfor ikke fortolkes indskrænkende, men derimod som en udbudsform, der er sidestillet med de øvrige udbudsformer i udbudslovens § 55 (direktiv 2014/24/EU artikel 26).

Ved afgørelsen af det spørgsmål var klagenævnet, der bestod af to medlemmer af formandskabet og to sagkyndige medlemmer, ikke enig. Et flertal i nævnet konstaterede, at udbudslovens § 61, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 26, stk. 4), er en undtagelsesbestemmelse til de normale udbudsformer, at bestemmelsen på baggrund af EU-Domstolens faste praksis herefter skal fortolkes indskrænkende, og at ordregiveren har bevisbyrden for, at betingelserne er opfyldt. Flertallet fandt, at bevisbyrden ikke var løftet. Flertallet lagde navnlig vægt på, 1) at der var tale om "almindeligt forekommende" arbejder, som kommunen selv havde erkendt selvstændigt havde karakter af "generiske ydelser", dvs. "hyldevarer", som er nærmere omtalt i en præambelbetragtning som et eksempel på, hvornår forhandlingsudbud ikke bør anvendes, 2) at der var tale om en rammeaftale, hvorfor ydelsen under alle omstændigheder skulle præciseres efterfølgende, og 3) at kommunen først sent under klagesagen konkretiserede, med hvilken hjemmel den mente, at betingelserne for udbud med forhandling var opfyldt.

Et mindretal i klagenævnet mente, at bevisbyrden var løftet.

Albertslund Kommune har ved stævning af 29. april 2022 indbragt sagen for domstolene.

3. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER

Københavns Byrets dom af 3. marts 2022, G4S Security Services A/S mod Post Danmark A/S, jf. klagenævnets kendelser af 22. januar 2019 og 8. oktober 2020.

Sagen drejede sig om et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet om bl.a. udførelse af vagttjeneste. Ved kendelsen af 22. januar 2019 konstaterede klagenævnet, at Post Danmark havde overtrådt udbudsreglerne ved at fastholde en beslutning om at indgå kontrakt med en tilbudsgiver, efter at G4S Security Services havde gjort opmærksom på, at denne tilbudsgiver ikke selv havde en lovkrævet tilladelse til at udføre vagttjeneste. Klagenævnet fortolkede en klausul i udbudsmaterialet således, at autorisationen skulle foreligge på tilbudstidspunktet, hvad den ikke gjorde. Det var ikke tilstrækkeligt, at en underleverandør, som tilbudsgiveren støttede sig på, havde den fornødne tilladelse. Ved kendelsen af 8. oktober 2020 frifandt klagenævnet Post Danmark for en påstand om erstatning på 35.900.000 kr. med procesrente fra den 12. juli 2018, da Post Danmark med overvejende sandsynlighed ville have annulleret udbuddet, hvis Post Danmark havde indset, at det vindende tilbud var ukonditionsmæssigt. Den erstatningsretlige betingelse om årsagssammenhæng var derfor ikke opfyldt.

G4S indbragte denne kendelse for Københavns Byret, som imidlertid ved dom af 3. marts 2022 frifandt Post Danmark. Retten lagde til grund, at lov om vagtvirksomhed skal forstås således, at den, der indgår aftale om vagtvirksomhed, selv skal have autorisation. Det kunne imidlertid ikke udledes af lov om vagttjeneste, at autorisationskravet skulle være opfyldt på tilbudstidspunktet. Der forelå således ikke noget erstatningsgrundlag.

Retten i Svendborgs dom af 12. maj 2022, FynBus, Midttrafik og Sydtrafik mod Alsvognen I/S, Betina Thomsen og Allan Peter Gramstrup Thomsen, og Retten i Svendborgs dom af 12. maj 2022, FynBus, Midttrafik og Sydtrafik mod Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen, jf. klagenævnets kendelser af 19. maj og 27. oktober 2020 (Årsberetning 2020 s. 16).

Klagenævnet havde ved to kendelser konstateret, at trafikelskaberne havde overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivet i forbindelse med offentlige udbud af bl.a. flexkørsler. Klagerne gjorde gældende, at trafikelskaberne havde frafaldet et mindstekrav om, at de tilbudte vogne skulle have plads til to store kørestole på en gang. Frafaldet af mindstekravet var en væsentlig ændring af de kontrakter, som mindstekravet angik. Klagenævnet konstaterede, at de tildelte kørsler var direkte tildelinger i strid med udbudspligten, og trafikelskaberne blev pålagt en økonomisk sanktion på 3 mio. kr. (kendelsen af 19. maj 2020) og 7 mio. kr. (kendelsen af 27. oktober 2020).

Trafikelskaberne indbragte kendelserne for domstolene, hvor de to sager blev behandlet sammen ved Retten i Svendborg. Ved domme af 12. maj 2022 tiltrådte byretten klagenævnets vurdering af mindstekravet om plads til to kørestole og frifandt de sagsøgte vognmandsfirmaer.

Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen anmodede herefter om erstatning. Ved kendelse af 13. december 2022 pålagde klagenævnet trafikskaberne at betale 600.000 kr. i erstatning for positiv opfyldelsesinteresse (Årsberetning 2022 s. 36).

Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022, Gentofte Kommune mod Eksponent ApS, jf. klagenævnets kendelser af 29. april 2020 og 10. februar 2021 (Årsberetning 2021 s. 35).

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 gældende, at den vindende tilbudsgiver ikke levede op til mindstekravene. Herefter erkendte kommunen, at i hvert fald en af referencerne ikke kunne bruges, men i stedet for at afvise tilbuddet, gav kommunen virksomheden mulighed for at indlevere nye referencer for at sikre overholdelsen af mindstekravet. Det klagede Eksponent også over. Ved klagenævnets kendelse af 29. april 2020 konstaterede klagenævnet, at kommunen havde overtrådt udbudsreglerne ved efterfølgende at indhente oplysninger om en krævet reference hos den vindende tilbudsgiver. Klagenævnet annullerede tildelingsbeslutningen.

Ved klagenævnets kendelse af 10. februar 2021 blev Eksponent tillagt erstatning til dækning af den positive opfyldelsesinteresse, skønsmæssigt fastsat til 1,2 mio. kr.

Kommunen indbragte sagen for Retten på Frederiksberg, der fandt, at kommunen havde været berettiget til at indhente nye referencer fra den vindende tilbudsgiver, og frifandt kommunen.

Dommen er anket til Østre Landsret.

Retten i Glostrups dom af 9. december 2022, Ringkøbing-Skjern Kommune mod De Forenede Dampvaskerier A/S, jf. klagenævnets kendelser af 15. maj og 17. december 2020.

Ringkøbing-Skjern Kommune udbød som offentligt udbud efter udbudsloven en 6-årig rammeaftale med en aktør om leje og vask af beklædning til sundhedsfagligt personale. Tildelingskriteriet var pris. Kommunen modtog to tilbud. Kommunen afviste tilbuddet med den laveste pris som ukonditionsmæssigt og indgik kontrakt med den tilbudsgiver, der havde afgivet det andet tilbud.

Den afviste tilbudsgiver klagede til klagenævnet. Ved kendelsen af 15. maj 2020 konstaterede klagenævnet, at klagerens tilbud ikke var ukonditionsmæssigt, og annullerede kommunens beslutning om at indgå kontrakt med den anden tilbudsgiver. Ved kendelsen af 17. december 2020 blev klageren, der havde nedlagt en erstatningspåstand på ca. 4,1 mio. kr., tillagt en erstatning for positiv opfyldelsesinteresse på 2,5 mio. kr.

Kommunen indbragte kendelserne for Retten i Glostrup med påstand om, at udbudsreglerne ikke var overtrådt, og at kommunen derfor ikke var erstatningspligtig. Klageren påstod frifindelse og gentog sin påstand for klagenævnet om en erstatning på ca. 4,1 mio. kr. Klageren nedlagde desuden påstand om, at kommunen skulle bringe kontrakten med den anden tilbudsgiver til ophør i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2.

Retten tiltrådte klagenævnets vurdering af, at klagerens tilbud var konditionsmæssigt, og fandt således i lighed med klagenævnet, at kommunen var erstatningspligtig over for klageren. Retten forhøjede erstatningsbeløbet til ca. 4,1 mio. kr. i overensstemmelse med klagerens påstand.

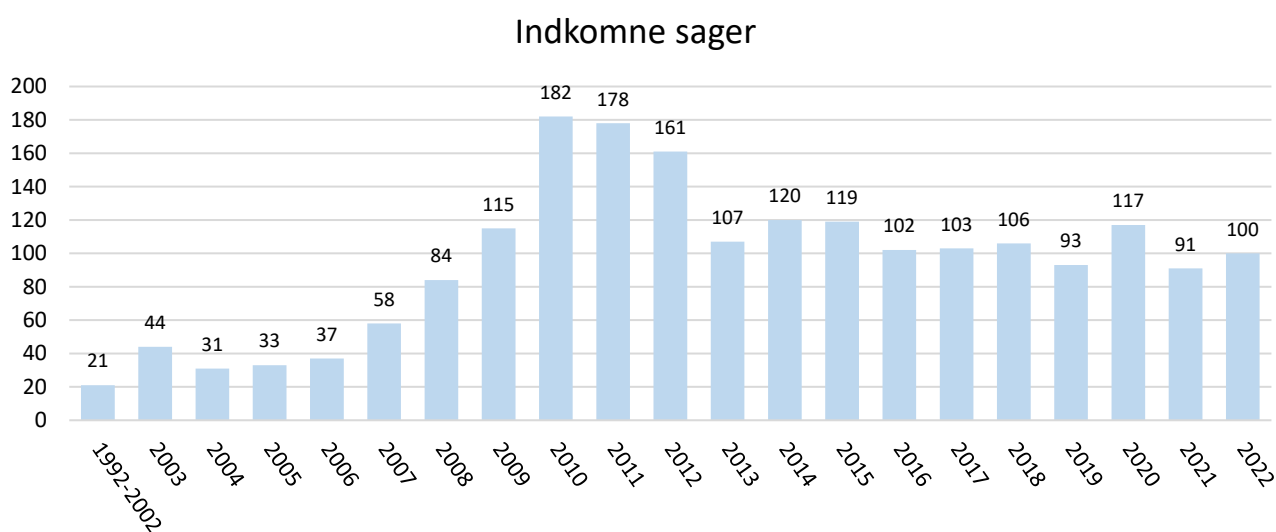
Retten pålagde imidlertid ikke kommunen i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2, at bringe kontrakten med den anden tilbudsgiver til ophør. Ifølge denne – rent nationale – bestemmelse skal ordregiveren bringe en kontrakt med en annulleret tildelingsbeslutning til ophør, med mindre særlige forhold taler for kontraktens videreførelse. Retten henviste til bestemmelsens forarbejder, hvoraf fremgår, at en kontrakt kan videreføres, hvis en tilbudsgiver, der uretmæssigt er blevet forbigået ved tildelingen, har fået erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, og den tilbudsgiver, som har fået tildelt kontrakten, også skulle være tildelt kontrakten, såfremt den uretmæssigt forbigåede tilbudsgiver ikke havde afgivet tilbud. Det var netop en sådan situation, som forelå til pådømmelse.

4. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2022

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

4.1 Indkomne klager

I 2022 modtog klagenævnet 100 klager. Oversigten nedenfor viser udviklingen i antallet af indkomne klager i årene 1992-2022.



Antallet af modtagne klager i 2022 er lidt over niveauet i 2021, og antallet af klagesager er fortsat markant lavere end i 2010-2012.

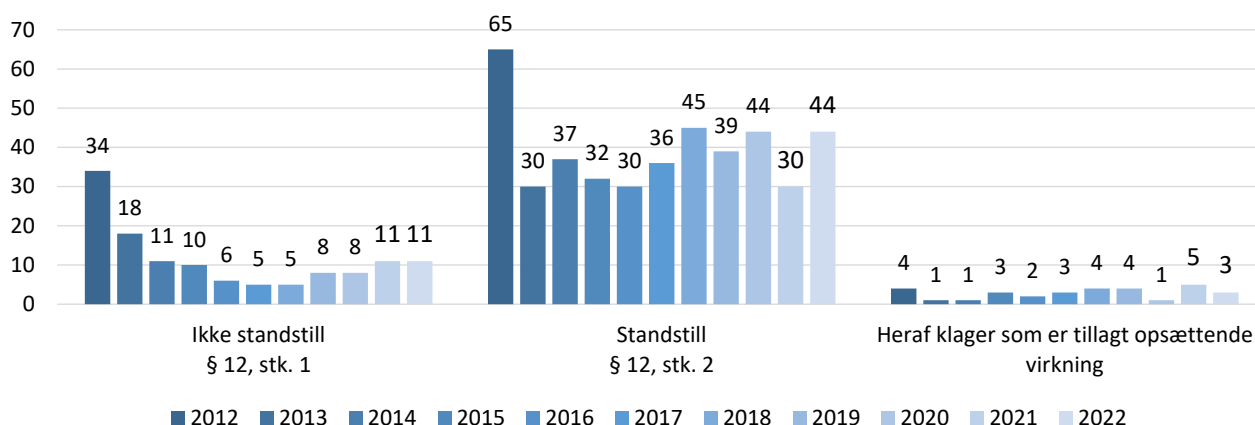
Som anført i afsnit 4.1 i årsberetningen for 2013 skal det markante fald i sagstilgangen ses i lyset af ændringerne i håndhævelsesloven (nu klagenævnsloven) og klagenævnsbekendtgørelsen i 2013, som netop havde til formål at begrænse et stigende antal klagesager. Navnlig forhøjelsen af klagegebyret til 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.

4.2 Standstill-sager og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning

Som det fremgår nedenfor, afsagde klagenævnet i 2022 delkendelse i 11 sager, hvor der var anmodet om opsættende virkning efter klagenævnslovens § 12, stk. 1, og delkendelse i 44 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 2022 er der i tre sager truffet afgørelse om at tillægge en klage opsættende virkning, se herom afsnit 1.4 ovenfor. I nogle tilfælde træffer klagenævnet afgørelser 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 2012-2022.

Standstill-kendelser og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning



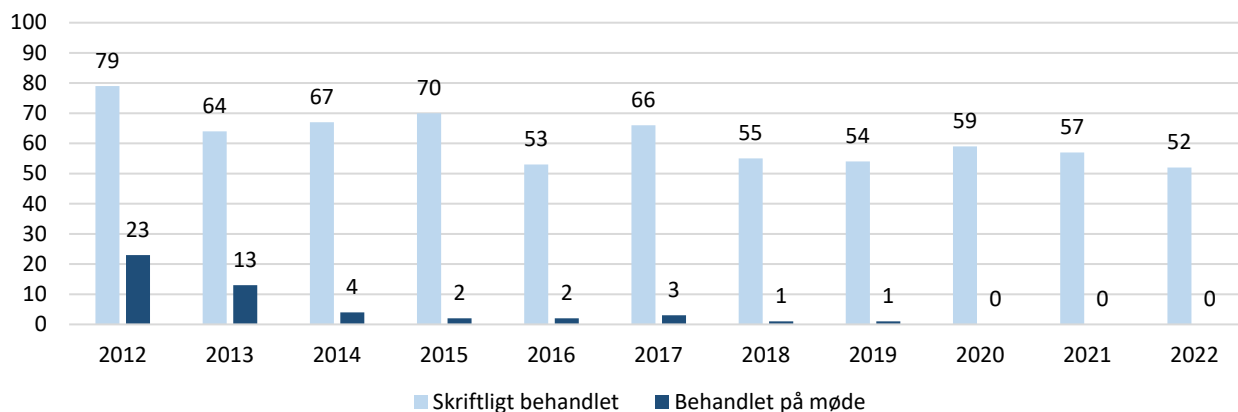
Klagenævnets kendelser m.v. vedrørende opsættende virkning fører i en række sager til, at klagen tilbagekaldes som følge af klagenævnets "fumus-kendelse", hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt. Sådanne kendelser er meget ressourcekrævende 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.

4.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde

De 42 sager, hvori klagenævnet afsagde realitetskendelser i 2022 (se afsnit 4.4), blev alle behandlet på skriftligt grundlag.

Nedenfor ses en opgørelse over sager behandlet henholdsvis på skriftligt grundlag og med mundtlig forhandling i årene 2012-2022.

Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller møde



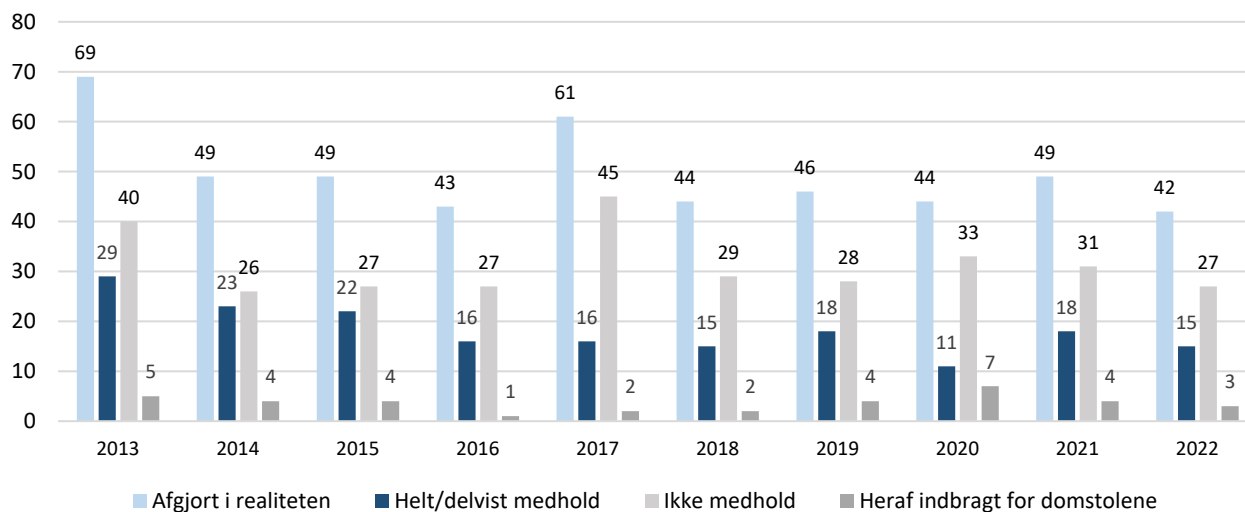
Note: De viste tal indeholder også afviste sager

Fordelingen af skriftligt behandlede sager/sager med mundtlig forhandling viser, at kun ganske få sager behandles mundtligt. Som også anført i afsnit 4.3 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.

4.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf

I 2022 afgjorde klagenævnet 42 sager i realiteten. Heraf fik 15 klagere helt eller delvist medhold, mens 27 klagere ikke fik medhold. Klagenævnets kendelser er i de fleste tilfælde den endelige afgørelse af sagen. Af de 42 kendelser blev således kun fire indbragt for domstolene. Antallet af kendelser, der er indbragt for domstolene, er næsten på samme niveau som 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 2022 var på ca. 36 % og dermed på næsten samme niveau som i 2021.

Opgørelsen i grafen og nedenstående tabel indeholder ikke de "fumus-kendelser", som bliver den endelige afgørelse i klagesagen. Klagenævnet har i 2022 afsagt 34 "fumus-kendelser". I otte 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.

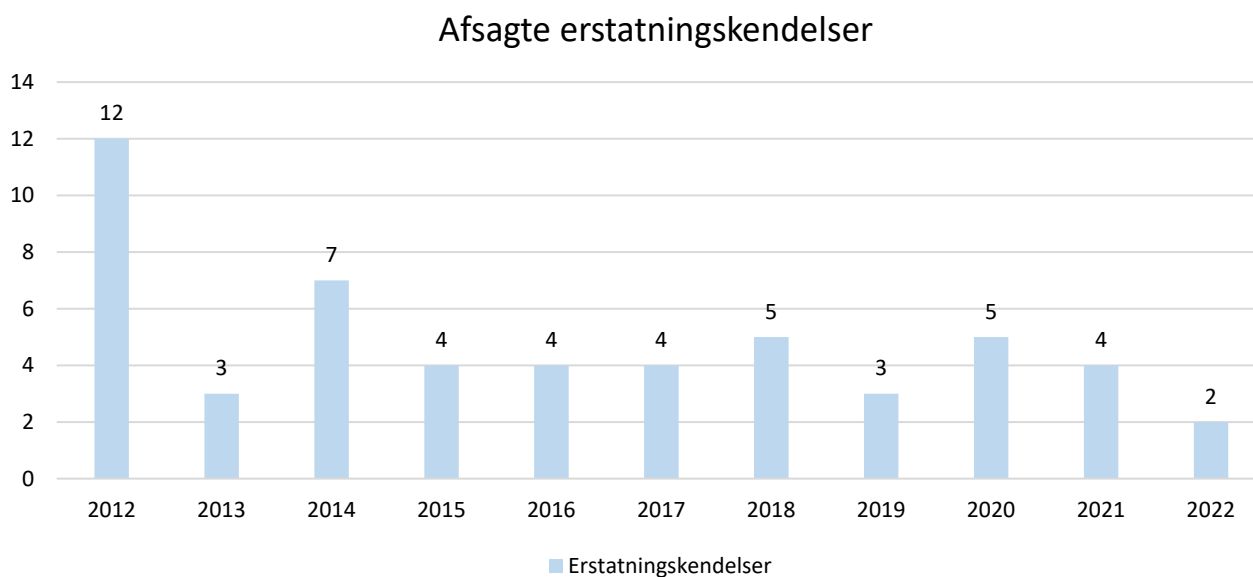
I de resterende 26 "fumus-kendelser" vurderede klagenævnet, at betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt, hvilket i 13 tilfælde førte til, at klagen blev tilbagekaldt, og delkendelsen således blev nævnets endelige afgørelse i sagen.

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 %
2022	36 %	64 %

4.5 Afsagte erstatningskendelser

I 2022 afsagde klagenævnet to kendelser om erstatning.

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



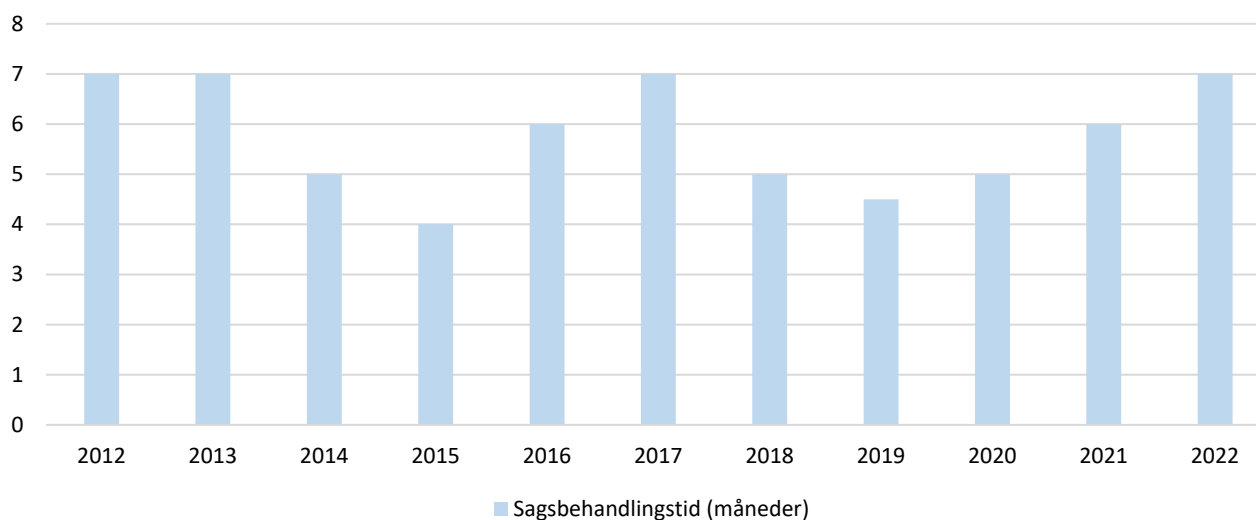
Som omtalt i afsnit 4.5 i årsberetningen for 2013 er det erfaringen, at erstatningsspørgsmålet i mange af de sager, hvor klageren har fået helt eller delvist medhold ved klagenævnets materielle kendelse, løses uden om klagenævnet, således at parterne indgår forlig i stedet for at lade det være op til klagenævnet at afgøre sagen ved en erstatningskendelse. Antallet af erstatningskendelser i 2012 må sammenholdes med et stort antal modtagne klager årene forinden.

4.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid

I 2022 havde klagenævnet en gennemsnitlig sagsbehandlingstid på syv måneder.

Nedenfor ses en opgørelse over udviklingen i den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for afviste sager og materielle kendelser opgjort i måneder i årene 2012-2022.

Gennemsnitlig sagsbehandlingstid



Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid, der i 2014 og 2015 viste en faldende tendens fra syv måneder i 2012-2013 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 2012-2013. Sagsbehandlingstiden faldt igen i 2018 til fem måneder og til 4,5 måneder i 2019. I 2020 og 2021 steg den gennemsnitlige sagsbehandlingstid til fem måneder i 2020 og seks måneder i 2021.

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid er steget til syv måneder i 2022, svarende til sagsbehandlingstiden i 2012-2013 og 2017.

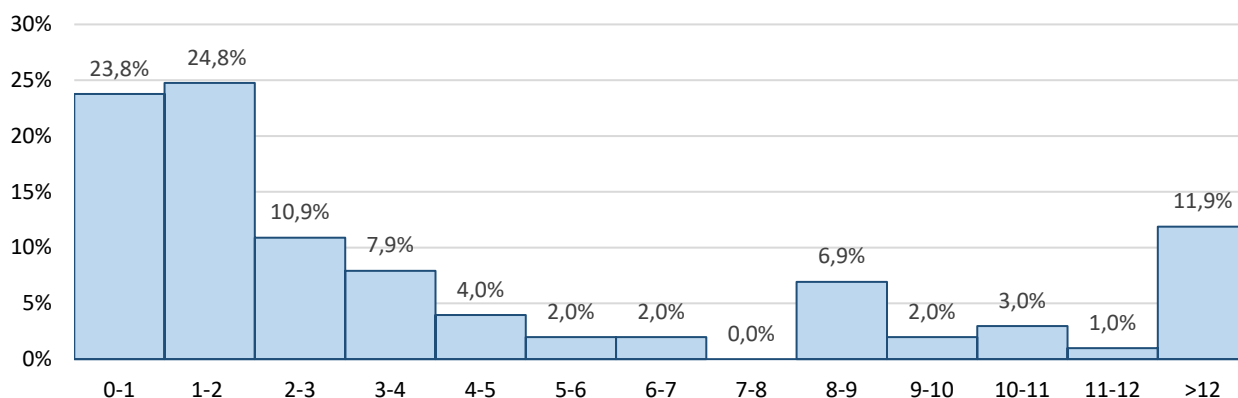
Antallet af verserende sager ultimo 2022 er opgjort til 42, hvilket svarer til niveauet i årene 2017-2021.

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

Nedenfor er for 2022 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 4.8 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 4.5.

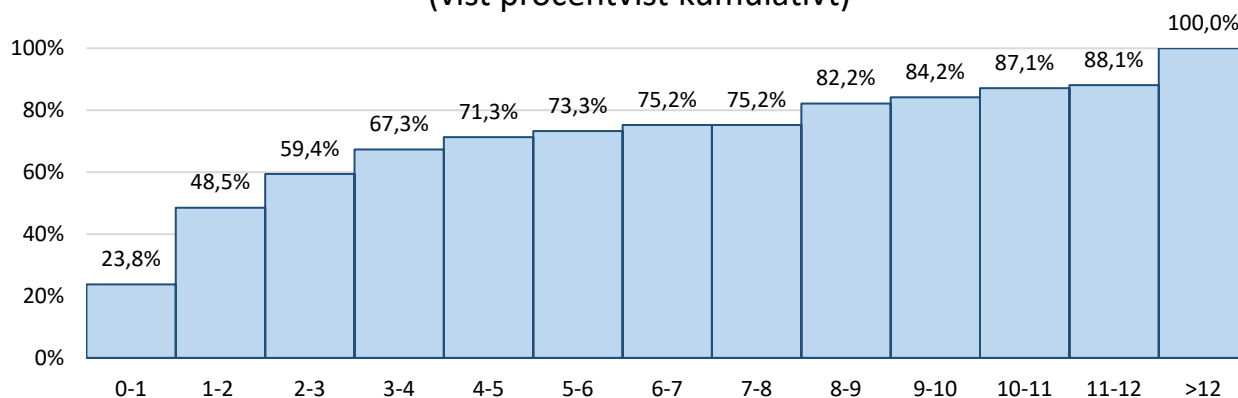
Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (procentvis fordeling)



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for 2022 vist procentvist kumulativt.

Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt)



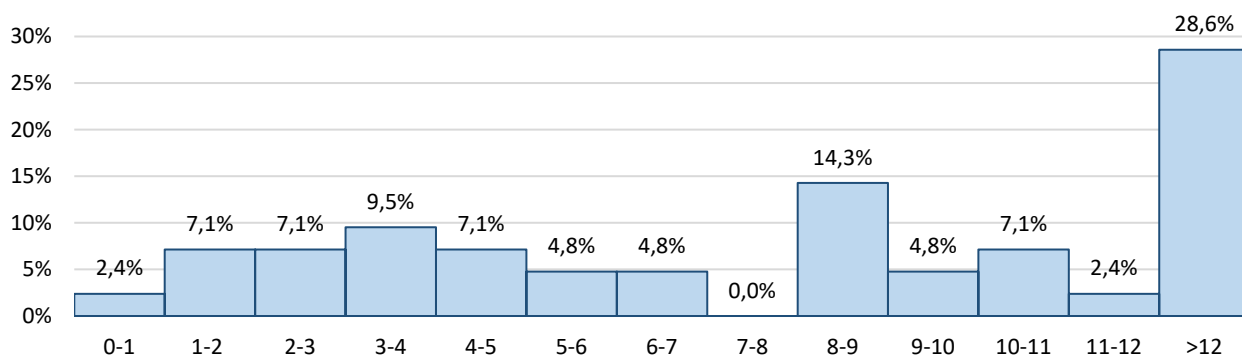
Ca. 24 % af sagerne er i 2022 afsluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen mod ca. 32 % i 2020 og ca. 23 % i 2021. Ca. 49 % af sagerne er i 2022 sluttet i løbet af de første to måneder efter klagens modtagelse mod ca. 54 % i 2020 og ca. 37 % i 2021. Det fremgår videre, at ca. 59 % af alle modtagne sager i 2022 blev sluttet i løbet af tre måneder mod ca. 63 % i 2020 og ca. 46 % i 2021. I opgørelsen for 2022 indgår bl.a. 45 sager, hvor klagen er tilbagekaldt. I ca. halvdelen af disse sager er klagen tilbagekaldt som følge af klagenævnets "fumus-kendelser", hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt. Det ses endvidere, at ca. 73 % af sagerne i 2022 blev sluttet i løbet af fem-seks måneder efter klagens modtagelse mod 80 % i 2020 og ca. 75 % i 2021, og at ca. 84 % af sagerne færdigbehandles i løbet af ni-ti måneder mod ca. 94 % i 2020 og ca. 93 % i 2021.

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.

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

Nedenfor er for 2022 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.

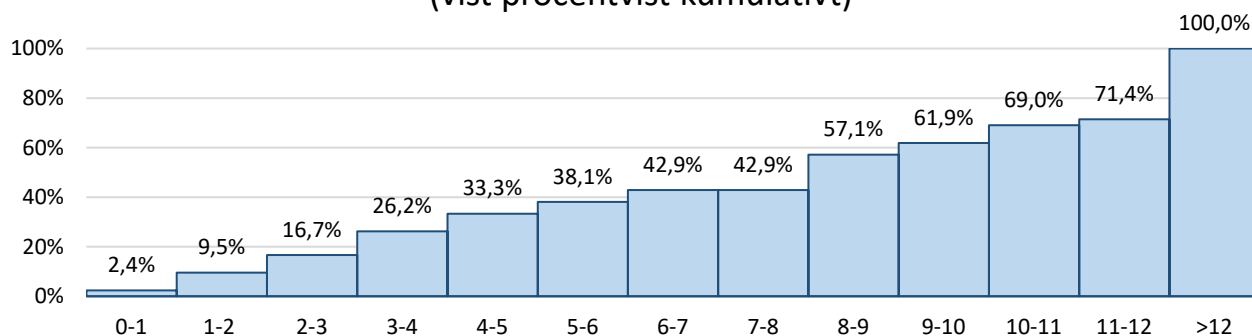
Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser
(procentvis fordeling)



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for materielle kendelser i 2022 vist procentvist kumulativt.

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



Tabellen viser, at der i 2022 var afsagt materiel kendelse i ca. 26 % af de sager, hvori en sådan kendelse blev afsagt, i løbet af tre-fire måneder mod ca. 41 % i 2020 og ca. 20 % i 2021. I 2022 var der endvidere afsagt materiel kendelse i ca. 38 % af sagerne i løbet af fem-seks måneder mod 50 % i 2020 og ca. 55 % i 2021. Videre ses det, at der i 2022 efter syv-otte måneder var afsagt materiel kendelse i ca. 43 % af sagerne mod

ca. 77 % i 2020 og ca. 67 % i 2021. De resterende 57 % (2020: 23 % og 2021: 33 %) 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 oven for afsnit 4.2.

5. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET

Klagenævnets udadrettede aktiviteter i 2022 var ikke i samme omfang som i de to foregående år begrænset som følge af COVID-19-pandemien. Klagenævnet havde således en række aktiviteter foruden behandlingen af klagesager.

Høringssvar

Klagenævnet afgav den 7. marts 2022 høringssvar vedrørende udkast til lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud.

Deltagelse i konferencer mv.

Klagenævnets formand Jakob O. Ebbensgaard og specialkonsulent Maiken Nielsen holdt den 6. april 2022 oplæg ved Statens Indkøbskonference.

Klagenævnet og nævnets sekretariat deltog virtuelt henholdsvis den 4. maj 2022 og den 23. september 2022 i møder i Network of first instance procurement review bodies, arrangeret af EU-Kommissionen.

Klagenævnet afholdt den 30. september 2022 et møde med nævnets sagkyndige medlemmer.

Klagenævnets formand Jakob O. Ebbensgaard og næstformand Kirsten Thorup holdt oplæg ved JUC Udbudskonference den 2. november 2022. Nævnets sekretariat deltog tillige på konferencen.

Næstformand Kirsten Thorup deltog i konferencen "Into the northern light – In memory of Steen Treumer", der blev afholdt den 2. december 2022.