

Klagenævnet for Udbud

Årsberetning 2015

INDHOLDFORTEGNELSE

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.....	8
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.....	15
2. Kendelser på udvalgte områder	16
2.1 Udvalgte delkendelser og kendelser	16
2.1.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter	16
Kendelser af 16. marts og 19. maj 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet	16
Kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune	17
Kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark	18
2.1.2 Klar grænseoverskridende interesse	21
Kendelse af 10. marts 2015, Esbjerg Maritime Service ApS mod Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn	21
2.1.3 Tilbuds konditionsmæssighed og tilbudsforbehold.....	21
Kendelse af 8. juli 2015, Tide Bus Danmark A/S mod FynBus	21
Kendelse af 9. september 2015, Parkwind N.V. mod Energistyrelsen	22
Kendelse af 2. november 2015, Albrecht Bender GmbH u. Co mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse	23
2.1.4 Blandede kontrakter.....	24
Kendelse af 20. februar 2015, Michael Wulff A/S m.fl. mod Rebild Kommune	24
2.1.5 Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel	25
Kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune	25
Kendelse af 19. august 2015 Avaleo ApS mod Slagelse Kommune	26
Delkendelse af 4. november 2015, Q-Free ASA mod Øresundsbro Konsortiet	27
2.1.6 Udligning af konkurrencefordel.....	28
Kendelse af 27. august 2015, CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet	28
Kendelse af 2. november 2015, Albrecht Bender GmbH u. Co mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse	29
2.1.7 Mindstekrav.....	29
Kendelse af 8. juli 2015, Tide Bus Danmark A/S mod FynBus	29
Kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune	29

2.1.8	Koncessionsudbud	30
	Kendelse af 9. september 2015, Parkwind N.V. mod Energistyrelsen, og kendelser af hhv. 28. oktober 2015 og 15. december 2015, Wind People på vegne af Vind & Velfærd K/S samt Fonden Ærøvs Vedvarende Energipulje mod Energistyrelsen.....	30
2.1.9	Sortimentsudbud	32
	Kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune	32
2.1.10	Begrundelseskrav ved kontrakttildeling	32
	Kendelse af 23. juni 2015, European Dynamics Luxembourg SA mod SKAT	32
2.1.11	Klagenævnens loven, herunder (foreløbig) opsættende virkning og klagenævnets sanktioner.....	34
	Kendelser af 7. januar 2015 og 7. maj 2015, Rengoering.com A/S mod Ringsted Kommune.....	34
	Kendelser af 16. marts og 19. maj 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet	35
	Kendelse af 19. august 2015, Avaleo ApS mod Slagelse Kommune	35
	Kendelse af 27. august 2015, CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet	35
	Delkendelse af 4. november 2015, Q-Free ASA mod Øresundsbro Konsortiet	35
	Kendelse af 12. november 2015, IGT Global Services Limited mod Danske Lotteri Spil A/S.....	35
	Kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark	36
2.1.12	Indhentelse af supplerende oplysninger	36
	Kendelse af 5. februar 2015, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark	36
2.1.13	EUF-traktatens almindelige principper.....	37
	Kendelse af 10. marts 2015, Esbjerg Maritime Service ApS mod Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn	37
2.1.14	Sagsomkostninger	37
	Kendelser af 16. marts og 19. maj 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet	37
	Kendelse af 19. august 2015, Avaleo ApS mod Slagelse Kommune	37
2.1.15	Aktindsigt.....	38
	Kendelse af 2. marts 2015, Ion Beam Applications S.A. mod Region Midtjylland	38
3.	Danske domme	40
3.1	Domstolens behandling af klagenævnets kendelser	40
	Højesterets dom af 11. februar 2015 (UfR 2015.1586H), Hans Damm Research A/S mod Erhvervsstyrelsen, Moderniseringsstyrelsen og Forsvarsministeriet (omtales ikke)	40
	Københavns Byrets dom af 7. maj 2015, Region Midtjylland mod Medtronics Danmark A/S og Globus Medical Danmark ApS, jf. klagenævnets kendelser af 12. august 2013.....	40
	Retten i Koldings dom af 6. juli 2015, G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark, jf. klagenævnets kendelse af 6. marts 2014	40
	Retten i Næstveds dom af 16. juli 2015, Maxys A/S og Solid Software Development ApS mod Region Sjælland, jf. klagenævnets kendelser af 27. november 2013 og 20. maj 2014	41
	Vestre Landsrets dom af 27. august 2015 (UfR 2016.86V), Gustav H. Christensen A/S mod Morsø Spildevand A/S, jf. klagenævnets kendelse af 19. november 2013	42
4.	Klagenævnet for Udbuds virksomhed i 2015	43
4.1	Indkomne klager	43

4.2	Standstill-sager og andre sager vedrørende opsættende virkning	43
4.3	Nævnbehandlings på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde.....	44
4.4	Afgjorte sager samt udfaldet heraf	45
4.5	Afsagte erstatningskendelser	46
4.6	Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	47
4.7	Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (procentvis fordeling)	47
4.8	Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt).....	48
4.9	Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (procentvis fordeling)	49
4.10	Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist procentvist kumulativt).....	49
5.	Andre aktiviteter i klagenævnet	51

FORORD

Klagenævnet for Udbud udgiver hermed sin tredje årsberetning, der i overensstemmelse med klagenævnets bekendtgørelse skal formidle indholdet af klagenævnets principielle kendelser. Kapitel 1 indeholder en redegørelse for nævnets lovgrundlag, etablering og sammensætning, herunder formandskabet, nævnets sagkyndige og sekretariat. Kriterierne for udvælgelsen af kendelserne omtalt i kapitel 2 er, om kendelserne må anses for principielle eller i øvrigt af særlig interesse. Det er ved omtalen tilstræbt at tilkendegive, hvilke aspekter klagenævnet har fundet særligt interessante. Klagenævnets kendelser offentliggøres løbende på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk. Det gælder både kendelser om overtrædelse af udbudsreglerne og kendelser om erstatning samt et udvalg af kendelser vedrørende opsættende virkning og aktindsigt. Kapitel 4 indeholder statistiske oplysninger om klagenævnets virksomhed og kommentarer hertil. Klagenævnet modtog i 2015 119 klager, hvilket var på niveau med 2014 (120 klager). Sagsantallet har således i 2013, 2014 og 2015 stabiliseret sig på et markant lavere niveau end i 2010, 2011 og 2012, hvor klagenævnet modtog 182, 178 og 161 klager. Faldet må som nærmere anført i årsberetningerne for 2013 og 2014 antages at hænge sammen med ændringer i regelsættet, der har medført højere gebyr for at klage og en forøget procesrisiko for klagerne. Om sagsbehandlingstiden i klagenævnet fremgår det af årsberetningen, at ca. 47 % af alle sager (afgjorte og afviste sager) i 2015 blev sluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen (2014 ca. 33 %). I løbet af de to første måneder efter klagens modtagelse blev ca. 62 % af alle sager sluttet (2014 ca. 54 %), mens ca. 69 % af alle sager blev sluttet i løbet af tre måneder fra klagens modtagelse (2014 ca. 60 %). Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid for 2015 er opgjort til 4 måneder (2014 5 måneder). Regelsættet, som klagenævnet arbejder efter, undergik i 2015 mange ændringer og fornyelser:

- Vedtagelsen af udbudsloven med implementering af det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU)
- Ændringer i lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tidligere lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter)
- Ændringer i lov om Klagenævnet for Udbud (tidligere lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.)
- Bekendtgørelse om implementering af det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv (direktiv 2014/25/EU)
- Bekendtgørelse om implementering af det nye koncessionsdirektiv (direktiv 2014/23/EU)
- Bekendtgørelse om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse og om anvendelsen af elektroniske kommunikationsmidler i udbud efter udbudslovens afsnit II og III.

Den 5. januar 2016 er de nye udbudsdirektiver fulgt op med Kommissions gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD).

Michael Ellehauge, formand

København, august 2016

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). I 2007 blev der vedtaget et ændringsdirektiv (direktiv 2007/66/EF) til kontroldirektiverne. Ændringsdirektivet blev implementeret i 2010 med vedtagelsen af håndhævelsesloven (lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.). Håndhævelsesloven er efterfølgende ændret ved lov nr. 1556 af 21. december 2010, lov nr. 618 af 14. juni 2011, lov nr. 1231 af 18. december 2012 og lov nr. 511 af 27. maj 2013. Det blev i 2011 endvidere fastsat, at håndhævelsesloven også skal anvendes i forhold til udbud vedrørende forsvars- og sikkerhedsdirektivet, jf. bekendtgørelse nr. 892 af 17. august 2011. Senest er loven ændret ved udbudsloven (lov nr. 1564 af 15. december 2015) med ikrafttræden den 1. januar 2016 og har herefter titlen "Lov om Klagenævnet for Udbud" (klagenævnsloven).

Klagenævnsloven indeholder reglerne om klagenævnets kompetence og virksomhed. Til loven knytter sig bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud, der er ændret ved bekendtgørelse nr. 550 af 29. maj 2013. Klagenævnsbekendtgørelsen indeholder bl.a. reglerne for indgivelse af klager og klagenævnets sagsbehandling.

Klagenævnets hørings svar vedrørende udbudsloven, der implementerer udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU), og vedrørende de to bekendtgørelser, der ligeledes med ikrafttræden den 1. januar 2016 implementerer henholdsvis forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU) og koncessionsdirektivet (direktiv 2014/23/EU), fremgår af klagenævnets hjemmeside.

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 erhvervs- og vækstministeren for en periode på op til 4 år. Der er mulighed for genudpegning.

Formandskabet har i 2015 bestået af 5 landsdommere og 3 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 punkt 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 har i 2015 været sammensat af følgende dommere:

Formand for Klagenævnet for Udbud:

Landsdommer, ph.d. Michael Ellehauge

Klagenævnets øvrige formandskab:

- Landsdommer Kirsten Thorup
- Byretsdommer Niels Feilberg Jørgensen
- Landsdommer Erik P. Bentzen
- Landsdommer Nikolaj Aarø-Hansen
- Landsdommer, LL.M. Katja Høegh
- Byretsdommer Poul Holm
- Byretsdommer Mette Langborg

Klagenævnets sagkyndige medlemmer var i 2015:

- Kontorchef Helle Bøjen Larsen
- Kontorchef Trine Heidemann Garde
- Adm. direktør Knud Erik Busk
- Chefkonsulent Michael Jacobsen
- Chefkonsulent Vibeke Steenberg
- Indkøbschef Allan Åge Christensen
- Head of Team Legal Competition & Tender Law, Senior Manager Pernille Hollerup
- Chef for Juridisk Afdeling Anne-Mette Udsen
- Chefkonsulent Erik Bøgward Christiansen
- Direktør Erik Stensig Poulsen
- Projektdirektør Henrik Fausing
- Underdirektør Jan Eske Schmidt
- Adm. direktør, advokat Kirsten Thøgersen
- Bygherrerådgiver, cand.jur., mediator Lene Ravnholt
- Chefjurist Preben Dahl
- Politisk-økonomisk konsulent Sidse Buch
- Professor, ph.d. Steen Treumer
- Advokat Stephan Falsner
- Advokat Helle Carlsen
- Legal Manager Palle Skaarup

1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat

Klagenævnets sekretariat er placeret i Erhvervsstyrelsen under Erhvervs- og Vækstministeriet. Klagenævnets formand er faglig leder af sekretariatet, der er normeret med 3 jurister og en sekretær, ligesom der til sekretariatet er tilknyttet studentermedhjælp.

Klagenævnets jurister forbereder sagerne og bistår i udvalgte sager den pågældende formand med at udarbejde kendelsesudkast. Herudover bistår juristerne klagenævnets formand med en række ledelsesmæssige opgaver. Klagenævnets sekretær deltager i sagsforberedelsen, varetager en række administrative opgaver og yder telefonisk klagevejledning. I 2015 har sekretariatet på grund af sygdom ikke rådet over en sekretær, men har haft studentermedhjælp.

I sekretariatet var i 2015 ansat følgende jurister:

- Specialkonsulent Nancy Elbouridi (advokatuddannet)
- Fuldmægtig, cand.jur. Christina Kønig Mejl (en del af 2015)
- Fuldmægtig Kristian Aagaard Bach Mortensen (advokatuddannet) (en del af 2015)
- Fuldmægtig, cand.jur. Johannes Krogsgaard (en del af 2015)

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

Klagenævnet træffer efter klagenævnenslovens § 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 overtrædelser af:

- EU's udbudsdirektiver og lovgivningen om direktivernes gennemførelse i dansk ret
- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (EUF-traktaten) og de heraf afledte principper om ligebehandling og gennemsigtighed m.v. i relation til indgåelse af offentlige kontrakter
- 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 afsnit 1.8 for en kortfattet 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 EU-udbudsreglerne, mens der alene behandles et mindre antal sager vedrørende tilbudsloven.

Klagenævnets hovedopgave er at træffe konkrete afgørelser i konkrete klagesager. Når klagenævnet undertiden 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 kendel-

se. Der henvises herved til artiklen i Ugeskrift for Retsvæsen 2013 B, side 241 ff. (U.2013B.241, Michael Ellehaug: Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler, punkt 1).

Klagenævnets kendelser er som retskilde underordnet domme fra de danske domstole og fra EU-Domstolen. Klagenævnets praksis siden 1992 og navnlig kendelser afsagt inden for de seneste 10 år må imidlertid 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 2015 på 4 måneder, hvortil kommer bl.a., at en meget stor del – ca. 69 % – 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 klagenævnslovens §§ 12-14a 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 (klagenævnslovens § 12, stk. 2 og 3) og i andre sager efter anmodning (klagenævnslovens § 12, stk. 1) tillægge en klage opsættende virkning, hvis særlige grunde taler derfor.

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 artiklen herom i Ugeskrift for Retsvæsen 2010 B, side 303 ff. (U.2010B.303, Mette Frimodt Hansen og Kirsten Thorup: Standstill og opsættende virkning i udbudsretten).

Når klagenævnet vurderer, om en klage skal tillægges opsættende virkning, er der tale om en foreløbig vurdering på skriftligt grundlag af, om de 3 betingelser er opfyldt. De anførte betingelser er kumulative, og der vil således ikke blive truffet bestemmelse om opsættende virkning, såfremt en 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 2015 har klagenævnet i 3 tilfælde tillagt en klage opsættende virkning: Ved kendelse af 16. marts 2015 i sagen Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet, ved kendelse af 4. november 2015 i sagen Q-Free ASA mod Øresundsbro Konsortiet og ved kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark. I alle 3 tilfælde har ordregiveren herefter annulleret henholdsvis tildelingsbeslutningen og udbuddene. Kendelserne er omtalt i kapitel 2.

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 spørgsmål 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 for 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 2015 afsagt 5 sådanne kendelser (kendelse af 25. marts 2015, Zenzo Group ApS mod Horsens Kommune, kendelse af 14. april 2015, Mathis Værft A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, kendelse af 11. juni 2015, Niras A/S mod Region Hovedstaden, kendelse af 9. oktober 2015, Rubæk & Co. mod Københavns Kommune, og kendelse af 23. oktober 2015, BKI Foods A/S mod Fællesudbud Sjælland).

Øvrige sanktionsmuligheder

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

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

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

Er ordregiveren ikke en del af den offentlige forvaltning og dermed ikke omfattet af lovens § 19, stk. 1, pålægger klagenævnet ikke 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 20. august 2012, Intego A/S mod NRGi Net A/S, 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 håndhævelseslovens sanktioner.

1.5 Nævns- og formandsafgørelser

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

Nævnsafgørelser

Når klagenævnet træffer afgørelse i en sag, er klagenævnet sammensat af 1 medlem af formandskabet og 1 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 antallet af sagkyndige medlemmer, der skal træffe afgørelse i en sag. Beføjelsen kan anvendes i principielle eller særligt omfattende eller komplekse sager, således at besætningen øges til 2 medlemmer fra formandskabet og 2 sagkyndige medlemmer.

I 2015 er muligheden for en udvidet besætning anvendt i 4 sager, nemlig kendelse af 5. februar 2015, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark, kendelse af 17. august 2015, TEAM OPP mod Region Midtjylland, kendelse af 9. september 2015, Parkwind N.V. mod Energistyrelsen, og kendelse af 15. december 2015, Wind People mod Energistyrelsen. Bortset fra sagen mellem TEAM OPP og Region Midtjylland, der endnu ikke er afsluttet, omtales kendelserne nedenfor.

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. I 2015 er der således kun afsagt 3 materielle kendelser uden deltagelse af et sagkyndigt medlem: Kendelse af 21. januar 2015, Kinnarps A/S mod Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syddanmark og Region Sjælland, kendelse af 9. oktober 2015, Rubæk & Co. A/S mod Københavns Kommune, og kendelse af 23. oktober 2015, BKI Foods A/S mod Fællesudbud Sjælland v/Odsherred Kommune.

Formanden i den enkelte sag kan desuden træffe afgørelse uden medvirken af en sagkyndig ved afgørelsen af processuelle spørgsmål. Hertil hører blandt andet 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 klagenævnslovens bekendtgørelsens §§ 4-5.

Det er sekretariatets opgave i samarbejde med formanden i den enkelte sag at påse, at klageren opfylder de formelle krav til at klage. På klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk, er offentliggjort en klagevejledning, der gennemgår kravene til en klage, og som navnlig henvender sig til de klagere, 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.

Ved klage over overtrædelser af udbudsloven og EU's udbudsdirektiver 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 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, jf. herved kendelse af 9. december 2015, Varmecenteret ApS mod Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme. 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.

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, og som mener at have lidt et tab som følge af en overtrædelse af udbudsreglerne. Typisk vil klageren have ansøgt om prækvalifikation eller have afgivet tilbud, men også virksomheder, som reelt ville have kunnet ansøge om prækvalifikation eller ville have kunnet afgive tilbud (potentielle ansøgere/tilbudsgivere) kan have retlig interesse. Kan klageren ikke sandsynliggøre at have retlig interesse i sagen, afvises klagen. Klagenævnet har truffet en række afgørelser, der belyser kravet om retlig interesse. Nogle af disse afgørelser er omtalt i den praksisoversigt, der findes på klagenævnets hjemmeside i tilknytning til årsberetningen.

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

Klageren skal endvidere overholde de klagefrister, der er fastsat i klagenævnslovens § 7, hvor til 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 (gælder kun klager over EU-udbud)

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 klagenævnsloven 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 klagenævnslovens §§ 6 og 10-11 og klagenævnsbekendtgørelsens §§ 6-9.

Klagenævnets sekretariat forbereder sagerne i samarbejde med formanden i den enkelte sag. Sagsforberedelsen består i, at parterne udveksler 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 m.v.) mellem parterne. Omfanget af denne del af sagsbehandlingen afhænger af sagens karakter og omfang. Klagenævnet afgør som led i sagsbehandlingen eventuelle tvister mellem parterne om omfanget af klagerens ret til aktindsigt som part. Sådanne afgørelser træffes efter forvaltningslovens regler herom. Klageren får normalt mulighed for at afgive yderligere indlæg, når klagenævnet har afgjort spørgsmå-

let 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, og – hvis der er spørgsmål om uden virkning – § 6, stk. 5). Det er en betingelse for intervention, at sagen har væsentlig betydning for den, der ønsker at intervenere. Intervention efter klagenævnsloven svarer til biintervention efter retsplejelovens regler, og intervenienten kan således ikke nedlægge selvstændige påstande og fremføre egne anbringender. Spørgsmålet om intervention indgik i kendelse af 29. november 2013, Kinnarps A/S' anmodning om genoptagelse og tilladelse til intervention i sagen EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden.

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 argumenter udgør rammen for klagenævnets prøvelse (klagenævnslovens § 10, stk. 1).

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 et begrænset antal sager. En mundtlig forhandling 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 afgives skriftlige erklæringer til klagenævnet. Mødet afsluttes med, at parterne eller deres advokater fremkommer med deres afsluttende bemærkninger (procedure), hvorefter sagen optages til afgørelse. Voteringen påbegyndes normalt umiddelbart derefter. I nogle tilfælde anser klagenævnet den indledende præsentation af sagens dokumenter m.v. for unødvendig. Klagenævnet vil i så fald meddele, at klagenævnet har sat sig ind i sagens dokumenter og parternes synspunkter i proceskrifterne. Klagenævnet kan eventuelt ønske forskellige afklarende spørgsmål besvaret. Herefter kan parternes advokater gå direkte til proceduren. De mundtlige forhandlinger i klagenævnet har typisk en varighed på 4-5 timer, mens varigheden i de største sager er 1-2 dage. Der har i 2015 været afholdt møde i 2 sager (i 2014 4 sager), mens 70 sager er afgjort på skriftligt grundlag (i 2014 67 sager). Der henvises i øvrigt til oversigten over nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller møde i afsnit 4.3.

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

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.

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.

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, forinden kendelsen afsiges. Dette gælder særligt, hvis sagen indeholder principielle aspekter.

Klagenævnets afgørelser kan indbringes for domstolene senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt parterne. I sager med spørgsmål om erstatning opdeler klagenævnet 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.
- Sager hvor en tredjemand, f.eks. en journalist, anmoder om aktindsigt efter offentlighedsloven i dokumenter 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 overtrædelser af udbudsreglerne, der efter klagenævnetsloven skal afgøres af klagenævnet. Der er således typisk tale om afgørelser af sagsbehandlingsmæssig karakter, og sagerne afgøres derfor normalt uden afsigelse af kendelse, men sluttet med en afgørelse i brevform. Der medvirker ikke sagkyndige ved disse afgørelser. Afgørelsen vil ofte blive truffet af en jurist i klagenævnets sekretariat efter bemyndigelse fra klagenævnets formand.

2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER

Alle materielle kendelser og erstatningskendelser offentliggøres på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk. Endvidere offentliggøres delkendelser vedrørende opsættende virkning og aktindsigts-afgørelser, hvis de har almen interesse. I det følgende omtales en række kendelser fra 2015, som alle er offentliggjort på www.klfu.dk. Nogle af kendelserne har egentlig principiell 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
- Klar grænseoverskridende interesse
- Tilbuds konditionsmæssighed og tilbudsforbehold
- Blandede kontrakter
- Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel
- Udligning af konkurrencefordel
- Mindstekrav
- Koncessionsudbud
- Sortimentudbud
- Begrundelseskrav ved kontrakttildeling
- Klagenævnetsloven, herunder (foreløbig) opsættende virkning og klagenævnets sanktioner
- Indhentelse af supplerende oplysninger
- EUF-traktatens almindelige principper
- Sagsomkostninger
- Aktindsigt

2.1 Udvalgte delkendelser og kendelser

2.1.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter

Kendelser af 16. marts og 19. maj 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet

Klage over direkte tildeling tillagt foreløbig opsættende virkning ved klagens modtagelse og – ved en senere afgørelse – tillagt fortsat opsættende virkning under den videre behandling af klagesagen. Betingelserne for direkte tildeling efter undtagelsesbestemmelserne i udbudsdirektivets (direktiv 2004/18) artikel 31, stk. 1, litra b, og stk. 2, litra b, ikke opfyldt.

Københavns Universitet meddelte ved en såkaldt profylaksebekendtgørelse, at universitetet uden afholdelse af udbud agtede at indgå en kontrakt om massespektrometrisk udstyr til det farmaceutiske fakultet. I bekendtgørelsen begrundede universitetet fremgangsmåden med, at kun den valgte leverandør, der allerede leverede udstyr til universitetet, kunne levere det ønskede udstyr, jf. udbudsdirektivets (direktiv 2004/18/EF) artikel 31, stk. 1, litra b. Som yderligere begrundelse anførtes, at en ændring af leverandør ville indebære køb af inkompatibelt udstyr eller medføre uforholdsmæs-

sige tekniske vanskeligheder, jf. artikel 31, stk. 2, litra b. Inden udløbet af 10-dages fristen i klagenævnslovens § 4, stk. 1, nr. 2, indgav en anden leverandør af massespektrometrisk udstyr klage til Klagenævnet for Udbud og begærede klagen tillagt opsættende virkning. Klageren gjorde blandt andet gældende, at virksomheden kunne levere det ønskede system, uden at dette ville give anledning til tekniske vanskeligheder i forhold til universitetets eksisterende udstyr. Klagenævnets formand tillagde foreløbigt klagen opsættende virkning, jf. lovens § 12. Ved kendelsen af 16. marts 2015 besluttede klagenævnet herefter at tillægge klagen fortsat opsættende virkning under resten af nævnets behandling af klagen. Klagenævnet fandt herunder, at betingelsen om "fumus boni juris" var opfyldt, idet betingelserne for anvendelse af undtagelsesbestemmelserne i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b, og stk. 2, litra b, ikke var opfyldt. Klagenævnet lagde herved vægt på, at betingelserne i artikel 31, stk. 1, litra b, var ikke opfyldt, allerede fordi klageren ville have budt på kontrakten. Betingelserne i artikel 31, stk. 2, litra b, var heller ikke opfyldt. Klagenævnet lagde herved vægt på, at det ikke kunne lægges til grund, at universitetet konkret havde overvejet omfanget af de anførte problemer, da der ikke i bekendtgørelsen var anført nærmere herom, og da det samtidig fremgik, at universitetet mente, at der slet ikke var andre potentielle leverandører af tilsvarende udstyr. Det var ubestridt, at kravet om uopsættelighed ikke var til hinder for opsættende virkning, blandt andet fordi sagen angik et tilfælde af direkte tildeling, hvorfor klageren var afskåret fra at godtgøre et tab og dermed opnå erstatning. Vedrørende den tredje betingelse (interesseafvejning) anførte klagenævnet, at en ordregiver, der overvejer at anvende undtagelsesproceduren i udbudsdirektivets artikel 31, der indebærer direkte tildeling, og særligt hvis dette begrundes i, at der ikke er andre relevante aktører på markedet, og som samtidig offentliggør en profylaksebekendtgørelse, altid må påregne en vis risiko for, at der klages, og at klagen tillægges opsættende virkning. På den baggrund vejer hensynet til ordregiverens interesse i hurtigt at indgå kontrakten i en sådan situation ikke tungt, hvis en anden virksomhed klager og oplyser, at den kan levere de varer eller ydelser, kontrakten angår. Klagenævnet påpegede endvidere, at ordregiveren i almindelighed vil kunne afbøde skadevirkningerne af, at klagen tillægges opsættende virkning, ved at annullere sin tildelingsbeslutning og i stedet gennemføre et egentligt udbud. Efter en samlet afvejning fandt nævnet således, at også denne betingelse var opfyldt, og tillagde klagen opsættende virkning. Ved klagenævnets endelige kendelse i sagen af 19. maj 2015 fastholdt nævnet sin foreløbige vurdering fra delkendelsen og vurderede således, at udbudsreglerne var overtrådt som anført.

Der henvises i øvrigt til, at klager, der indgives inden udløbet af 10 dages fristen i klagenævnslovens § 4, stk. 1, nr. 2, efter den 1. januar 2016 har automatisk opsættende virkning og dermed er standstillsager, jf. lovens § 12, stk. 2, 1. pkt.

Kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune

Fravigelse af mindstekrav i forbindelse med levering i henhold til en rammeaftale efter en konkret vurdering ikke anset for en sådan væsentlig ændring, at den udbudte aftale skulle have været udbudt på ny.

Billund Kommune udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) en rammeaftale om køb af biler til kommunens hjemmepleje. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige bud". Af udbudsbetingelserne fremgik, at det var et mindstekrav til de ønskede biler, at

de skulle leveres i farven "Mørkeblå, metallak". Som svar på et spørgsmål fra en potentiel tilbudsgiver under udbudsprocessen præciserede kommunen mindstekravet til "Kongeblå", idet kommunen samtidig anførte, at der ikke måtte tilbydes alternative farver. Der indkom 4 tilbud fra lokale bilforhandlere. Kommunen tildelte efter en evaluering ordren til en af disse, og parterne indgik herefter kontrakt. Den første levering i henhold til rammeaftalen angik 9 biler. De leverede biler var imidlertid ikke kongeblå, men derimod af farven grå metallak. To forbigående tilbudsgivere og en tredje tilbudsgiver, der oplyste, at man på grund af kravet til bilernes farve havde undladt at indgive tilbud, nedlagde på den baggrund påstand om, at nævnet skulle konstatere, at kommunen derved havde tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at frafalde et grundlæggende element. Klagenævnet lagde efter en konkret bevisvurdering til grund, at kommunen alene havde accepteret en delvis fravigelse ved levering af farven i en anden metalfarve, nemlig grå, og at fravigelsen kun angik de 9 første biler, således at kommunen fremover agtede at fastholde kravet om levering af kongeblå biler i henhold til rammeaftalen. Der var således ikke sket en generel fravigelse af kravet. Klagenævnet tog herefter stilling til, om den skete fravigelse af kravet efter kriterierne i EU-domstolens domme i sagerne C-454/06, Priesse, og C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, og i overensstemmelse hermed bestemmelserne i det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU) artikel 72, stk. 4, litra a-c, udgjorde en sådan væsentlig ændring af aftalen, at den udbudte aftale skulle have været udbudt på ny. Klagenævnet fandt efter en konkret vurdering, at dette ikke var tilfældet. Nævnet lagde i den forbindelse vægt på, at den delvise fravigelse af kravet ikke ville have medført, at flere potentielle tilbudsgivere kunne have afgivet tilbud, da kravet under alle omstændigheder ville være gældende for den resterende (og største) del af det forventede træk på rammeaftalen. Da der endvidere ikke forelå oplysninger om, at priserne for kongeblå metallak skulle være så meget dyrere end priserne for den leverede grå metallak, at dette kunne have forrykket resultatet af udbuddet, kunne nævnet ikke lægge til grund, at ændringen af den konkrete metalfarve på de leverede biler i nævneværdigt omfang havde forrykket den økonomiske balance til den vindende tilbudsgivers fordel. Uanset at der var tale om en efterfølgende delvis fravigelse af et mindstekrav, var der herefter, sådan som sagen var forelagt, ikke grundlag for at tage de nedlagte påstande til følge. Se herved udbudslovens §§ 178 ff. om ændring af kontrakter samt § 2 i relation til ændring af mindstekrav.

Kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark

Klage over direkte tildeling af tillægskontrakt tillagt foreløbig opsættende virkning ved klagens modtagelse og – ved en senere afgørelse – tillagt fortsat opsættende virkning under den videre behandling af klagesagen. Tildelingen herved anset for ulovlig, da option i tidligere udbudt kontrakt ikke kunne danne grundlag for tildelingen, og da udvidelse af den oprindelige kontrakt krævede nyt udbud. Udbuddet herefter annulleret af ordregiveren.

Klagen i denne sag angik en direkte tildeling til Roche af en (tillægs)kontrakt om levering af laboratoriedstyr til Universitetshospitalet i Odense med tilhørende serviceaftale og forbrugsstoffer, som Region Syddanmark havde til hensigt at foretage. Regionen havde offentliggjort en bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed (en såkaldt profylaksebekendtgørelse) i EU-tidende om

den påtænkte kontrakt. Ifølge bekendtgørelsen var den samlede værdi af laboratorieudstyret ca. 15 mio. kr. og den samlede værdi af serviceaftale og forbrugsstoffer henholdsvis 6 mio. og 67,2 mio. kr.

Regionen havde i forvejen en aftale med Roche, som var indgået efter et EU-udbud i 2014, om levering af tilsvarende laboratorieudstyr med tilhørende serviceaftale og forbrugsstoffer til en række andre hospitaler i regionen. Regionen mente ifølge profylaksebekendtgørelsen, at denne kontrakt uden udbud kunne udvides til også at omfatte Universitetshospitalet i Odense. Regionen henviste til en option i udbudsbetingelserne fra 2014 på indkøb af yderligere laboratorieudstyr, som skulle "være gældende for Region Syddanmarks laboratorier", og den på grundlag heraf indgåede kontrakt med Roche. Indkøb i henhold til optionen var i udbudsbetingelserne anslået til at have en værdi på 5-10 mio. kr. Regionen anførte endvidere, at det køb af service og forbrugsstoffer, som den påtænkte tillægskontrakt med Roche også skulle omfatte, måtte anses for accessorisk til købet af laboratorieudstyr.

Bekendtgørelsen førte til en klage fra Abbott Laboratories A/S ("Abbott"), hvis eksisterende kontrakt på levering af laboratorieudstyr m.v. til Universitetshospitalet i Odense ville udløbe i foråret 2016. Kontrakten med Abbott var ligesom kontrakten fra 2014 med Roche indgået efter et EU-udbud. Ved klagens modtagelse tillagde klagenævnets formand foreløbigt klagen opsættende virkning, jf. klagenævnslovens § 12.

Region Syddanmark gjorde gældende, at den påtænkte tillægskontrakt havde hjemmel i optioner i den eksisterende kontrakt med Roche og i øvrigt ikke var udtryk for en væsentlig ændring af denne kontrakt.

Ved kendelsen af 14. december 2015 tillagde klagenævnet klagen fortsat opsættende virkning, da alle de tre betingelser for opsættende virkning var opfyldt.

Klagenævnet tog for så vidt angår betingelsen om "fumus boni juris" udgangspunkt i EU-Domstolens praksis i sag C-454/06, Preettext, og sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, og i artikel 72, stk. 4, i det nye udbudsdirektiv (2014/24/EU), som kodificerer den gældende retspraksis. Ved bedømmelsen af, om en kontraktændring indebærer, at der skal iværksættes et nyt udbud, er det herefter afgørende, om ændringen har været væsentlig. En ændring må efter denne praksis normalt anses for væsentlig, hvis:

- a) ændringen indfører betingelser, som ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren
- b) ændringen ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for
- c) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde

Klagenævnet bemærkede, at det ikke klart fremgik, at hensigten med optionen på yderligere laboratorieudstyr i det tidligere udbud og den indgåede kontrakt var, at andre sygehuslaboratorier og hospitaler end de 5 hospitaler/sygehuslaboratorier, som udtrykkeligt var nævnt som modtagere og kø-

bere i udbudsmaterialet og hovedkontrakten, skulle kunne benytte sig af optionen. Ifølge regionens oplysninger var det også først efter udbuddet og kontraktindgåelsen med Roche, at det i regionen blev besluttet, at regionen også ønskede at få installeret det udstyr, der var indgået kontrakt om med Roche, på Odense Universitetshospital. Klagenævnet pegede endvidere på, at værdien af laboratorieudstyr i tillægskontrakten ville overstige den anslåede værdi af indkøb i henhold til optionen i udbudsbetingelserne og kontrakten med mindst 5 mio. kr. Værdien af serviceaftalen og købet af forbrugsstoffer, som ikke var nævnt i optionen, ville være henholdsvis ca. 6 mio. kr. samlet og ca. 67,2 mio. kr. samlet. Isoleret betragtet betød det sidste en merleverance af forbrugsstoffer set i forhold til hovedkontrakten på 26 %. Samlet var værdien af tillægskontrakten i bekendtgørelsen opgjort til 88 mio. kr. Den samlede anslåede kontraktværdi var i udbudsbekendtgørelsen fra 2014 anført at være 600 mio. kr.

Klagenævnet foretog i lyset af det, som regionen havde anført om formålet med købet, en samlet vurdering af købet og tog således ikke særskilt stilling til, om udstyret – eller eventuelt en del heraf – ville kunne købes uden nyt udbud i medfør af den i kontrakten med Roche aftalte option om laboratorieudstyr. Efter en foreløbig vurdering fandt klagenævnet, at det samlede køb af udstyr med tilhørende forbrugsstoffer samt aftale om service, som tillægskontrakten vedrørte, såvel kvalitativt som kvantitativt lå betydeligt ud over det, som optionen vedrørende køb af udstyr i udbudsbetingelserne og kontrakten med Roche omfattede. Ændringerne havde efter klagenævnets vurdering endvidere et omfang og en karakter, som gjorde det muligt, at der ville have været andre deltagere i udbudsprocessen, eller at udbuddet havde fået et andet udfald, såfremt de ydelser, som den planlagte tillægskontrakt vedrørte, havde været en del af det oprindelige udbud. Hertil kom, at ændringen medførte en betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde. Foreløbigt vurderet kunne ydelserne dermed ikke købes som et tillæg til den med Roche indgåede kontrakt uden nyt udbud. Udbudsdirektivets (direktiv 2004/18/EF) artikel 31, stk. 1, litra b (om tilfælde, hvor tekniske og økonomiske grunde eller enerettigheder medfører, at en kontrakt kun kan tildeles en bestemt leverandør), som regionen også havde påberåbt sig, kunne ikke føre til et andet resultat.

Betingelserne om uopsættelighed og interesseafvejning blev også anset for opfyldt. Efter at klagen således var tillagt fortsat opsættende virkning, annullerede regionen sin beslutning om at indgå kontrakt med Roche.

Afgørelsen er et eksempel på grænserne for, hvor meget en eksisterende kontrakt kan udvides, uden at det udløser krav om et nyt udbud.

Afgørelsen er desuden et eksempel på, at opsættende virkning ofte vil kunne opnås, når der er tale om direkte tildeling, og betingelsen om "fumus boni juris" er opfyldt. I disse tilfælde kan klageren således ikke kompenseres ved erstatning. Der vil nemlig ikke kunne påvises et tab ved ikke at have fået kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse), da klageren ikke vil kunne bevise, at klageren ville have fået kontrakten ved et udbud, og klageren har heller ikke haft en forgæves udgift til udarbejdelse af tilbud (negativ kontraktinteresse), da klageren ikke har afgivet tilbud, netop fordi der ikke har været et udbud.

2.1.2 Klar grænseoverskridende interesse

Kendelse af 10. marts 2015, Esbjerg Maritime Service ApS mod Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn

Kontrakt havde ikke klar grænseoverskridende interesse, og de af traktaten udledte principper om ligebehandling og gennemsigtig fandt derfor ikke anvendelse.

Kendelsen angår en tilbudsindhentning foretaget af Esbjerg Havn vedrørende en koncessionskontrakt om levering af vand til skibe i havnen. Esbjerg Havn skulle levere vandet til koncessionshaveren mod koncessionshaverens betaling til havnen, og koncessionshaveren skulle levere vandet videre til skibene mod betaling. Klageren, Esbjerg Maritime Service ApS, havde afgivet tilbud, men havde ikke fået kontrakten. Spørgsmålet i sagen var først og fremmest, om Esbjerg Maritime Service ApS kunne påberåbe sig de principper om ligebehandling og gennemsigtighed, som EU-Domstolen har fastslået gælder ved tildeling af kontrakter af "klar grænseoverskridende interesse", når tildelingen ikke falder under udbudsdirektiverne, f.eks. som tilfældet var her ved tildeling af koncessioner. Klagenævnet fandt, at kontrakten ikke havde klar grænseoverskridende interesse. De EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed (se herom nedenfor), som Esbjerg Maritime Service ApS havde påberåbt sig, fandt derfor ikke anvendelse. Klagen blev allerede derfor ikke taget til følge. For så vidt angik spørgsmålet om grænseoverskridende interesse henviste klagenævnet til, at ingen udenlandske virksomheder efter det oplyste havde vist interesse for at give tilbud på kontrakten, som havde været annonceret på havnens hjemmeside. Udenlandske virksomheder havde heller ikke vist interesse, da der blev indhentet tilbud på den hidtidige koncessionskontrakt. Esbjerg Havn havde også oplyst, at der for så vidt angik lignende kontrakter indgået af andre havne heller ikke havde været interesse fra udenlandske virksomheder. Klagenævnet lagde endvidere vægt på kontraktens værdi (Esbjerg Maritime Service ApS havde anslået værdien til ca. 27,7 mio. kr.) og karakter (Esbjerg Havn havde anført, at det var nødvendigt for koncessionshaveren selv at være til stede i havnen for at løse opgaven) og på, at kontraktens værdi ikke nåede op på tærskelværdien på ca. 38,5 mio. kr. i det nye koncessionsdirektiv. Klagenævnet bemærkede i den forbindelse, at tærskelværdien på de 38,5 mio. kr. ifølge koncessionsdirektivets præambel er fastsat med henblik på at afspejle koncessionernes grænseoverskridende interesse. Om grænseoverskridende interesse se endvidere kendelse af 16. december 2014, Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, (omtalt i årsberetningen 2014 s. 19), kendelse af 6. marts 2014, G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark, og udbudslovens §§ 191-193. Om de af traktaten udledte principper om bl.a. ligebehandling og gennemsigtighed se endvidere kendelse af 4. februar 2013, SDI Media A/S mod Danmarks Radio, og kendelse af 22. marts 2013, Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS mod Region Midtjylland, (omtalt i årsberetningen 2013 s. 39 f.).

2.1.3 Tilbuds konditionsmæssighed og tilbudsforbehold

Kendelse af 8. juli 2015, Tide Bus Danmark A/S mod FynBus

Kontrakt var tildelt, uanset at alle tilbud under begrænset udbud var ukonditionsmæssige i forhold til et bestemt mindstekrav. Udtalt at det umiddelbart var tvivlsomt, om den pågældende bus omfattet af

den udbudte kontrakt kunne leveres under iagttagelse af mindstekravet (antal pladser), at prækvalifikation var sket før udsendelsen af udbudsmaterialet, og at ligebehandlingsprincippet herefter ikke var tilsidesat i forhold til andre mulige tilbudsgivere.

FynBus udbød som udbud med forhandling efter forudgående prækvalifikation i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt om udførelse af dele af buskørslen i Odense Kommune. Tildelingskriteriet var det "økonomisk mest fordelagtige tilbud" med underkriterierne "Pris", "Drift og organisation" og "Busmateriel".

Kontrakten om udførelse af buskørslen var en del af udbudsmaterialet, og det fremgik om "Krav til kørselsmateriellet" under kravspecifikationen, at entreprenøren skulle aflevere et "busoplysnings-skema" på alle typer af nye busser. Om "sidde- og ståpladser" var anført, at der ønskedes flest muligt siddepladser, og at der gjaldt nogle minimumskrav hertil, herunder at der i nye busser for så vidt angår "Bus til tung bybuskørsel" krævedes 40 fremadvendte siddepladser.

Keolis A/S tilbød i den pågældende kategori – uagtet det fastsatte minimumskrav – en Volvo TB4-bus med 36 fremadrettede sæder.

Tide Bus Danmark A/S, der tidligere havde udført buskørslen, indgav klage til klagenævnet over, at Keolis A/S' tilbud ikke overholdt kravene i kravspecifikationen, der måtte anses for mindstekrav (påstand 2 a).

Klagenævnet udtalte, "at alle tilbudsgiverne tilbød den samme Volvo TB4-bus, og at det umiddelbart var tvivlsomt, om den kunne leveres med 40 fremadvendte sæder. Tilbudsgiverne var prækvalificerede, inden de modtog udbudsmaterialet, så der har ikke været nogen potentielle tilbudsgivere, der har været afskåret fra at afgive tilbud". Klagenævnet fandt herefter efter omstændighederne, at ligebehandlingsprincippet ikke var tilsidesat i forhold til andre mulige tilbudsgivere.

Klagenævnet har ved kendelsen i dette konkrete tilfælde givet udtryk for, at når alle prækvalificerede tilbudsgivere har afgivet ukonditions-mæssige tilbud, der vedrørende samme ydelse er "lige" ukonditions-mæssige, er ligebehandlingsprincippet ikke overtrådt. Der blev som anført ved afgørelsen lagt vægt på, at den krævede bustype formentlig ikke kunne leveres med 40 fremadvendte sæder.

Kendelse af 9. september 2015, Parkwind N.V. mod Energistyrelsen

En koncern, der havde afgivet en støtteerklæring til fordel for en ansøger, havde betinget støtten af koncernens udtrykkelige, skriftlige accept af de endelige kontraktbetingelser. Betingelsen anset for uklar og udtalt, at risikoen for sådanne uklarheder påhviler ansøgerne. Den pågældende ansøger var derfor med rette afvist. Endvidere stillingtagen til et sprogkrav, der ikke var overholdt.

Energistyrelsen udbød som et begrænset koncessionsudbud i henhold til udbudsdirektivet en kontrakt om kystnære havvindmøller til produktion af i alt 350 MW. Der var tale om et multisite-udbud, der omfattede seks mulige placeringer for kystnære havvindmølleparker. Ved ansøgningsfristens udløb havde styrelsen modtaget fem ansøgninger. To af disse blev anset for ukonditions-mæssige. Energistyrelsen havde i begrundelsen for afvisningen af klagerens ansøgning henvist til, at ansøgeren

ikke levede op til et minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen om, at ansøgerne skulle have en gennemsnitlig omsætning på mindst 4 mia. kr. over de sidste tre regnskabsår. Endvidere henviste Energistyrelsen til, at ansøgningen ikke levede op til de stillede sprogkrav, idet regnskaberne for selskabet Parkwind N.V. forelå på flamsk, i stedet for på et af de tilladte sprog (engelsk, dansk, norsk eller svensk). Klageren gjorde gældende, at Energistyrelsen havde overtrådt principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet samt udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, idet afvisningen af de nævnte grunde var uberettiget. I relation til omsætningskravet blev det navnlig gjort gældende, at Energistyrelsen uberettiget havde set bort fra en støtteerklæring fra en udenlandsk koncern.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge. Den fremlagte støtteerklæring var udfærdiget på en blanket, som Energistyrelsen havde udarbejdet til brug for ansøgningen. Imidlertid havde den støttende koncern i den forbindelse anført en bemærkning om, at fortsat støtte var betinget af koncernens udtrykkelige, skriftlige accept af de endelige kontraktbetingelser. Klagenævnet vurderede, at indholdet af koncernens bemærkning var uklar, men at bemærkningen med rimelighed kunne forstås som en betingelse om, at koncernen kunne bringe sin støtte til ophør under henvisning til, at den ikke kunne acceptere de endelige vilkår i koncessionsaftalen. Klagenævnet anførte, at risikoen for sådanne uklarheder påhviler ansøgerne. I relation til sprogkravet gjorde klageren navnlig gældende, at det ikke i udbudsbekendtgørelsen var anført, at disse skulle være ufravigelige mindstekrav, og at det ville være i strid med proportionalitetsprincippet at afvise ansøgningen på denne baggrund, da de relevante tal, der fremgik af regnskabet, let kunne udledes af det vedlagte årsregnskab, selvom det var udfærdiget på flamsk, og da disse oplysninger endvidere fremgik af en formular, som selskabet havde udfyldt som led i ansøgningen. Da oplysningerne i regnskabet imidlertid skulle bruges til, at Energistyrelsen kunne kontrollere, at minimumskravet til omsætningen var opfyldt, kunne disse forhold efter klagenævnets vurdering ikke føre til, at styrelsen var forpligtet til at undlade at afvise klagerens tilbud af den grund. Blandt andet under henvisning til værdien af den udbudte kontrakt havde klagenævnets formand i medfør af håndhævelseslovens (nu klagenævnslovens) § 10, stk. 4, 2. pkt., truffet bestemmelse om, at sagen skulle behandles under medvirken af to formænd og to sagkyndige medlemmer.

Kendelse af 2. november 2015, Albrecht Bender GmbH u. Co mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

Konkurrencefordel for tilbudsgiver var ikke udlignet. Ikke annullation, da ikke konkret betydning for udbuddets udfald. Ukonditionsmæssigt tilbud med rette afvist, uanset tilbuddet også under et forudgående udbud fra samme ordregiver led af samme fejl, uden at afvisning var sket.

Forsvarsministeriet Materiel- og Indkøbsstyrelse iværksatte et begrænset udbud om tildeling af en rammeaftale om køb af medaljer. Efter en tildelingsbeslutning, hvor Albrecht Bender GmbH blev anset for at have afgivet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud", blev udbuddet annulleret. Styrelsen var således blevet opmærksom på, at ikke alle tilbudsgivere havde modtaget det samme materiale. Styrelsen iværksatte herefter et offentligt udbud om samme ydelse. Ved dette (andet) udbud blev tilbuddet fra Albrecht Bender GmbH afvist som ukonditionsmæssigt.

Efter tildelingsbeslutningen ved det første udbud havde styrelsen ved en fejl givet en anden tilbudsgiver, Jydsk Emblem Fabrik A/S, oplysning om delpriser i Albrecht Bender GmbHs tilbud. Jydsk Emblem Fabrik A/S afgav også tilbud ved det andet udbud og blev ved dette tildelt kontrakten.

Hovedspørgsmålet i sagen var, om styrelsen skulle have udelukket Jydsk Emblem Fabrik A/S fra at give tilbud ved det andet udbud, fordi denne tilbudsgiver havde en utilbørlig fordel som følge af styrelsens oplysning til tilbudsgiveren om Albrecht Bender GmbHs delpriser ved det første udbud.

Klagenævnet udtalte herom, at styrelsen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke i fornødent omfang at udligne den pågældende tilbudsgivers konkurrencefordel. Klagenævnet henviste særligt til, at delpriser normalt ikke er undergivet aktindsigt, at Jydsk Emblem Fabrik A/S' fordel alene var en følge af styrelsens fejl, og at styrelsen enkelt og effektivt kunne have udlignet konkurrencefordelen uden at udelukke tilbudsgiveren. Efter en konkret væsentligheds-vurdering tog klagenævnet imidlertid ikke påstanden om annullation til følge, idet Albrecht Bender GmbHs tilbud var ukonditionsmæssigt, jf. nedenfor.

Styrelsen havde under det andet udbud afvist Albrecht Bender GmbHs tilbud som ukonditionsmæssigt som følge af, at tilbuddet ikke opfyldte et mindstekrav, uagtet at tilbuddet heller ikke under det første udbud opfyldte dette krav. Klagenævnet udtalte hertil, at det var uden betydning, at styrelsen under det første udbud ved en fejl havde accepteret, at Albrecht Bender GmbHs tilbud ikke opfyldte et tilsvarende mindstekrav. Nævnet udtalte endvidere, at det ville have været en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, hvis styrelsen som følge af denne fejl havde accepteret forholdet under det andet udbud. Se hertil bl.a. klagenævnets kendelse af 16. september 2010, Bayer A/S mod Amgros I/S, særligt påstand 1a, 1b og 1d, og kendelse af 24. august 2011, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Skive Kommune, påstand 1. Spørgsmålet om udligning af konkurrencefordele er omtalt i lovbemærkningerne til udbudslovens § 2.

2.1.4 Blandede kontrakter

Kendelse af 20. februar 2015, Michael Wulff A/S m.fl. mod Rebild Kommune

Offentlig kontrakt om omlægning af kommunes gade- og stibelysning til en LED-belysning, drift og vedligeholdelse af det eksisterende anlæg og drift og vedligeholdelse af det nyetablerede anlæg ikke anset for en vareindkøbskontrakt omfattet af udbudsdirektivet, men anset for en bygge- og anlægs-kontrakt, der var under tærskelværdien.

Ved en begrænset licitation efter tilbudsloven udbød en kommune en kontrakt om omlægning af kommunens gade- og stibelysning til en LED-belysning. Udbuddet omfattede også drift og vedligeholdelse af det eksisterende anlæg i 2 år og drift og vedligeholdelse af det nyetablerede anlæg i 3 år med mulighed for forlængelse af kontrakten med op til 2 gange 1 år.

Klageren, der havde fået sit tilbud bedømt som ukonditionsmæssigt, anførte bl.a., at kommunen skulle have udbudt kontrakten efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF), da kontrakten primært vedrørte levering af varer og vedligeholdelse, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra c, om offentlige vareindkøbskontrakter, og med en samlet værdi på over 20 mio. kr. oversteg tærskelværdien.

Klagenævnet udtalte, at installation af belysning og signalanlæg til veje er en bygge- og anlægskontrakt, jf. direktivets artikel 1, stk. 2, litra c, jf. bilag I. Vedligeholdelse, reparation og drift af offentlig belysning er derimod en offentlig tjenesteydelseskontrakt, jf. direktivets artikel 1, stk. 2, litra d, jf. bilag II. Klagenævnet udtalte endvidere, at tjenesteydelsen i den udbudte kontrakt måtte anses for accessorisk til bygge- og anlægsaktiviteten (installationsarbejdet). Kontrakten måtte derfor anses for en bygge- og anlægskontrakt. Endelig udtalt, at også den del af kontrakten, der angik indkøb af varer (armaturer m.v.), var accessorisk og derfor ikke medførte, at kontrakten ikke var en bygge- og anlægskontrakt (men evt. en vareindkøbskontrakt).

Da kontraktens værdi ikke oversteg tærskelværdien for bygge- og anlægsarbejder, var der ikke pligt til at foretage udbud efter udbudsdirektivet.

2.1.5 Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel

Kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune

Udtalt at en evaluering under et sortimentsudbud, hvor ordregiveren kun tager summen af de enkelte enhedspriser i betragtning, ikke er egnet til at identificere tilbuddet med den bedste pris, medmindre hver varelinje skal indkøbes i lige store mængder. Derimod skulle et skønnet indkøbsbehov/-volumen eller en vægtning af hver enkelt varelinje have været inddraget. Endvidere udtalt bl.a., at tilbudsgiverens sortiment ud over det, der skulle afgives tilbud på ("øvrigt sortiment"), var uvedkommende ved udbuddet, og rabatter på varer, der ikke var omfattet af udbuddet, kunne ikke tillægges betydning ved evalueringen.

KomUdbud v/Kolding Kommune udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet en rammeaftale om levering af bl.a. sygeplejeartikler. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" med underkriterierne "Pris" (60 %), "Kvalitet" (25 %) og "Service" (15 %). Tre virksomheder afgav tilbud, herunder Mediq Danmark A/S.

Udbuddet var et såkaldt sortimentsudbud. Tilbudsgiverne skulle udfylde en tilbudsliste med 495 varelinjer med deres enhedspriser. KomUdbud havde ud for alle tilbudslistens varelinjer anført det forventede årlige forbrug. Tilbudsgiverne skulle endvidere udfylde en kolonne i tilbudslisten med rabat på "øvrigt sortiment".

I udbudsbetingelserne var det fastsat, at underkriteriet "Pris" ville blive vurderet ud fra "den sumerede pris pr. stk., ml. eller g.", jf. tilbudslisten. Af de modtagne tilbud fremgik, at de enkelte enhedspriser varierede fra få øre til flere hundrede kroner, og efter angivelserne i kolonnen "forventet årligt forbrug" ved hver varelinje skulle nogle varer leveres i få stk., mens andre skulle leveres i flere millioner stk. Om "øvrigt sortiment" fastsatte udbudsbetingelserne, at "[d]er kan forekomme behov for handsker og sygeplejeartikler, som er udenfor sortimentet, men indenfor de tilbudte omfattede produktgrupper til borgere med særligt behov, hvorfor der er krav om rabatsats på denne del – kaldet "øvrigt sortiment". Øvrigt sortiment forventes at udgøre maks. 10-15 % af omsætningen, hvorfor køb foretages under delydelsesreglen i Udbudsdirektivet".

Klagenævnet udtalte vedrørende evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet "Pris", at en evaluering, hvor en ordregiver kun tager summen af de enkelte enhedspriser i betragtning, ikke er egnet til at identificere tilbuddet med den bedste pris, medmindre hver varelinje skal indkøbes i lige store mængder. Ved ikke at inddrage et skønnet indkøbsvolumen har produkter til priser på flere hundrede kroner pr. enhed en stor betydning for summen af de enkelte enhedspriser, selv om der f.eks. kun skal leveres 10 enheder af det pågældende produkt. Dyre produkter får derved – selv om de kun skal leveres i forholdsvis små mængder – en høj vægtning ved beregningen af summen af de tilbudte enhedspriser. KomUdbuds evalueringsmodel favoriserede derved tilbud, som var udtryk for, at tilbudsgiverne prioriterede eller spekulerede i at tilbyde lave eller lavere priser på forholdsvis dyre produkter med en forventet begrænset efterspørgsel og eventuel samtidig tilbød højere enhedspriser på produkter til få øre, men som forventes at skulle leveres i store mængder. Klagenævnet fandt herefter, at det ikke var lovligt ved et sortimentsudbud som det omhandlede at undlade at foretage en evaluering, som var repræsentativ i forhold til det forventede indkøb, hvilket kunne ske ved at inddrage et skønnet indkøbsbehov/-volumen eller at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje.

I forhold til "øvrigt sortiment" udtalte klagenævnet, at tilbudsgivernes sortiment ud over det, der skulle afgives tilbud på, var uvedkommende ved udbuddet. Det ville være i strid med udbudsreglerne at tillægge tilbudsgivernes oplysninger om rabatter på varer, der ikke var omfattet af udbuddet, betydning, og selv om dette ikke måtte være sket, havde KomUdbuds krav om rabatsatser været egnet til at skabe tvivl om, hvilken betydning KomUdbud tillagde de tilbudte rabatter. KomUdbud havde herved overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Kendelse af 19. august 2015 Avaleo ApS mod Slagelse Kommune

Mangler ved evalueringen, men ikke annullation af tildelingsbeslutningen, da manglerne konkret var uden betydning for resultatet af udbuddet. Givet medhold i visse klagepunkter, men således ikke i en påstand om annullation, hvorefter ingen af parterne blev pålagt at betale sagsomkostninger til den anden part.

Slagelse Kommune udbød i henhold til udbudsdirektivet et køb af et elektronisk sagsbehandlingssystem til kommunens Center for Sundhed og Omsorg. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige bud". Der indkom tre tilbud, og kommunen besluttede at tildele ordren til en af disse tilbudsgivere. En af de andre tilbudsgivere klagede blandt andet over, at kommunen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets (direktiv 2004/18/EF) artikel 2 ved i strid med det, der var angivet i udbudsbetingelserne, ikke at have evalueret tilbuddene på en af de krævede optioner og ved ikke i udbudsbetingelserne at oplyse, hvordan internt ressourceforbrug ville blive prissat i forbindelse med evaluering af tilbuddene. Klagenævnet tog de to klagepunkter til følge. Et tredje klagepunkt blev ikke taget til følge. Da det imidlertid kunne konstateres, at den vindende tilbudsgiver var den eneste af de tre tilbudsgivere, der havde afgivet et konditions-mæssigt tilbud, var de konstaterede overtrædelser uden betydning for resultatet af udbuddet, og klagenævnet afviste derfor at tage klagerens påstand om annullation af tildelingsbeslutningen til følge. Da klageren således på den ene side havde fået medhold i to ud af tre klagepunkter, men ikke i påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen, og da dette også ville have været tilfældet, hvis klageren havde fået medhold i det tredje og sidste klagepunkt, fandt klagenævnet, at

begge parter havde vundet og tabt lige meget. Klagenævnet fandt derfor ikke grundlag for at bestemme, at nogen part skulle betale sagsomkostninger for klagenævnet til den anden part.

Delkendelse af 4. november 2015, Q-Free ASA mod Øresundsbro Konsortiet

Tilsidesættelse af en prisevaluering, der var sket i overensstemmelse med en på forhånd offentliggjort evalueringsmodel, da modellen, således som tilbuddene faldt, var uegnet til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Klagen tillagt opsættende virkning.

Øresundsbro Konsortiet udbød i henhold til udbudsdirektivet en kontrakt om et system til blandt andet klassificering og identifikation af biler på betalingsveje. Tildelingskriteriet var fastsat til "det økonomisk mest fordelagtige bud". Af udbudsbetingelserne fremgik blandt andet, at underkriteriet "Pris" ville blive evalueret efter en lineær skala mellem punkterne 28 mio. kr. og 38 mio. kr. Klagerens tilbud var på lidt under 26 mio. kr. – og dermed lidt mere end 2 mio. kr. under den pris, der i henhold til udbudsbetingelserne ville give det højest opnåelige antal point ved evalueringen. Tilbudet fra en anden tilbudsgiver var på lidt mere end 28 mio. kr., og dette tilbud lå således lige over 28 mio. kr.-grænsen. De to tilbudsgivere blev ved evalueringen i overensstemmelse med den fastsatte model tildelt stort set lige mange point. Klageren gjorde under sagen for klagenævnet blandt andet gældende, at ordregiveren ved evalueringen havde overtrådt udbudsdirektivets (direktiv 2004/18/EF) artikel 2 og/eller artikel 53 ved at anvende en evalueringsmodel for underkriteriet pris, der var uegnet til at identificere "det økonomiske mest fordelagtige bud". Klagenævnet tog ved kendelsen en anmodning fra klageren om at tillægge klagen opsættende virkning til følge. Klagenævnet fandt i den forbindelse, at betingelsen om, at klagen skal have noget på sig ("fumus boni juris"), var opfyldt med følgende begrundelse: Hvis en ordregiver påtænker at anvende en bestemt evalueringsmodel, skal ordregiveren ved anvendelsen sikre sig, at denne er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det gælder også, selvom den pågældende model måtte være fastsat i udbudsbetingelserne. Da den konkrete model medførte, at to tilbud med en indbyrdes prisforskel på mere end 2 mio. kr. – og dermed mere end 20 % af det på forhånd fastsatte interval – blev tildelt stort set lige mange point, fandt nævnet, at modellen ikke var i stand til at afspejle en betydelig forskel mellem tilbuddene. Modellen var derfor ikke egnet til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige bud". Det forhold, at modellen var fastsat på forhånd, og at ordregiveren, således som udbudsbetingelserne var fastsat, var afskåret fra at træffe en anden tildelingsbeslutning på grundlag af det iværksatte udbud, kunne ikke føre til et andet resultat. Klagenævnet fandt også, at de øvrige betingelser for at tillægge klagen opsættende virkning, var opfyldt. I relation til betingelsen om uopsættelighed henviste klagenævnet til, at klagen angik evalueringen – og ikke udbudsbetingelserne, der var kendt på forhånd – og at klageren hverken ville have mulighed for at opnå erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktsinteresse (i den foreliggende situation skulle ordregiveren således have annulleret udbuddet, men ordregiveren ville ikke herved have handlet ansvarspådragende). I relation til udbudsloven henvises til lovens § 162, jf. § 161 og § 160.

2.1.6 Udligning af konkurrencefordel

Kendelse af 27. august 2015, CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet

En tilbudsgivers konkurrencefordel, der var opnået ved opkøb af en hidtidig leverandør til ordregiveren, der skulle fortsætte som underleverandør efter udbuddet, ikke udlignet. Ikke annullation, da det for klagenævnet var blevet godtgjort, at tilbudsgiverne i det væsentlige alligevel reelt var behandlet lige. I en forudgående afgørelse vedrørende opsættende virkning i modsætning hertil udtalt, at der var udsigt til annullation.

Denne sag vedrører Forsvarsministeriet v/Forsvarets Koncernfælles Informatiktjenestes (FKIT) udbud i august 2014 med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet af et IT-system med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Det udbudte system skulle integreres med et andet, eksisterende system, som var leveret af IT-virksomheden ScanJour A/S (ScanJour), og det måtte dermed anses for forudsat, at denne virksomhed skulle være underleverandør til den tilbudsgiver, som vandt udbuddet.

KMD, CSC og en tredje virksomhed blev prækvalificeret. KMD købte i efteråret 2014 ScanJour. ScanJour meddelte efter opkøbet CSC, at ScanJour ville sikre fuld adskillelse mellem informationer fra de tre konkurrerende prækvalificerede virksomheder blandt andet ved at give dem hver sit separate "ScanJour-team". CSC udtrykte over for FKIT bekymring for, om opkøbet ville give KMD en uberettiget konkurrencefordel. FKIT afholdt et møde med KMD/ScanJour og fik efter det oplyste – uden at der blev taget referat heraf – oplyst, at ScanJour ville stille de prækvalificerede lige, navnlig ved at give dem hver sit "team". FKIT foretog sig ikke yderligere i anledning af opkøbet. Den tredje prækvalificerede virksomhed meddelte i december 2014 FKIT, at virksomheden ikke ville afgive tilbud "som følge af den markant ændrede konkurrencesituation". FKIT modtog ikke yderligere henvendelser fra CSC vedrørende konkurrencesituationen, før udbuddet var afsluttet.

KMD og CSC afgav begge tilbud. FKIT besluttede at indgå kontrakt med KMD. CSC klagede til klagenævnet over, at FKIT ikke havde tilrettelagt udbuddet sådan, at KMD ikke blev favoriseret uberettiget som følge af den fordel, opkøbet af ScanJour indebar.

I en delkendelse om opsættende virkning den 13. maj 2015 besluttede klagenævnet, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning, fordi betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagenævnet udtalte dog samtidig, at betingelsen om "fumus boni juris" var opfyldt, fordi det foreløbigt vurderet måtte antages, at KMD i kraft af opkøbet af ScanJour havde fået en sådan adgang til at opnå særligt fordelagtige vilkår hos ScanJour, at FKIT havde haft pligt til at træffe foranstaltninger med henblik på så vidt muligt at sikre en udligning af denne fordel. FKIT havde bevisbyrden for, at dette var sket, og bevisbyrden for, at det eventuelt ikke havde været muligt. Klagenævnet henviste herved til Rettens dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, CORDIS, og til EU-Domstolens dom af 12. marts 2015 i sag C-538/13, eVigilo Ltd. Det måtte på den baggrund ifølge delkendelsen antages, at FKIT havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at tage de fornødne skridt til at sikre udligning af KMD's fordel, så vidt det var muligt under hensyn til KMD's og/eller ScanJours rettigheder. Klagenævnet udtalte videre, at udbyderen ikke på det foreliggende grundlag

havde løftet denne bevisbyrde, og at det ikke var usandsynligt, at KMD's fordel ved at eje ScanJour ikke var udlignet og havde haft betydning for udfaldet af udbuddet. Der var derfor udsigt til, at påstanden om annullation ville blive taget til følge.

Under det efterfølgende forløb for klagenævnet indtrådte KMD som intervenient til støtte for FKIT. KMD fremkom med en række oplysninger om og nærmere dokumentation for, hvordan ScanJour havde tilrettelagt sin bistand til tilbudsgivningen i forhold til KMD og CSC.

Ved sin endelige afgørelse af 27. august 2015 fandt klagenævnet fortsat, at FKIT havde tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke så vidt, som det teknisk og økonomisk og under hensyn til ScanJours/KMD's rettigheder var muligt, at sikre udligning af den fordel, KMD fik ved opkøbet af ScanJour.

Klagenævnet tog derimod ikke påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge. Efter en konkret vurdering fandt klagenævnet det således (nu) godtgjort, at KMD og ScanJour havde sikret, at tilbudsgiverne i det væsentlige blev behandlet lige. Der var herefter ikke grundlag for at antage, at den fordel, KMD havde ved at eje ScanJour, ikke var udlignet i fornødent omfang, og at fordelene havde haft betydning for udbuddets udfald.

Kendelsen viser, at en ordregiver – i hvert fald hvis ordregiveren er eller bliver gjort opmærksom herpå – i tilfælde, hvor en tilbudsgiver har en ganske særlig konkurrencefordel, har pligt til i det omfang, det er muligt, at tage skridt til at udligne denne konkurrencefordel. Ordregiver har i disse tilfælde bevisbyrden for at have taget sådanne skridt – eller for, at det ikke er teknisk og økonomisk muligt. Det er i den forbindelse ikke nok, at ordregiver har modtaget et relativt ubestemt tilsagn fra den tilbudsgiver, som har fordelene, om at ville "gøre noget". Ordregiver skal også påse og sikre, at fordelene udlignes. Samtidig viser kendelsen, at hvis tilbudsgiveren rent faktisk selv har udlignet konkurrencefordelen i tilstrækkeligt omfang, og der fremlægges dokumentation herfor for klagenævnet, kan ordregiveren undgå annullation af tildelingsbeslutningen. Spørgsmålet om udligning af fordele er omtalt i lovbemærkningerne til udbudslovens § 2.

Kendelsen er også et eksempel på, at klagenævnets vurdering i de såkaldte "fumus-kendelser" er foreløbig, og at klagenævnet kan vurdere sagen anderledes ved den endelige, materielle kendelse, navnlig når der som her fremkommer afgørende nye oplysninger

Kendelse af 2. november 2015, Albrecht Bender GmbH u. Co mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (se afsnit 2.1.3 ovenfor)

2.1.7 Mindstekrav

Kendelse af 8. juli 2015, Tide Bus Danmark A/S mod FynBus (se afsnit 2.1.3 ovenfor)

Kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune (se afsnit 2.1.1 ovenfor)

2.1.8 Koncessionsudbud

Kendelse af 9. september 2015, Parkwind N.V. mod Energistyrelsen, (se afsnit 2.1.3 ovenfor) og kendelser af hhv. 28. oktober 2015 og 15. december 2015, Wind People på vegne af Vind & Velfærd K/S samt Fonden Ærø's Vedvarende Energipulje mod Energistyrelsen

Gennemsigthedsprincippet ikke tilsidesat under et – endnu ikke afsluttet – koncessionsudbud i relation til udbudsformen. Et mindstekrav om omsætning ikke anset for uproportionalt. Efter en gennemgang af betingelserne for at anvende udbudsproceduren koncessionsudbud udtalt, at det ikke med fornøden sikkerhed kunne vurderes, i hvilket omfang den vindende tilbudsgiver ville komme til at overtage risici fra ordregiveren i forbindelse med indgåelsen af kontrakten. Efter en samlet vurdering ikke grundlag for at tilsidesætte Energistylens skøn, hvorefter der var grundlag for at tilrettelægge proceduren som et koncessionsudbud.

Under et begrænset koncessionsudbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) udbød Energi-styrelsen en kontrakt om kystnære havvindmøller til produktion af i alt 350 MW. Udbuddet omfattede seks mulige placeringer for kystnære havvindmølleparker. To af fem ansøgninger om prækvalifikation blev anset for ukonditionsmæssige. Begge de ansøgende virksomheder klagede til klagenævnet over afvisningen. Ved kendelse af 9. september 2015 traf klagenævnet afgørelse om ikke at tage klagen fra den ene af virksomhederne, Parkwind N.W., til følge. Kendelsen er omtalt i denne årsberetning (se afsnit 2.1.3). Den anden virksomhed, Wind People, nedlagde for klagenævnet bl.a. påstande om, at udbudsbekendtgørelsen var uigennemsigtig, at betingelserne i udbudsdirektivet for at afvikle udbuddet som et koncessionsudbud ikke var opfyldt, og at proportionalitetsprincippet ikke var overholdt i forhold til krav til ansøgernes omsætning. Wind People anmodede endvidere om, at klagenævnet skulle forelægge nogle spørgsmål præjudicielt for EU-Domstolen. Spørgsmålene vedrørte forholdet mellem udbuddet og EU-Kommissionens meddelelse af 28. juni 2014 om Retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi (2014/C 200/1). Energi-styrelsen protesterede imod præjudiciel forelæggelse.

Ved kendelse af 28. oktober 2015 afslog klagenævnet præjudiciel forelæggelse. I begrundelsen herfor var navnlig anført, at nævnet efter håndhævelseslovens (nu klagenævnslovens) § 10, stk. 1, kun kan tage stilling til overtrædelse af udbudsregler omfattet af lovens § 1, stk. 2 og 3. Da meddelelsen fra EU-Kommissionen om statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi ikke havde karakter af udbudsretlige regler, forelå der ikke en EU-retlig fortolkningstvivl af betydning for nævnets afgørelse i sagen. Om nævnets forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, se i øvrigt bl.a. kendelse af 18. august 2014 i sagen MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, hvor der skete forelæggelse (EU-Domstolens sagsnummer C-396/14), jf. klagenævnets årsberetning 2014 s. 31. Se endvidere klagenævnets årsberetning 2013 s. 21 med omtale af EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i Manova-sagen i anledning af præjudiciel forelæggelse fra klagenævnet.

Vedrørende spørgsmålet om valget af udbudsform bemærkede klagenævnet, at parterne som udgangspunkt var enige om, at udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) fandt anvendelse, hvilket herefter blev lagt til grund. Nævnet anførte videre, at direktivets artikel 1, stk. 3, definerer en "koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder" som "en kontrakt med samme karakteristika

som offentlige bygge- og anlægskontrakter bortset fra, at vederlaget for det arbejde, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris". Efter EU-domstolens praksis var det desuden en forudsætning for, at der forelå en koncessionskontrakt, at koncessionshaveren påtog sig ordregiverens risiko for driften af anlæg, som koncessionshaveren fik ret til at udnytte, eller i det mindste en væsentlig del af denne risiko. Klagenævnet henviste også til artikel 5, stk. 1, i det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU). Det anførtes, at efter bestemmelsen indebærer koncession, "at der overføres en driftsrisiko til koncessionshaver ved udnyttelsen af disse bygge- og anlægsarbejder", og koncessionshaveren anses for at påtage sig driftsrisikoen, "hvis han under normale driftsbetingelser ikke er garanteret at tjene de foretagne investeringer og de afholdte omkostninger i forbindelse med driften af de bygge- og anlægsarbejder ..., der er genstand for koncessionen, ind igen. Den del af risikoen, der overføres til koncessionshaveren, indebærer en reel eksponering for markedets omskiftelighed således, at ethvert potentielt anslået tab, som koncessionshaveren måtte lide, ikke blot er rent nominelt eller ubetydeligt".

Klagenævnet anførte herefter om den konkrete sag: At den producerede elektricitet afsættes på markedet, betyder, at koncessionshaveren som udgangspunkt bærer risikoen for markedets omskiftelighed. Denne risiko begrænses imidlertid som følge af en aftalt "settlement price", som ville blive fastsat under udbuddet. Støtteordningen garanterede ikke direkte, at den vindende tilbudsgiver kunne få dækket sine anlægsudgifter i løbet af støtteperioden. Men den indebar en garanteret mindstepris pr. kWh for de første 50.000 fulldlastimer, hvis markedsprisen på el måtte blive lavere end "settlement price" (så længe markedsprisen dog er højere end 0). Dette var en risikobegrænsning, der blev skabt konkret til de udbudte havvindmølleparker, og som ikke uden videre også ville være gældende for Energistyrelsen, såfremt denne selv skulle have drevet vindmølleparkerne. Videre anførtes, at der ikke i udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) var fastsat regler, der pålagde ordregiveren – før udbuddet – at foretage bestemte beregninger af en kommende koncessionshavers risiko ved indgåelse af kontrakten. Der var heller ikke i øvrigt grundlag for at fastslå, at Energistyrelsen skulle have været forpligtet til dette i forbindelse med udbuddet. Klagenævnet anførte herefter: "Ligesom tilfældet er, når en ordregiver ved valget af udbudsprocedure skal vurdere, om en tærskelværdi er overskredet, skal en ordregiver imidlertid ved vurderingen af, om der er tale om koncession, foretage et sagligt skøn og i forbindelse hermed foretage de undersøgelser, der er nødvendige og tilstrækkelige for udøvelsen af dette skøn, jf. herved klagenævnets kendelse af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab. Det følger af karakteren af det skøn, ordregiveren skal foretage, og af hensynet til EU-udbudsdirektivernes effektivitet, at en ordregiver ved skønnet skal foretage en forsigtig vurdering. Såfremt denne på et senere tidspunkt viser sig at være baseret på en grundlæggende forkert præmis, vil dette efter omstændighederne kunne føre til, at ordregiveren ikke vil være berettiget til at indgå kontrakten på grundlag af det gennemførte udbud. Det vil i den forbindelse kunne tillægges betydning, hvor solidt et grundlag ordregiveren har haft for sit oprindelige skøn".

Klagenævnet anførte, at styrelsen forventede, at tilbudsgiverne ikke ville byde ind med priser, der garanterede dem, at vindmølleparkerne var tilbagebetalt inden udløbet af den periode, hvori der blev betalt støtte, mens Wind People forventede det modsatte. Klagenævnet bemærkede, at styrel-

sen i sagen havde fremlagt en "business case assessment"-rapport fra revisionselskabet Deloitte. Rapporten syntes at forudsætte, at de første 50.000 fuldtimer ville give "the investors a rate of return equal the return required for investing (exactly compensating the investor for the risk accepted when investing)". Herefter og under henvisning bl.a. til en fremlagt udtalelse fra en professor anførte klagenævnet, at det, sådan som sagen var forelagt, ikke kunne udelukkes, at støtten vil kunne få et sådant omfang, at risikoen for den vindende tilbudsgiver reelt bliver så begrænset, at kontrakten ikke vil opfylde betingelserne for en koncessionsaftale. Der var tale om et meget stort og kompliceret igangværende udbud, hvor der endnu ikke var afgivet tilbud og foretaget evaluering. Tilbuddenes indhold og størrelsen af "settlement price" var derfor ikke kendt. Klagenævnet kunne derfor ikke vurdere, om styrelsens eller Deloitte's/Wind Peoples forudsætning med hensyn til tilbudsgivernes forventede adfærd var rigtig. Det kunne derfor heller ikke med fornøden sikkerhed vurderes, i hvilket omfang den vindende tilbudsgiver ville komme til at overtage risici fra ordregiveren i forbindelse med indgåelsen af kontrakten. Klagenævnet fandt på denne baggrund og efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger ikke grundlag for at tilsidesætte Energistyrelsens skøn, hvorefter der var grundlag for at tilrettelægge proceduren som et koncessionsudbud.

Klagenævnet fandt i øvrigt ikke, at gennemsigtighedsprincippet var tilsidesat, eller at et mindstekrav om en minimumsomsætning på 4 mia. kr. ikke var sagligt og proportionalt. Blandt andet under henvisning til værdien af den udbudte kontrakt havde klagenævnets formand i medfør af håndhævelseslovens (nu klagenævnslovens) § 10, stk. 4, 2. pkt., truffet bestemmelse om, at sagen skulle behandles under medvirken af to formænd og to sagkyndige medlemmer.

2.1.9 Sortimentudbud

Kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune (se afsnit 2.1.5 ovenfor)

2.1.10 Begrundelseskrav ved kontrakttildeling

Kendelse af 23. juni 2015, European Dynamics Luxembourg SA mod SKAT

Udtalt bl.a. at spørgsmålet om begrundelse i håndhævelseslovens § 2, stk. 2, alene skal afgøres ud fra den begrundelse, som ordregiveren anførte på det pågældende tidspunkt, og at kravene til begrundelse afhænger af sagens nærmere omstændigheder. Under henvisning til vægtningen af pris (40 %) og en betydelig prisforskel ansås begrundelseskravet ikke for opfyldt. Efter en konkret væsentligheds-vurdering ikke annullation. Herved også inddraget de yderligere begrundelser, som var givet efter 15 dages fristen i udbudsdirektivets (direktiv 2004/18/EF) artikel 41, stk. 2.

SKAT udbød som begrænset udbud efter udbudsdirektivet en tjenesteydelse om et kompleks af IT-ydelser. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" med underkriterierne "Pris" (40 %), "Kvalitet i overgangsydelserne" (35 %) og "Kvalitet i øvrige ydelser" (25 %). Da ingen af de 5 tilbud var konditionsmæssige, overgik SKAT til udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, med henblik på, at tilbudsgiverne kunne overvinde deres respektive udfordringer med hensyn til konditionsmæssighed.

Efter at SKAT havde meddelt sin beslutning om at indgå kontrakt med CGI Danmark A/S (CGI), modtog klagenævnet klager fra to af de andre tilbudsgivere, Steria A/S (Steria) og European Dynamics SA (ED). Efter at klagenævnet havde besluttet ikke at tillægge klagen fra Steria opsættende virkning, fordi betingelsen om "fumus boni juris" ikke sås opfyldt, trak Steria sin klage tilbage.

ED nedlagde påstand om, at SKAT havde været uberettiget til at overgå til udbud med forhandling, fordi ED's tilbud under det begrænsede udbud ikke havde været ukonditionsmæssigt. Som følge heraf nedlagde ED ligeledes påstand om, at klagenævnet skulle erklære den indgåede kontrakt for uden virkning, jf. håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1. Disse påstande blev ikke taget til følge.

ED nedlagde desuden påstande om, at tilbuddet fra CGI skulle have været afvist på grund af forbehold for mindstekrav, og om, at CGI som eksisterende leverandør var tillagt en utilbørlig konkurrencefordel. Disse påstande blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til sin kendelse i Steria-sagen og Rettens dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, Europaïki Dynamiki mod Kommissionen.

ED fik medhold i en påstand om, at SKAT havde handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, ved ikke at give en tilstrækkelig begrundelse for valget af CGI i meddelelsen om tildelingen og i strid med udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, ved ikke at give en uddybende begrundelse for fravalget af ED's tilbud inden 15 dage efter anmodning herom. Klagenævnet henviste bl.a. til Rettens domme af 9. september 2009 i sag T-437/05, Brink's Security Luxembourg SA mod Kommissionen, og af 22. april 2015 i sag T-554/10, Europaïki Dynamiki mod Frontex. Spørgsmålet om, hvorvidt begrundelseskravet i håndhævelseslovens § 2, stk. 2, var opfyldt, skulle alene afgøres ud fra den begrundelse, som SKAT anførte på det pågældende tidspunkt. SKAT havde ikke forud for klagesagen begrundet sit afslag med, at ED's tilbud ikke opfyldte nogle nærmere bestemte mindstekrav. Med henvisning til sag T-554/10, præmis 51, fastslog klagenævnet, at kravene til begrundelsen afhænger af den enkelte sags nærmere omstændigheder. Tilbuddet fra ED lå ca. 20 mio. kr. under det vindende tilbud fra CGI på 97 mio. kr., og da underkriteriet "Pris" vægtede 40 %, kunne ED med rette forvente en begrundelse, der præcist angav konkrete områder, hvor ED's tilbud var dårligere end tilbuddet fra CGI for så vidt angik de to kvalitative underkriterier. SKAT kunne f.eks. have vedlagt uddrag af den begrundelse, som fremgår af evalueringsrapporten. Kravet om angivelse af "de relevante grunde for beslutningen" om tildeling var derfor ikke opfyldt.

ED nedlagde endelig påstand om annullation af tildelingsbeslutningen. Klagenævnet inddrog i forbindelse hermed også de yderligere begrundelser, bl.a. evalueringsrapporten, som ED havde modtaget efter udløbet af fristen på 15 dage i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2. Klagenævnet tiltrådte, at tilbuddet fra ED – som påpeget af SKAT under klagesagen – ikke opfyldte nogle af mindstekravene. Efter en konkret væsentlighedsvurdering tog klagenævnet ikke påstanden om annullation af beslutningen om at tildele kontrakten til CGI til følge.

En anmodning om præjudiciel forelæggelse blev ikke taget til følge, jf. artikel 267, stk. 3, i TEUF, modsætningsvis.

2.1.11 Klagenævnsløven, herunder (foreløbig) opsættende virkning og klagenævnets sanktioner

Kendelser af 7. januar 2015 og 7. maj 2015, Rengoering.com A/S mod Ringsted Kommune

Ordregiver havde indgået kontrakt uden kendskab til, at der var klaget i standstill-perioden, idet klageren ikke havde underrettet ordregiveren herom, jf. håndhævelseslovens (nu klagenævnsløvens) § 6, stk. 4. Udtalt at kontrakten under disse omstændigheder kunne erklæres for uden virkning, jf. håndhævelseslovens § 16, nr. 2, uanset at klageren ikke havde underrettet om klagen. Kontrakten ikke erklæret for uden virkning, fordi der ikke i øvrigt var begået overtrædelser, og sanktionen uden virkning derfor ville være uproportional. Fastsat økonomisk sanktion på 25.000 kr. svarende til det normale minimumsbeløb for en økonomisk sanktion.

Ringsted Kommune gennemførte et begrænset udbud efter udbudsdirektivet om en 4-årig rengøringskontrakt til en anslået værdi af 120 mio. kr. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Rengoering.com, der ikke fik kontrakten, indgav klage over forhold i forbindelse med delkriterierne. Klagen var indgivet i standstill-perioden, men i strid med håndhævelseslovens § 6, stk. 4, undlod Rengoering.com samtidig med klagen at underrette kommunen, og før kommunen modtog meddelelse om klagen, blev kontrakten indgået.

Ved kendelsen af 7. januar 2015 blev klagen ikke tillagt opsagt opsættende virkning, da betingelsen om "fumus boni juris" ikke var opfyldt.

Rengoering.com nedlagde herefter yderligere påstande, herunder påstand 7 om, at klagenævnet skulle pålægge kommunen økonomiske sanktioner efter håndhævelseslovens §§ 19-20.

Ved kendelsen af 7. maj 2015 blev kun påstand 7 taget til følge. I relation hertil udtalte klagenævnet, at Ringsted Kommune havde indgået kontrakt i den periode, hvor klagen fra Rengoering.com havde opsættende virkning, jf. håndhævelseslovens § 16, nr. 2. Kontrakten kunne således erklæres for uden virkning. Det kunne ikke føre til andet resultat, at Rengoering.com havde undladt at underrette kommunen om klagen, da en ordregiver uanset klagerens forpligtelse relativt enkelt vil kunne sikre sig, at der ikke er indgivet klage.

Den indgåede kontrakt ville imidlertid ikke skulle erklæres for uden virkning, fordi ingen af påstandene i øvrigt var blevet taget til følge, og der således ikke var sket udbudsretlige overtrædelser. Sanktionen uden virkning ville derfor være uproportional.

Det fulgte herefter af håndhævelseslovens § 18, stk. 2, nr. 1, at der skal fastsættes en økonomisk sanktion i overensstemmelse med lovens § 19.

Klagenævnet fandt det bl.a. under hensyn til overtrædelsens konkret til dels undskyldelige karakter forsvarligt ikke at foretage en beregning af den økonomiske sanktion ud fra kontraktens anslåede værdi og fastsatte sanktionen til 25.000 kr., svarende til hvad der i håndhævelseslovens forarbejder er angivet som det normale minimumsbeløb for en økonomisk sanktion.

Kendelser af 16. marts og 19. maj 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet (se afsnit 2.1.1 ovenfor)

Kendelse af 19. august 2015, Avaleo ApS mod Slagelse Kommune (se afsnit 2.1.5 ovenfor)

Kendelse af 27. august 2015, CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet (se afsnit 2.1.6 ovenfor)

Delkendelse af 4. november 2015, Q-Free ASA mod Øresundsbro Konsortiet (se afsnit 2.1.5 ovenfor)

Kendelse af 12. november 2015, IGT Global Services Limited mod Danske Lotteri Spil A/S

Ikke processuel skadevirkning for ordregiver efter bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, som følge af, at ordregiveren ikke havde nået at tage stilling til anmodning fra klageren om aktindsigt før klagenævnets afgørelse vedrørende opsættende virkning. Udtalt, at sådan skadevirkning alene kan tillægges, hvis oplysninger, som klagenævnet har krævet, ikke er udleveret.

Denne delkendelse om opsættende virkning vedrørte et begrænset udbud efter udbudsdirektivet af et lotterisystem med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Klagen var indgivet i standstill-perioden af IGT Global Services Limited (IGT), der ikke havde fået kontrakten tildelt. IGT's påstande drejede sig alle om, at Danske Lotteri Spil A/S havde begået fejl ved tilbudsvurderingen.

IGT gjorde gældende, at det forhold, at Danske Lotteri Spil A/S ikke før IGT's indgivelse af klagen – eller i hvert fald før skriftvekslingen om opsættende virkning sluttede – havde taget stilling til (hele) IGT's anmodning om aktindsigt og udleveret (alle) de ønskede dokumenter, måtte tillægges processuel skadevirkning for Danske Lotteri Spil A/S, jf. § 6, stk. 2, i klagenævnets bekendtgørelsen.

Klagenævnet bemærkede om dette spørgsmål, at den omstændighed, at en ordregiver ikke, inden der træffes afgørelse om opsættende virkning, kan nå at tage stilling til, hvorvidt klageren kan meddeles aktindsigt, ikke kan medføre processuel skadevirkning for ordregiver efter klagenævnets bekendtgørelsens § 6, stk. 2. En sådan skadevirkning kan alene tillægges, hvor ordregiveren ikke har meddelt klagenævnet oplysninger, som klagenævnet har krævet udleveret. Der var ikke i klagesagen dokumenter, som klagenævnet havde krævet udleveret, og som ikke var fremlagt for nævnet. Allerede som følge heraf var der ikke grundlag for processuel skadevirkning som påstået af IGT. Danske Lotteri Spil A/S havde i øvrigt fremlagt en række dokumenter for klagenævnet, herunder hele tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver. Desuden havde Danske Lotteri Spil A/S i ekstraheret form givet IGT aktindsigt i de dele af tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver samt andre dokumenter, som relaterede sig til IGT's opfordringer i klageskriftet, og som IGT havde tilkendegivet i særlig grad at ønske at få udleveret. IGT havde haft lejlighed til at udtale sig på grundlag heraf i sit senest afgivne processkrift. At dette var sket under betydeligt tidspres, er sædvanligt i standstill-sager, hvor fristerne for skriftvekslingen er meget korte, fordi klagenævnet skal træffe afgørelse inden 30 kalenderdage efter klagens modtagelse.

Kendelsen er et eksempel på en såkaldt "fumus-kendelse", hvor sagen slutter med klagenævnets kendelse om opsættende virkning. IGT trak således klagen tilbage, efter klagenævnet i kendelsen af 12. november 2015 havde undladt at tillægge klagen opsættende virkning – fordi betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt – men samtidig foretaget en detaljeret gennemgang af sagen og

parternes synspunkter og på den baggrund foreløbig vurderet, at der ikke var udsigt til, at klagen ville blive taget til følge.

Kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark (se afsnit 2.1.1 ovenfor)

2.1.12 Indhentelse af supplerende oplysninger

Kendelse af 5. februar 2015, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark

Ordregiver berettiget til at indhente supplerende oplysninger fra en tilbudsgiver om årstal for nogle omsætningstal, jf. EU-Domstolens dom i Manova-sagen.

Kendelsen vedrører en klage fra Falck Danmark A/S ("Falck") over Region Syddanmarks udbud af en 10-årig kontrakt om levering af ambulancetjeneste, præhospitale støtteenheder og liggende syge-transport i Region Syddanmark. Klagenævnet tog ikke Falcks klage til følge.

Det principielle spørgsmål i sagen var, om regionen havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at give to tilbudsgivere adgang til at supplere oplysningerne i deres tilbud.

Falck var den eksisterende leverandør, men havde ikke vundet nogen af de 4 geografisk opdeltede del-aftaler, som regionen havde udbudt. Den samlede værdi af alle delaftalerne var i udbudsbekendtgørelsen anslået at være 560 mio. kr.

Falcks ene hovedsynspunkt var, at Region Syddanmark skulle have afvist tilbuddene fra de to andre tilbudsgivere som ukonditionsmæssige, idet disse ifølge Falck ikke opfyldte nogle krav i udbudsbetingelserne vedrørende dokumentation af teknisk egnethed i form af referencer fra lignende opgaver. Regionen havde valgt at indhente de oplysninger, som regionen mente manglede i relation til de to tilbud. Det drejede sig om, hvilket år nogle omsætningstal for referenceopgaver vedrørte. For den ene tilbudsgivers vedkommende havde regionen også spurgt, hvilken kunde en referenceopgave var udført for, da regionen havde anset tilbuddet for uklart på dette punkt.

Falck mente for det første (påstand 13), at den indhentelse af yderligere oplysninger, som regionen havde foretaget, overskred rammerne for, hvad der efter rets- og klagenævnspraksis lovligt kan indhentes af supplerende oplysninger fra en tilbudsgiver.

Klagenævnet gav ikke Falck medhold heri. Regionen havde således været berettiget til at indhente de supplerende oplysninger om årstal for omsætningstallene. For så vidt angik oplysningen om, hvem referencekunden var, mente klagenævnet, at det allerede af det indleverede tilbud klart fremgik, hvem kunden var. Klagenævnet bemærkede, at ordregivere for at sikre ligebehandling af tilbudsgiverne må acceptere, at tilbudsgivere, der (som det gjaldt den pågældende tilbudsgivers hollandske moderselskab) opererer i andre medlemslande, hvor de retlige rammer er anderledes end i Danmark, ikke nødvendigvis kan indlevere oplysninger af nøjagtigt samme indhold og karakter som danske tilbudsgivere.

Falck mente for det andet (påstand 14), at svaret fra den tilbudsgiver, som regionen havde bedt om at komme med yderligere oplysninger om referencekunden, var så uklart, at regionen i hvert fald på det tidspunkt skulle have afvist tilbuddet. Klagenævnet fandt derimod, at det også efter modtagelsen af de supplerende oplysninger var klart, hvem kunden var – og at kravene til dokumentation af teknisk egnethed var opfyldt.

Sagen viser, at der i overensstemmelse med EU-Domstolens afgørelse i Manova-sagen (dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12) også efter klagenævnets praksis er adgang for ordregivere til at anmode tilbudsgivere om at præcisere og supplere deres tilbud, hvis visse oplysninger mangler. Forudsætningen er, jf. Manova-dommen, at det objektivt kan kontrolleres, at de oplysninger, som indhentes, fandtes forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud/eller for afgivelsen af tilbud. Desuden må ordregiveren ikke have "bundet" sig selv til at afvise tilbud, som ikke indeholder de pågældende oplysninger, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at manglende fremsendelse med tilbuddet indebærer, at tilbuddet vil blive afvist. Desuden må adgangen for en ordregiver til således at indhente supplerende oplysninger ikke uberettiget begunstige eller forskelsbehandle den eller de ansøgere, som den pågældende anmodning er rettet til (f.eks. hvis kun én blandt tilbudsgiverne gives adgang til at supplere sit tilbud, medens andre ikke får lov til det). Se hertil udbudslovens kapitel 12 om dokumentation, herunder § 151, stk. 4, og § 159, stk. 5, om ordregiverens adgang til at anmode ansøgere og tilbudsgivere om at supplere eller præcisere dokumentation.

Falck gjorde herudover (påstand 1-12) gældende, at bedømmelsen af kvaliteten af Falcks tilbud i relation til en række konkurrenceparametre i udbudsbetingelserne ikke var korrekt. Klagenævnet henviste til fast rets- og klagenævnspraksis og konstaterede, at Region Syddanmark ikke åbenbart havde overskredet grænserne for det (vide) skøn, der tilkom regionen, eller i øvrigt handlet usagligt ved bedømmelsen af Falcks tilbud. Klagenævnet tog derfor ikke nogen af de 12 første påstande til følge.

2.1.13 EUF-traktatens almindelige principper

Kendelse af 10. marts 2015, Esbjerg Maritime Service ApS mod Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn (se afsnit 2.1.2 ovenfor)

2.1.14 Sagsomkostninger

Kendelser af 16. marts og 19. maj 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet (se afsnit 2.1.1 ovenfor)

Kendelse af 19. august 2015, Avaleo ApS mod Slagelse Kommune (se afsnit 2.1.5 ovenfor)

2.1.15 Aktindsigt

Kendelse af 2. marts 2015, Ion Beam Applications S.A. mod Region Midtjylland

Ikke aktindsigt i foreløbige evalueringsrapporter fra en brugergruppe, da evalueringsrapporterne blev anset for interne dokumenter, som ikke havde mistet deres interne karakter ved at blive udvekslet mellem medlemmerne i brugergruppen, hvoraf nogle var eksterne eksperter.

Under behandlingen af den klagesag, som klagenævnet afgjorde ved kendelse af 29. juni 2015, Ion Beam Applications S.A. mod Region Midtjylland, traf klagenævnet den 2. marts 2015 afgørelse i anledning af en klage om aktindsigt. Klageren, Ion Beam Applications S.A. ("IBA"), havde klaget over indklagedes, Region Midtjyllands, afslag på aktindsigt i grundlaget for regionens evaluering af tilbudene. Dokumenterne, som IBA ønskede aktindsigt i, var foreløbige bedømmelser foretaget af en brugergruppe nedsat af regionen til brug for brugergruppens indstilling til regionen om den kvalitative bedømmelse af tilbuddene. Regionen havde nægtet aktindsigt efter offentlighedsloven under henvisning til, at der var tale om interne arbejdsdokumenter. Klagenævnet nåede til samme resultat. Klagenævnets afgørelse blev tillige truffet i medfør af forvaltningsloven, da dokumenterne af regionen var fremlagt for klagenævnet i udbudsklagesagen.

Spørgsmålet for klagenævnet var navnlig, om udvekslingen af dokumenter inden for brugergruppen, som bestod af ansatte på hospitaler i regionen, men også af eksterne eksperter fra universiteter, indebar, at dokumenterne herved mistede deres karakter af "interne dokumenter". Klagenævnet fastslog på baggrund af en gennemgang af sundhedsloven og regionsloven, at udvekslingen af dokumenter mellem regionen og hospitalerne i regionen, herunder de af deltagerne i projektgruppen, som var ansatte på regionens hospitaler, ikke fratog dokumenterne deres karakter af at være "interne dokumenter". Regionens egne hospitaler m.v. hører således til en regions sygehuse. Klagenævnet fandt, at brugergruppen ikke havde haft en så fast struktur og selvstændige beføjelser, at den kunne anses for en ad hoc nedsat selvstændig myndighed med den virkning, at de foreløbige evalueringsdokumenter, der var udarbejdet i gruppens regi, kunne anses for gruppens interne arbejdsdokumenter. For så vidt angik deltagerne fra universiteterne antog klagenævnet efter beskrivelsen af brugergruppen i udbudsbetingelserne og det, som regionen havde oplyst over for klagenævnet, at de pågældende havde udført evalueringsopgaven med regionen som opdragsgiver. De havde fuldt ud været underkastet regionens instruktionsbeføjelse og havde været pålagt at behandle de oplysninger, som de modtog fortroligt, herunder også i forhold til deres sædvanlige arbejdsgiver. De oprettede evalueringsdokumenter var blevet udfærdiget i regi af regionen og var alene journaliseret af regionen. Uanset at visse af deltagerne i brugergruppen ikke havde ansættelse i regionen, fandt klagenævnet under disse omstændigheder, at de pågældende måtte anses for at have deltaget i evalueringen i deres personlige egenskab af eksperter og ikke som ansatte på deres hovedarbejdsplads. De udenforstående eksperters deltagelse i brugergruppen medførte på den baggrund ikke, at de foreløbige evalueringsdokumenter havde været afgivet til udenforstående, jf. forvaltningslovens § 12, stk. 1, 2. pkt., og offentlighedslovens § 23, stk. 1, nr. 1. Dokumenterne var dermed med rette af regionen anset for interne og dermed undtaget fra aktindsigt.

Afgørelsen er konkret begrundet og en undtagelse til det, som normalt vil gælde. Involvering af eksterne parter, herunder eksterne rådgivere, i evalueringen vil således normalt bevirke, at dokumenter, som udveksles med den pågældende, mister deres karakter af at være interne arbejdsdokumenter, som kan undtages fra aktindsigt.

Klagenævnet overvejede også, hvorvidt dokumenterne alligevel skulle udleveres til IBA i medfør af forvaltningslovens § 13, stk. 1, nr. 1, og offentlighedslovens § 26, stk. 1, nr. 1, eller forvaltningslovens § 14 b, om interne dokumenter, som udtrykker "indholdet af myndighedens endelige beslutning vedrørende en sags afgørelse" eller en "intern faglig vurdering i endelig form". Klagenævnet fandt, at det ikke var tilfældet, da IBA havde fået aktindsigt i regionens endelige evalueringsrapport, som var regionens endelige faglige vurdering og beslutning. Dette stod i modsætning til brugergruppens foreløbige bedømmelser, der fremstod som foreløbige arbejdspapirer. De interne evaluering dokumenter skulle således ikke udleveres til IBA. Klagenævnet afviste også, at reglerne om meroffentlighed i forvaltningslovens § 10 og offentlighedslovens § 14 kunne føre til, at dokumenterne alligevel skulle udleveres.

Ved klagenævnets efterfølgende afgørelse af 29. juni 2015 blev IBA's klage over den kvalitative bedømmelse ikke taget til følge.

3. DANSKE DOMME

3.1 Domstolenes behandling af klagenævnets kendelser

Højesterets dom af 11. februar 2015 (UfR 2015.1586H), Hans Damm Research A/S mod Erhvervsstyrelsen, Moderniseringsstyrelsen og Forsvarsministeriet (omtales ikke)

Københavns Byrets dom af 7. maj 2015, Region Midtjylland mod Medtronic Danmark A/S og Globus Medical Danmark ApS, jf. klagenævnets kendelser af 12. august 2013

Sagen vedrørte et offentligt udbud af en 3-årig rammeaftale med flere aktører om indkøb af ryg-implantater til en anslået værdi af mellem 90 og 120 mio. kr. opdelt i 10 parallelle delaftaler med 3 leverandører.

Ved klagenævnets 2 kendelser blev regionens tildelingsbeslutninger i forbindelse med en række af delaftalerne annulleret, idet regionen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved en uklar beskrivelse af kravene til ”yderligere tilbudt sortiment”. I den sag, hvor Medtronic Danmark A/S var klager, blev påstand (4) om overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet på grund af modstrid mellem udbudsbetingelserne og kravspecifikationen om, hvordan tilbuddene ville blive evalueret i henhold til delkriteriet om instrumenter, ligeledes taget til følge. Klagenævnet anførte, at tilbudsgiverne ikke havde været i reel tvivl, og lagde til grund, at overtrædelsen havde været uden betydning for tilbuddenes udformning og udbuddets udfald. En række andre påstande i begge sager blev ikke taget til følge.

Regionen indbragte sagerne for Københavns Byret, som opretholdt klagenævnets kendelser i det omfang, de var omfattet af retssagen. Byretten ændrede dog klagenævnets afgørelse ad påstand 4 i den sag, der var anlagt af Medtronic Danmark A/S, da der var tale om en åbenbar lapsus fra ordregiverens side.

Retten i Koldings dom af 6. juli 2015, G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark, jf. klagenævnets kendelse af 6. marts 2014

Region Syddanmark iværksatte i november 2013 indhentning af tilbud på en kontrakt om en bilag II B tjenesteydelse om varetagelse af sikkerhedsfunktionen på Psykiatrisk Afdeling, Middelfart. Regionen modtog 4 tilbud. G4S, der ikke fik kontrakten, klagede til klagenævnet og nedlagde en række påstande om, at regionen havde overtrådt traktatens principper om ligebehandling eller gennemsigtighed ved forskellige handlinger eller undladelser.

Regionen påstod sagen afvist, da kontrakten ikke havde klar grænseoverskridende interesse, og klagenævnet derfor ikke havde kompetence til at tage stilling til påstandene.

Klagenævnet tog ikke afvisningspåstanden til følge. Om G4S kunne få medhold i sine påstande afhang indledningsvis af, om den udbudte kontrakt havde klar grænseoverskridende interesse. Dette spørgsmål afgøres efter EU-udbudsreglerne og er derfor omfattet af klagenævnets kompetence. Klagenævnet fandt efter en samlet vurdering, at kontrakten ikke havde klar grænseoverskridende inte-

resse. Da de EU-retlige principper herefter ikke fandt anvendelse, blev G4S's påstande ikke taget til følge.

For byretten nedlagde G4S påstand om erstatning og gjorde gældende, at regionen havde overtrådt almindelige forvaltningsretlige principper og aftaleretlige grundsætninger og havde udvist culpa in contrahendo. De forhold, som G4S påberåbte sig, svarede til de forhold, som G4S for klagenævnet havde påberåbt sig som overtrædelser af de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Byretten frifandt regionen, da regionen ikke havde overskredet grænserne for sit skøn eller i øvrigt handlet usagligt.

Forløbet viser samspillet mellem de EU-retlige principper, der gælder for kontrakter omfattet af udbudsloven og udbudsdirektiverne og for kontrakter af klart grænseoverskridende interesse på den ene side, og kontrakter som den foreliggende, hvor alene udbudsdirektivets artikel 23 og artikel 35, stk. 4, var gældende, og andre offentlige kontrakter på den anden side. Her gælder de almindelige forvaltningsretlige og aftaleretlige grundsætninger selvsagt.

Der henvises til udbudslovens § 193, stk. 5, og Udbudsloven, red. Steen Treumer, side 684 f.

Retten i Næstveds dom af 16. juli 2015, Maxys A/S og Solid Software Development ApS mod Region Sjælland, jf. klagenævnets kendelser af 27. november 2013 og 20. maj 2014

Sagen vedrørte et udbud om et elektronisk køkkenstyringsystem med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

Ved klagenævnets kendelse af 27. november 2013 fik klagerne, der havde afgivet tilbud uden at få kontrakten, medhold i 5 påstande, som alle vedrørte ordregiverens overtrædelser i forbindelse med tilbudsevalueringen. Ordregiveren, der havde erkendt overtrædelserne, påpegede allerede under denne del af sagen desuden en række yderligere overtrædelser af udbudsreglerne. Disse overtrædelser vedrørte udformningen af udbudsbetingelserne, nemlig uoverensstemmelse mellem udbudsbeholdtindsen og udbudsbetingelserne vedrørende optioner, forbehold over for udbudsbetingelserne, uegnede underkriterier og dokumentationskravet vedrørende egnethed.

Klagenævnet tog ved kendelsen af 20. maj 2014 stilling til klagernes erstatningskrav udmålt som positiv opfyldelsesinteresse, subsidiært negativ kontraktinteresse. Klagenævnet fastslog, at de overtrædelser, der vedrørte udbudsbetingelserne, var af en sådan karakter, at udbudsbetingelserne ikke var egnede til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Erstatningsbetingelsen om årsagsforbindelse var således ikke opfyldt, og klagerne kunne derfor ikke opnå erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Da klagerne desuden inden afgivelse af tilbud var eller burde have været bekendt med de grove overtrædelser ved udformningen af udbudsbetingelserne, var der heller ikke den nødvendige årsagsforbindelse mellem de begåede overtrædelser og klagernes udgifter ved afgivelsen af tilbud. Ingen af klagernes erstatningspåstande blev derfor taget til følge.

Retten i Næstveds dom af 16. juli 2015 er i det hele en stadfæstelse af klagenævnets kendelse af 20. maj 2014.

Vestre Landsrets dom af 27. august 2015 (UfR 2016.86V), Gustav H. Christensen A/S mod Morsø Spildevand A/S, jf. klagenævnets kendelse af 19. november 2013

Sagen vedrørte en begrænset licitation efter tilbudsloven af et kloakeringsprojekt, som Morsø Spildevand A/S havde udbudt. Tildelingskriteriet var laveste pris. Gustav H. Christensen A/S afgav tilbuddet med den laveste pris, men ordregiveren afviste tilbuddet, fordi selskabet ikke havde udfyldt position 2.1 (Rydning) på tilbudslisten.

I kendelsen om opsættende virkning af 26. august 2013 udtalte klagenævnet, at det af tilbuds- og afregningsgrundlaget ikke fremgik, at udfyldelse af samtlige tilbudslistens punkter, herunder position 2.1, var et mindstekrav. Det samlede tilbud var bindende uanset tilbudslistens øvrige indhold, og tilbuddet måtte forstås således, at rydning var inkluderet i den totale sum for forberedende arbejder, som var angivet. Den manglende udfyldelse af position 2.1 kunne derfor ikke medføre, at ordregiveren var berettiget til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt. Da betingelsen om uopsættelighed imidlertid ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning.

I kendelsen af 19. november 2013 henviste klagenævnet til kendelsen af 26. august 2013 og fastslog, at den manglende udfyldelse af position 2.1 ikke kunne anses for at være en afvigelse fra licitationsbetingelserne (et forbehold). Kontrakten skulle derfor have været tildelt Gustav H. Christensen A/S, som var lavestbydende.

Morsø Spildevand A/S indbragte sagen for Retten i Herning, som ved dom af 22. september 2014 efter nærmere bevisførelse om et efterfølgende møde mellem parterne gav ordregiveren medhold.

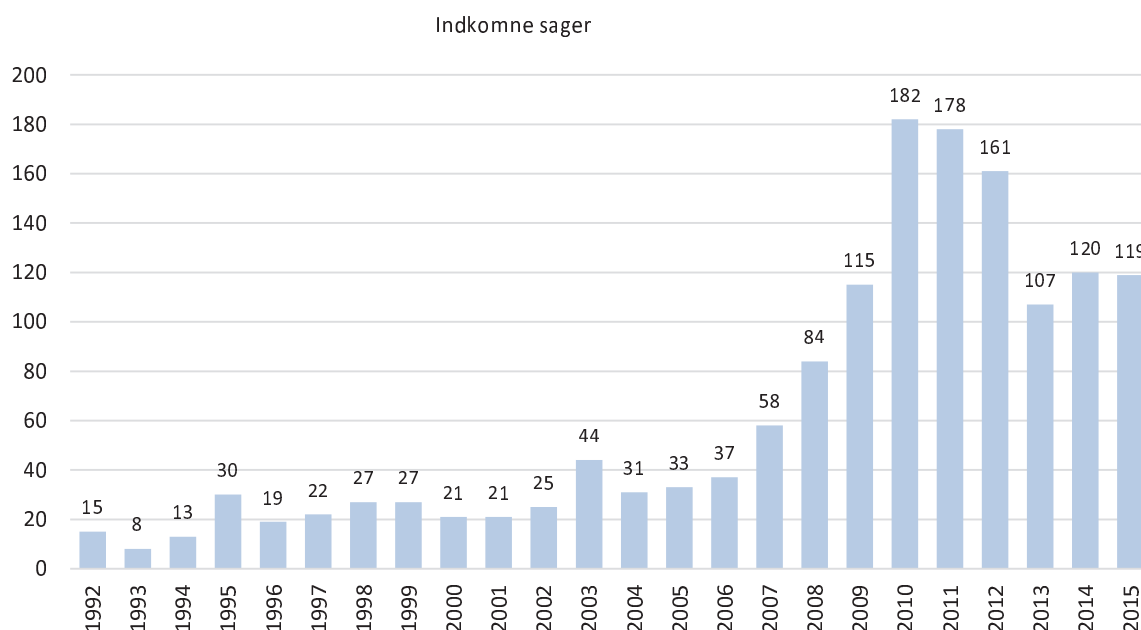
Ved Vestre landsrets dom blev klagenævnets kendelse opretholdt, og Gustav H. Christensen A/S blev tillagt 500.000 kr. i erstatning for positiv opfyldelsesinteresse.

4. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2015

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

4.1 Indkomne klager

I 2015 modtog klagenævnet 119 klager. Oversigten nedenfor viser udviklingen i antallet af indkomne klager i årene 1992-2015.



Antallet af modtagne klager i 2015 er på niveau med 2014, men ca. 10 % højere end 2013. Der er tale om et markant fald i forhold til 2010-2012. Sagstilgangen i 2015 ligger lidt over niveauet for 2009.

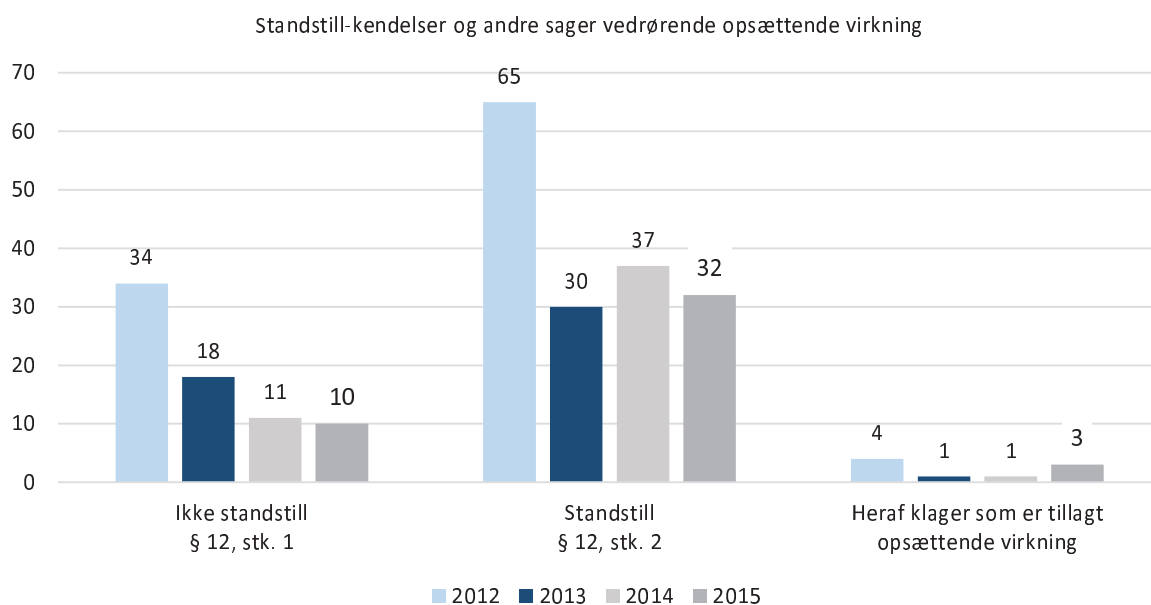
Som anført i afsnit 4.1 i årsberetningen for 2013 skal det markante fald i sagstilgangen ses i lyset af ændringerne i håndhævelsesloven (nu klagenævnsloven) og klagenævnsbekendtgørelsen i 2013, som netop havde til formål at begrænse et stigende antal klagesager. Navnlig forhøjelsen af klagegebyret til 20.000 kr. i sager om overtrædelse af udbudsdirektivet (de fleste sager) samt klagerens risiko for at blive pålagt at betale sagsomkostninger til den indklagede ordregiver må antages at have været udslagsgivende faktorer.

4.2 Standstill-sager og andre sager vedrørende opsættende virkning

Som det fremgår nedenfor, afsagde klagenævnet i 2015 delkendelse i 10 sager, hvor der var anmodet om opsættende virkning efter håndhævelseslovens (nu klagenævnslovens) § 12, stk. 1, og delkendelse i 32 sager modtaget i standstill-perioden efter lovens § 12, stk. 2, hvor klagenævnet har en lov-

bunden frist på 30 dage til at træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning. I 2015 er der i 3 sager truffet afgørelse om at tillægge en klage opsættende virkning, se herom afsnit 1.4 ovenfor og omtale af kendelserne i kapitel 2.

Nedenfor ses antallet af afsagte standstill-kendelser og andre kendelser vedrørende opsættende virkning for 2012-2015.



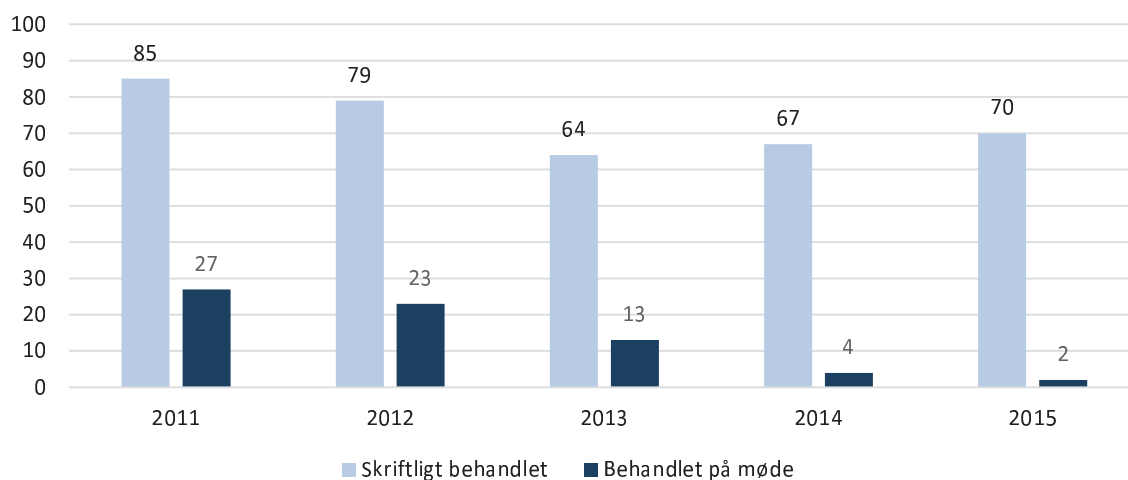
Klagenævnets kendelser vedrørende opsættende virkning fører i en række sager til, at klagen tilbagekaldes som følge af klagenævnets "fumus-kendelser", hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt. Sådanne kendelser er meget resursekrævende 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 indgående præmisser. Generelt medfører standstill-reglerne og reglerne om opsættende virkning, at klagenævnet i en meget 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 Nævnbehandlingen på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde

I 2015 blev 70 sager behandlet på skriftligt grundlag, mens 2 sager blev behandlet med mundtlig forhandling.

Nedenfor ses en opgørelse over sager behandlet henholdsvis på skriftligt grundlag og med mundtlig forhandling i årene 2011-2015.

Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller møde



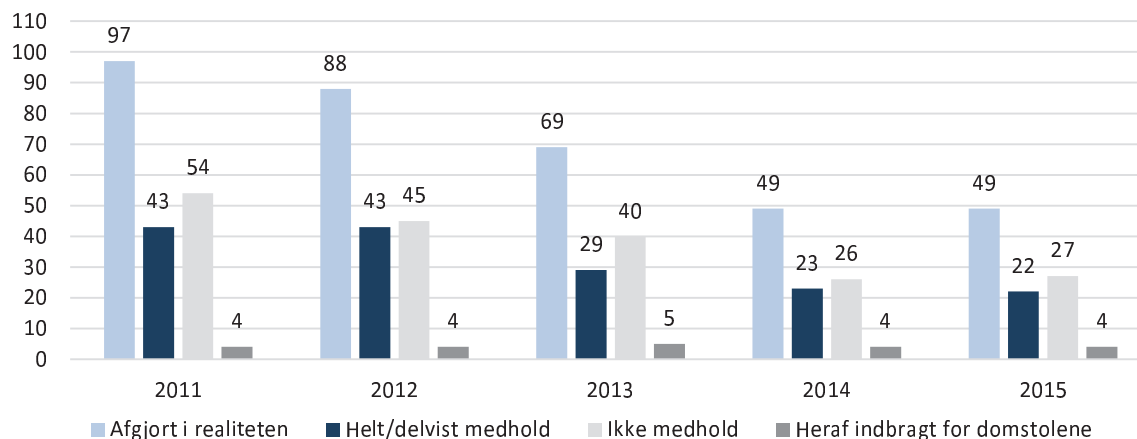
Note: De viste tal indeholder også afviste sager

Fordelingen af skriftligt behandlede sager/sager med mundtlig forhandling i 2015 viser, at kun ganske få sager undergives mundtlig forhandling. 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.

4.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf

I 2015 afgjorde klagenævnet ligesom i 2014 49 sager i realiteten. Heraf fik 22 klagere helt eller delvist medhold, mens 27 klagere ikke fik medhold. Af de 49 sager blev 4 indbragt for domstolene. Tallene for 2015 er på niveau med 2014.

Afgjorte sager samt udfaldet heraf



Note: Opgørelsen over antallet af sager indbragt for domstolene er baseret på optælling af antallet af stævning-

ger, som klagenævnet har modtaget til orientering. 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.

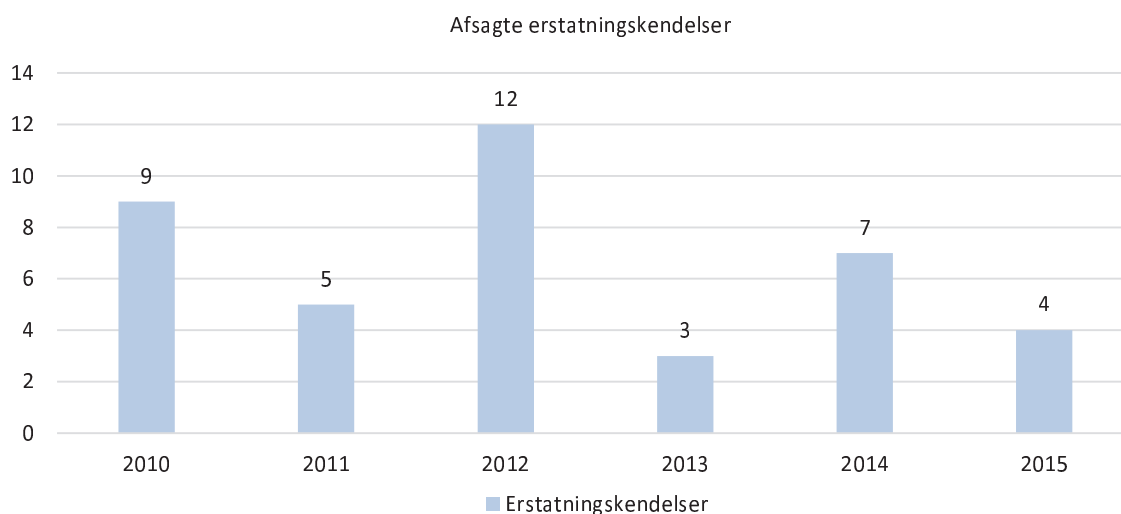
Fordelingen af sager, hvor der gives helt/delvist medhold eller ikke medhold, viser et skift fra 2010 til 2011, idet der i 2010 var et flertal af klager, der fik helt eller delvist medhold, medens der fra 2011 og frem har været et flertal af klager, der ikke har fået medhold. Tabellen nedenfor viser, at medholdsprocenten i 2015 var på 45 % og dermed lidt over 2011 (44 %) og 2013 (42 %), lidt under 2012 (49 %) og 2014 (47 %). Den gennemsnitlige medholdsprocent for årene 2011-2015 var 45,4 %.

Klagenævnet har således fra 2011 givet medhold i færre klager end tidligere og har således ved de afsagte kendelser konstateret færre fejl end tidligere. Som anført i afsnit 4.4 i årsberetningen for 2013 kan det skyldes, at ordregiverne begår færre fejl end tidligere. En yderligere måske mere nærliggende forklaring er, at lovgiver i 2011 (lov nr. 618 af 14. juni 2011) indførte bestemmelsen i håndhævelseslovens (nu klagenævnslovens) § 10, stk. 1, og dermed ophævede klagenævnets mulighed for af egen drift at tage spørgsmål op til behandling og afgørelse. 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) og 4) med omtale af klagenævnets kendelse af 17. april 2012, PH-Byg Faaborg A/S mod Faaborg Menighedsråd.

År	Helt/delvist medhold	Ikke medhold
2011	44 %	56 %
2012	49 %	51 %
2013	42 %	58 %
2014	47 %	53 %
2015	45 %	55 %

4.5 Afsagte erstatningskendelser

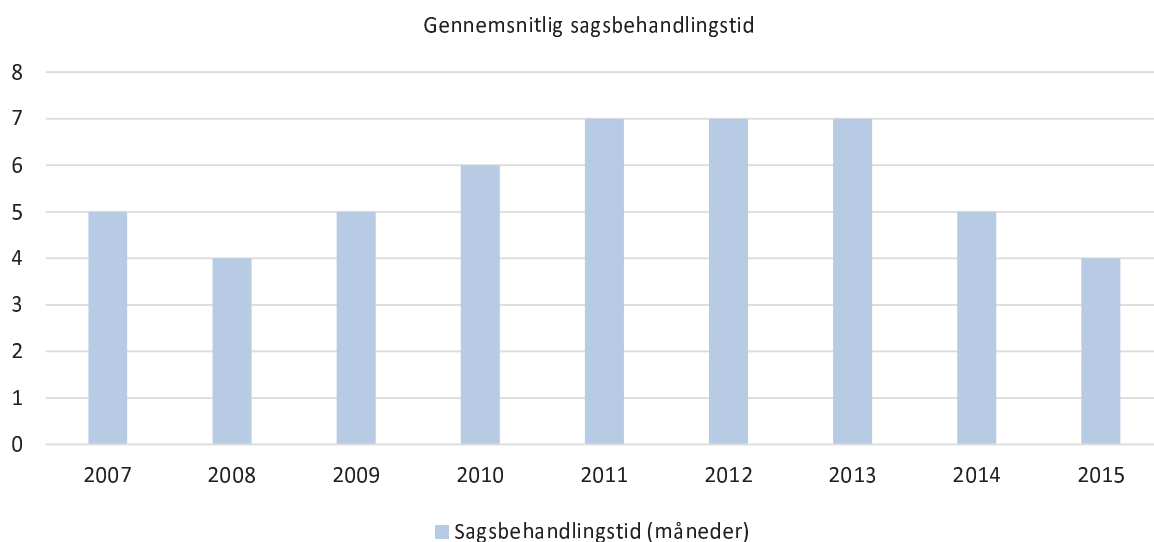
I 2015 afsagte klagenævnet 4 kendelser om erstatning.



Set over perioden fra 2010-2015 er antallet af afsagte erstatningskendelser i 2012 med 12 afsagte kendelser markant, idet antallet af afsagte erstatningskendelser i 2011, 2013, 2014 og 2015 ligger på et noget lavere niveau. 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 afvente klagenævnets erstatningskendelse. Antallet af erstatningskendelser i 2012 må sammenholdes med et stort antal modtagne klager i 2010 og 2011 (henholdsvis 182 og 178 klager).

4.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid

I 2015 havde klagenævnet en gennemsnitlig sagsbehandlingstid på 4 måneder. Nedenfor ses en opgørelse over udviklingen i den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for afviste sager og materielle kendelser opgjort i måneder i årene 2007-2015.



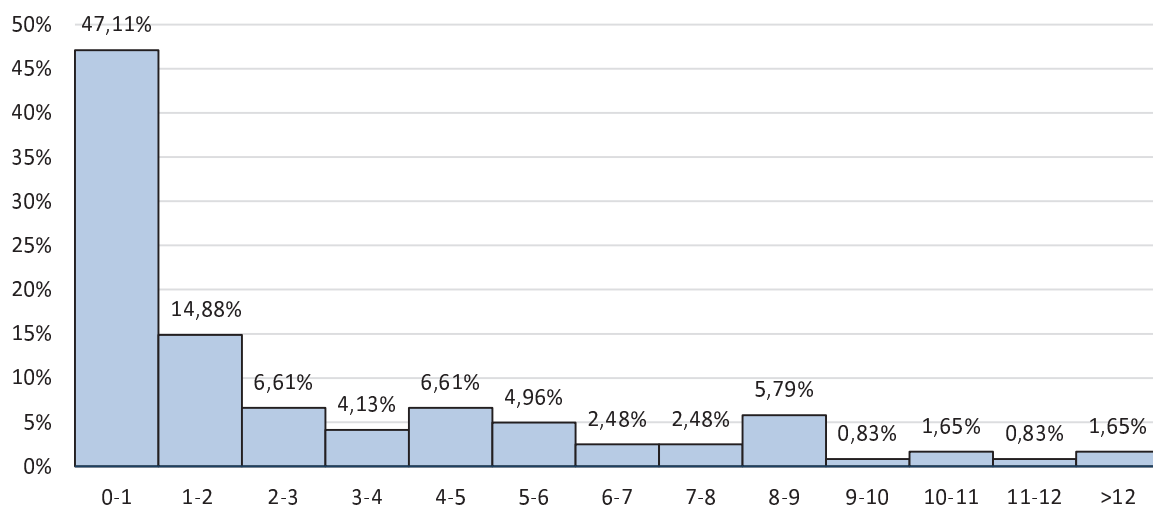
Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid viser en faldende tendens. Sagsbehandlingstiden er således faldet fra 7 måneder i 2011-2013, 5 måneder i 2014 til 4 måneder i 2015. Antallet af indkomne klager i 2010-2014 var 182, 178, 161, 107 og 120, jf. ovenfor afsnit 4.1. Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid i 2015 på 4 måneder er den samme som i 2008, uanset at antallet af indkomne klager i 2015 var 119 mod alene 84 indkomne klager i 2008. Det kan oplyses, at antallet af verserende sager ultimo 2015 er opgjort til 35 sager, hvilket er det laveste niveau siden 2007 (22 sager). Tallet kan sammenholdes med de tilsvarende tal for 2010, 2011 og 2012, hvor der er registreret henholdsvis 96, 93 og 69 sager ultimo. Det forhold, at klagenævnets sekretariat i 2015 på grund af sygdom ikke har rådet over en sekretær, må antages at påvirke bl.a. sagsbehandlingstiden for de sager, der har været under behandling i 2015, men først sluttet i 2016 og dermed påvirker sagsbehandlingstiden for dette år.

4.7 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2015 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

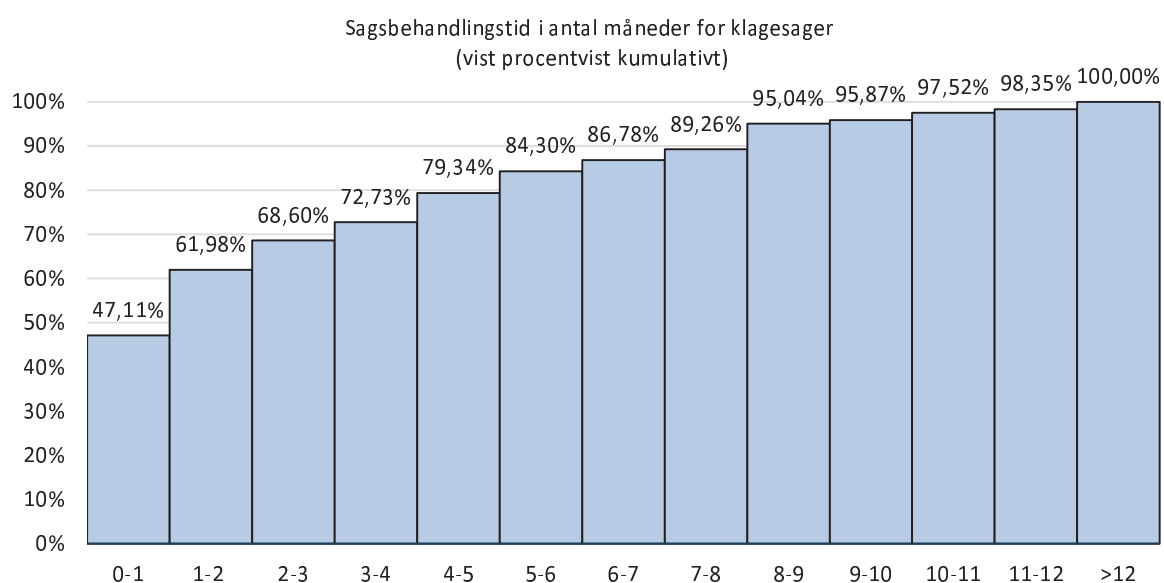
opgørelsen indgår alle klagesager, herunder sager hvor klagen er afvist, og sager hvor klagen er tilbagekaldt, herunder tilbagekaldt efter at klagenævnet har afsagt en "fumus-kendelse". Erstatningskendelser, som der kun afsiges ganske få af, er ikke medregnet. For yderligere bemærkninger henvises til afsnit 4.8 nedenfor, hvor sagsbehandlingstiden i antal måneder for klagesager er opgjort procentvist kumulativt.

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 2015 vist procentvist kumulativt.



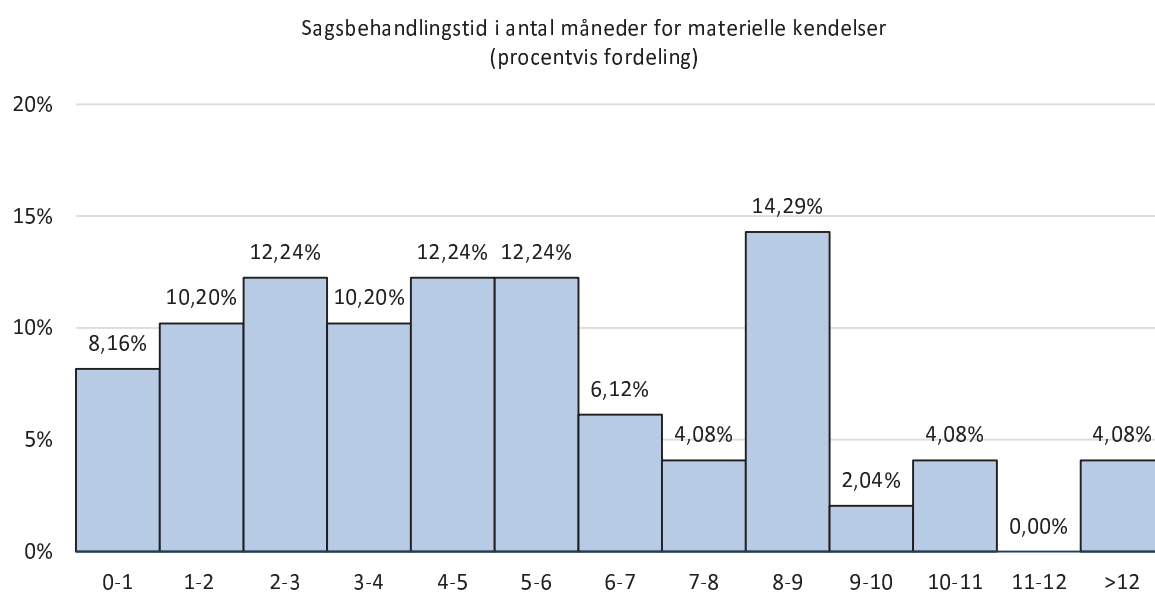
Ca. 47 % af sagerne er i 2015 sluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen mod 29 % i 2013 og 33 % i 2014. Ca. 62 % af sagerne er i 2015 sluttet i løbet af de første 2 måneder efter

klagens modtagelse mod 42 % i 2013 og 54 % i 2014. Det fremgår videre, at ca. 69 % af alle modtagne sager i 2015 blev sluttet i løbet af 3 måneder mod 49 % i 2013 og 60 % i 2014. I opgørelsen for 2015 indgår blandt andet 49 sager, hvor klagen er tilbagekaldt. I en række 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. 84 % af sagerne i 2015 blev sluttet i løbet af 5-6 måneder efter klagens modtagelse mod 65 % i 2013 og 82 % i 2014, og at ca. 96 % af sagerne færdigbehandles i løbet af 9-10 måneder mod 86 % i 2013 og 94 % i 2014.

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. Sagsbehandlingstiderne er markant forbedret fra 2013 til 2014 og yderligere forbedret i 2015. (Tallene for 2013 og 2014 fremgår nærmere af afsnit 4.8 i nævnets årsberetninger for 2013 og 2014).

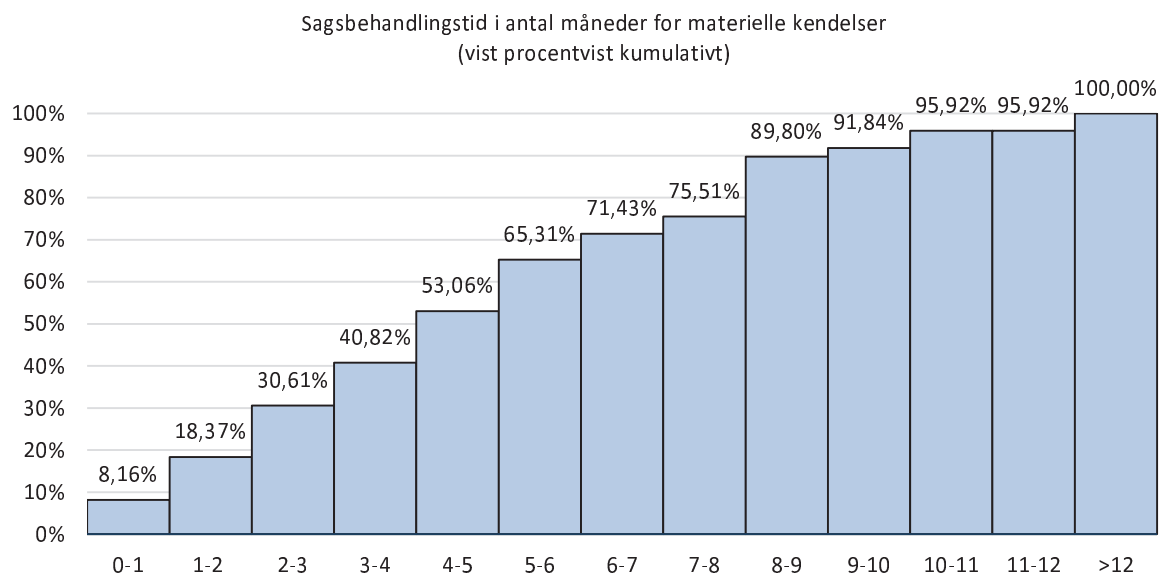
4.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2015 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.



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for materielle kendelser i 2015 vist procentvist kumulativt.



Tabellen viser, at der i 2015 var afsagt materiel kendelse i ca. 41 % af sagerne i løbet af 3-4 måneder mod 20 % i 2013 og 30 % i 2014, og at der i 2015 var afsagt kendelse i ca. 65 % af sagerne i løbet af 5-6 måneder mod 37 % i 2013 og 62 % i 2014. Videre ses det, at der i 2015 efter 8-9 måneder var afsagt materiel kendelse i ca. 90 % af sagerne mod ca. 69 % i 2013 og 87 % i 2014. De resterende 10 % (2013: 31 % og 2014: 13 %) 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. Det er samtidig vigtigt, når der ses på klagenævnets sagsbehandlingstid for materielle kendelser, at være opmærksom på, at arbejdet med en sag ofte ikke alene består i at udarbejde en materiel kendelse, men at der undervejs i mange af sagerne også bruges betydelige ressourcer på at træffe afgørelse(r) vedrørende opsættende virkning og aktindsigt efter forvaltningsloven, jf. også ovenfor afsnit 4.2.

5. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET

Klagenævnet havde foruden behandlingen af klagesager en række udadrettede aktiviteter i 2015:

Høringssvar

Klagenævnet har den 8. januar 2015 afgivet høringssvar vedrørende lovforslaget om udbudsloven og den 25. november 2015 høringssvar vedrørende udkast til bekendtgørelser om implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet og koncessionsdirektivet og bekendtgørelse om udbud.dk og elektronisk kommunikation vedrørende udbud. Høringssvarene kan ses på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk.

Deltagelse i konferencer m.v.

Medlemmer af formandskabet har også i 2015 deltaget som oplægsholdere ved konferencer og andre arrangementer vedrørende udbudsretlige emner.

Klager modtaget inden for 10-dages fristen i håndhævelseslovens § 4

Klagenævnet traf i 2014 en generel beslutning om, at en klage over en direkte tildeling, hvor der er udstedt en profylaksebekendtgørelse, og hvor klagen modtages inden for 10-dages fristen i håndhævelseslovens (nu klagenævnslovens) § 4, stk. 1, nr. 2, som udgangspunkt tillægges midlertidig opsættende virkning i medfør af § 12, stk. 1, i loven, indtil klagenævnet har afgjort spørgsmålet, om klagen skal tillægges opsættende virkning under klagesagens videre forløb. Det tilstræbes, at der træffes afgørelse vedrørende fortsat opsættende virkning i disse sager senest 30 kalenderdage efter klagens modtagelse. Baggrunden for den generelle beslutning er, at sådanne klager ikke efter dagældende håndhævelseslov automatisk medførte opsættende virkning, og ordregiveren var således som udgangspunkt ikke forhindret i at indgå kontrakt efter udløbet af 10-dages perioden i håndhævelseslovens § 4, stk. 1, uanset at der var indgivet en klage i 10-dages perioden. Denne retstilstand er med udbudslovens ikrafttræden den 1. januar 2016 ændret, idet klager indgivet i 10-dages perioden over en direkte tildeling medfører foreløbig opsættende virkning, indtil klagenævnet har truffet afgørelse herom, og dermed forhindrer ordregiveren i at indgå kontrakt. Den nævnte praksis er derfor ophørt for så vidt angår klager, der er omfattet lovændringen.