

Klagenævnet for Udbud

Årsberetning 2017

INDHOLDFORTEGNELSE

FORORD.....	4
1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD	5
1.1 Lovgrundlag og etablering	5
1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning	5
1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat.....	7
1.4 Klagenævnet for Udbuds opgaver, herunder klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder	7
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	17
2.1 Indledning	17
2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser	17
2.2.1 Udbudsplicht, direkte tildeling og ændring af kontrakter	17
Delkendelse af 11. juli 2017, EnviDan A/S og SUEZ Water A/S mod Assens Spildevand A/S	17
Kendelse af 30. november 2017, GlaxoSmithKlinePharma A/S mod Statens Serum Institut og Sundheds- og Ældreministeriet	18
2.2.2. Krav til udbudsbetingelserne og udbuddets tilrettelæggelse.....	19
Kendelse af 18. maj 2017, Scan Office A/S mod Moderniseringsstyrelsen	19
Kendelse af 6. december 2017, Imatis A/S mod Region Hovedstaden	19
Kendelse af 24. november 2017, Simonsen & Weel A/S mod Region Midtjylland	20
Delkendelse af 22. december 2017, Tolkdanmark ApS mod Den Nationale Tolkemyndighed	22
2.2.3. PrækvalifikationKendelse af 20. juni 2017, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark	23
2.2.4 Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel	23
Kendelse af 7. april 2017, Orkideen Hjemmepleje og Personlig Service ApS mod Horsens Kommune	23
Kendelse af 27. april 2017, Tolkegruppen Oversættergruppen P/S mod Københavns Kommune.....	24
Kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet	25
Kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland	26
Kendelse af 9. november 2017, C.F. Møller A/S mod Region Hovedstaden v/ Nyt Hospital og Ny Psykiatri Bispebjerg og COWI A/S, Nordic Office of Architecture og AART architects A/S mod samme	28
2.2.5 Sortimentudbud	29
Kendelse af 9. januar 2017, Abena A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)	29
Kendelse af 18. maj 2017, Scan Office A/S mod Moderniseringsstyrelsen	30
Kendelse af 3. oktober 2017, Oluf Brønnum & Co. A/S mod Københavns Kommune	31
2.2.6 Klagenævnsloven, herunder (foreløbig) opsættende virkning og klagenævnets sanktioner	32
Delkendelse af 21. april 2017, Den selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal mod Ringkøbing-Skjern Kommune	32

Delkendelse af 26. juni 2017, samt kendelse af 23. august 2017, Eitel Networks A/S mod Region Syddanmark.....	32
Kendelse af 12. juli 2017, Tieto Denmark A/S mod Finansministeriets concern.....	34
Kendelse af 18. august 2017, Omada A/S mod Københavns Kommune	35
Kendelse af 25. september 2017, Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S m.fl. mod Hillerød Kommune	36
Kendelse af 4. oktober 2017, Lekolar LEIKA A/S mod KomUdbud v/ Randers Kommune.....	36
3. UDVALGTE AFGØRELSER OM AKTINDSIGT.....	38
3.1 Indledning	38
3.2 Klagenævnets kompetence i rekursager efter offentlighedsloven	38
3.3 Undtagelse af fortrolige erhvervsoplysninger fra aktindsigt	39
3.4 Undtagelse af hensyn til offentlige økonomiske interesser	40
3.5 Ordregiverens interne dokumenter.....	41
3.6 Afslag begrundet i, at aktindsigtsbehandlingen vil tage uforholdsmæssig lang tid	42
4. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER.....	44
Københavns Byrets dom af 14. marts 2017, Den danske stat v/ Moderniseringsstyrelsen mod Motus A/S, jf. klagenævnets kendelser af 4. juli 2016 og 31. oktober 2016 (erstatning)	44
Retten i Roskildes dom af 1. december 2017, Kirstine Hardam A/S mod Køge Kommune, jf. klagenævnets kendelse af 10. januar 2017.	44
5. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2017	46
5.1 Indkomne klager	46
5.2 Standstill-sager og andre sager vedrørende opsættende virkning.....	47
5.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde	48
5.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf.....	48
5.5 Afsagte erstatningskendelser	50
5.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	50
5.7 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist som procentvis fordeling)	51
5.8 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt).....	52
5.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling)	53
5.10 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist procentvist kumulativt)	53
6. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET	55

FORORD

Klagenævnet for Udbud udgiver hermed sin femte 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. Som det vil fremgå, har der i 2017 været en del ændringer heri.

I kapitel 2 er der anført referater af en række af nævnets kendelser fra 2017, som må anses for principielle eller i øvrigt af særlig interesse. Der er herunder afsagt en del kendelser om forståelsen af centrale bestemmelser i udbudsloven. Det er ved omtalen tilstræbt at fokusere på de aspekter, klagenævnet har fundet særligt interessante. Klagenævnets kendelser offentliggøres løbende på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk. Det gælder både kendelser om overtrædelse af udbudsreglerne og kendelser om erstatning samt et udvalg af kendelser vedrørende opsættende virkning. Klagenævnets praksis i sager om aktindsigt offentliggøres mindre systematisk, og nævnet har på den baggrund igen i år med udgangspunkt i afgørelser fra 2017 valgt at beskrive visse dele heraf, jf. kapitel 3.

Kapitel 4 indeholder en gennemgang af danske retsafgørelser i sager, der tidligere har været afgjort af klagenævnet.

Kapitel 5 indeholder statistiske oplysninger om klagenævnets virksomhed og kommentarer hertil. Klagenævnet modtog i 2017 103 klager, hvilket er næsten identisk med antallet af modtagne klager i 2016. I 2017 afsagde nævnet imidlertid ca. 35 % flere realitetskendelser end i 2016. En så betydelig stigning må i høj grad tilskrives, at nævnets velfungerende sekretariat i 2017 er blevet tilført yderligere ressourcer fra Nævnenes Hus. Ved nævnets afgørelser blev der givet klageren helt eller delvis medhold i ca. 22 % af tilfældene, hvilket er et markant fald i forhold til sidste år, hvor tallet var 37 %.

Ca. 50 % af alle sager ved klagenævnet blev i 2017 sluttet i løbet af de første tre måneder fra klagens modtagelse. Uanset dette voksede sagsbehandlingstiden i forhold til 2016 fra 6 til 7 måneder. Udviklingen må antages i væsentlig grad at skyldes, at den øgede produktion af kendelser har medført, at nævnet har afsluttet en del ældre sager, hvilket i 2017 har påvirket sagsbehandlingstiden negativt. Herudover skyldes udviklingen i sagsbehandlingstiden formentlig navnlig sagernes kompleksitet og omfang, herunder at nævnet ofte som led i sagsforberedelsen må tage stilling til begæringer om aktindsigt i de ofte omfattende sager, og at såvel parterne i de enkelte sager som klagenævnet i 2016 har måttet tage højde for det forsat relativt nye regelgrundlag, som klagenævnet arbejder med.

Nikolaj Aarø-Hansen, formand

Viborg, juni 2018

1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD

1.1 Lovgrundlag og etablering

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

1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning

Klagenævnets organisation er fastlagt i klagenævnetslovens § 9 og klagenævnetsbekendtgørelsens § 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 2017 frem til marts bestået af 6 landsdommere og 3 byretsdommere. Da en af landsdommerne blev udnævnt dommer i Højesteret, var nævnet fra marts til juli, hvor en afløser blev udpeget, en landsdommer mindre. Der har endvidere været udskiftet et medlem af formandskabets byretsdommere, ligesom nævnet er blevet opnormeret med en yderligere byretsdommer, således at formandskabet nu består af 6 landsdommere og 4 byretsdommere.

Med virkning fra medio marts 2017 gennemførtes en rocade på formandsposten, således at en af nævnets hidtidige næstformænd blev formand, og den hidtidige formand blev næstformand i nævnet. Formanden tilrettelægger arbejdet i klagenævnet og dets sekretariat og udpeger en formand i den enkelte sag blandt formandskabets medlemmer. Formanden i den enkelte sag udpeger herefter den sagkyndige, der skal deltage i sagens behandling. Klagenævnets formand kan i særlige tilfælde beslutte at udvide antallet af medlemmer fra formandskabet og sagkyndige medlemmer, som skal deltage i afgørelsen af sagen. Herom henvises til afsnit 1.5 nedenfor.

Klagenævnets sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til blandt andet 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 klagenævnetsbekendtgørelsen. 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 organisa-

tion. Der har i årets løb været enkelte ændringer blandt nævnets sagkyndige medlemmer, jf. nedenfor.

Klagenævnets formandskab var i 2017 sammensat af følgende dommere:

Formand for Klagenævnet for Udbud:

Landsdommer, ph.d. Michael Ellehauge (afgået som formand pr. 12. marts 2017)

Landsdommer, Nikolaj Aarø-Hansen (udnævnt pr. 13. marts 2017)

Klagenævnets øvrige formandskab:

- Landsdommer Kirsten Thorup
- Dommer Niels Feilberg Jørgensen
- Landsdommer Erik P. Bentzen
- Landsdommer, LL.M. Katja Høegh
- Dommer Poul Holm
- Dommer Mette Langborg (til den 5. oktober 2017)
- Landsdommer Kristian Korfits Nielsen (til den 30. marts 2017)
- Landsdommer Hanne Aagaard (fra den 1. juli 2017)
- Dommer Jesper Stage Thusholt (fra den 1. juli 2017)
- Dommer Charlotte Hove Lasthein (fra den 5. oktober 2017)

Klagenævnets sagkyndige medlemmer var i 2017:

- Chefkonsulent Michael Jacobsen
- Chefkonsulent Vibeke Steenberg
- Indkøbschef Allan Åge Christensen (til den 5. oktober 2017)
- Head of Team Legal Competition & Tender Law, Senior Manager Pernille Hollerup
- Chefkonsulent Erik Bøgward Christiansen
- Projektdirektør Henrik Fausing
- Underdirektør Jan Eske Schmidt
- Bygherrerådgiver, cand.jur., mediator Lene Ravnholt
- Chefjurist Preben Dahl
- Professor, ph.d. Steen Treumer
- Advokat Stephan Falsner
- Advokat Helle Carlsen
- Legal Manager Palle Skaarup
- Chefkonsulent, cand.jur. Anette Gothard Mikkelsen
- Indkøbs- og udbudschef Jeanet Vandling
- Professor (MSO), ph.d. Ole Helby Petersen
- Erhvervsjuridisk rådgiver, ph.d. Grith Skovgaard Ølykke
- Projektleder og specialkonsulent, cand.jur. Christina Kønig Mejl
- Udbuds- og entreprisejurist Claus Pedersen

- Development Manager Jan Kristensen
- Kontorchef for strategisk indkøb Birgitte Nellemann (fra den 5. oktober 2017)

Navnene på klagenævnets sagkyndige medlemmer fra den tidligere udnævnelsesperiode før 15. april 2016 fremgår af årsberetningen for 2015. Enkelte af de tidligere sagkyndige har fortsat verserende sager i klagenævnet, og den hidtidige beskikkelse dækker færdigbehandlingen af disse sager.

1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat

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

Klagenævnets formand er faglig leder af sekretariatet, der i 2017 er blevet væsentligt forøget. Ved årets begyndelse blev nævnet tilført en yderligere kontorfuldmægtig, således at der herefter har været to. Ved årets begyndelse havde nævnet én juridisk specialkonsulent, men i marts 2017 blev yderligere en specialkonsulent ansat, ligesom der blev tilført en fuldmægtig, som de første par måneder arbejdede på deltid fra udlandet, men som derefter har arbejdet på fuld tid i nævnet. Herudover har der til sekretariatet været tilknyttet studentermedhjælp og en praktikant, der som et led i den sidste del af sit cand.merc.(jur.)-studium arbejdede i nævnets sekretariat i dele af 2017. En af nævnets erfarne jurister fik pr. 1. november 2017 en lederstilling ved Vestre Landsret, og hendes stilling var herefter vakant i den resterende del af året.

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 sekretærer deltager i sagsforberedelsen, besvarer skriftlige henvendelser vedrørende spørgsmål om, hvorvidt der inden for standstill-perioden er klaget over et afholdt udbud, varetager en række administrative opgaver og yder telefonisk klagevejledning. Der er herudover en række fælles opgaver for Nævnenes Hus.

Sekretariatet bestod i 2017 af følgende medarbejdere:

- Specialkonsulent, cand.jur. Anne-Mette Schjerning (til den 31. oktober 2017)
- Specialkonsulent, cand.jur. Jeanne Schou (fra den 1. marts 2017)
- Fuldmægtig, cand.jur. Julie Just O'Donnell (fra den 1. marts 2017)
- Kontorfuldmægtig Dorthe Hylleberg
- Kontorfuldmægtig Heidi Thorsen
- Stud.jur. Nathalie Vestergaard Bull (til den 30. juni 2017)
- Stud.jur. Josephine Hyldal Sørensen (fra den 1. august 2017)
- Praktikant, stud.merc.jur. Camilla Kjær Bonné Bjerre (fra den 20. august 2017)

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

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

Klagenævnet behandler således primært klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af:

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

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

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

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

Klagenævnets kendelser er som retskilde underordnet domme fra de danske domstole og fra EU-domstolen. Det er imidlertid alene en meget lille andel af nævnets afgørelser, der indbringes for domstolene; i 2017 skete dette således kun i 1 ud af 58 afgørelser, og klagenævnets praksis, måske navnlig kendelser afsagt inden for de seneste 10 år, må anses for en vigtig retskilde ved anvendelsen af udbudsreglerne i Danmark. Det kan endvidere nævnes, at generaladvokaten i sin udtalelse af 18. december 2014 i sag C-601/13, præmis 79, i Ambisig-sagen henviste til en af klagenævnets kendelser. Endvidere har klagenævnet den fordel at kunne agere hurtigere end domstolene. Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid for udbudssager var således i 2017 på 7 måneder, hvortil blandt andet kommer, at en meget stor del – ca. 50 % – af sagerne færdigbehandles i løbet af de første 3 måneder, efter at klagen er modtaget (i tallet indgår afgjorte og afviste sager). Der henvises til årsberetningens kapitel 5.

Klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder

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

Opsættende virkning

Klagenævnet kan i standstill-sager (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 for det.

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

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

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

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

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

Uanset at en afgørelse om opsættende virkning ikke indeholder en endelig vurdering og dermed en materiel afgørelse i sagen, vil klagenævnets "fumus-kendelse" således ofte i praksis tjene til at vejlede den part, som kendelsen går imod, om, at sagen skal tilføres noget nyt, hvis parten skal have en chance for at få medhold ved klagenævnets senere materielle kendelse i sagen. I 2017 har klagenævnet i tre tilfælde tillagt en klage opsættende virkning: Ved kendelse af 30. januar 2017 i sagen CFD mod Den Nationale Tolkemyndighed, ved kendelse af 26. juni 2017 i sagen Eltel Networks A/S mod Region Syddanmark og ved kendelse af 11. juli 2017 i sagen EnviDan A/S og SUEZ Water A/S mod Assens Spildevand A/S (to af 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 nedlagt påstand om at erklære den indgåede kontrakt for uden virkning.

Hvis klagenævnet vurderer, at en sag kan afgøres på det foreliggende grundlag, kan klagenævnet i stedet beslutte at afgøre selve sagen, således at klagenævnet ikke træffer afgørelse om opsættende virkning. Parterne vil i så fald få lejlighed til at fremkomme med supplerende processkrifter. Der er i 2017 afsagt syv sådanne kendelser (kendelse af 7. april 2017, Orkideen Hjemmepleje og Personlig Service ApS mod Horsens Kommune, kendelse af 31. maj 2017, Arthrex Danmark A/S mod Region Midtjylland, kendelse af 23. juni 2017, MultiLine A/S mod Furesø Kommune, kendelse af 4. juli 2017, Munck Gruppen A/S mod Rønne Havn A/S, kendelse af 11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland, kendelse af 22. september 2017, Simonsen & Weel A/S mod Region Midtjylland og kendelse af 26. september 2017, G4S Security Services A/S mod Region Hovedstadens Psykiatri).

Øvrige sanktionsmuligheder

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

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

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

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

Sanktionen "uden virkning" kan anvendes over for ordregiveren, selvom denne er i "god tro" om, at der ikke er klaget til klagenævnet inden for standstill-fristen, fordi klageren i strid med klagenævnslovens § 6, stk. 4, har undladt at oplyse ordregiveren om klagens indgivelse til klagenævnet. Se herom den ovenfor omtalte artikel af Katja Høegh og Kirsten Thorup i U.2016B.403 med henvisning til klagenævnets kendelse af 7. maj 2015, Rengoering.com A/S mod Ringsted Kommune, og kendelse af 6. januar 2014, KMD A/S mod Aalborg Kommune. Ordregiveren kan imidlertid skrive til klagenævnets

sekretariat og spørge, om der er indgivet klage over et afholdt udbud, inden ordregiver indgår kontrakt med den vindende tilbudsgiver. Klagenævnets sekretariat besvarer så vidt muligt sådanne skriftlige forespørgsler efter kl. 13 samme dag (på hverdage), som de er modtaget.

Er ordregiveren ikke en del af den offentlige forvaltning og dermed ikke omfattet af lovens § 19, stk. 1, pålægger klagenævnet ikke ordregiveren en økonomisk sanktion. I stedet indgiver klagenævnet politianmeldelse, når ordregiveren i medfør af lovens § 18, stk. 3, skal pålægges en alternativ sanktion i form af bøde. Der henvises herved til klagenævnets kendelse af 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 klagenævnets 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 som udgangspunkt sammensat af ét medlem af formandskabet og ét sagkyndigt medlem. Formanden for klagenævnet udpeger formanden i den enkelte sag.

I særlige tilfælde kan formanden for klagenævnet som nævnt ovenfor i afsnit 1.2 beslutte at udvide antallet af medlemmer fra formandskabet og dermed også antallet af sagkyndige medlemmer, der skal træffe afgørelse i en sag. Beføjelsen kan anvendes i principielle, særligt omfattende eller komplekse sager, således at besætningen øges til to medlemmer fra formandskabet og to sagkyndige medlemmer.

I 2017 er der afsagt kendelse med en sådan udvidet besætning i fem sager, nemlig kendelse af 9. februar 2017, Bricks A/S (tidligere TEAM OPP v/ Bricks A/S, tidligere v/ DEAS A/S) mod Region Midtjylland, kendelse af 20. juni 2017, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet, kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland og kendelse af 9. november 2017, C. F. Møller Danmark A/S og COWI A/S, CCO A/S, Nordic Office of Architecture og AART architects A/S mod Region Hovedstaden v/ Nyt Hospital og Ny Psykiatri. De fire sidstnævnte omtales nedenfor i kapitel 2.

Formandsafgørelser

I sager, der kan afgøres på skriftligt grundlag, og som ikke er af principiel karakter, kan formanden i den enkelte sag beslutte at træffe afgørelse uden medvirken af en sagkyndig.

Denne mulighed er ikke ofte benyttet, da de sagkyndige medlemmers medvirken er af afgørende betydning. I 2017 er der således kun afsagt én materiel kendelse uden deltagelse af et sagkyndigt medlem: Kendelse af 22. september 2017, Simonsen & Weel A/S mod Region Midtjylland.

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 klagenævnsbekendtgørelsens §§ 4-5.

Det er sekretariatets opgave i samarbejde med formanden i den enkelte sag at påse, at klageren opfylder de formelle krav for at klage. På klagenævnets hjemmeside, www.klfu.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. Derudover skal klageren oplyse, om der er oplysninger i klageskriftet, som efter klagerens opfattelse kan undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens regler.

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

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

Klagefristerne er i hovedtræk:

Klagefristen for ikke at være blevet prækvalificeret: 20 kalenderdage.

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

Klagefristen for "almindelige kontrakter": 45 kalenderdage.

Klagefristen for rammeaftaler: 6 måneder.

Klagefristen for direkte tildelte kontrakter, hvor § 4-proceduren er fulgt (profylaksebekendtgørelse): 30 kalenderdage (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. Under sagsforberedelsen udveksler parterne processkrifter, ligesom klagenævnet kan søge at få bestemte aspekter af sagen yderligere belyst.

Klagenævnet anmoder således efter den indledende gennemgang af, om klagen/klageskriftet opfylder de nødvendige betingelser, jf. afsnit 1.6, indklagede om at afgive en redegørelse for sagens faktiske og retlige omstændigheder samt fremsende sagens bilag inden for en fastsat frist (svarskrift).

Derefter udveksles som udgangspunkt yderligere processkrifter (replik og duplik mv.) mellem parterne. Omfanget af denne del af sagsbehandlingen afhænger af sagens karakter 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, jf. årsberetningen for 2016, kapitel 3. Klageren får normalt mulighed for at afgive yderligere indlæg, når klagenævnet har afgjort spørgsmålet om klagerens aktindsigt, og inden klagenævnet træffer den materielle afgørelse i sagen. Klagenævnet vil under alle omstændigheder, og således uanset klagerens eventuelt begrænsede aktindsigt, have adgang til hele materialet og vil kunne inddrage dette ved bedømmelsen af, om der er sket overtrædelser.

Klagenævnet kan tillade, at en tredjemand indtræder (intervenere) i sagen til fordel for klageren eller ordregiveren (klagenævnslovens § 6, stk. 3). Dette sker oftest i forbindelse med sager, hvor der er nedlagt påstand om annullation af tildelingsbeslutningen. Hvis der er spørgsmål om uden virkning, har den, med hvem kontrakt er indgået, ubetinget ret til at intervenere og skal orienteres herom, jf. klagenævnslovens § 6, stk. 5. Det er efter klagenævnslovens § 6, stk. 3, en betingelse for intervention, at sagen har væsentlig betydning for den, der ønsker at intervenere. Intervention efter klagenævnsloven svarer til biintervention efter retsplejelovens regler, og intervenienten kan således ikke nedlægge selvstændige påstande og fremføre egne anbringender.

Det er klagenævnets ansvar, at sagen er tilstrækkeligt oplyst. Klagenævnet kan anmode klageren, indklagede eller en tredjemand, der er indtrådt i sagen som intervenient, om at tilvejebringe oplysninger, som skønnes at have betydning for sagen (klagenævnsbekendtgørelsens § 6, stk. 2). Klagenævnet er derimod afskåret fra af egen drift at tage spørgsmål om fejl op til behandling, idet parternes påstande og anbringender udgør rammen for klagenævnets prøvelse (klagenævnslovens § 10, stk. 1). Klagenævnet er på dette punkt bundet af forhandlingsmaksimen, hvilket f.eks. ses i kendelse af 6. december 2017, Imatis A/S mod Region Hovedstaden.

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.

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

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

eller deres advokater fremkommer med deres afsluttende bemærkninger (procedure), hvorefter sagen optages til afgørelse. Voteringen påbegyndes normalt umiddelbart derefter. De mundtlige forhandlinger i klagenævnet har typisk en varighed på 4-5 timer, mens varigheden i de største sager kan være op til 1-2 dage. Der har i 2017 været afholdt møde i 3 sager (i 2016 2 sager), mens 59 sager er afgjort på skriftligt grundlag (i 2016 53 sager). Der henvises i øvrigt til oversigten over nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med møde i afsnit 5.3.

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. I klagenavnets kendelse af 9. november 2017, C. F. Møller Danmark A/S og COWI A/S, CCO A/S, Nordic Office of Architecture og AART architects A/S mod Region Hovedstaden v/ Nyt Hospital og Ny Psykiatri, blev sagsomkostningerne fastsat til 125.000 kr. til hver af de vindende parter.

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

Klagenavnets 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. Klagenavnets kendelse har retskraft for parterne, hvis den ikke indbringes for domstolene inden for lovens frist.

1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven

Klagenavnets aktindsigtssager efter offentlighedsloven omfatter:

- Klager over en ordregivende myndigheds afslag på aktindsigt i et udbud, dvs. sager, hvor klagenævnet er rekursinstans efter offentlighedslovens § 37. Derimod er klagenævnet ikke rekursinstans i sager om afslag på aktindsigt i sagen om opfyldelsen af aftaler indgået som resultat af et udbud, jf. kapitel 3.
- Sager, hvor en tredjemand, f.eks. en journalist, anmoder om aktindsigt efter offentlighedsloven i dokumenter oprettet eller modtaget i en klagesag, der verserer eller har verseret ved klagenævnet. I disse tilfælde er det klagenævnet og ikke i første omgang den indklagede ordregiver, der træffer afgørelsen om aktindsigt. Da de pågældende dokumenter selvsagt også findes hos den

indklagede myndighed, vil der normalt i stedet kunne søges om aktindsigt direkte hos denne myndighed.

Sagerne om aktindsigt efter offentlighedsloven adskiller sig væsentligt fra de sager om overtrædelser af udbudsreglerne, der efter klagenævnsløven skal afgøres af klagenævnet. Der henvises til kapitel 3 i årsberetningen for 2016 samt kapitel 3 i denne beretning for en nærmere beskrivelse af klagenævnets praksis i aktindsigtssager.

2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER

2.1 Indledning

Alle materielle kendelser og erstatningskendelser offentliggøres på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk. Endvidere offentliggøres delkendelser vedrørende opsættende virkning og aktindsigts-afgørelser, hvis de har almen interesse. I det følgende omtales en række kendelser fra 2017, som alle er offentliggjort på www.klfu.dk. Nogle af kendelserne har egentlig principiel karakter. Andre vedrører problemstillinger, som uanset deres konkrete karakter må antages at være af interesse for en bredere kreds.

Kendelserne er kategoriseret under følgende emneord:

- Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter
- Krav til udbudsbetingelserne og udbuddets tilrettelæggelse
- Prækvalifikation
- Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel
- Sortimentsudbud
- Klagenævnsloven, herunder (foreløbig) opsættende virkning og klagenævnets sanktioner

2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser

2.2.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter

Delkendelse af 11. juli 2017, EnviDan A/S og SUEZ Water A/S mod Assens Spildevand A/S

Ordregiveren havde foreløbigt vurderet ikke løftet bevisbyrden for, at en tildeling af en kontrakt om etablering af et renseanlæg kunne ske uden udbud i medfør af undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 22 (direktiv 2014/24/EU artikel 14) om offentlige forsknings- og udviklingsydelseskontrakter. Klagen blev tillagt opsættende virkning.

Assens Spildevand A/S meddelte ved en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed, at selskabet agtede at indgå en såkaldt OPI-aftale om etablering af et renseanlæg til behandling af spildevand i Assens Kommune til en anslået værdi af 55 mio. kr. Af bekendtgørelsen fremgik, at det var kommunens opfattelse, at der ikke på markedet var renseanlæg, der kunne opfylde kommunens ønsker for anlægget, og at det ikke var muligt at opstille en kravspecifikation uden først at inddrage en eller flere private parter i et udviklingsprojekt mhp. udvikling, opstilling og afprøvning af ny teknologi. Aftalen skulle således omfatte (anvendt) forskning med levering af originale arbejder for at opnå ny viden samt eksperimentel udvikling. Det var på den baggrund kommunens opfattelse, at OPI-aftalen i sin helhed var undtaget for udbudspligt i medfør af udbudslovens § 22 (direktiv 2014/24/EU artikel 14) om undtagelse for udbudspligten for aftaler om offentlige tjenesteydelseskontrakter om forskning og udvikling. Klagerne, der begærede klagen tillagt opsættende virkning, gjorde navnlig gældende, at aftalen ikke var omfattet af § 22 (direktiv 2014/24/EU artikel 14), og at der derfor var tale om en ulovlig direkte tildeling, idet hovedformålet og den allervæsentligste

del af kontrakten udgjorde sædvanlig projektering, som nemt vil kunne konkurrenceudsættes, subsidiært udskilles til særskilt udbud.

Klagenævnet udtalte, at ordregiveren har bevisbyrden for, at betingelserne i undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 22 (direktiv 2014/24/EU artikel 14) er opfyldt. Hvis dette kun kan antages at være tilfældet for en del af kontrakten, påhviler det også indklagede at godtgøre, at den resterende del ikke udgør hovedformålet med kontrakten, og at den ikke objektivt vil kunne udskilles, jf. udbudslovens § 26, stk. 4, jf. stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 3, stk. 3, 4 og 6). Begge parter havde til brug for afgørelsen af, om klagen skulle tillægges opsættende virkning, under henvisning til videnskabeligt materiale søgt at godtgøre deres synspunkter. Klagenævnet fandt, at en vurdering af om, bevisbyrden var løftet, først med mening ville kunne foretages efter en mere omfattende skriftveksling til belysning af vægten af parternes tekniske synspunkter og de fremlagte tekniske oplysninger i sagen. På det foreløbigt foreliggende grundlag var bevisbyrden allerede derfor ikke på daværende tidspunkt løftet for, at betingelserne i udbudslovens § 22 (direktiv 2014/24/EU artikel 14) var opfyldt, og klagenævnet fandt på den baggrund, at betingelsen om "fumus boni juris" var opfyldt. I overensstemmelse med praksis i andre sager om direkte tildeling fandt klagenævnet også, at betingelsen om, at klagen skal være uopsættelig, var opfyldt.

Klagenævnet bemærkede vedrørende betingelsen om interesseafvejning, at en ordregiver, som overvejer at anvende undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 22 (direktiv 2014/24/EU artikel 14), der indebærer direkte tildeling af en kontrakt, og samtidig agter at anvende fremgangsmåden med forudgående offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse, altid må påregne muligheden af, at der klages, og at klagen tillægges opsættende virkning, jf. klagenævnets kendelse af 16. marts 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet. Omfanget af skadevirkningerne ved at tillægge klagen opsættende virkning var endvidere ikke beskrevet eller dokumenteret, og klagenævnet fandt efter en samlet vurdering, at også den tredje betingelse om, at en interesseafvejning skal falde ud til klagerens fordel, var opfyldt. Klagenævnet tillagde herefter klagen opsættende virkning. Assens Spildevand meddelte senere, at der ikke ville blive indgået kontrakt i overensstemmelse med profylaksebekendtgørelsen, hvorefter klagen blev tilbagekaldt. Delkendelsen blev således klagenævnets endelige afgørelse i klagesagen.

Kendelse af 30. november 2017, GlaxoSmithKlinePharma A/S mod Statens Serum Institut og Sundheds- og Ældreministeriet

De forskellige dele af en blandet kontrakt, dels om salg af vaccineproduktion ved en privatisering, dels om køb af vacciner indgået ved direkte tildeling, var uadskilleligt forbundne og udgjorde således en udelelig helhed. Hovedformålet var ikke at købe vacciner, men at overdrage vaccineproduktionen ved en privatisering, og der var ikke grundlag for at konstatere, at et krav om proportionalitet ikke var overholdt.

Sagen angik, om Statens Serum Institut og Sundheds- og Ældreministeriet havde handlet i strid med udbudsreglerne ved uden udbud at tildele en kontrakt om levering af vacciner til det danske børnevaccinationsprogram. Tildelingen skete i forbindelse med, at instituttets underskudsgivende virksomhed med vaccineproduktion blev overdraget til en privat virksomhed som led i en privatisering,

der tillige omfattede en anden aktivitet (SSI Diagnostica). Der var således tale om en blandet kontrakt omfattende dels salg af en virksomhed, dels køb af vacciner. Klagenævnet afgjorde sagen på grundlag af retspraksis fra EU-domstolen om blandede kontrakter (jf. dommene af henholdsvis 6. maj 2010 i de forenede sager C-145/08 og C-149/08, Club Hotel Loutraki AE m.fl., præmis 48 og 49, og af 22. december 2010 i sag C-215/09, Mehiläinen Oy og Terveystalo Healthcare Oy mod Oulun kaupunki, præmis 36 og 37). Klagenævnet henviste bl.a. til, at det forestående salg af virksomheden var blevet offentliggjort i forbindelse med en proces, der overholdt principperne om gennemsigtighed og ligebehandling. GlaxoSmithKlinePharma A/S havde i den forbindelse haft mulighed for – i lighed med andre virksomheder – at skaffe sig oplysninger om købet af vacciner, men virksomheden havde valgt ikke at rekvirere oplysningerne.

Klagenævnet foretog en konkret vurdering, hvori indgik en række faktorer, herunder at der var betydelige leveringsvanskeligheder på det almindelige marked for vaccinerne, der var omfattet af den direkte tildeling, og som var nødvendige for vaccinationsprogrammet. Klagenævnet fandt, at både aftalen om overdragelse af virksomheden med produktion af vacciner og aftalen om levering af vaccinerne nødvendigvis måtte indgå i den samlede aftale om overdragelse af virksomheden med vaccineproduktion som led i beslutningen om privatisering. På denne baggrund måtte det antages, at de forskellige dele af kontrakten var uadskilleligt forbundne og således udgjorde en udelelig helhed.

Klagenævnet vurderede endvidere, at hovedformålet med den samlede kontrakt om overdragelse af vaccineproduktionen og om tidsbegrænset levering af vacciner ikke var at købe vacciner, men at overdrage instituttets virksomhed med vaccineproduktion til en privat virksomhed som led i privatiseringen, således at den udskilte virksomhed herefter ikke længere var placeret i offentligt regi. Endelig udtalte klagenævnet, at der – uanset den direkte tildelte kontrakts varighed på 30 måneder, der stod i modsætning til tidligere tilkendegivelser om en varighed på kun 2 år – ikke var tilstrækkeligt grundlag for at statuere, at den direkte tildelte kontrakt om levering af vacciner ikke overholdt et krav om proportionalitet. Klagen blev herefter ikke taget til følge.

2.2.2. Krav til udbudsbetingelserne og udbuddets tilrettelæggelse

Kendelse af 18. maj 2017, Scan Office A/S mod Moderniseringsstyrelsen

Offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale med tre aktører om levering af møbler mv. med tildelingskriteriet "Pris". Der var ikke fastsat kvalitative tildelingskriterier, idet alle krav var mindstekrav. Det var ikke i strid med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), at tilbudsgiverne alene skulle erklære, at mindstekravene ville blive opfyldt, men ikke vedlægge dokumentation. Kendelsen er nærmere gengivet under afsnit 2.2.5 om sortimentsudbud.

Kendelse af 6. december 2017, Imatis A/S mod Region Hovedstaden

En tilbudsgiver fik ikke medhold i, at udbudsloven skulle finde anvendelse, fordi et offentligt udbud efter det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF) blev annulleret, og ordregiveren overgik til udbud med forhandling efter udbudslovens ikrafttrædelse.

Region Hovedstaden iværksatte ved udbudsbekendtgørelse den 22. december 2015 et offentligt udbud efter det dagældende udbudsdirektiv af en kontrakt med to delaftaler om indkøb af samlede løsninger til patientkald og til kritiske alarmer. Tilbudsgiverne skulle afgive tilbud på levering af en central platform til patientkald og en central platform til kritiske alarmer.

Tre tilbudsgivere havde afgivet tilbud ved fristens udløb. Den 20. maj 2016, dvs. efter udbudslovens ikrafttræden den 1. januar 2016, aflyste regionen udbuddet med henvisning til, at alle tilbud var ukonditionsmæssige, og regionen overgik til udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse i medfør af artikel 30, stk. 1, litra a, i det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF). Tildelingskriteriet og mindstekrav m.m. var uændrede i forhold til det offentlige udbud. Ved udbuddet med forhandling indkom der tilbud fra to af de oprindelige tilbudsgivere, herunder fra Imatis. Regionen afviste tilbudet fra Imatis på en af delaftalerne som ukonditionsmæssigt og besluttede at indgå kontrakt med den anden tilbudsgiver om begge delaftaler.

Imatis klagede til klagenævnet over Region Hovedstaden og gjorde bl.a. gældende, at regionen havde overtrådt udbudsloven, herunder lovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at iværksætte udbuddet med forhandling efter det tidligere udbudsdirektiv og ikke efter udbudsloven, idet forhandlingsudbuddet var iværksat efter den 1. januar 2016, hvor udbudsloven var trådt i kraft. Da regionen valgte at aflyse det offentlige udbud og iværksætte et nyt i form af et udbud med forhandling efter ikrafttrædelsesdatoen, var det således de nye regler, der skulle finde anvendelse.

Klagenævnet tog ikke påstanden til følge. Klagenævnet udtalte, at udbudslovens overgangsbestemmelser ikke udtrykkeligt regulerer alle de overgangsspørgsmål, som det nye regelsæt giver anledning til. Efter en samlet vurdering af bestemmelsernes ordlyd og forarbejder fandt klagenævnet, at fortolkningen – medmindre der på enkelte punkter er konkrete holdepunkter for andet – må tage udgangspunkt i, at lovgivers grundlæggende formål med overgangsreglerne var at lade igangværende udbud fortsætte efter de hidtidige regler, mens de nye regler alene skulle finde anvendelse på udbud iværksat efter lovens ikrafttræden. Af forarbejderne til overgangsbestemmelsen i udbudslovens § 196, stk. 2, fremgik, at et forhandlingsudbud efter udbudslovens § 80, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2), i en tilsvarende situation måtte anses for iværksat inden lovens ikrafttræden, og klagenævnet fandt, at overgangsbestemmelsen må fortolkes ens i begge situationer. Klageren fik således ikke medhold i, at udbudsloven skulle have været anvendt. Imatis fik medhold i én påstand, men da denne overtrædelse ikke var anført som begrundelse for klagerens annullationspåstand, blev tildelingsbeslutningen ikke annulleret.

Kendelse af 24. november 2017, Simonsen & Weel A/S mod Region Midtjylland

Fremgangsmåden for tildeling på grundlag af en rammeaftale om indkøb af udstyr og forbrugsvarer til patientmonitorering opfyldte kravene i udbudsloven om at være gennemsigtig, objektiv og ikke diskriminerende, jf. udbudslovens §§ 98-100 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 4 og 5). Et kriterium om patientsikkerhed, der forudsatte et lægefagligt skøn, opfyldte kravet om, at kriteriet skal være objektivt, jf. § 98, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 4).

Sagen angik lovligheden af bestemmelserne om tildeling i henhold til en rammeaftale om indkøb af patientmonitoreringsudstyr og forbrugsvarer til samtlige Region Midtjyllands hospitalsenheder og institutioner.

Kontrakten var udbudt som en rammeaftale med tre aktører. Alene to virksomheder afgav tilbud, nemlig Vicare Medical A/S og Simonsen & Weel A/S, og regionen traf tildelingsbeslutning til fordel for begge virksomheder. Simonsen & Weel A/S påstod for klagenævnet annullation af tildelingsbeslutningen og gjorde bl.a. overordnet gældende, at der ikke i udbudsmaterialet var fastsat gennemsigtige og objektive kriterier for direkte tildeling af kontrakter på baggrund af den udbudte rammeaftale.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge. Nævnet redegjorde i præmisserne for udbudslovens regler om tildeling af kontrakter på grundlag af en rammeaftale med flere aktører, herunder mulighederne for henholdsvis direkte tildeling og for genåbning af konkurrencen. Valget mellem de to tildelingsformer skal ske på grundlag af objektive kriterier, herunder de efterspurgte varers eller ydelsers kvantitet, værdi eller karakteristika og ordregiverens øvrige konkrete indkøbsbehov. De objektive kriterier skal være fastsat i udbudsmaterialet for rammeaftalen, jf. § 98, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 4), og heri skal det også være fastsat, hvordan tildeling af kontrakter (træk på rammeaftalen) finder sted, jf. § 98, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 4). Direkte tildeling skal ske på grundlag af rammeaftalens bestemmelser og de objektive kriterier, der er fastsat i udbudsmaterialet for rammeaftalen, jf. § 99 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 4, litra a), mens genåbning af konkurrencen (miniudbud) skal være baseret på "1) de samme vilkår, som var gældende i forbindelse med tildelingen af rammeaftalen, 2) om nødvendigt mere præcist formulerede vilkår eller 3) eventuelt andre vilkår, der er fastsat på forhånd i udbudsmaterialet for rammeaftalen", jf. § 100, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 5). Klagenævnet henviste endvidere til lovbemærkningerne til § 98, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 4), og § 99 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 4, litra a), samt til udbuds-betingelsernes bestemmelser om, hvornår der ville ske direkte tildeling eller genåbning af konkurrencen og kriterierne herfor. Det var ved valget mellem de to tildelingsformer efter udbudsbetingelserne afgørende, om "patientsikkerheden efter en medicinsk vurdering" kunne have væsentlig betydning for patientens helbred og helbredelsesmuligheder. Udbudsbetingelserne indeholdt en nærmere beskrivelse af kriteriet om patientsikkerhed, nemlig hvorvidt der ud fra en medicinsk vurdering er behov for, at det materiel, der indkøbes, giver mulighed for adgang til monitoreringsdata, herunder historiske data. Klagenævnet vurderede, at den fastsatte fremgangsmåde for tildeling på grundlag af rammeaftalen opfyldte kravene i udbudsloven om at være gennemsigtig, objektiv og ikke diskriminerende. Der var ikke grundlag for at antage, at udbudsbetingelserne tillagde regionen et frit skøn i strid med udbudslovens bestemmelser om rammeaftaler, og det var ikke sandsynliggjort, at der var hensigt til omgåelse af reglerne om suppleringskøb. Kriteriet om patientsikkerhed forudsatte som nævnt et lægefagligt skøn. Klagenævnet vurderede, at kriteriet opfyldte kravet om, at det skal være objektivt, jf. udbudslovens § 98, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 4), og der var efter bestemmelsen også mulighed for at lægge vægt på bl.a. de efterspurgte varers karakteristika og ordregiverens konkrete indkøbsbehov.

Klagenævnets afgørelse i sagen blev afsagt som en såkaldt "straks-kendelse". Sagen blev således afgjort inden for den frist, der gjaldt for at afgøre selve spørgsmålet om opsættende virkning, idet der var tale om en standstill-sag.

Delkendelse af 22. december 2017, Tolkdanmark ApS mod Den Nationale Tolkemyndighed

Klagenævnet har ikke kompetence til at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overholdt, medmindre der i udbudsmaterialet er fastsat særlige krav om dette. Ordergiverens tilkendegivelser om den konkurrenceretlige lovlighed af konsortier indebar ikke, at der var fastsat mindstekrav herom, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d).

TolkDanmark ApS (Tolkdanmark) klagede i standstill-perioden over et udbud vedrørende skrive- og tegnsprogstolkning til hørehandicappede. Tilbudsgiverne skulle ifølge udbudsbetingelserne have kapacitet til at levere mindst 15 timers tolkning ugentligt. Det var endvidere tilladt, at flere tilbudsgivere afgav tilbud sammen som konsortium. Om leverandører, der afgav tilbud i konsortium, fremgik, at disse "skal være opmærksomme på overholdelse af konkurrencereglerne. I henhold hertil må konkurrerende virksomheder gerne gå sammen om at afgive et fælles tilbud, men kun hvis de ikke selv har kapacitet til at udføre opgaven alene. Ellers kan der blive tale om et samarbejde, der har til formål at begrænse konkurrencen, altså et kartel." Tilbudsgiverne skulle i det digitale udbudssystem ESPD anføre, at de ikke var omfattet af en udelukkelsesgrund, og om konsortier opliste, hvem konsortiemedlemmerne var. Endelig var det anført som "et mindstekrav, at der tilbydes minimum 15 timers tolkning ugentligt pr. rammeaftale." Der blev under udbudsprocessen blandt andet stillet et spørgsmål om, hvor mange medlemmer der højst kunne være i et konsortium, og hvordan det ville blive vurderet, om antallet af medlemmer i et konsortium levede op til konkurrencereglerne, og endelig, hvor mange selvstændige tolke der højst måtte gå sammen i et konsortium. Tolkemyndigheden svarede, at det "er helt afhængig af de enkelte virksomheders sammensætning", og anførte derefter et par eksempler på lovligt konsortiesamarbejde og på ulovlig karteldannelse. Et andet spørgsmål drejede sig om, hvorvidt en leverandør, der kunne levere 5 timer om ugen til sociale opgaver for Tolkemyndigheden samt 10 timer om ugen direkte til en kommune f.eks. gennem døves jobcenter bevilninger, kunne være leverandør eller underleverandør til en anden tolkeleverandør, som allerede kunne levere 15 timer om ugen. Tolkemyndigheden svarede, at det måtte bero på en konkret vurdering, hvorvidt det ville stride mod konkurrencereglerne om konkurrencebegrænsende aftaler og henviste i øvrigt til en vejledning fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om konsortiesamarbejder. Tolkemyndigheden indgik på en af delrammeaftalerne bl.a. aftale med DB-tolkene, der bestod af 5 navngivne tolke, der tilbød 40 timers tolkning ugentligt. Tolkdanmark, der ikke var blandt de tilbudsgivere, som blev tildelt kontrakten, gjorde under klagesagen gældende, at det nævnte konsortium var sammensat i strid med konkurrencereglerne, at deltagerne skulle have budt individuelt, og at Tolkemyndigheden havde været forpligtet til at afvise tilbuddet fra DB-tolkene, fordi det var i strid med udbudsbetingelserne, at fem selvstændige tolke var gået sammen om at tilbyde 40 timers ugentlig tolkning, samt at der derved forelå en ulovlig karteldannelse.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge og udtalte, at nævnet efter klagenævnslovens § 10, stk. 1, ikke har kompetence til at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overholdt. Såfremt Tolkemyndigheden imidlertid i udbudsmaterialet havde fastsat en udelukkelsesgrund om, at konsortier skulle

være i overensstemmelse med konkurrencelovgivningen, ville spørgsmålet kunne behandles af klagenævnet som et led i vurderingen af, hvorvidt tilbudsgiveren er omfattet af udelukkelsesgrunden.

Da det, Tolkemyndigheden i udbudsbetingelserne og i forbindelse med spørgsmål og svar under udbudsprocessen havde anført om konsortiers afgivelse af tilbud, alene kunne opfattes som orientering om konkurrencelovgivningens regler om konsortier, havde Tolkemyndigheden ikke fastsat en udelukkelsesgrund om, at konsortiesamarbejder skulle være i overensstemmelse med konkurrencelovgivningens regler. Klagenævnet udtalte på den baggrund, at betingelsen om "fumus boni juris" ikke var opfyldt, idet der ikke var udsigt til, at klagen ville blive taget til følge. Tolkdanmark trak senere klagen tilbage.

2.2.3. PrækvalifikationKendelse af 20. juni 2017, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark

Kendelse om udbudsretlige konsekvenser af en konsortiedeltagers konkurs under et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Kendelsen er klagenævnets afgørelse efter EU-domstolens dom af 24. maj 2016 i sag C-396/14 som svar på klagenævnets præjudicielle forelæggelse (Årsberetning 2016, kapitel 5, hvortil henvises).

Banedanmark udbød som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt om bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med anlæg af en ny jernbanelinje mellem København og Ringsted. Blandt de prækvalificerede var foruden det klagende konsortium bl.a. et joint venturesamarbejde mellem E. Pihl & Søn A/S og Per Aarsleff A/S. Efter prækvalifikationen, men inden afgivelsen af det første forhandlingstilbud, gik E. Pihl & Søn A/S konkurs. Det første forhandlingstilbud blev til trods herfor afgivet af jointventuret. Per Aarsleff A/S fortsatte herefter alene som tilbudsgiver og afgav 2. og 3. tilbud i eget navn, og Banedanmark tildelte kontrakten til Per Aarsleff A/S. Under denne afsluttende del af klagesagen tog klagenævnet ved sin stillingtagen til de enkelte påstande bl.a. udgangspunkt i, at det afgørende efter EU-domstolens dom dels var, om Per Aarsleff A/S selvstændigt opfyldte de fastsatte krav til prækvalifikation, hvilket ubestridt var tilfældet. Dels måtte det kræves, at Per Aarsleff A/S' fortsatte deltagelse i udbudsproceduren ikke medførte forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

Klagenævnet fandt efter en nærmere gennemgang, at Per Aarsleff A/S ikke havde haft en fordel i forhold til sine konkurrenter ved ikke at have været bundet af det første forhandlingstilbud. Per Aarsleff A/S havde heller ikke haft fortrinsstilling til at ansætte de medarbejdere fra det konkursramte selskab, som var blevet ledige, eller fået oplysninger, der stillede selskabet i en særlig fordelagtig position og dermed skadede de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige muligheder for at opnå kontrakten. En række påstande vedrørende evalueringen blev heller ikke taget til følge. Der var herefter ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

2.2.4 Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel

Kendelse af 7. april 2017, Orkideen Hjemmepleje og Personlig Service ApS mod Horsens Kommune

Klage over, at ordregiveren ikke i udbudsmaterialet havde oplyst i tilstrækkelig grad om den anvendte pointmodel, blev ikke taget til følge.

Horsens Kommune iværksatte efter gennemførelsen af en markedsdialog et begrænset udbud efter udbudslovens afsnit III (light regimet) (direktiv 2014/24/EU artikel 74 - 76). Efter at kommunen havde meddelt sin tildelingsbeslutning, klagede en forbigået tilbudsgiver, der også havde deltaget i den forudgående markedsdialog, til klagenævnet. Klageren gjorde bl.a. gældende, at kommunen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), ved at anvende en uegnet model for evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet "Pris" og ved ikke i udbudsmaterialet i tilstrækkelig grad at have oplyst om den anvendte pointmodel for evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet "Kvalitet". I udbudsbetingelserne var det beskrevet, at identifikation af det økonomisk mest fordelagtige tilbud ville ske ved anvendelse af tildelingskriteriet "Bedste forhold mellem pris og kvalitet", hvor pris vægtede 60 %. Om underkriteriet "Pris" fremgik videre, at underkriteriet ville blive evalueret på grundlag af tre delkriterier. Evalueringsmodellen var ikke nærmere beskrevet. Kommunens evaluering i henhold til delkriterierne skete i henhold til et notat, som kommunen havde udarbejdet forud for fremsendelsen af udbudsmaterialet til de prækvalificerede tilbudsgivere. Klagenævnet tog ikke klagen til følge. Klagenævnet bemærkede indledningsvis, at udbuddet var omfattet af udbudslovens afsnit III (direktiv 2014/24/EU artikel 74 – 76), og at bestemmelsen i udbudslovens § 160, hvorefter den evalueringsmetode, der påtænkes anvendt, skal beskrives i udbudsmaterialet, derfor ikke fandt anvendelse. På den baggrund, og da kommunen herefter havde et vidt skøn både ved fastlæggelsen af evalueringsmodel og ved selve evalueringen af tilbuddene, blev klagen ikke taget til følge. Klagenævnets afgørelse i sagen blev afsagt som en såkaldt "straks-kendelse". Sagen blev således afgjort inden for den frist, der gjaldt for at afgøre selve spørgsmålet om opsættende virkning, idet der var tale om en standstill-sag.

Om kravene i henhold til udbudslovens § 160, stk. 1, når bestemmelsen finder anvendelse, se bl.a. kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland.

Om anvendelsen af udbudslovens § 160, stk. 1, på udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, se bl.a. kendelse af 7. november 2017, Vojens Taxi og Servicetrafik ApS mod Midttrafik, Sydtrafik og Fynbus.

Kendelse af 27. april 2017, Tolkegruppen Oversættergruppen P/S mod Københavns Kommune

Serviceattest fra Erhvervsstyrelsen dokumenterede, at en tilbudsgiver ikke var omfattet af udelukkelsesgrunden konkurs mv. (udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra b)). Endvidere udtalt, at en ordregiver alene er forpligtet til at kontrollere oplysningerne i et tilbud mv., hvis der for ordregiveren foreligger omstændigheder, der giver særlig anledning til en sådan kontrol (udbudslovens § 159, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3)).

Udbuddet angik en rammeaftale med flere leverandører om levering af tolkeydelser. Klagen angik et af de valgte tilbuds konditionsmæssighed. Klagenævnet udtalte, at kommunen i overensstemmelse med udbudsbetingelserne havde indhentet en serviceattest fra Erhvervsstyrelsen, der dokumenterede, at den pågældende vindende tilbudsgiver ikke var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudsbetingelserne om konkurs mv., jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra b). Fremgangsmåden var i overensstemmelse med udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra b), og § 153, stk. 1, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 60, stk. 2, 1.

og 2. afsnit), og forarbejderne hertil, der udtrykkeligt forudsætter, at bevisførelsen kan ske bl.a. ved en serviceattest udstedt af Erhvervsstyrelsen.

Klagen angik endvidere, om kommunen havde været forpligtet til at foretage yderligere undersøgelser, der ifølge klageren ville have vist, at den vindende tilbudsgiver ikke kunne levere det nødvendige antal tolke. Klagenævnet udtalte, at ordregiveren efter udbudslovens § 159, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3), i *tvivlstilfælde* skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningen eller tilbuddet. Lovbemærkningerne til § 159, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3), indeholder ikke nærmere fortolkningsbidrag til bestemmelsens indhold. Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med den tilsvarende regel i lovens § 164, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4). Både efter disse bestemmelser og efter hidtidig praksis er udgangspunktet, at et tilbud skal evalueres på grundlag af sit eget indhold, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 28. marts 2007, Fujitsu Siemens Computers A/S mod Finansministeriet og SKI. Ordregiveren er alene forpligtet til at kontrollere oplysningerne i tilbuddet, hvis der for ordregiveren foreligger omstændigheder, som giver *særlig anledning* til en sådan kontrol.

Klagenævnet anførte videre, at *pligten* til at kontrollere oplysninger, hvis der således foreligger særlig anledning, suppleres af den *fakultative* adgang efter udbudslovens § 159, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 3), for ordregiveren til at opfordre en tilbudsgiver til at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet. Hertil kommer den EU-retlige praksis om ordregiverens adgang til indhentelse af yderligere oplysninger, jf. bl.a. EU-domstolens dom af 10. oktober 2013, Manova mod Undervisningsministeriet, og bl.a. klagenævnets kendelse af 10. marts 2010 i samme sag (klagenævnets årsberetning 2013 side 21f.). Ordregiverens beslutning vedrørende indhentelse af yderligere oplysninger og dokumentation fra en ansøger eller tilbudsgiver har efter sin karakter og ordlyden i § 159, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3), og § 164, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4), et skønsmæssigt præg. Klagenævnet sætter ikke sit eget skøn i stedet for ordregiverens, og nævnet kan således alene efterprøve, om de grænser, der gælder for en sådan beslutning, er overskredet, jf. ligeledes klagenævnets kendelse af 10. februar 2017, Viking Medical Scandinavia ApS m.fl. mod Amgros I/S.

Klagenævnet fandt konkret ikke grundlag for at antage, at kommunen havde været forpligtet til at iværksætte kontrol af oplysningerne i tilbuddet fra den vindende virksomhed, og klagen blev derfor heller ikke på dette punkt taget til følge. Kendelsen er en delkendelse vedrørende opsættende virkning. Efter afsigelsen blev klagen tilbagekaldt, idet klagenævnet havde udtalt, at klagen ikke syntes at have noget på sig (ingen "fumus").

Kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet

Klage vedrørende tildeling af kontrakt om færgebetjening af Bornholm til en værdi af ca. 3,7 mia. kr. ikke taget til følge. Den vindende tilbudsgiver, Mols-Linien, havde erklæret at ville opfylde alle mindstekrav. Klagenævnet vurderede, at tilbuddet, der bl.a. forudsatte om- og nybygning af færger og lokalplanændring i en havn, var konditionsmæssigt i relation til en række nærmere angivne klagepunkter.

Kontrakten om færgebetjeningen af Bornholm blev udbudt efter forsyningsvirksomhedsdirektivet og havde en løbetid på ti år. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige bud". To virksomheder afgav tilbud, nemlig Mols-Linien og Danske Færger A/S. Danske Færger A/S havde igennem en lang årrække stået for færgebetjeningen, senest på grundlag af et udbud i 2009. Der var i sagen nedlagt bl.a. ti påstande om, at Mols-Liniens tilbud af forskellige grunde skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt. Sagen blev på grund af sit omfang og sin betydning behandlet af to medlemmer fra klagenævnets formandskab og to sagkyndige medlemmer.

Klagenævnet udtalte bl.a., at et tilbud skal evalueres på grundlag af sit eget indhold, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 28. marts 2007, Fujitsu Siemens Computers A/S mod Finansministeriet og SKI, og at ordregiveren alene er forpligtet til at kontrollere oplysningerne, hvis der for ordregiveren foreligger omstændigheder, som giver særlig anledning til en sådan kontrol. Ordregiverens beslutning om, hvorvidt der under et udbud kan eller skal indhentes yderligere oplysninger og dokumentation fra en ansøger eller tilbudsgiver, har efter sin karakter et skønsmæssigt præg. Klagenævnet sætter ikke sit eget skøn i stedet for ordregiverens, og nævnet kan således alene efterprøve, om de grænser, der gælder for en sådan beslutning, er overskredet, jf. ligeledes klagenævnets kendelse af 10. februar 2017, Viking Medical Scandinavia ApS m.fl. mod Amgros I/S, og kendelse af 27. april 2017, Tolkegruppen mod Københavns Kommune. Ved Højesterets dom af 15. juni 2012, Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet (UfR 2012.2952.H), er det slået fast, at en ordregiver er forpligtet til også at undersøge – og eventuelt reagere på – oplysninger, som ordregiveren først bliver bekendt med efter tildelingsbeslutningen, men før kontaktindgåelsen. Modtages oplysningerne først efter kontraktindgåelsen, er der tale om et kontraktretligt og ikke et udbudsretligt forhold. Udbudsbetingelserne i den foreliggende sag kunne ikke forstås sådan, at der på tidspunktet for tilbuddets afgivelse skulle foreligge dokumentation for, at tilbuddet og de tilbudte færger allerede på dette tidspunkt opfyldte alle kravene i ydelsesspecifikationen.

Klagenævnet udtalte videre bl.a., at det forhold, at der var restriktioner på antallet af anløb i Ystad Havn, og at Danske Færger A/S havde oplyst, at det ikke var let at opnå dispensation til yderligere anløb i havnen, ikke i sig selv gav grundlag for at antage, at ministeriet skulle have afvist tilbuddet fra Mols-Linien som ukonditionsmæssigt. Der gælder ikke en almindelig regel om, at en tilbudsgiver allerede ved tilbudsafgivelsen skal være i besiddelse af alle de offentligretlige tilladelser og lignende, som er nødvendige for at kunne opfylde kontrakten. Det forhold, at det efter tildelingen af kontrakten havde vist sig nødvendigt for Mols-Linien at ansøge om ændring af lokalplanen for havnen i Rønne, medførte i overensstemmelse hermed ikke, at Mols-Liniens tilbud var ukonditionsmæssigt. Klagenævnet lagde herved vægt på, at Mols-Linien i sit tilbud havde anført, at alle mindstekrav ville blive opfyldt, og at der ikke på tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet var grund til at antage, at en ændring som den nævnte ikke ville blive tilladt, og at det heller ikke på tidspunktet for klagenævnets afgørelse kunne antages, at ansøgningen ikke ville blive imødekommet. Klagenævnet tog således ikke påstandene følge.

Kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland

Klagenævnet udtalte vedrørende fortolkningen af udbudslovens § 160, stk. 1, at der ikke var hjemmel til i et udbud som det foreliggende at stille krav om, at hældningsgraden på den lineære pointmodel,

der skulle anvendes ved evalueringen af tilbuddene for så vidt angår det økonomiske underkriterium, skulle være angivet i udbudsmaterialet.

Sagen angik et udbud iværksat af Region Midtjylland om indkøb af anæstesiapparater. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde indgivet klage, da sagen betragtedes som principiel. Sagen blev af samme grund i klagenævnet behandlet af to medlemmer af formandskabet og to sagkyndige medlemmer. Klagen angik fortolkning af den centrale bestemmelse i udbudslovens § 160, stk. 1, hvori det er fastsat, at "En ordregiver skal i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen".

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde under sagen principalt påstået, at regionen havde overtrådt § 160, stk. 1, ved "ikke i udbudsmaterialet at angive hælningsgraden på den lineære pointmodel, der skulle anvendes ved evalueringen af tilbuddene, for så vidt angår det økonomiske underkriterium". Subsidiært havde styrelsen påstået, at regionen havde overtrådt bestemmelsen ved "ikke i tilstrækkelig grad at oplyse i udbudsmaterialet, hvorledes evalueringen af tilbuddene ville ske for så vidt angår det økonomiske underkriterium". Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gjorde bl.a. gældende, at det fulgte af ordlyden i § 160, stk. 1, af formålsbetragtninger og af forudsætninger i udbudsloven, at der var pligt til at oplyse hælningsgraden. Region Midtjylland gjorde derimod gældende, at § 160, stk. 1, ikke indebærer pligt til ved anvendelse af lineære pointmodeller at angive hælningskvotienten i form af en konkret procentsats eller to konkrete beløb, som der interpoleres imellem. Ved kendelsen i sagen gav klagenævnet ikke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen medhold.

Klagenævnet udtalte, at udbudslovens § 160, stk. 1, ikke implementerer en bestemmelse i udbudsdirektivet, men er en rent dansk regel. Udbudsloven fastlægger ikke, hvad der skal forstås ved "evalueringsmetoden". En forudsætning i lovbemærkningerne om, at der ifølge udbudsdirektivet skulle gælde et stærkere krav til forudgående gennemsigtighed med evalueringen end det, der fulgte af dansk klagenævnspraksis, var endvidere ikke blevet bekræftet i EU-domstolens – efterfølgende – praksis. På den baggrund skulle § 160, stk. 1, ikke fortolkes videre, end dens ordlyd og bemærkningerne giver sikker dækning for.

Klagenævnet henviste herefter til lovbemærkningerne til § 160, stk. 1, hvorefter ordregiveren skal beskrive "den systematik, som ordregiveren benytter i evalueringen af tilbuddene med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud", og hvorefter formålet med en på forhånd fastlagt evalueringsmetode navnlig er at sikre, at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen. Ifølge lovbemærkningerne er formålet desuden at sikre, at tilbudsgiverne har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge resurser på at udarbejde et tilbud, og for at optimere deres tilbud. Endelig fremgår det, at formålet er at sikre, at tilbudsgiverne får bedre mulighed for at kontrollere ordregiverens tilbudsevaluering.

Regionen havde oplyst, at der ville blive benyttet en lineær pointmodel, at maksimumpoint ville blive givet til tilbuddet med den laveste pris, og at 0 point ville blive givet til det tilbud, der lå "xx %" over tilbuddet med den laveste pris. Det var samtidig oplyst, at der ved fastlæggelsen af den procentsats, som ville blive benyttet til at beregne nulpunktet, ville blive taget højde for det prisniveau, der forventedes forud for tilbudsfristen, samt for spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for even-

tuelle unormalt lave eller unormalt høje priser. Det fulgte heraf, at hælningsgraden på den lineære pointmodel ikke havde kunnet fastlægges forud for, at tilbuddenes indhold og fordeling var kendt.

Den fastsatte og beskrevne evalueringsmetode efterlod ikke regionen med et ubetinget frit valg ved evalueringen. Det var endvidere ikke oplagt, hvorledes en oplyst hælningsgrad (eventuelt oplyst som en sekundær eller tertiær hælningsgrad) i en lineær evalueringsmodel i sig selv skulle give potentielle tilbudsgivere med kendskab til markedet et bedre grundlag for at vurdere, om man ville afgive tilbud, eller for at optimere et sådant tilbud, end den beskrivelse af evalueringsmetoden, som regionen havde oplyst, og hvor prisen vægtede 35 %. Ved økonomiske underkriterier måtte udgangspunktet for enhver tilbudsgiver i øvrigt utvivlsomt være, at det er afgørende ikke at afgive for dyrt et tilbud. Endelig havde tilbudsgiverne fuldt ud kunnet kontrollere, at regionen havde overholdt den evalueringsmetode, som var fastsat i udbudsbetingelserne. Klagenævnet udtalte herefter: "Der følger heraf, at der ikke i udbudslovens § 160, stk. 1, er hjemmel til i et udbud som det foreliggende at stille krav som anført i påstand 1 om, at hælningsgraden på den lineære pointmodel, der skulle anvendes ved evalueringen af tilbuddene for så vidt angår det økonomiske underkriterium, angives i udbudsmaterialet."

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har efterfølgende revideret sin vejledning om evalueringsmetoder på baggrund af kendelsen.

Kendelse af 9. november 2017, C.F. Møller A/S mod Region Hovedstaden v/ Nyt Hospital og Ny Psykiatri Bispebjerg og COWI A/S, Nordic Office of Architecture og AART architects A/S mod samme

Region Hovedstaden udbød i medfør af artikel 31, nr. 3, i det tidligere udbudsdirektiv (2004/18) som udbud med forhandling efter en forudgående projektkonkurrence om totalrådgivning opførelse af en bygning på Bispebjerg Hospital. De af regionen udpegede tre vindere af projektkonkurrencen afgav konditionsmæssige tilbud, hvorefter der blev afholdt tre forhandlingsmøder med hver af de tre tilbudsgivere. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" med underkriterierne "Projekt", "Organisation og bemanning" og "Honorar" i øvrigt med fire angivne ligeværdige delkriterier. Evalueringen skulle foretages af repræsentanter fra hospitalets ledelse med deltagelse af en hovedrådgiver med bistand fra tre underrådgivere og en ekstern konkurrencesekretær.

Hovedrådgiveren afleverede efter udkast fra underrådgiverne umiddelbart før sommerferien 2015 to udkast til evaluering, der begge udpegede tilbuddet fra C.F. Møller som det økonomisk mest fordelagtige. I de følgende uger foretog ledelsen med bistand af hovedrådgiveren fem såkaldte "numeriske evalueringer", hvorefter der stadig uden bistand fra underrådgiverne blev foretaget en endelig evaluering. Det konsortium, som efter de tidligere evalueringer var blevet anset for det dårligste, blev i den sidste evaluering anset for det bedste, mens tilbuddene fra de to andre tilbudsgivere blev anset for nøjagtig lige gode. Underrådgiverne fralagde sig ansvaret for denne evaluering, der efterfølgende blev lagt til grund for regionens tildelingsbeslutning.

De to forbigåede tilbudsgivere klagede til Klagenævnet for Udbud, der bl.a. fastslog, at regionens evaluering af den ene klagers projekt var sket i strid med udbudsbetingelserne, og at en af ordregivers underrådgivere måtte anses for inhabil på grund af visse forbindelser til en deltager i det vin-

dende konsortium. Endvidere fandt klagenævnet, at ordregiveren havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved under evalueringen at tillægge et forhold negativ vægt, selvom det måtte lægges til grund, at ordregiveren ved evalueringen i projektkonkurrencen havde givet udtryk for, at dette forhold skulle verificeres, og at det måtte lægges til grund, at ordregiveren under forhandlingsmøderne med den pågældende tilbudsgiver havde givet udtryk for, at forholdet var blevet verificeret. Ved bevisvurderingen herom blev der bl.a. lagt vægt på, at ordregiveren i strid med udbudsbetingelserne ikke havde udarbejdet referater fra forhandlingsmøderne. Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at såfremt ordregiveren først under evalueringen af en tilbudsgivers sidste tilbud ændrer sin vurdering af et forhold, som strider mod en tidligere udmelding, vil ordregiveren ikke uden at tilsidesætte gennemsigtighedsprincippet kunne lægge vægt på denne nye vurdering. Et sådant forhold kan efter omstændighederne endvidere føre til, at ordregiveren i medfør af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne helt er afskåret fra at træffe en tildelingsbeslutning, medmindre der sker genåbning af konkurrencen, hvor ordregiveren retter op på denne vildledning af den eller de berørte tilbudsgivere. Klagenævnet fandt efter en omfattende bevisvurdering endvidere bl.a., at der i regionens forhandlingsorganisation og evalueringsgruppe var personer, der allerede tidligt i forløbet havde taget stilling til, hvilken tilbudsgiver de ønskede skulle vinde udbudet, hvilket på dette tidspunkt var usagligt. Dette kom under forhandlingerne til udtryk ved, at tilbudsgiverne ikke blev behandlet ens, og at resultatet af evalueringerne blev påvirket på en usaglig måde. Der blev i den forbindelse fra ordregiveren inden et forhandlingsmøde givet den vindende tilbudsgiver information om, hvilke kritikpunkter ordregiveren ville fremkomme med under forhandlingsmødet. Klagenævnet annullerede på den baggrund tildelingsbeslutningen.

2.2.5 Sortimentsubud

Kendelse af 9. januar 2017, Abena A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)

En klage over, at ordregiveren ved et sortimentsudbud efter klagerens oplysninger havde anvendt ukorrekte forbrugsestimater ved evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet "Pris", blev, uanset om disse oplysninger kunne have ført til et mere kvalificeret skøn, ikke taget til følge, da ordregiveren ikke var eller burde have været i besiddelse af klagerens oplysninger om det hidtidige forbrug.

Sagen angik et sortimentsudbud efter det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF) om en rammeaftale om levering af sygeplejeartikler til primært den kommunale sundhedssektor. Tilbuddene blev med hensyn til underkriteriet "Pris" evalueret på grundlag af den tilbudte pris pr. produkt, hvor vægten af de enkelte produktlinjer afhang af "kundernes samlede, estimerede forbrug", der "baserer sig på historiske data samt forventet forbrug" for de enkelte produkter. Oplysningerne om forbrugsestimaterne fremgik af udbudsbetingelserne. En forbigået tilbudsgiver gjorde efter afslutningen af udbudet gældende, at SKI havde tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i direktivets artikel 2 samt bestemmelsen i artikel 53, idet prisevalueringsmodellen ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da den var baseret på ikke realistiske forbrugsestimater. Klageren havde til støtte for sin klage henvist til, at det fremgik af de oplyste forbrugsestimater for enkelte produkter, at der forventedes et forbrug på 0 eller 1 stk. i aftaleperioden, uanset at klageren havde haft et ikke ubetydeligt salg af de pågældende produkter i Danmark. For en række

andre varer gjorde klageren under henvisning til selskabets eget salg til 16 af de i alt 54 tilsluttede kommuner samt indhentede oplysninger fra andre leverandører gældende, at de angivne estimater i betydelig grad var for lave eller for høje.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge. Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at udbudsdirektivet ikke indeholder regler om krav til ordregivernes faktuelle grundlag, herunder om særlige undersøgelser, for angivelse af forventede forbrugsestimater i sortimentsudbud som det foreliggende. De oplysninger, som SKI inddrog, herunder input og erfaringer fra en nedsat projektgruppe, var ikke usaglige. SKI var ikke og burde heller ikke have været i besiddelse af oplysninger svarende til dem, som Abena havde fremlagt under klagesagen, og oplysningerne var herefter uden betydning for sagen, uanset om det måtte kunne antages, at de kunne have ført til et mere kvalificeret skøn. Det er som altovervejende hovedregel endvidere ikke et udbudsretligt spørgsmål, om ordregiveren ved skønnet ud fra en faglig vurdering tog fejl, da man lagde til grund, at der kunne ske substitution mellem enkelte varerlinjer, og at dette ville få betydning for forbruget. Der var ikke grundlag for at antage, at de anvendte estimater skulle have haft til formål at stille en af tilbudsgiverne bedre i konkurrencen eller i øvrigt være baseret på usaglige hensyn, og det måtte herefter lægges til grund, at estimaterne var udtryk for SKIs bedste skøn over det forventede forbrug. Evalueringsmodellen var derfor egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det forhold, at tilbudsgivere, der mente at have et bedre kendskab til det forventede forbrug, havde mulighed for at optimere deres tilbud, kunne ikke føre til et andet resultat.

Kendelse af 18. maj 2017, Scan Office A/S mod Moderniseringsstyrelsen

Offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale med tre aktører om levering af møbler mv. med tildelingskriteriet "Pris". Der var ikke fastsat kvalitative tildelingskriterier, idet alle krav var mindstekrav. Det var ikke i strid med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), at tilbudsgiverne alene skulle erklære, at mindstekravene ville blive opfyldt, men ikke vedlægge dokumentation. Dokumentation ved serviceattest for, at en ansøger ikke var omfattet af udelukkelsesgrundene, jf. udbudslovens § 153, stk. 1, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 60, stk. 2, 1. og 2. afsnit), og der var ikke anledning til at iværksætte kontrol heraf, jf. lovens § 159, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3).

Et omfattende udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om indkøb af møbler til statslige institutioner mv. var tilrettelagt således, at tildelingskriteriet var "Pris", og at alle krav til det tilbudte var mindstekrav, som skulle opfyldes. Mindstekravene var opdelt i fælles mindstekrav til alle tilbudte produkter, miljø-, arbejdsmiljø- og energikrav og specifikke mindstekrav til hvert enkelt tilbudt produkt. Tilbudsgiverne skulle som deres tilbud alene fremsende et udfyldt prisbilag, et udfyldt ESPD og et automatisk genereret følgebrev med en passus om, at tilbudsgiveren bekræftede at overholde alle mindstekrav. En tilbudsgiver, hvis tilbudte pris lå meget tæt på de tre vindende tilbudsgiveres, klagede over, at det ikke havde været muligt for Moderniseringsstyrelsen at kontrollere, om mindstekravene var opfyldt, og anførte, at Moderniseringsstyrelsen havde holdt sig i uvidenhed om tilbuddenes konditionsmæssighed, og at styrelsen ikke ville have mulighed for at foretage effektiv kontrol, jf. udbudslovens § 164, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4), og § 159, stk. 2 og 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3).

Klagenævnet udtalte, at styrelsen havde været berettiget til ikke at fastsætte kvalitative tildelingskriterier og i stedet vælge at sikre kvaliteten udelukkende ved fastsættelse af mindstekrav. Om et mindstekrav, som en tilbudsgiver i sit tilbud erklærer at ville opfylde, rent faktisk også opfyldes, er som udgangspunkt et kontraktretligt spørgsmål. Klagenævnet bemærkede, at de tilbudte priser kun i ringe grad afveg fra hinanden og således ikke indikerede, at noget tilbud ikke opfyldte mindstekravene. Heller ikke effektivitetsprincippet indebærer en pligt for ordregiveren til på forhånd at muliggøre kontrol af, om mindstekravene ved et tilbud vil blive opfyldt ved levering. Det kunne ikke føre til andet resultat, at klageren havde oplyst, at der i praksis i branchen ikke skrives ind over for ukonditionsmæssige leverancer.

Klageren nedlagde tillige påstande om, at styrelsen havde handlet i strid med udbudslovens § 151, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 59, stk. 4 og 5), og § 159, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3), ved ikke at have indhentet den fornødne dokumentation for, at to af de vindende tilbudsgivere ikke var omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, da der manglede oplysninger om nogle udenlandske bestyrelsesmedlemmer. Med henvisning til udbudslovens § 159, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 3), og § 164, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4), og til klagenævnspraksis set i sammenhæng med § 159, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 3), udtalte klagenævnet, at ordregiveren alene er forpligtet til at kontrollere oplysningerne, hvis der for ordregiveren foreligger omstændigheder, der giver særlig anledning til en sådan kontrol. Efter modtagelsen af serviceattester m.m. havde styrelsen ikke haft anledning – og dermed heller ikke pligt – til at indhente yderligere oplysninger. Klagen blev således ikke på noget punkt taget til følge.

Kendelse af 3. oktober 2017, Oluf Brønnum & Co. A/S mod Københavns Kommune

Ordregiveren havde ikke handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 3), ved at indhente dokumentation for de tilbudte produkters tekniske specifikationer fra den vindende tilbudsgiver, da der ikke derved blev ændret i tilbuddet eller fremkom nyt tilbud. Derimod var der ikke mulighed for at anmode klageren om at "supplere, præcisere eller fuldstændiggøre" sit tilbud, der var klart ukonditionsmæssigt. En påstand om påbud om at bringe kontrakten til ophør, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, blev afvist.

En kommune foretog offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II om levering af storkøkkenudstyr m.m. En klager, hvis tilbud var afvist som ukonditionsmæssigt, gjorde gældende, at den valgte tilbudsgivers tilbud var ukonditionsmæssigt, da det ikke opfyldte en række mindstekrav. Kommunen foretog herefter teknisk afklaring af det vindende tilbud, jf. udbudslovens § 159, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 3). Klagenævnet fandt, at der ikke herved blev tilbudt nye produkter eller fremsat nyt tilbud. Der var herefter ikke grundlag for at tage påstanden om ukorrekt vurdering af det vindende tilbud til følge. Det var ikke brud på ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), at kommunen ikke foretog tilsvarende teknisk afklaring af klagerens tilbud, der var ukonditionsmæssigt. En påstand om, at klagenævnet skulle påbyde kommunen at bringe kontrakten til ophør, blev afvist, da klageren ikke havde retlig interesse i at få fastslået, at kommunen i givet fald skulle følge bestemmelsen.

2.2.6 Klagenævnsloven, herunder (foreløbig) opsættende virkning og klagenævnets sanktioner

Delkendelse af 21. april 2017, Den selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal mod Ringkøbing-Skjern Kommune

Betingelsen om uopsættelighed var opfyldt, og en interesseafvejning ville på den baggrund i den konkrete situation falde ud til klagerens fordel. Da betingelsen om "fumus boni juris" imidlertid ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning.

En kommune udbød efter udbudslovens afsnit III (light-regimet) (direktiv 2014/24/EU artikel 74 – 76) driften af en svømmehal. Der var tale om en omvendt licitation, således at kontrakten ville blive tildelt den tilbudsgiver, der bedst opfyldte kommunens krav inden for det årlige driftstilskud på 1,4 mio. kr. Der indkom to tilbud, og kontrakten blev ikke tildelt klageren, der hidtil havde stået for driften. Klageren, som havde haft forskellige uenigheder med kommunen, gjorde bl.a. gældende, at der på forhånd havde været indgået aftale med den vindende tilbudsgiver. Klagenævnet tillagde ikke klagen opsættende virkning, idet der ikke var udsigt til, at tildelingsbeslutningen ville blive annulleret. Betingelsen om "fumus boni juris" var derfor ikke opfyldt. Det kunne ikke føre til andet resultat, at betingelsen om uopsættelighed var opfyldt, og at en interesseafvejning på den baggrund i den konkrete situation ville falde ud til fordel for klageren. Ved den endelige kendelse af 18. august 2017 fik klageren alene medhold i en påstand, som ikke kunne føre til annulation.

Delkendelse af 26. juni 2017, samt kendelse af 23. august 2017, Eitel Networks A/S mod Region Syddanmark

En klage blev tillagt opsættende virkning, da der var udsigt til, at klageren ville få medhold i, at regionen havde fraveget den fastlagte evalueringsmodel til fordel for en model, som i relation til en del af leverancen tog udgangspunkt i regionens aktuelle produktportefølje hos leverandørerne fremfor den produktoversigt, der var angivet i udbudsbetingelserne, og da der herved forelå en sådan særlig alvorlig fumus, at betingelsen om uopsættelighed blev lempet i overensstemmelse med EU-domstolens praksis.

Region Syddanmark udbød i marts 2017 i et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II en aftale om drift og vedligeholdelse m.m. af et telefonsystem. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet. Til underkriteriet økonomi (som vægtede 45 %) var blandt andet fastsat et delkriterium nr. 5, der vægtede 25 %, om vederlag for vedligeholdelse af software og hardware-service. Det fremgik af udbudsmaterialet, at delkriteriet i realiteten indebar, at der i et kontraktbilag skulle oplyses tilbudte rabatsatser på hardware og software. I udbudsmaterialet var evalueringsmetoden for delkriteriet beskrevet sådan, at regionen på grundlag af en produktoversigt i et bilag til udbudsbetingelserne og aktuelle produktkataloger med standardpriser fra regionens leverandører af hardware og software ville udregne del- og samlede standardpriser fra leverandørerne og herefter beregne hver enkelt tilbudsgivers del- og samlede priser med de tilbudte rabatsatser. Ved evalueringen anvendte Region Syddanmark imidlertid ikke den evalueringsmetode, som var beskrevet i udbudsmaterialet. I stedet for at tage udgangspunkt i produktoversigten i bilaget foretog regionen en opdatering af produktporteføljen med bistand fra regionens hovedleverandør. Herefter beregnede regionen – med

udgangspunkt i aktuelle priser fra hovedleverandøren – en samlet pris for porteføljen fra hovedleverandøren og udregnede herefter på grundlag af de tilbudte rabatter for hver enkelt tilbudsgiver de tilbudte priser og delpriser som beskrevet i udbudsbetingelserne. Samme fremgangsmåde med en opdatering af produktoversigten blev efter det oplyste anvendt vedrørende de øvrige produkter. Den hidtidige leverandør Eltel Networks A/S ("Eltel"), som ikke fik tildelt kontrakten, klagede i standstill-perioden over navnlig, at udbudsmaterialet var uigennemsigtigt og uegnet.

Klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning. Klagenævnet fandt foreløbigt vurderet, at der var sket en ændring af evalueringsmetoden, som måtte antages at stride mod gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og udbudslovens § 160, stk. 1. Der var endvidere udsigt til, at Eltels påstand om annullation ville blive taget til følge. Betingelsen om "fumus boni juris" var dermed opfyldt. Efter det oplyste om den udbudte kontrakts omfang og betydning for Eltel var det godtgjort, at Eltel ville lide et alvorligt tab ved ikke at få opsættende virkning. Efter en samlet vurdering af karakteren af overtrædelsen fandt klagenævnet videre, at der forelå en sådan særligt alvorlig fumus, at der var grundlag for at lempe på betingelsen om uopsættelighed, jf. princippet i EU-domstolens kendelse af 23. april 2015 i sag C-35/15 P(R), Vanbreda.

Kendelsen er den første, hvor klagenævnet udtrykkeligt har lempet uopsættelighedsbetingelsen i overensstemmelse med EU-domstolens afgørelse i Vanbreda-sagen. Lempelsen indebærer, at kravet om uoprettelighed lempes, når klagen indgives i standstill-perioden, før der er indgået kontrakt, i tilfælde, hvor overtrædelsen er særligt alvorlig. Klagenævnet har i flere ikke-offentliggjorte delkendelser, som ligger før Eltel-kendelsen, undladt at tillægge klager indgivet i standstill-perioden opsættende virkning med henvisning til, at en eventuel overtrædelse ikke på det foreliggende grundlag kunne antages at være særligt alvorlig. Efter at klagenævnet havde tillagt klagen opsættende virkning, annullerede regionen tildelingsbeslutningen og foretog en ny evaluering; denne gang på den måde, som var angivet i udbudsbetingelserne, dvs. på grundlag af produktoversigten i bilaget. Den nye evaluering førte til samme resultat som den første. Eltel nedlagde herefter i standstill-perioden for den nye tildelingsbeslutning påstand om annullation af den nye tildelingsbeslutning. Klagenævnet traf ved kendelse af 23. august 2017 en realitetsafgørelse i sagen fremfor på ny at tage stilling til opsættende virkning. Eltel fik ved realitetskendelsen kun medhold i meget begrænset omfang i sine påstande om uklarhed af udbudsmaterialet mv., og den konstaterede overtrædelse kunne ikke føre til annullation af den nye tildelingsbeslutning.

Delkendelse af 11. juli 2017, EnviDan A/S og SUEZ Water A/S mod Assens Spildevand A/S

Ordregiveren havde foreløbigt vurderet ikke løftet bevisbyrden for, at en tildeling af en kontrakt om etablering af et renseanlæg kunne ske uden udbud i medfør af undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 22 (direktiv 2014/24/EU artikel 14) om offentlige forsknings- og udviklingsydelseskontrakter, da nævnet fandt, at dette forudsatte en mere omfattende skriftveksling til belysning af vægten af parternes tekniske synspunkter og de fremlagte tekniske oplysninger i sagen. Uopsættelighedsbetingelsen var opfyldt, da sagen angik en direkte tildeling. En interesseafvejning faldt ud til klagerens fordel, da en ordregiver, som overvejer at anvende undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 22 (direktiv 2014/24/EU artikel 14), der indebærer direkte tildeling af en kontrakt, og samtidig agter at anvende fremgangsmåden med forudgående offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse, altid

må påregne, at der kan klages, og at klagen i så fald kan tillægges opsættende virkning. Klagen blev tillagt opsættende virkning. Kendelsen er nærmere gengivet under pkt. 2.2.1 om udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter.

Kendelse af 12. juli 2017, Tieto Denmark A/S mod Finansministeriets koncern

Klage over, at Finansministeriet havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have annulleret et miniudbud og genudbudt ydelsen og ved under genudbuddet at tildele kontrakten til en tilbudsgiver, der havde afgivet et unormalt lavt bud. Der var ikke grundlag for at opdele klagen i to sager, således at påstande mod det oprindelige udbud og påstande mod genudbuddet blev behandlet for sig. Der blev klaget over tildelingsbeslutningen i genudbuddet, hvorefter ministeriet tilbagekaldte tildelingen og traf en ny tildelingsbeslutning. Klageren, der efter annullationen af den første tildelingsbeslutning havde frafaldet en række påstande rettet mod denne, tilkendegav efter udløbet af standstill-fristen i forhold til ministeriets anden tildelingsbeslutning, at man ønskede at "fastholde" de tidligere påstande, dog således at de nu rettede sig mod den anden tildelingsbeslutning. Klagenævnet anså påstandene herom for indgivet efter standstill-fristen.

Finansministeriet havde den 12. oktober 2016 under en SKI-rammeaftale, som var trådt i kraft den 4. november 2013, iværksat et miniudbud (første udbud). Udbuddet var således sket efter direktiv 2004/18/EF (det gamle udbudsdirektiv). Den 22. december 2016 annullerede Finansministeriet udbuddet. Den 23. februar 2017 genudbød Finansministeriet kontrakten (det andet udbud). Den 31. marts 2017 meddelte Finansministeriet tilbudsgiverne, hvem der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Tildelingen blev imidlertid tilbagekaldt den 27. april 2017 "som følge af fejl i tilbudsevalueringen". Inden annullationen den 27. april 2017 havde Tieto Denmark A/S indgivet klage til klagenævnet. Den 23. maj 2017 traf Finansministeriet en ny tildelingsbeslutning. Klagen var inden annullationen af 27. april 2017 udformet således, at påstand 1-3 var principale påstande, mens påstand 4-7 var subsidiære påstande. De to grupper af påstande angik hver sit udbud. Finansministeriet anmodede klagenævnet om at opdele klagen, således at påstand 1-3 blev anset for én klage, og påstand 4-7 blev anset for en anden klage. Den 28. april 2017 afviste klagenævnet en anmodning fra Finansministeriet om at opdele klagen, idet klagenævnet anførte: "Klagen er udformet således, at påstand 1-3 er principale, og påstand 4-7 er subsidiære. Uanset, at de to grupper af påstande angår to forskellige udbud, er der dog den sammenhæng, at påstand 4-7 angår et udbud, der iværksættes i forlængelse af en annullation af det udbud, der er behandlet i påstand 1-3. Klagenævnet finder herfter ikke grundlag for at opdele sagen. Det forhold, at spørgsmålet om opsættende virkning i relation til nogle påstande skal afgøres efter klagenævnslovens 12, stk. 1 og andre efter 12, stk. 2, kan ikke føre til et andet resultat. Heller ikke reglerne om sagsomkostninger og klagegebyr kan føre til, at sagen skal opdeles."

Efter ministeriets annullation af tildelingsbeslutningen i det andet udbud frafaldt Tieto Denmark A/S påstand 4-7, ligesom anmodningen om, at klagen blev tillagt opsættende virkning i medfør af klagenævnslovens § 12, stk. 2, bortfaldt. Tieto Denmark A/S fastholdt imidlertid anmodningen om, at klagen blev tillagt opsættende virkning i medfør af klagenævnslovens § 12, stk. 1. Ved kendelse af 16. maj 2017 traf klagenævnet afgørelse om, at klagen ikke blev tillagt opsættende virkning, idet klagenævnet ikke ville kunne påbyde Finansministeriet at genoptage det allerede annullerede udbud, og

det derfor ikke ville give mening at tillægge klagen opsættende virkning. Endvidere var der ikke udsigt til, at Tieto Denmark A/S ville få medhold i klagen. Efter Finansministeriet den 23. maj 2017 traf en ny tildelingsbeslutning, tilkendegav Tieto Denmark A/S, at virksomheden nu ønskede at "oprettholde" de tidligere frafaldne påstande 4 og 7. Tieto Denmark A/S anmodede samtidig om, at klagen nu blev tillagt opsættende virkning i medfør af klagenævnenslovens § 12, stk. 2. Den 21. juni 2017 præciserede Tieto Denmark A/S, at påstand 4 og 7 nu rettede sig mod tildelingsbeslutningen af 23. maj 2017 og ikke tildelingsbeslutningen af 31. marts 2017.

Ved kendelse af 30. juni 2017 traf klagenævnet afgørelse om, at der ikke var grundlag for at tillægge klagen opsættende virkning. Afgørelsen blev truffet i medfør af klagenævnenslovens § 12, stk. 1, idet klagenævnet bl.a. med henvisning til kendelsen af 25. januar 2017, Euro Group mod Roskilde Kommune, udtalte, at "*I situationer, hvor der ikke nedlægges en klar og entydig påstand, kan en klage i relation til lov om Klagenævnet for Udbud § 12 tidligst anses for at foreligge på det tidspunkt, hvor der foreligger en klage, der utvivlsomt kan danne grundlag for sagens behandling.*" Klagen ansås derfor i relation til påstand 4 og 7 først for indgivet den 21. juni 2017. Da klagenævnet vurderede, at betingelsen om "fumus boni juris" ikke var opfyldt, blev klagen heller ikke ved denne kendelse tillagt opsættende virkning.

Klagenævnet fandt heller ikke ved den endelige kendelse af 12. juli 2017 grundlag for at tage nogen del af klagen til følge.

Kendelse af 18. august 2017, Omada A/S mod Københavns Kommune

I en delkendelse vurderede klagenævnet, at der var udsigt til, at en påstand om overtrædelse af udbudslovens § 42 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4) ville blive taget til følge, da Københavns Kommune havde stillet krav om, at et udbudt IGA-system skulle baseres på et bestemt software, uden at betingelserne herfor var opfyldt. Klageren havde imidlertid ikke nedlagt påstand om annullation af tildelingsbeslutningen, og betingelsen om "fumus boni juris" kunne allerede derfor ikke anses for opfyldt. Klagen blev herefter ikke tillagt opsættende virkning.

Københavns Kommune udbød i maj 2017 som miniudbud under en SKI-rammeaftale om standardsoftware kompatibelt med SAP software en aftale om indkøb af en Identity Governance & Administration (IGA)-anskaffelse, dvs. et system til håndtering af adgange m.m. for de enkelte medarbejdere. Ifølge udbudsbetingelserne skulle tilbuddene være baseret på en software af mærket Sailpoint. Der var ikke givet mulighed for tilbud med tilsvarende produkter. Der indkom ét tilbud, og kommunen besluttede at indgå kontrakt med den pågældende tilbudsgiver. Omada var leverandør af et andet IGA-system baseret på et andet softwarefabrikat end Sailpoint og klagede i standstill-perioden med påstand om, at kommunen havde overtrådt udbudslovens § 42 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4) ved at kræve et bestemt fabrikat (Sailpoint). Omada havde allerede under miniudbuddet rettet henvendelse til kommunen og gjort opmærksom på, at virksomheden mente, at kravet om Sailpoint var en overtrædelse af udbudsreglerne.

Klagenævnet fandt foreløbigt vurderet, at kommunen ikke havde løftet bevisbyrden for, at betingelserne for at angive et bestemt fabrikat efter § 42, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4), var

opfyldt. Kommunens krav om Sailpoint syntes snarere at bero på hensigtsmæssighedsbetragtninger, end at det ikke på anden måde var muligt at give en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af det ønskede IGA-system. Desuden havde kommunen overtrådt udbudslovens § 42, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4), allerede ved ikke at give mulighed for at tilbyde "tilsvarende" software. Uanset dette var betingelsen om "fumus boni juris" imidlertid ikke opfyldt, da Omada ikke havde nedlagt en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen, jf. herved klagenævnenslovens § 10, stk. 1, 2. pkt. Klagenævnet gjorde ved fremsendelsen af kendelsen kommunen opmærksom på, at Omada i lyset af kendelsen måtte antages at ville nedlægge en påstand om annullation, og henledte i den forbindelse opmærksomheden på udbudslovens § 185, stk. 2. Kommunen annullerede herefter miniudbuddet.

Kendelse af 25. september 2017, Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S m.fl. mod Hillerød Kommune

En kommunes beslutning om at annullere et udbud om håndværkerydelser udløste ikke en standstill-periode. Da kommunen ikke på grundlag af det annullerede udbud kunne indgå kontrakt, var der endvidere ikke grundlag for at tillægge klagen opsættende virkning. Intet grundlag for klagen over kommunens annullation.

En kommune udbød som begrænset udbud efter udbudsloven en række rammeaftaler om forskellige håndværkerydelser. Efter at have modtaget tilbuddene annullerede kommunen udbuddet. Tre af tilbudsgiverne klagede over annullationen og anmodede om opsættende virkning, jf. klagenævnenslovens § 12, stk. 2.

Tilbudsgiverne klagede bl.a. over, at kommunens annullation af udbuddet ikke var sagligt begrundet. Med henvisning til EU-domstolens domme i sag C-92/00, Hospital Ingenieure, og C-244/02, Kauppatalo Hansel OY, udtalte klagenævnet, at der intet grundlag var for at fastslå, at kommunen havde handlet i strid med traktatens grundlæggende bestemmelser eller på anden måde usagligt ved at annullere udbuddet. En offentlig myndighed, som iværksætter et udbud, har ingen kontraheringspligt. Ved klagens modtagelse havde klagenævnet ikke taget anmodningen om opsættende virkning til følge, jf. klagenævnenslovens § 12, stk. 2, idet annullation af udbudsproceduren ikke iværksætter en standstill-periode, da der ikke er truffet beslutning om tildeling af kontrakt. Klagen blev heller ikke tillagt opsættende virkning efter § 12, stk. 1, da kommunen havde annulleret udbudsproceduren, og udbudsproceduren således ikke ville kunne standses yderligere, idet der ikke ville kunne indgås kontrakt på grundlag af det annullerede udbud.

Kendelse af 4. oktober 2017, Lekolar LEIKA A/S mod KomUdbud v/ Randers Kommune

Tildelingsbeslutningen i et sortimentsudbud blev annulleret, da prisevurderingsmodellen, der ikke var offentliggjort, var usædvanlig, hvilket klageren ikke burde have forudset. Da klagerens dokumentation for tabet for forgæves afholdte tilbudsomkostninger var mangelfuld og opgjort forkert, blev erstatningen fastsat skønsmæssigt.

Et sortimentsudbud vedrørende daginstitutionsmøbler overgik til udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse efter artikel 30, stk. 1, litra a, i det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF), da alle

tilbud var ukonditionsmæssige. Lekolar LEIKA A/S (Lekolar) fik medhold i, at den anvendte evalueringsmodel var usædvanlig, og at den derfor burde have været offentliggjort under udbuddet. KomUdbud havde vedrørende underkriteriet "Pris" ikke evalueret på de estimerede mængder, men havde alene evalueret på 39 produktkategorier og havde foretaget en gearing, hvorved KomUdbud havde skabt en helt uigennemsigtig evaluering. Klagenævnet annullerede ordregiverens tildelingsbeslutning (se klagenævnets kendelse af 5. juli 2016 samt klagenævnets årsberetning 2016, kapitel 2). Lekolar nedlagde herefter påstand om erstatning for negativ kontraktsinteresse på 158.803,70 kr. Klagenævnet fandt, at KomUdbud ved overtrædelserne af udbudsdirektivets artikler 2 og 53, som klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 5. juli 2016, havde handlet på en sådan måde, at KomUdbud var erstatningsansvarlig over for Lekolar. Efter overtrædelsernes karakter var der ikke grundlag for at antage, at klageren var eller burde have været bekendt med KomUdbuds overtrædelser før tilbudsafgivelsen. På den baggrund fandt klagenævnet, at der var den fornødne årsagsforbindelse mellem KomUdbuds overtrædelser og klagerens tab i form af afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbuddet. Under henvisning til manglende dokumentation og opgørelsesmetode for timeforbrug og timesatser såvel vedrørende interne som eksterne medarbejdere, og til at manglende dækningsbidrag ikke erstattes, og endelig til at det ikke var godtgjort at Lekolar havde dokumenteret værditab vedrørende prøvemøblerne, som stadig var i deres besiddelse, blev erstatningen skønsmæssigt fastsat til 50.000 kr.

3. UDVALGTE AFGØRELSER OM AKTINDSIGT

3.1 Indledning

Klagenævnet har i årsberetningen for 2016, kapitel 3, foretaget en gennemgang af regelgrundlaget for nævnets behandling af afgørelser vedrørende aktindsigt. Der er ikke siden foretaget ændringer heri, og der henvises derfor indledningsvis hertil.

I det følgende vil der på den baggrund alene blive foretaget en supplerende gennemgang af klagenævnets praksis vedrørende aktindsigt på enkeltstående områder.

3.2 Klagenævnets kompetence i rekursager efter offentlighedsloven

Efter offentlighedslovens § 37, stk. 1, kan afgørelser om aktindsigt påklages særskilt og direkte til den myndighed, der er øverste klageinstans i forhold til afgørelsen eller behandlingen i øvrigt af den sag, anmodningen om aktindsigt vedrører. Af forarbejderne til offentlighedslovens § 37, stk. 1, jf. de specielle bemærkninger til bestemmelse i lovforslag nr. L 144 af 7. februar 2013, følger blandt andet: *"I tilfælde, hvor klageadgangen i forhold til den materielle afgørelse er særligt reguleret, f.eks. ved oprettelse af en særlig klageinstans, følger det af stk. 1, at aktindsigtsafgørelser også skal påklages til den særlige klageinstans."* Det følger heraf, at klagenævnets kompetence i rekursager følger nævnets materielle kompetence, der er afgrænset i klagenævnetsloven. Efter denne lov har nævnet kompetence til at behandle klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af udbudsretlige regler. Klagenævnet har derimod ikke kompetence til at behandle klager over forhold, som ikke angår gennemførelsen af udbuddet, herunder i almindelighed spørgsmål om den efterfølgende opfyldelse af en kontrakt, der har været genstand for udbud.

Klagenævnets afgørelse af 21. september 2017 (j.nr. 17/01222): En virksomhed havde ansøgt Kystdirektoratet om aktindsigt i lossereporter og fakturaer vedrørende revlefodringen ved Årgab, hvilket direktoratet afslog under henvisning til, at dette ville kunne skade den udførende virksomheds forretningsinteresser. Opgaven med revlefodring var blevet tildelt en virksomhed efter gennemførelsen af et udbud, og aktindsigtsafgørelsen blev påklaget til klagenævnet. Klagenævnet lagde til grund, at lossereporterne og regningerne for udført arbejde ikke var oplysninger, som fandtes i dokumenter, der var indgået til eller oprettet af Kystdirektoratet i forbindelse med udbudssagen, idet oplysningerne ikke relaterede sig til selve udbuddet, men derimod til opfyldelse af en kontrakt, som Kystdirektoratet antoges at have indgået med den vindende tilbudsgiver, efter at udbuddet var afsluttet. Da oplysningerne således angik opfyldelsen af den indgåede kontrakt, var klagenævnet ikke kompetent til at behandle aktindsigtsklagen.

Klagenævnets afgørelse af 11. oktober 2017 (j.nr. 17/01402): En kommune havde gennemført et udbud om projektering af en støjskærm. Der var ikke i udbudsbetingelserne stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle medsende dokumentation for de tilbudte ydelser, og sådanne var heller ikke vedlagt tilbuddet. Kommunen fik imidlertid efter afslutningen af udbuddet udleveret bl.a. en række oplysninger, som angik dokumentation vedrørende tekniske indretninger fra

den vindende tilbudsgiver. En forbigået tilbudsgiver ønskede aktindsigt i bl.a. disse oplysninger, hvilket kommunen afslog, og afslaget blev påklaget til klagenævnet. Da oplysningerne ikke var modtaget af kommunen som led i gennemførelsen af udbuddet, men først som led i opfyldelsen af den indgåede kontrakt, fandt klagenævnet, at nævnet ikke var kompetent til at tage stilling hertil, og nævnet afviste derfor denne del af klagen.

3.3 Undtagelse af fortrolige erhvervsoplysninger fra aktindsigt

Som nævnt i årsberetningen for 2016, kapitel 3, indeholder den vindende tilbudsgivers tilbud i mange tilfælde oplysninger, der angår tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller drifts- eller erhvervsforhold, som omfattes af undtagelsesbestemmelserne i offentlighedslovens § 30, nr. 2, og/eller forvaltningslovens § 15 b, nr. 5.

Parternes processkrifter i klagesager for klagenævnet kan i sjældne tilfælde, typisk i afsnittene om sagsfremstillingen, indeholde sådanne faktuelle oplysninger, der efter omstændighederne kan undtages fra aktindsigt. Det forhold, at en part har klaget, eller de anbringender, som parterne gør gældende under sagen, har derimod ikke karakter af fortrolige erhvervsinteresser, der kan undtages efter bestemmelsen.

Klagenævnets afgørelse af 9. november 2017 (j.nr. 17/01582): Et advokatfirma havde på vegne en konkurrerende virksomhed anmodet om aktindsigt i processkrifter uden bilag i to verserende klagesager vedrørende en udbudt rammeaftale. De klagende virksomheder modsatte sig på en række punkter dette, idet de gjorde gældende, at processkrifterne indeholdt fortrolige erhvervsoplysninger omfattende af offentlighedslovens § 30, nr. 2. Oplysningerne om klagerens identitet var kendt, og klagenævnet fandt, at hverken klagerens påstande, processuelle opfordringer eller anbringender havde en karakter, der gjorde, at de kunne undtages efter bestemmelsen i offentlighedslovens § 30, nr. 2. Det samme gjaldt oplysning om, hvem der havde afgivet tilbud på en bestemt delaftale.

Som nævnt i årsberetningen for 2016 viser det sig i klagenævnets praksis ofte, at en ikke uvæsentlig del af det vindende tilbuds beskrivelser af den tilbudte løsning ikke har en sådan fortrolig karakter, at det kan undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, eller forvaltningslovens § 15 b. Der er imidlertid også eksempler på, at der meddeles afslag på aktindsigt i stort set hele tilbuddet.

Klagenævnets afgørelse af 6. juli 2017 (j.nr. 17/00890): ATP havde i 2014 foretaget et it-udbud om levering af en pensionsløsning. En virksomhed blev i begyndelsen af 2015 tildelt kontrakten. På grund af senere uoverensstemmelser blev denne kontrakt ophævet i begyndelsen af 2017, hvorefter ATP foretog et genudbud, der i alt væsentligt omfattede den samme kontrakt som det første udbud. Den oprindeligt vindende tilbudsgiver anmodede om aktindsigt i løsningsbeskrivelsen i tilbuddet fra to konkurrenter, hvilket ATP i meget vidt omfang afslog under henvisning til bestemmelsen i offentlighedslovens § 30, nr. 2. ATP forventede, at de samme tilbudsgivere, som havde afgivet tilbud under det første udbud, ville afgive tilbud under genud-

buddet. Klagenævnet lagde til grund, at der bestod en meget høj grad af identitet mellem på den ene side det oprindelige, afsluttede udbud og på den anden side det stadig verserende genudbud, og at det måtte lægges til grund, at de berørte konkurrenter i meget vidt omfang ville genanvende deres første tilbud ved udformningen af tilbuddene under genudbuddet. Klagenævnet fandt på dette grundlag, at tilbuddene fra det afsluttede udbud – på samme måde som et første tilbud i et udbud med forhandling – havde karakter af et udkast til tilbudsgiverens senere tilbud under samme udbud. Klagenævnet fandt under disse omstændigheder ikke grundlag for, at tilsidesætte ATPs vurdering om, at tilbuddene i det hele angik fortrolige forretningsforhold omfattet af offentlighedslovens § 30, nr. 2, og klagenævnet stadfæstede på den baggrund ATPs afgørelse om afslag på aktindsigt.

3.4 Undtagelse af hensyn til offentlige økonomiske interesser

Efter offentlighedslovens § 33, nr. 3, kan retten til aktindsigt begrænses, i det omfang det er nødvendigt af hensyn til beskyttelse af det offentliges økonomiske interesser, herunder udførelsen af det offentliges forretningsvirksomhed. Bestemmelsens formål er at beskytte hensynet til det offentliges økonomiske interesser, bl.a. i forbindelse med det offentliges kontraktindgåelse, idet der i sådanne tilfælde er et hensyn til, at det offentlige kan virke på lige vilkår som private erhvervsdrivende virksomheder. Det antages, at bestemmelsen også finder anvendelse i relation til beskyttelse af det offentliges interesser i fremtidige udbud, hvor der ellers vil være en nærliggende risiko for, at myndigheden i forbindelse med næste indkøbsrunde ikke vil kunne fremkalde kvalificerede tilbud, eller at det offentliges forhandlingsposition svækkes. Dette vil efter omstændighederne ofte være tilfældet under et igangværende forhandlingsudbud, hvorimod det er svært at bringe den i anvendelse, når udbuddet først er afsluttet, jf. herved Mohammed Ashan Offentlighedsloven med Kommentarer, 2014, side 578. Bestemmelsen modsvarer af forvaltningslovens § 15 b, nr. 3, jf. Niels Fenger, Forvaltningsloven med Kommentarer, 2013, side 451. Ud fra samme betragtninger har klagenævnet i en lang række sager om aktindsigt i afsluttede udbud, der ikke angik forhandlingsudbud, konstateret, at betingelserne for at begrænse aktindsigten ikke var opfyldt. Som et særligt eksempel fra 2017 kan nævnes: Afgørelse af 15. september 2017 (j.nr. 17/01283): Fælles Udbud Sjælland v/ Holbæk Kommune havde gennemført et udbud om køb af pladser på opholdssteder og døgninstitutioner til unge fra 15-23 år. Indkøbsfællesskabet aflyste imidlertid udbuddet med den begrundelse, at en intern gevinstberegning havde vist, at det bedre kunne betale sig for kommunerne at fortsætte med selv at påtage sig disse opgaver. LOS, der er en sammenslutning af private sociale tilbud, anmodede på den baggrund om aktindsigt i samtlige tilbudsgiveres materiale, herunder delpriser, samt den nævnte gevinstberegning. Ingen af tilbudsgiverne modsatte sig udlevering af nogen del af udbudsmaterialet, og der var derfor ikke spørgsmål om undtagelse af oplysninger i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2. Fælles Udbud Sjælland v/ Holbæk Kommune afslog imidlertid at meddele aktindsigt i tilbudsgiverens prislister og gevinstberegningen, da disse oplysninger måtte antages at have betydning for en eventuel kommende udbudsrunde på området, og da prisoplysningerne – hvis der måtte blive truffet afgørelse om genudbud – ville kunne skade konkurrencen og forvride de kommende tilbud uhenigtsmæssigt. Klagenævnet fandt ikke grundlag for at undtage oplysningerne i medfør af offentlighedslovens § 33, nr. 3. Nævnet lagde i den forbindelse vægt på, at de tilbudte priser havde vist sig at være ikke-konkurrencedygtige og derfor ikke havde dannet grundlag for indgåelse af en kontrakt,

hvorfor oplysning herom ikke kunne føre til en mindre konkurrence ved fremtidige udbud. Dertil kom, at der endnu ikke var truffet afgørelse om genudbud, hvorfor en eventuel risiko allerede derfor ikke kunne anses for nærliggende.

3.5 Ordregiverens interne dokumenter

Efter offentlighedslovens § 23, stk. 1, nr. 1, omfatter retten til aktindsigt ikke interne dokumenter, der ikke er afgivet til udenforstående. Ifølge § 23, stk. 2, mister dokumenter deres interne karakter, når de afgives til udenforstående, medmindre afgivelsen sker af retlige grunde, til forskningsmæssig brug eller af andre lignende grunde.

I udbud, der gennemføres samlet af flere myndigheder, således som det f.eks. kendes fra kommunale udbudssamarbejder, kan det undertiden give anledning til tvivl om, hvorvidt materiale udvekslet i den gruppe, der forestår udbuddet, er udvekslet i en til formålet oprettet ad hoc-myndighed, og således er internt, eller er udvekslet mellem repræsentanter for flere forskellige samarbejdende myndigheder. Der må i den forbindelse tages stilling til, om samarbejdet har karakter af en selvstændig myndighed. Vedrørende spørgsmålet om, hvornår der foreligger en selvstændig myndighed, fremgår det af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i offentlighedslovens § 23 (lovforslag nr. L 144 af 7. februar 2013) blandt andet, at der navnlig skal *"tages udgangspunkt i en organisatorisk præget vurdering af forholdet mellem de pågældende enheder. Der kan i den forbindelse bl.a. lægges vægt på, om den pågældende administrative enheds opgaver er klart afgrænsede fra andre administrative enheders, om enheden varetager omfattende og selvstændige opgaver, om enheden er undergivet andre enheders instruktionsbeføjelse, om der er rekursadgang til en anden enhed, om enheden træffer afgørelse på egne vegne, og hvilken grad af selvstændighed, enheden indtager, jf. betænkningens kapitel 16, pkt. 2.2 (side 519 f.) og pkt. 6.1.4 (side 576 ff.)"*.

Såfremt der er tale om en selvstændig myndighed, kan det endvidere give anledning til tvivl, om myndighedens materiale er afgivet fra denne myndighed, og således ikke længere kan anses for internt. Offentlighedslovskommissionen fandt bl.a., at et dokument ikke bør *"miste sin interne karakter, når medlemmer af særlige ad-hoc myndigheder, som f.eks. lovforberedende udvalg og tværministerielle arbejdsgrupper, udleverer internt materiale til medlemmets foresatte i den myndighed eller organisation mv., som den pågældende er udpeget til at repræsentere i arbejdsgruppen, i det omfang udleveringen er nødvendig for medlemmets varetagelse af sin opgave i udvalget, herunder indhentelse af forhandlingsmandat"*. Der henvises herved til Offentlighedslovskommissionens betænkning side 576 (kapitel 16, pkt. 6.1.3.3.2), som regeringen tilsluttede sig i bemærkningerne til lovforslaget bag offentlighedsloven, jf. lovforslag nr. L 144 af 7. februar 2013 (de almindelige bemærkninger pkt. 4.14.4.1).

I afgørelsen af 15. september 2017 (j.nr. 17/01283), der er gengivet ovenfor, gjorde indklagede tillige gældende, at Fælles Udbud Sjælland havde nedsat en arbejdsgruppe, der opfyldte betingelserne for at kunne anses for en selvstændig myndighed, og at den omtvistede gevinstberegning havde karakter af et internt dokument heri, hvorfor den kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 23. Det var i den forbindelse anført, at arbejdsgruppen bestod af repræsentanter for forskellige kommuner, at arbejdsgruppens aktiviteter i såvel tids-

som emnemæssig henseende havde været snævert begrænset til varetagelsen af opgaver direkte forbundet med det konkrete udbud, at arbejdsgruppens tovholder havde ageret uafhængigt af den administrative og politiske ledelse i Holbæk Kommune, som udelukkende havde været orienteret om udbuddet og den efterfølgende annullering, at arbejdsgruppens beslutning om at annullere udbuddet ikke kunne omgøres af andre myndigheder, som fx Holbæk Kommune eller andre af de deltagende kommuner, FUS' formandskab eller lign. Endvidere var det oplyst, at arbejdsgruppen i aktindsigtssagen havde ageret udadtil med Holbæk Kommunes brevpapir og mailsignatur. Klagenævnet fandt ikke grundlag for at tilsidesætte indklagedes vurdering, hvorefter Fælles Udbud Sjællands arbejdsgruppe havde karakter af en selvstændig myndighed. Det var under sagen oplyst, at gevinstberegningen havde været udvekslet internt i arbejdsgruppen og sendt til indkøbscheferne i de respektive kommuner, der havde tilsluttet sig udbuddet, "til orientering". Da videresendelsen til indkøbscheferne alene skete "til orientering", fandt klagenævnet ikke, at dette alene skete som led i medlemmernes varetagelse af deres ansættelsesmyndigheders interesse, og der var derfor ikke grundlag for at anse gevinstberegningen for at være intern i forhold til arbejdsgruppen.

3.6 Afslag begrundet i, at aktindsigtsbehandlingen vil tage uforholdsmæssig lang tid

Efter offentlighedslovens § 9, stk. 2, nr. 1, kan en myndighed afslå at behandle en anmodning om aktindsigt efter § 7, i det omfang behandlingen vil nødvendiggøre et uforholdsmæssigt ressourceforbrug. Det fremgår blandt andet af bemærkningerne til lovforslag nr. L 144 af 7. februar 2013 til lov om offentlighed i forvaltningen samt af lovforslagets specielle bemærkninger til § 9, stk. 2, nr. 1, at adgangen til at afslå at behandle en anmodning om aktindsigt med henvisning til det uforholdsmæssige ressourceforbrug vil forudsætte, at det vurderes, at det samlede tidsforbrug for myndighederne i forbindelse med behandlingen af anmodningen – såvel tidsforbruget til fremsøgningen af sagerne som vurderingen af, om der kan meddeles aktindsigt heri – må forventes at overstige ca. 25 timer (svarende til mere end tre fulde arbejdsdage). Det fremgår endvidere af de pågældende lovbemærkninger, at såfremt den aktindsigtssøgende godtgør en særlig interesse i sagerne eller dokumenterne, vil myndigheden være forpligtet til i almindelighed – og således uanset sagens eller dokumenternes omfang – at behandle anmodningen. En myndighed vil i den forbindelse kun sjældent kunne undlade at behandle en anmodning om aktindsigt, der er fremsat af et massemedie eller en forsker tilknyttet et anerkendt forskningsinstitut, da sådanne medier og forskere i almindelighed må antages at have en særlig interesse i aktindsigten.

Afgørelse af 2. marts 2017 (j.nr. 17/00333): En person havde bl.a. fået aktindsigt i nogle oversigtlige oplysninger om en række konsulentaftaler, som Region Hovedstaden havde indgået inden for de seneste 5 år. På baggrund heraf anmodede den pågældende om aktindsigt i, hvilke af de omtalte aftaler der havde været i udbud, og i givet fald om oplysning om, hvem der havde afgivet tilbud. Regionen afslog aktindsigt under henvisning til, at dette ville medføre et uforholdsmæssigt stort tidsforbrug, jf. offentlighedslovens § 9, stk. 2, nr. 1. Klagenævnet konstaterede, at den oversigt, som klageren tidligere havde fået aktindsigt i, fyldte 10 sider, hver med angivelse af 15-20 leverandører. Klagenævnet fandt ikke grundlag for at tilsidesætte regionens vurdering af, at det samlede tidsforbrug, der ville være forbundet med behandlingen af

aktindsigt, måtte forventes at være på 50-60 timer. Klagenævnet fandt på baggrund af de nævnte forarbejder til bestemmelsen i offentlighedslovens § 9, stk. 2, nr. 1, at et tidsforbrug af denne størrelsesorden ville være uforholdsmæssigt set i forhold til ansøgerens interesse i at få indsigt i de konkrete oplysninger. Klagenævnet lagde i den forbindelse til grund, at klageren ikke var journalist tilknyttet et massemedie, og at der ikke var grundlag for at antage, at han havde en særlig interesse i at få aktindsigt i det omtvistede materiale. Da klageren, selvom han var blevet opfordret til det, ikke havde specificeret sin henvendelse, tiltrådte klagenævnet regionens afslag på aktindsigt.

4. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER

Afsnittet indeholder en gengivelse af endelige domme fra 2017 afsagt i sager, som klagenævnet har afsagt kendelse om. Klagenævnet anmoder ved en kendelses afsigelse parterne om at få at vide, hvis sagen indbringes for domstolene og at blive orienteret om dommens udfald. Det er dog ikke sikkert, at nævnet herved får oplysning om alle sådanne sager. Domme, som ikke er blevet endelige i 2017, fordi de er anket til en højere instans, er ikke medtaget i oversigten.

Københavns Byrets dom af 14. marts 2017, Den danske stat v/ Moderniseringsstyrelsen mod Motus A/S, jf. klagenævnets kendelser af 4. juli 2016 og 31. oktober 2016 (erstatning).

Sagen vedrørte et begrænset udbud efter udbudsdirektivet 2004/18/EF af en rammeaftale om levering af servere, tilhørende storageløsninger, tilbehør og tilknyttede tjenesteydelser. Moderniseringsstyrelsen gennemførte udbuddet på vegne den danske stat.

Motus A/S, hvis tilbud var blevet afvist som ukonditions-mæssigt, indgav klage til klagenævnet. Ved klagenævnets kendelse af 4. juli 2016 traf klagenævnet afgørelse om, at Moderniseringsstyrelsen havde overtrådt udbudsreglerne ved i udbudsbetingelserne at fastsætte og håndhæve ulovlige krav og ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have givet tilstrækkelige oplysninger om de produkter, der skulle leveres. Klagenævnet annullerede herefter tildelingsbeslutningen.

Ved kendelse af 31. oktober 2016 pålagde klagenævnet Moderniseringsstyrelsen at betale erstatning til Motus A/S.

Moderniseringsstyrelsen indbragte sagen for Københavns Byret, som ved dom af 14. marts 2017 tog Moderniseringsstyrelsens påstand til følge under henvisning til, at Motus A/S under sagen havde taget bekræftende til genmæle.

Retten i Roskildes dom af 1. december 2017, Kirstine Hardam A/S mod Køge Kommune, jf. klagenævnets kendelse af 10. januar 2017.

Sagen vedrørte Køge Kommunes aftale med Abena A/S om et hjælpemiddel til borgere i henhold til lov om social service. Aftalen, som blev indgået uden afholdelse af udbud, gik ud på, at borgerne fik hjælpemidlet leveret direkte fra Abena A/S efter borgerens bestilling hos denne, og at kommunen betalte Abena A/S for hjælpemidlet efter opkrævning.

Kirstine Hardam A/S indgav klage til Klagenævnet for Udbud og gjorde gældende, at der skulle have været iværksat et EU-udbud om aftalen. Ved kendelse af 10. januar 2017 tog klagenævnet ikke klagen til følge, idet aftalen efter klagenævnets opfattelse ikke var gensidigt bebyrdende og dermed ikke omfattet af udbudsreglerne.

Ved dom af 1. december 2017 konstaterede Retten i Roskilde, at aftalen var udbudspligtig, og at Køge Kommune havde overtrådt bl.a. udbudslovens § 55 (direktiv 2014/24/EU artikel 26) ved ikke at afholde et EU-udbud om aftalen. Retten udtalte bl.a., at aftalen reelt var en leverandøraftale i henhold til lov om social service § 112, stk. 2, og at aftalen var en gensidigt bebyrdende aftale, som

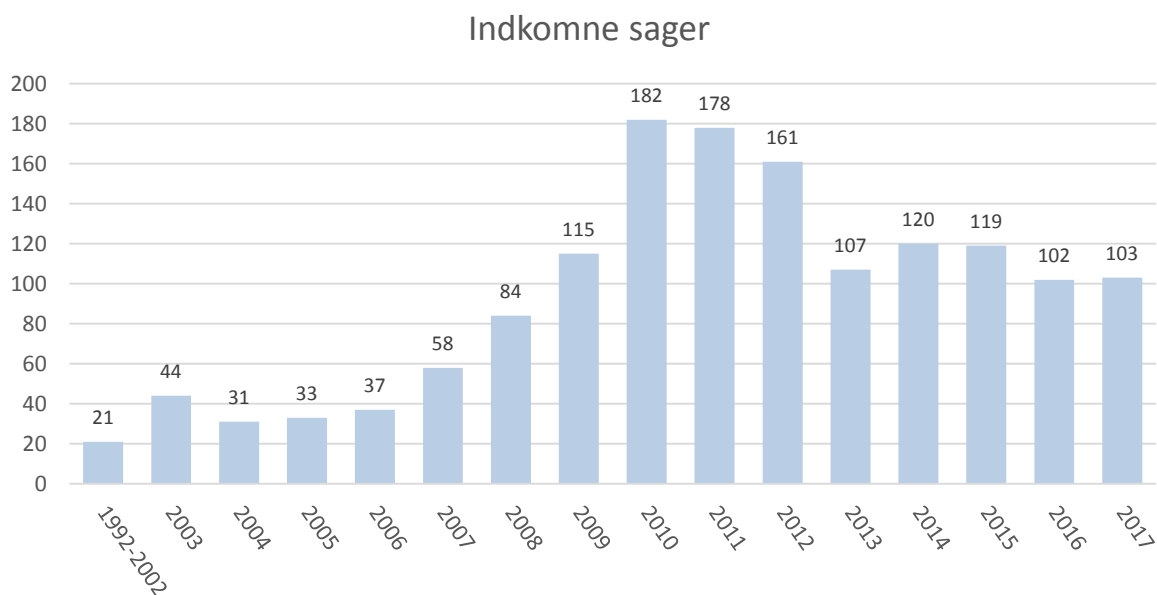
kommunen utvivlsomt havde en direkte økonomisk interesse i. Retten erklærede aftalen for uden virkning for fremtidige leverancer. Dommen blev søgt anket til landsretten, men anken blev af formelle grunde afvist.

5. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2017

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

5.1 Indkomne klager

I 2017 modtog klagenævnet 103 klager. Oversigten nedenfor viser udviklingen i antallet af indkomne klager i årene 1992-2017.



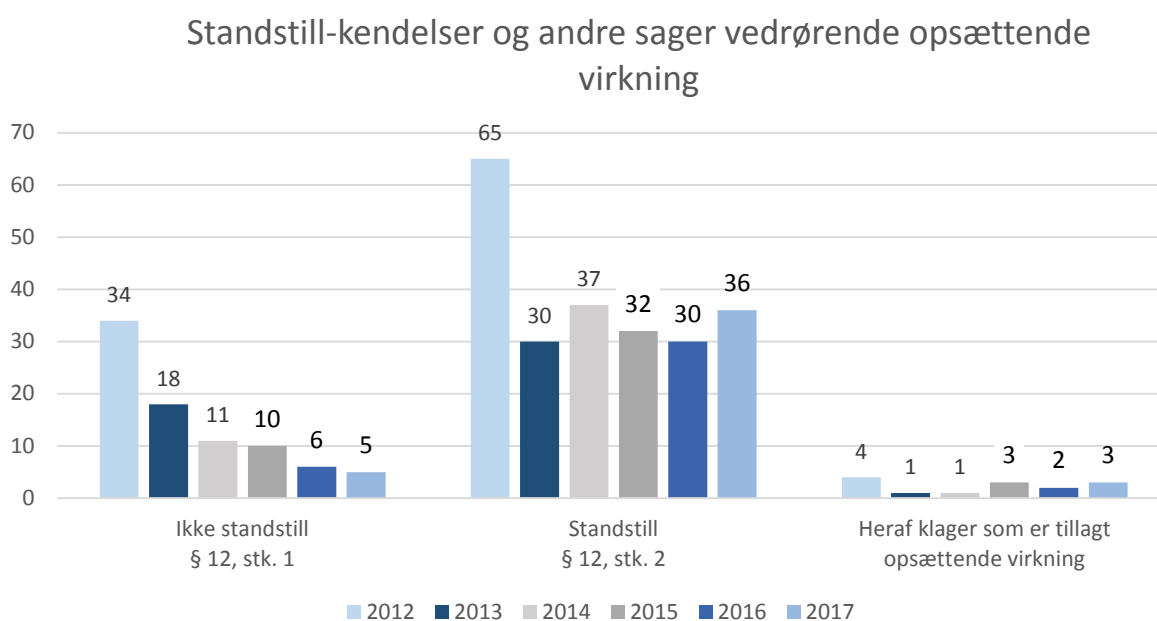
Antallet af modtagne klager i 2017 svarer til 2016 og er lidt mindre end 2014-2015 og nogenlunde på niveau med 2013. Dermed er antallet af klagesager fortsat markant lavere end i 2010-2012.

Som anført i afsnit 4.1 i årsberetningen for 2013 skal det markante fald i sagstilgangen ses i lyset af ændringerne i håndhævelsesloven (nu klagenævnsloven) og klagenævnsbekendtgørelsen i 2013, som netop havde til formål at begrænse et stigende antal klagesager. Navnlig forhøjelsen af klagegebyret til 20.000 kr. i sager om overtrædelse af udbudsdirektivet (de fleste sager) og klagerens risiko for at blive pålagt at betale sagsomkostninger til den indklagede ordregiver må antages at have været udslagsgivende faktorer. At der er sket et mindre fald i antallet af klagesager i 2016 og 2017 kan muligvis forklares med, at potentielle klagerere i lyset af gennemførelsen af de omfattende ændringer i de materielle udbudsregler har været mere tilbageholdende, samt med, at klagenævnet ikke længere er kompetent til at træffe afgørelser i sager om indkøb under tærskelværdierne uden en klar grænseoverskridende interesse, jf. nu udbudslovens afsnit V.

5.2 Standstill-sager og andre sager vedrørende opsættende virkning

Som det fremgår nedenfor, afsagde klagenævnet i 2017 delkendelse i 5 sager, hvor der var anmodet om opsættende virkning efter klagenævnslovens § 12, stk. 1, og delkendelse i 36 sager modtaget i standstill-perioden efter lovens § 12, stk. 2, hvor klagenævnet har en lovbunden frist på 30 dage til at træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning. I 2017 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 2012-2017.



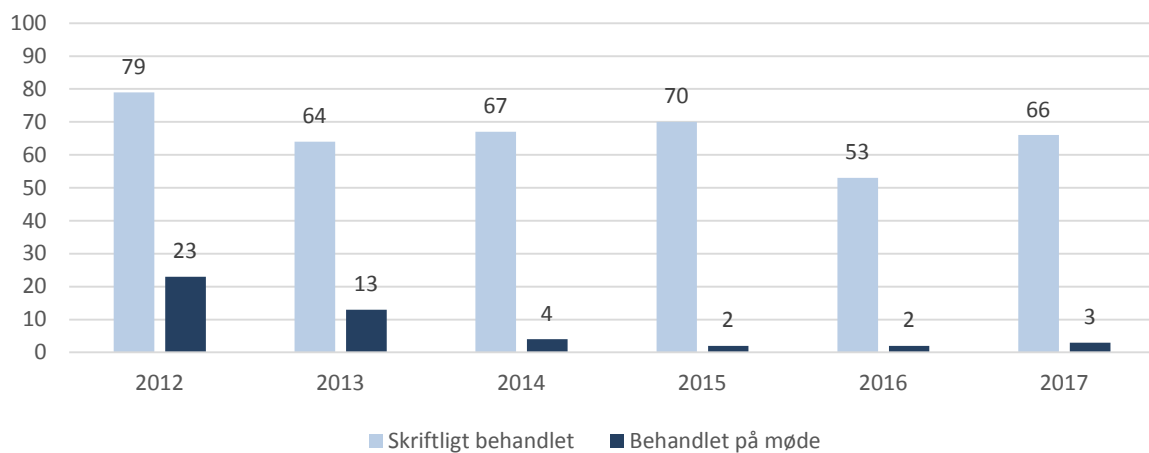
Klagenævnets kendelser vedrørende opsættende virkning fører – også i tilfælde, hvor klagen ikke tillægges opsættende virkning – i en række sager til, at klagen tilbagekaldes som følge af klagenævnets ”fumus-kendelser”, hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt. Sådanne kendelser er meget ressourcekrævende for klagenævnet, da kendelsen i de fleste tilfælde skal udarbejdes og afsiges inden for en frist på 30 dage og således under et betydeligt tidspres, og da kendelserne, trods deres foreløbige karakter, ofte indeholder en omfattende sagsfremstilling og detaljerede præmisser. Generelt medfører standstill-reglerne og reglerne om opsættende virkning, at klagenævnet i en 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.

5.3 Nævnbehandlingen på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde

I 2017 blev 66 sager behandlet på skriftligt grundlag, mens 3 sager blev behandlet med mundtlig forhandling.

Nedenfor ses en opgørelse over sager behandlet henholdsvis på skriftligt grundlag og med mundtlig forhandling i årene 2012-2017.

Nævnbehandlingen på skriftligt grundlag eller møde



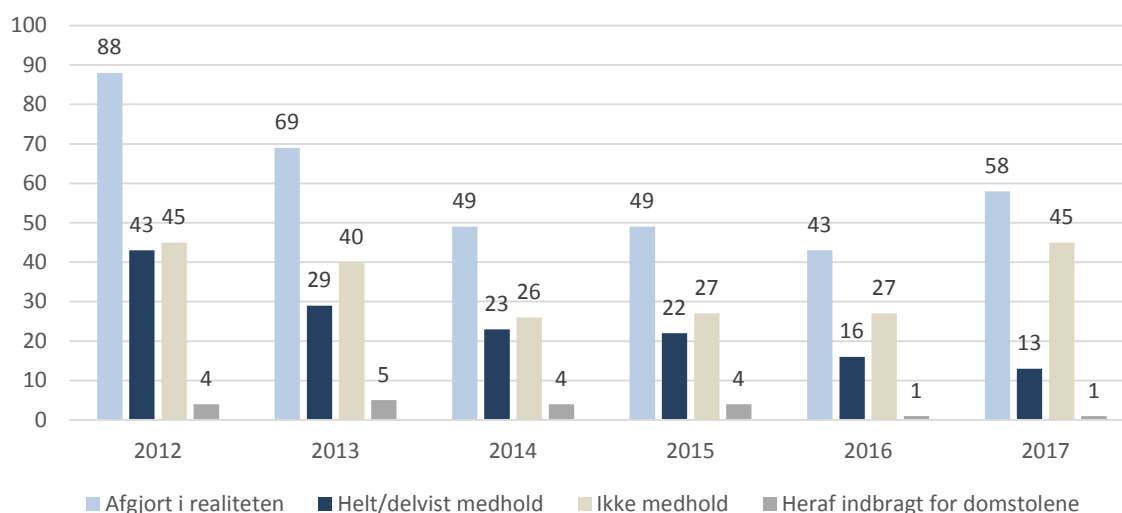
Note: De viste tal indeholder også afviste sager

Fordelingen af skriftligt behandlede sager/sager med mundtlig forhandling i 2017 viser, at kun ganske få sager behandles mundtligt. Som også anført i afsnit 4.3 i årsberetningen for 2013 er dette fald i overensstemmelse med lovgivers intention. I 2010 blev det således med håndhævelseslovens (nu klagenævnslovens) § 11, stk. 1, bestemt, at en sag forberedes ved udveksling af skriftlige indlæg og afgøres på dette grundlag, medmindre formanden i sagen beslutter, at der skal ske mundtlig forhandling. I 2009 – året før ikrafttrædelsen af bestemmelsen i § 11, stk. 1, – var der en ligelig fordeling af skriftligt behandlede sager og sager med mundtlig forhandling. Parterne har under sagens forberedelse mulighed for at fremsætte ønske om mundtlig behandling af sagen, men erfaringsmæssigt sker dette kun i ganske få sager.

5.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf

I 2017 afgjorde klagenævnet 58 sager i realiteten. Heraf fik 13 klager helt eller delvist medhold, mens 45 klager ikke fik medhold. Klagenævnets kendelser er i langt de fleste tilfælde den endelige afgørelse af sagen. Af de 58 kendelser blev således kun 1 indbragt for domstolene. Tallene for 2017 afviger en smule fra 2016, da der er afsagt 15 kendelser mere i 2017. Antallet af kendelser, der er indbragt for domstolene, er på samme niveau som 2016.

Afgjorte sager samt udfaldet heraf



Note: Opgørelsen over antallet af sager indbragt for domstolene er navnlig baseret på optælling af antallet af stævninger, som klagenævnet har 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.

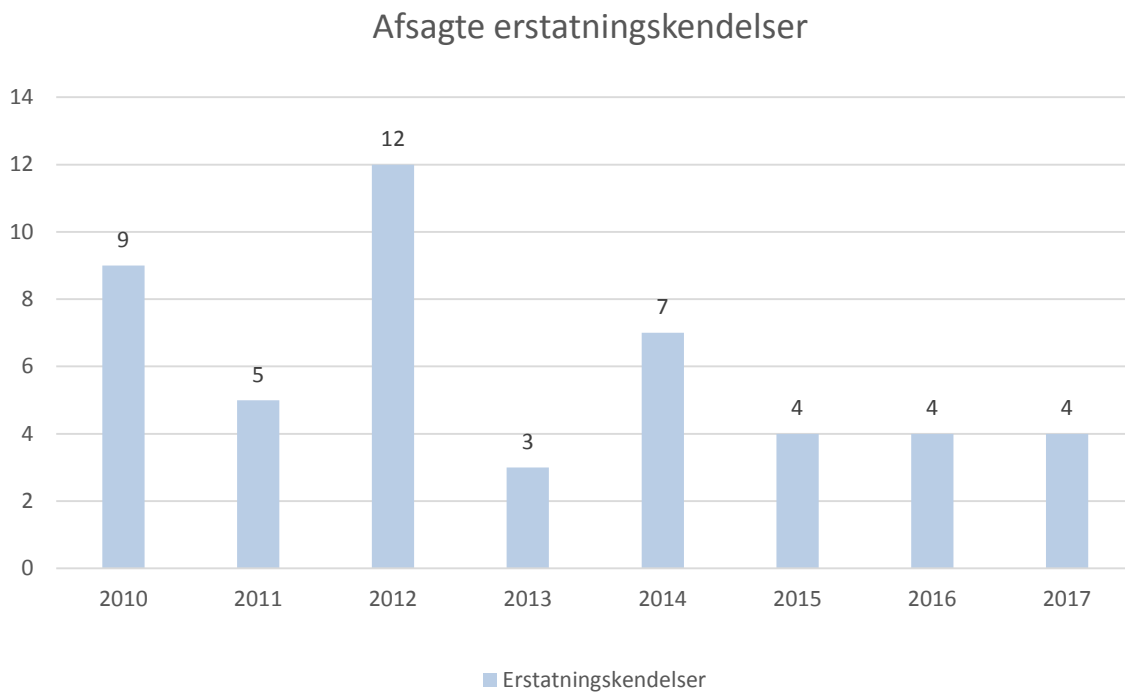
Tabellen nedenfor viser, at medholdsprocenten i 2017 var på 22 % og dermed væsentligt under den gennemsnitlige medholdsprocent for årene 2011-2016, som var 44 %.

Klagenævnet har 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. Om faldet i medholdsprocenten i forhold til sidste år er udtryk for andet end årlige ændringer, er det endnu for tidligt at sige.

År	Helt/delvist medhold	Ikke medhold
2012	49 %	51 %
2013	42 %	58 %
2014	47 %	53 %
2015	45 %	55 %
2016	37 %	63 %
2017	22 %	78 %

5.5 Afsagte erstatningskendelser

I 2017 afsagde klagenævnet 4 kendelser om erstatning.



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).

5.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid

I 2017 havde klagenævnet en gennemsnitlig sagsbehandlingstid på 7 måneder. Nedenfor ses en opgørelse over udviklingen i den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for afviste sager og materielle kendelser opgjort i måneder i årene 2007-2017.

Gennemsnitlig sagsbehandlingstid



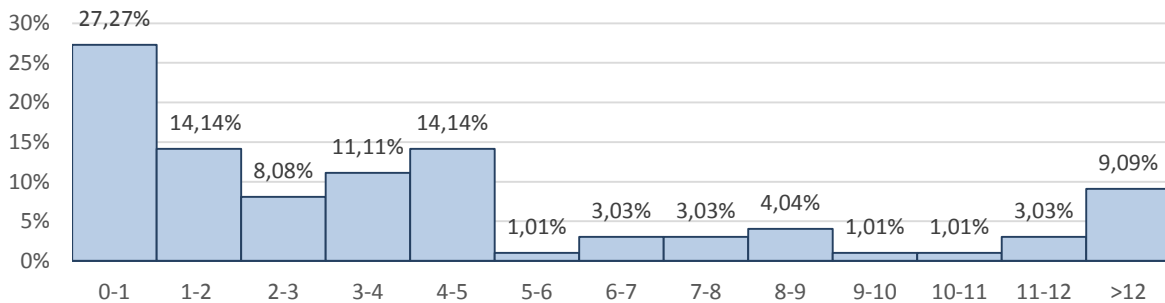
Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid, der i 2014 og 2015 viste en faldende tendens fra 7 måneder i 2011-2013 til 5 måneder i 2014 og til 4 måneder i 2015, er steget til 6 måneder i 2016 og til 7 måneder i 2017, svarende til niveauet i 2010-2013. Antallet af indkomne klager i 2010-2016 var 182, 178, 161, 107, 120, 119 og 102 jf. ovenfor afsnit 6.1. Antallet af verserende sager ultimo 2017 er opgjort til 43 sager, hvilket er på niveau med 2013 og 2014, hvor der begge år blev registreret 45 sager ved årets udgang, samt for 2016, hvor der blev registreret 42, og lidt over 2015, hvor tallet var 35, hvilket er det laveste niveau siden 2007 (22 sager).

I lighed med, hvad der er anført i årsberetningen for 2016, afsluttede klagenævnet også en række større sager i 2017, som har påvirket sagsbehandlingstiden i negativ retning. Samtidig er sagsbehandlingstiden i stigende grad belastet af anmodninger om aktindsigt, som ikke umiddelbart efterkommes af den indklagede ordregivende myndighed, hvorefter sagen må sættes i bero på afgørelse af tvistepunkterne vedrørende aktindsigt. Sådanne sager har ofte et betydeligt omfang, og herunder ikke sjældent en skriftveksling svarende til skriftvekslingen i den materielle klagesag. Endelig bemærkes, at klagenævnet i 2017 har realitetsbehandlet betydeligt flere sager end i de forudgående år (58 sager mod 43 i 2016 og 49 i 2015 og 2014), herunder også flere ældre sager.

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

Nedenfor er for 2017 opgjort den procentvise andel af alle sager, der afsluttes med en sagsbehandlingstid på 0-1 måned, 1-2 måneder osv. og med en sagsbehandlingstid på mere end 12 måneder. I opgørelsen indgår alle klagesager, herunder sager, hvor klagen er afvist, og sager, hvor klagen er tilbagekaldt, herunder tilbagekaldt efter at klagenævnet har afsagt en "fumus-kendelse". Erstatningskendelser, som der kun afsiges ganske få af, er ikke medregnet. For yderligere bemærkninger henvises til afsnit 5.8 nedenfor, hvor sagsbehandlingstiden i antal måneder for klagesager er opgjort procentvist kumulativt.

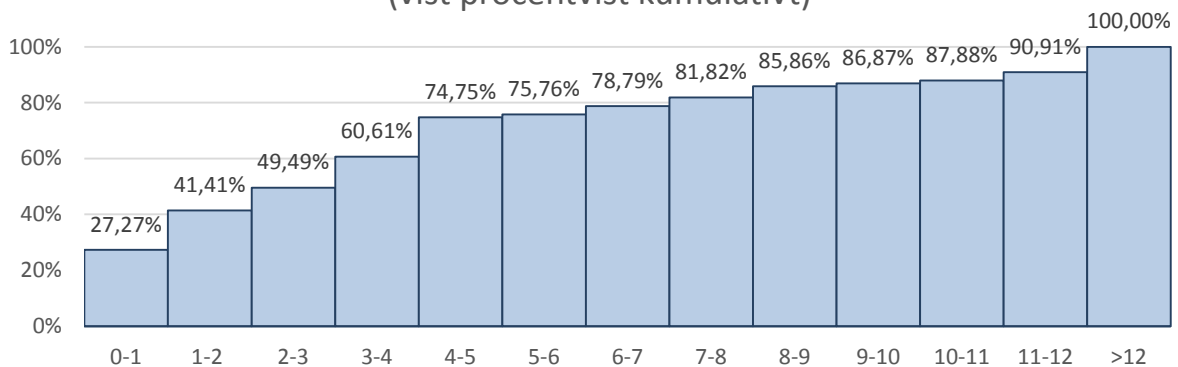
Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (procentvis fordeling)



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for 2017 vist procentvist kumulativt.

Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt)

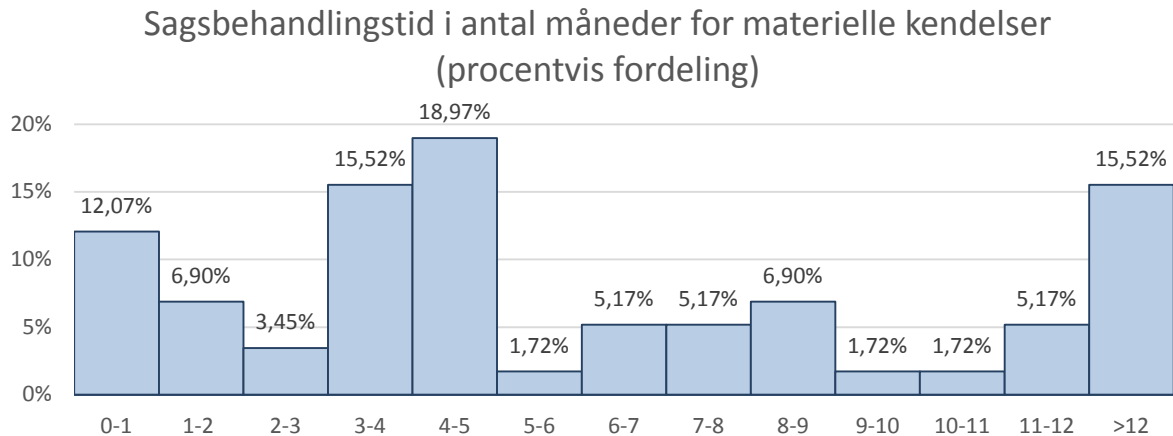


Ca. 27 % af sagerne er i 2017 sluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen mod 29 % i 2013, 33 % i 2014, 47 % i 2015 og ca. 39 % i 2016. Ca. 42 % af sagerne er i 2017 sluttet i løbet af de første 2 måneder efter klagens modtagelse mod 42 % i 2013, 54 % i 2014, 62 % i 2015 og 53 % i 2016. Det fremgår videre, at ca. 50 % af alle modtagne sager i 2017 blev sluttet i løbet af 3 måneder mod 49 % i 2013, 60 % i 2014, 69 % i 2015 og 61 % i 2016. I opgørelsen for 2017 indgår blandt andet 33 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. 77 % af sagerne i 2017 blev sluttet i løbet af 5-6 måneder efter klagens modtagelse mod 37 % i 2013, 62 % i 2014, 65 % i 2015 og 74 % i 2016, og at ca. 88 % af sagerne færdigbehandles i løbet af 9-10 måneder mod 86 % i 2013, ca. 87 % i 2014, 92 % i 2015 og 87 % i 2016.

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.

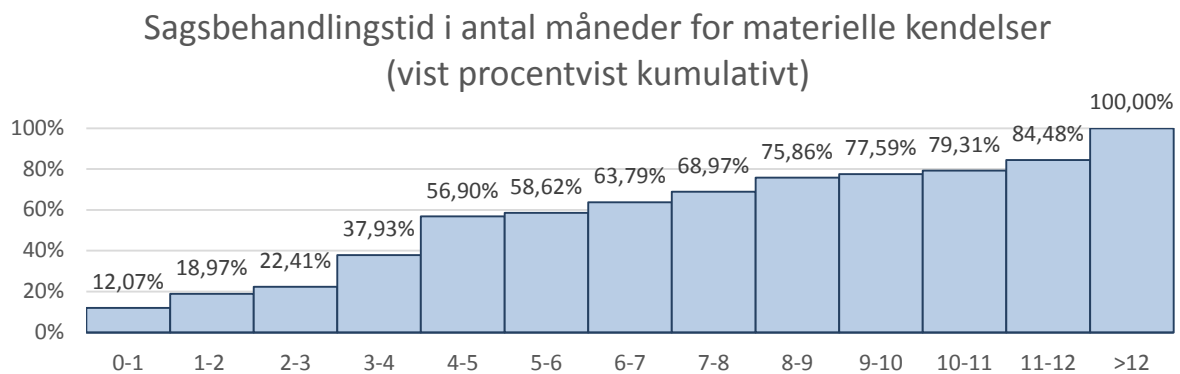
5.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2017 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.



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for materielle kendelser i 2017 vist procentvist kumulativt.



Tabellen viser, at der i 2017 var afsagt materiel kendelse i ca. 38 % af sagerne i løbet af 3-4 måneder mod 20 % i 2013, 30 % i 2014, 41 % i 2015 og 44 % i 2016. I 2017 var der endvidere afsagt kendelse i ca. 59 % af sagerne i løbet af 5-6 måneder mod 37 % i 2013, 62 % i 2014, 65 % i 2015 og 54 % i 2016. Videre ses det, at der i 2017 efter 8-9 måneder var afsagt materiel kendelse i ca. 76 % af sagerne mod ca. 69 % i 2013, 87 % i 2014, 90 % i 2015 og 71 % i 2016. De resterende 24 % (2013: 31 %, 2014: 13 %, 2015: 10 % og 2016: 29 %) 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. Stigningen i sagsbehandlingstiden må nok navnlig tilskrives et efterslæb af ældre sager fra det foregående år, som blev færdiggjort i 2017, jf. ovf., en øget belastning af sekretariatet, herunder i forbindelse med, at en stilling i sekretariatet har været vakant efter, at en af nævnets erfarne jurister fik en lederstilling ved Vestre Landsret, jf. afsnit 1.3, samt det forhold, at såvel parterne i de enkelte sager som klagenævnets formandskab i 2017 har måttet tage højde for det fortsat relativt nye regelgrundlag, som klagenævnet arbejder med. 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 5.2.

6. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET

Klagenævnet havde foruden behandlingen af klagesager en række udadrettede aktiviteter i 2017:

Deltagelse i konferencer mv.

Medlemmer af formandskabet har også i 2017 deltaget som oplægsholdere ved konferencer og andre arrangementer vedrørende udbudsretlige emner.

Fire medlemmer af formandsskabet deltog den 30.-31. marts 2017 i "Annual Conference on European Public Procurement Law 2018", afholdt af Europäische Rechtsakademie (ERA), Trier.

Derudover deltog et medlem af formandsskabet i "Network of first instance procurement review bodies", som blev afholdt i Bruxelles den 2. oktober 2017.