

Klagenævnet for Udbud

Årsberetning 2020

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	6
1.4 Klagenævnet for Udbuds opgaver, herunder klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder	7
1.5 Nævns- og formandsafgørelser	10
1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning	11
1.7 Sagens forberedelse og afgørelse, herunder sagsomkostninger	13
1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven	15
2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER	16
2.1 Indledning	16
2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser	16
2.2.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter	16
Kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod Fynbus, Sydtrafik og Midttrafik, og kendelse af 27. oktober 2020, Øens Taxa mod Fynbus, Sydtrafik og Midttrafik	16
Kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune	18
Kendelse af 3. november 2020, Euformatics Oy mod Nationalt Genom Center	19
2.2.2 Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse	20
Kendelse af 24. januar 2020, Elbit Systems Ltd. mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse	20
Kendelse af 22. april 2020, Hydrema Danmark A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse	21
Kendelse af 30. april 2020, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, og kendelse af 1. maj 2020, Karstensens Skibsværft A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse	21
Delkendelse af 6. maj 2020, Dansk PersonTransport mod Næstved Kommune	22
Delkendelse af 29. maj 2020, Audio Visionary Music A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S	24
Kendelse af 10. september 2020, E.K. Entreprise A/S mod Post Danmark A/S og Lokesvej 18 ApS	25
Kendelse af 11. november 2020, NIRAS A/S mod Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen	26
Kendelse af 14. december 2020, MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Beredskabsstyrelsen	28
2.2.3 Tilbuds konditions-mæssighed og forbehold	30
Delkendelse af 2. juli 2020, Ørslev Servicetrafik A/S mod Høje-Taastrup Kommune	30
Kendelse af 29. september 2020, Offcon GmbH mod Femern A/S	30

2.2.4 Unormalt lave tilbud	31
Delkendelse af 23. april 2020, MMEC Mannesmann GmbH mod Energinet Gas TSO A/S	31
Kendelse af 6. maj 2020, Gottlieb Paludan Architects A/S mod Aarhus Vand A/S	32
Kendelse af 13. maj 2020, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Egaa Gymnasium	34
Kendelse af 26. november 2020, EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle.....	35
2.2.5 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel	36
Delkendelse af 3. januar 2020, A-Sport A/S mod Københavns Kommune	36
Kendelse af 31. januar 2020, LeBock Fodtøj ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse	38
Kendelse af 27. maj 2020, DXC Technology Scandihealth A/S mod Frederikshavn Kommune	39
Kendelse af 18. december 2020, Kube Data ApS mod Udenrigsministeriet, Rigspolitiet og Udlændinge- og Integrationsministeriet.....	40
2.2.6 Indhentelse af yderligere oplysninger	41
Kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune.....	41
2.2.7 Rammeaftaler	42
Kendelse af 16. januar 2020, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark, om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen	42
Kendelse af 7. oktober 2020, Remondis A/S mod Hedensted Kommune	44
2.2.8 Klagenævnsløven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner	45
Delkendelse af 18. marts 2020, Alcyon ApS mod Region Hovedstaden, Region Midtjylland, Region Nordjylland og Region Sjælland	45
Kendelse af 30. marts 2020, Dansk Byggeri mod Tårnby Kommune	45
Erstatningskendelse af 2. april 2020, MBG Entreprise A/S mod Københavns Kommune	46
Afvisningskendelse af 16. april 2020, Tunstall A/S og Tunstall Health A/S mod Fælles Udbud og Udvikling af Telemedicin v/Region Midtjylland, TeleCare Nord og TeleKOL Landsdel Sjælland.....	47
Erstatningskendelse af 14. juli 2020, Kære Pleje Fredericia ApS mod Fredericia Kommune	48
Erstatningskendelse af 17. december 2020, De Forenede Dampvaskerier A/S mod Ringkøbing- Skjern Kommune	49
3. UDVALGTE AFGØRELSER OM AKTINDSIGT.....	51
3.1 Indledning	51
3.2 Klagenævnets kompetence i rekursager efter offentlighedsloven.....	52
3.3 Interne oplysninger	53
3.4 Undtagelse af fortrolige erhvervshemmeligheder fra aktindsigt.....	53
3.5 Undtagelse af andre dokumenter	54
4. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER	56
Vestre Landsrets dom af 21. august 2020, Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S mod Dansk Cater A/S, jf. klagenævnets kendelse af 9. februar 2018.....	56
Københavns Byrets dom af 21. oktober 2020, Anklagemyndigheden mod	

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, jf. klagenævnets kendelse af 15. februar 2019	56
Retten i Odenses dom af 6. november 2020, TC Anlæg A/S mod Assens Spildevand A/S, jf. klagenævnets kendelse af 21. februar 2019	57
5. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2020	59
5.1 Indkomne klager	59
5.2 Standstill-sager og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning.....	59
5.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde	60
5.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf.....	61
5.5 Afsagte erstatningskendelser	63
5.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	63
5.7 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist som procentvis fordeling).....	64
5.8 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt)	65
5.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling)	66
5.10 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist procentvist kumulativt).....	66
6. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET	68

FORORD

Klagenævnet for Udbud udgiver hermed sin ottende 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.

I kapitel 2 er der anført referater af en række af nævnets kendelser fra 2020, 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 og aktindsigt. Klagenævnets praksis i sager om aktindsigt er med udgangspunkt i afgørelser fra 2020 beskrevet i 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. I 2020 modtog Klagenævnet 117 klager, hvilket ligger over antallet i 2018 og 2019. Ved nævnets afgørelser blev der givet klageren helt eller delvis medhold i ca. 25 % af tilfældene, hvilket er den laveste medholdsprocent for årene 2011-2020. Hertil kommer imidlertid, at klagenævnet i 12 % af nævnets kendelser om opsættende virkning, hvor nævnet tog stilling til betingelsen om *fumus boni juris* (om klagen har noget på sig), fandt, at denne betingelse var opfyldt, hvilket typisk førte til, at parterne fandt en løsning, som indebar, at klagen blev tilbagekaldt.

Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid steg i 2020 til 5 måneder svarende til niveauet de to foregående år.

Nikolaj Aarø-Hansen, formand

Viborg, juli 2021

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 bl.a. reglerne for indgivelse af klager og klagenævnets sagsbehandling. Udviklingen i retsgrundlaget for nævnets virksomhed er udførligt beskrevet i nævnets årsberetning for 2016, kapitel 1, hvortil der henvises.

1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning

Klagenævnets organisation er fastlagt i 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 erhvervsministeren for en periode på op til 4 år. Der er mulighed for genudpegnings.

Formandskabet består af 6 landsdommere og 4 byretsdommere.

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

Klagenævnets sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til bl.a. bygge- og anlægsvirksomhed, offentlig indkøbsvirksomhed, transportvirksomhed, forsyningsvirksomhed eller har juridisk sagkundskab. Klagenævnets 20 sagkyndige medlemmer er udpeget efter indstilling fra de ministerier og organisationer, der er tillagt indstillingsret i 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 organisation.

Klagenævnets formandskab var i 2020 sammensat af følgende dommere:

Formand for Klagenævnet for Udbud:

Landsdommer Nikolaj Aarø-Hansen

Klagenævnets øvrige formandskab:

➤ Landsdommer Kirsten Thorup

- Landsdommer, ph.d. Michael Ellehaug
- Dommer Niels Feilberg Jørgensen
- Landsdommer Erik P. Bentzen
- Landsdommer, LL.M. Katja Høegh
- Landsdommer Hanne Aagaard (til 31. august 2020)
- Dommer Jesper Stage Thusholt
- Dommer Charlotte Hove Lasthein
- Landsdommer Jakob O. Ebbensgaard
- Dommer Anders Aagaard (fra den 7. december 2020)

Den 15. april 2020 trådte en ny udnævnelsesperiode i kraft for klagenævnets sagkyndige medlemmer. Navnene på klagenævnets sagkyndige medlemmer i perioden før denne dato fremgår af årsberetningen 2019. Enkelte af de tidligere sagkyndige medlemmer havde efter udløbet af udpegningsperioden fortsat verserende sager i klagenævnet, og den hidtidige beskikkelse dækkede derfor fortsat færdigbehandling af disse sager. Fra den 15. april 2020 blev følgende sagkyndige medlemmer udpeget /genudpeget:

- Senior Director Pernille Hollerup
- Videnspartner Jan Eske Schmidt
- Juridisk konsulent Lene Ravnholt
- Chefjurist Preben Dahl
- Professor, ph.d. Steen Treumer
- Advokat Stephan Falsner
- Director Palle Skaarup
- Indkøbs- og udbudschef Jeanet Vandling
- Professor (MSO), ph.d. Ole Helby Petersen
- Chefkonsulent, cand.jur. Christina Kønig Mejl
- Jurist Claus Pedersen
- Kontorchef Birgitte Nellemann
- Advokat Kurt Helles Bardeleben
- Teamleder Maria Haugaard
- Lektor Carina Risvig Hamer
- Chefkonsulent Trine Kronbøl
- Advokat Johan Iversen Møller
- Advokat Mikael Kenno Fogde
- Salgschef Rikke Fog Bach
- Chefkonsulent Louise Kirkegaard Folling

1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat

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

Klagenævnets formand er faglig leder af sekretariatet, som i det meste af 2020 var normeret med to jurister og to sekretærer, ligesom der til sekretariatet var tilknyttet en kontorelev i dele af 2020.

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

Sekretariatet bestod i 2020 af følgende medarbejdere:

- Kontorfuldmægtig Dorthe Hylleberg
- Kontorfuldmægtig Heidi Thorsen
- Specialkonsulent, cand.jur. Julie Just O'Donnell
- Specialkonsulent, cand.merc.jur. Maiken Nielsen
- Fuldmægtig, cand.jur. Tanja Bøtker Lindgren
- Kontorelev Iben Lütje Andreasen (til den 31. august 2020)

Klagenævnet var ligesom resten af samfundet præget af COVID-19-pandemien i 2020. Klagenævnets sekretariat har siden nedlukning i marts 2020 hovedsageligt arbejdet hjemmefra. Da sagsbehandlingen i klagenævnet navnlig foregår på skriftligt grundlag, har det imidlertid ikke været nødvendigt at udsette behandlingen af sagerne eller at iværksætte særlige foranstaltninger for at kunne behandle sager ved hjemmearbejde.

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

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

Klagenævnet behandler således primært klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af:

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

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

Hovedparten af de sager, der behandles af klagenævnet, angår udbudsloven, der navnlig implementerer udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU), og de øvrige EU-udbudsregler, mens der alene behandles et 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 videre-rækkende betydning, uden at der er dækning for det i den pågældende kendelse. Der henvises her-ved til artiklen i Ugeskrift for Retsvæsen 2013 B, side 241 ff. (U.2013B.241, Michael Ellehauge: Erfarin-ger med håndhævelsen af EU's udbudsregler, punkt 1).

Klagenævnets kendelser er som retskilde underordnet domme fra de danske domstole og fra EU-Dom-stolen. Det er imidlertid alene en lille andel af nævnets afgørelser, der indbringes for domstolene; i 2020 skete dette således kun i 7 ud af 44 afgørelser, og klagenævnets praksis, måske navnlig kendelser afsagt inden for de seneste 10 år, må anses for en vigtig retskilde ved anvendelsen af udbudsreglerne i Danmark. Endvidere har klagenævnet den fordel at kunne agere hurtigere end domstolene. Klage-nævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid for udbudssager var således i 2020 på 5 måneder, hvortil bl.a. kommer, at en meget stor del – ca. 63 % – af sagerne færdigbehandles i løbet af de første 3 må-neder, efter at klagen er modtaget (i tallet indgår afgjorte og afviste sager). Der henvises til årsberet-ningens kapitel 5.

Klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder

Klagenævnet er i klagenævnslovens §§ 12-14 a og §§ 16-19 samt § 24, stk. 2, tillagt en række sankti-onsbeføjelser 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 anmod-ning (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 til-lægger 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 udbuds-retten, og U.2016B.403, Katja Høegh og Kirsten Thorup: Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang) og samme i kapitlet Standstill og opsættende virkning i udbudsretten i Treumer (red.) Udbudsretten 2019.

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

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

Uanset at en afgørelse om opsættende virkning ikke indeholder en endelig vurdering og dermed en materiel afgørelse i sagen, vil klagenævnets "fumus-kendelse" således ofte i praksis tjene til at vejlede den part, som kendelsen går imod, om, at sagen skal tilføres noget nyt, hvis parten skal have en chance for at få medhold ved klagenævnets senere materielle kendelse i sagen. I 2020 har klagenævnet i ét tilfælde tillagt en klage opsættende virkning, jf. klagenævnets delkendelse af 12. oktober 2020, NIRAS A/S mod Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen. Den materielle kendelse i sagen er omtalt i årsberetningens 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 2020 afsagt to sådanne kendelser: Kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune, og kendelse af 7. oktober 2020, Remondis A/S mod Hedensted Kommune. Kendelserne er omtalt i årsberetningens kapitel 2.

Øvrige sanktionsmuligheder

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

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

Blandt disse sanktioner er "uden virkning" i kombination med reglerne om alternative sanktioner de mest vidtrækkende. "Uden virkning" finder alene anvendelse på de groveste overtrædelser af udbudsreglerne og navnlig ved direkte tildeling af kontrakter og indgåelse af en kontrakt i standstill-perioden eller i en periode, hvor klagenævnet har tillagt klagen opsættende virkning. Sanktionen er lovbestemt og skal således anvendes, selv om der ikke er nedlagt påstand herom, jf. kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod Fynbus, Sydtrafik og Midttrafik, og kendelse af 27. oktober 2020, Øens Taxa mod Fynbus, Sydtrafik og Midttrafik. Kendelserne er omtalt i årsberetningens kapitel 2.

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

Sanktionen "uden virkning" kan anvendes over for ordregiveren, selvom denne er i "god tro" om, at der ikke er klaget til klagenævnet inden for standstill-fristen, fordi klageren i strid med 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 bl.a. klagenævnets kendelse af 7. maj 2015, Rengoering.com A/S mod Ringsted Kommune. Ordregiveren kan imidlertid skrive til klagenævnets sekretariat og spørge, om der er indgivet klage over et afholdt udbud med angivelse af udbudsbekendtgørelsesnummeret, inden ordregiveren indgår kontrakt med den vindende tilbudsgiver. Klagenævnets sekretariat besvarer så vidt muligt sådanne skriftlige forespørgsler efter kl. 13 samme dag (på hverdage), som de er modtaget.

Er ordregiveren ikke en del af den offentlige forvaltning og dermed ikke omfattet af lovens § 19, stk. 1, kan klagenævnet ikke pålægge ordregiveren en økonomisk sanktion. I stedet indgiver klagenævnet politianmeldelse, når ordregiveren i medfør af lovens § 18, stk. 3, skal pålægges en alternativ sanktion i form af bøde. Der henvises herved til klagenævnets kendelse af 24. april 2019, Sagemcom Energy & Telecom SAS mod Vores Elnet A/S, og kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (omtalt i årsberetningens kapitel 4), hvor klagenævnet i begge sager indgav politianmeldelse.

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

1.5 Nævns- og formandsafgørelser

Reglerne om klagenævnets sammensætning i den enkelte sag findes i klagenævnslovens § 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 2020 er der afsagt kendelse med en sådan udvidet besætning i fire sager, nemlig kendelse af 16. januar 2020 om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen i sagen Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark, kendelse af 24. januar 2020, Elbit Systems Ltd. mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, kendelse af 16. september 2020, Stadsing A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, og kendelse af 14. december 2020, MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Beredskabsstyrelsen.

Formandsafgørelser

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

Formanden i den enkelte sag kan desuden træffe afgørelse uden medvirken af en sagkyndig ved afgørelsen af processuelle spørgsmål. Hertil hører bl.a. afgørelser om opsættende virkning og aktindsigt samt afvisning af klager som følge af manglende klageadgang, jf. klagenævnets kendelse af 30. marts 2020, Dansk Byggeri mod Tårnby Kommune, som er omtalt nedenfor kapitel 2.

1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning

Betingelserne for klageadgang er fastsat i klagenævnenslovens §§ 6-7 og § 10 samt i klagenævnets bekendtgørelsens §§ 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 på dansk og på engelsk, 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 klagenævnenslovens § 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 forsvars- og sikkerhedsdirektivet skal der betales et gebyr på 20.000 kr., mens der ved

Øvrige klager, herunder over overtrædelser af tilbudsloven, skal betales et gebyr på 10.000 kr. Indbetales gebyret ikke ved indgivelse af klagen eller inden udløbet af en frist, som klagenævnet har fastsat, afvises klagen.

Klagen skal indeholde påstande, der præcist beskriver de overtrædelser, som klagenævnet skal tage stilling til. Klagenævnet er bundet af parternes påstande og anbringender (argumenter) og kan således ikke tilkende en part mere, end parten har påstået, eller tage hensyn til argumenter, som ikke er anført (klagenævnslovens § 10, stk. 1). Klagenævnet kan derfor ikke bistå med formulering af brugbare påstande, men klagenævnet kan vejlede klageren herom. Hvis påstandene efter en sådan vejledning fortsat er uegnede som grundlag for behandling af sagen, afviser klagenævnet de pågældende påstande eller klagen i sin helhed, jf. herved kendelse af 21. marts 2018, Scientia Ltd. mod Aarhus Universitet.

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

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

Klageren skal endvidere overholde de klagefrister, der er fastsat i 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

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 klagenævnsløven 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 klagenævnsløvens §§ 6 og 10-11 og klagenævnets bekendtgørelses §§ 6-9.

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

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

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

Det er klagenævnets ansvar, at sagen er tilstrækkeligt oplyst. Klagenævnet kan anmode klageren, indklagede eller en tredjemand, der er indtrådt i sagen som intervenient, om at tilvejebringe oplysninger, som skønnes at have betydning for sagen (klagenævnets bekendtgørelses § 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 (klagenævnsløvens § 10, stk. 1). Klagenævnet er på dette punkt bundet af forhandlingsmaksimen, hvilket f.eks. ses i kendelse af 3. november 2020, Eufomatics Oy mod Nationalt Genom Center, der er omtalt i kapitel 2.

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

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

En mundtlig forhandling foregår i Nævnenes Hus i Viborg og forløber som udgangspunkt således, at parternes påstande og sagens centrale dokumenter gennemgås. Det er muligt at supplere oplysningsgrundlaget med forklaringer, der afgives under mødet, men det vil som regel være mest hensigtsmæssigt, at der i stedet på forhånd afgives skriftlige erklæringer til klagenævnet og modparten. I nogle tilfælde anser klagenævnet den indledende præsentation af sagens dokumenter mv. for unødvendig. Klagenævnet vil i så fald meddele, at klagenævnet har sat sig ind i sagens dokumenter og parternes synspunkter i processkrifterne. Klagenævnet kan eventuelt ønske forskellige afklarende spørgsmål besvaret eller få foretaget en demonstration i relation til de omtvistede forhold, jf. f.eks. kendelse af 15. marts 2019, Leo Nielsen Trading ApS og Glock Ges.m.b.H. mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse. Mødet afsluttes med, at parterne eller deres advokater fremkommer med deres afsluttende bemærkninger (procedure), hvorefter sagen optages til afgørelse. Voteringen påbegyndes normalt umiddelbart derefter. De mundtlige forhandlinger i klagenævnet har typisk en varighed på 4-5 timer, mens varigheden i de største sager kan være op til 1-2 dage. Der har i 2020 ikke været afholdt mundtlig forhandling.

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

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

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

Sagsomkostningerne kan som udgangspunkt maksimalt udgøre 75.000 kr. (klagenævnsbekendtgørelsens § 9, stk. 5). 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, jf. bekendtgørelsens § 9, stk. 6. I klagenævnets kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, blev omkostningerne fastsat til 100.000 kr. til den vindende part.

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

tillægge den vindende part sagsomkostninger, som om sagen havde været afgjort med en materiel kendelse.

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

1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven

Klagenævnets aktindsigtssager efter offentlighedsloven omfatter:

- Klager over en ordregivende myndigheds afslag på aktindsigt i et udbud, dvs. sager, hvor klagenævnet er rekursinstans efter offentlighedslovens § 37. Derimod er klagenævnet ikke rekursinstans 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 overtrædelse af udbudsreglerne, der efter klagenævnsloven skal afgøres af klagenævnet. Der henvises til kapitel 3 i årsberetningen for 2016, 2017, 2018 og 2019 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 2020, som alle er offentliggjort på klagenævnets hjemmeside. Nogle af kendelserne har egentlig principiel karakter. Andre vedrører problemstillinger, som uanset deres konkrete karakter må antages at være af interesse for en bredere kreds.

Kendelserne er kategoriseret under følgende emneord:

- Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter
- Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse
- Tilbuds konditionsmæssighed og forbehold
- Unormalt lave tilbud
- Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel
- Indhentelse af yderligere oplysninger
- Rammeaftaler
- Klagenævnsloven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner

2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser

2.2.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter

Kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod Fynbus, Sydtrafik og Midttrafik, og kendelse af 27. oktober 2020, Øens Taxa mod Fynbus, Sydtrafik og Midttrafik

De to nært sammenhængende sager angik offentlige udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af bl.a. flexkørsel. Kendelsen af 19. maj 2020 vedrørte udbud af "FV6-FlexVariabel" kørsel med bl.a. vogntype 5 og 6, mens kendelsen af 27. oktober 2020 vedrørte udbud af "FG6-Flexgaranti" kørsel med samme vogntyper og med den forskel til FV6-udbuddet, at vognmanden var garanteret en vis omsætning. Udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav til vogntyperne, var stort set ens i de to udbud. Trafikselskaberne indgik rammeaftaler med en række vognmænd. Vognmændene fik tildelt ture i kørselskoordineringssystemet "Planet" på grundlag af de tilbudte priser.

Under FV6-udbuddet frafaldt trafikselskaberne efter henvendelse fra Alsvognen direkte et mindstekrav, hvorefter der skulle være "plads til to store kørestole" i vogntype 5 og 6. Alsvognen, hvis vogne af denne type angiveligt opfyldte mindstekravet, klagede til klagenævnet med påstand om, at ændringen var i strid med direktivets artikel 36, stk. 1, og artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5, om ændring af grundlæggende krav.

Klagenævnet fastslog, at overholdelse af mindstekravet måtte antages at have medført meromkostninger ved anskaffelse og drift af vognene, og at tilbud, der overholdt mindstekravet, herunder Alsvog-

nens, derfor måtte antages at have været mindre konkurrencedygtige ved tildeling af ture i Planetsystemet. Mindstekravet var egnet til at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud, og der var ikke grundlag for at fastslå, at dette ikke var tilfældet. Der var således tale om en væsentlig ændring, der dels "indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren," jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4, litra a, dels "ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for", jf. artikel 89, stk. 4, litra b. Sådanne ændringer kan ikke finde sted uden nyt udbud, jf. artikel 89, stk. 5.

Da kørslerne med vogntype 5 og 6 ikke var udbudt på ny, var de kørsler, der var tildelt efter frafaldet af mindstekravet, tildelt direkte i strid med udbudsreglerne.

Ved kendelsen af 19. maj 2020 erklærede klagenævnet herefter alle indgåede FV6-rammeaftaler om kørsel med vogntype 5 og 6 for uden virkning fra og med den 1. august 2020 og pålagde efter lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, trafikskaberne at betale en økonomisk sanktion på 3 mio. kr.

I kendelsen af 27. oktober 2020 fastslog klagenævnet med henvisning til den nære sammenhæng mellem de to udbud, at trafikskaberne også i FG6-udbuddet måtte anses for at have frafaldet det grundlæggende mindstekrav til vognstørrelse. At trafikskaberne efter maj-kendelsen havde opsagt hovedparten af de indgåede FG6-rammeaftaler med vogntype 5 og 6 til udløb den 31. oktober 2020 og den 16. juli 2020 foranstaltede nyt udbud uden mindstekravet til størrelse med forventet kontraktstart den 1. november 2020, fratog ikke de løbende tildelinger karakteren af direkte tildeling. Klagenævnet bemærkede i den forbindelse, at det nye udbud ikke blev iværksat, da man senest i august 2019 frafaldt mindstekravet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og artikel 89, stk. 4, og kravet i artikel 89, stk. 5, hvorefter en ændring som sket ikke kan finde sted uden nyt udbud, kan ikke forstås således, at det langt senere FG7-udbud så at sige ophævede trafikskabernes tidligere overtrædelser af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Med henvisning til de afgørende retlige forskelle mellem retsvirkningen af, at en kontrakt ophæves, og retsvirkningen af, at en kontrakt erklæres for uden virkning, var heller ikke trafikskabernes ophævelse af hovedparten af kontrakterne til hinder for, at klagenævnet, dersom betingelserne var opfyldt, erklærede kontrakterne for uden virkning, endda fra samme dato. Alle de indgåede rammeaftaler med vogntype 5 og 6 blev herefter erklæret for uden virkning fra og med den 1. november 2020. Klagenævnet pålagde efter lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, trafikskaberne at betale en økonomisk sanktion på 7 mio. kr.

Om sanktionen "uden virkning" udtalte klagenævnet i kendelsen af 19. maj 2020, at der var tale om en lovbundet sanktion, som i givet fald skal pålægges også uden, at der er nedlagt påstand herom. Der var ikke anledning til at gentage dette i kendelsen af 27. oktober 2020, da påstanden var nedlagt.

Kendelserne er indbragt for domstolene, og sagerne er herefter sluttet ved klagenævnet.

Kendelse af 19. august 2020, EG A/S mod Egedal Kommune

Individuel, forhandlet prisnedsættelse på 75 % i forbindelse med direkte tildeling på grundlag af en rammeaftale var uden hjemmel i rammeaftalen og en ændring af grundlæggende elementer. Kontrakten erklæret for delvis uden virkning.

I 2019 udbød Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S ("SKI") rammeaftale "02.19 SaaS-Cloud" ("Rammeaftalen"). Egedal Kommune foretog den 11. februar 2020 en direkte tildeling til fordel for KMD A/S ("KMD") med henvisning til Rammeaftalen, idet kommunen ønskede at indkøbe et nyt løn- og personalesystem. Kommunen og KMD indgik dernæst kontrakt ved skriftlig leverandøraftale og et særskilt tillæg hertil indeholdende en prisnedsættelse. Begge dokumenter var dateret med datoen 20. februar 2020 (den samlede aftale er herefter kaldet "Kontrakten").

Sagen angik, om Egedal Kommune ved den direkte tildeling havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og med lovens § 99 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 4, litra a). Spørgsmålet var, om den direkte tildeling og prisnedsættelsen var en lovlig anvendelse af bestemmelserne i Rammeaftalen om forhandling og prisfastsættelse, eller om Rammeaftalens bestemmelser og de udbudsretlige regler om ændring af et grundlæggende element blev tilsidesat i forbindelse med den direkte tildeling, der blev kombineret med en betydelig prisnedsættelse. Klageren havde nærmere gjort gældende bl.a., at kommunen i forbindelse med den direkte tildeling havde forhandlet med KMD, og at kommunen og KMD herved havde aftalt en prisreduktion på ca. 75 % sammenlignet med de priser, KMD havde tilbudt ved det oprindelige udbud af Rammeaftalen. Klageren anførte, at kommunen i stedet burde have anvendt udbudslovens § 100 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 5) om genåbning af konkurrencen. Kommunen bestred, at der skulle have fundet forhandling sted, og anførte, at tildelingen og prisnedsættelsen var lovlige.

Klagenævnet lagde til grund, at kommunen på baggrund af en udmelding fra SKI anså det for muligt at foretage en direkte tildeling til KMD til en pris, der blev opfattet som konkurrencedygtig, og sådan at det var forudsat, at KMD ville kunne "tilpasse" – i betydningen nedsætte – prisen ved en individuel prisnedsættelse over for kommunen i forbindelse med den påtænkte direkte tildeling og kontraktindgåelse. På den baggrund og efter en samlet vurdering af omstændighederne og forløbet i sagen fandt klagenævnet det bevist, at der havde fundet forhandling sted mellem kommunen og KMD, og at denne forhandling dels havde angået direkte tildeling af kontrakten, dels medført ændring af den forudsatte pris for ydelserne, der i den forbindelse blev nedsat med ca. 75 %. Det var endvidere klagenævnets vurdering, at der ikke efter bestemmelserne i Rammeaftalen var adgang til en sådan forhandling og individuel prisnedsættelse.

Klagenævnet tilføjede, at på den ene side er den pris, ordregiveren skal betale, normalt et af de vigtigste elementer i en aftale, og ændringer i prisen vil derfor ofte være væsentlige. Dette gælder også ændring af eller afvigelse fra en aftalt struktur for priser, prisniveauer og prisændringer, når en sådan ændring eller afvigelse ikke sker i medfør af en lovlig ændringsbestemmelse i aftalen. På den anden side skal enhver nok så ringe ændring af tidligere aftalte vederlagsbestemmelser ikke nødvendigvis betragtes som en væsentlig kontraktændring, hvorved også omfanget af prisændringen sammenholdt med betydningen for kontrakten i sin helhed må indgå. Ved vurderingen af, om den valgte fremgangsmåde med forhandling og prisnedsættelse i øvrigt harmonerede med de almindelige udbudsretlige

regler om adgang til ændring af kontrakter, indgik bl.a., hvem ændringen kunne anses til fordel for. I tilknytning hertil lagde klagenævnet vægt på en række yderligere momenter og konkluderede, at forhandlingen om prisændringen medførte, at Rammeaftalens økonomiske balance også ændredes til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige Rammeaftale ikke gav mulighed for, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 72, stk. 4 og 5). Klagenævnet fandt, at ændringen var baseret på en forhandling mellem parterne og således viste, at det var parternes vilje at genforhandle et grundlæggende element i Rammeaftalen, jf. også sag C-454/06, Passetext, præmis 34. Den ændrede brug af Rammeaftalen med den individuelle prisforhandling og prisnedsættelse måtte på den baggrund anses for at indebære ændring af grundlæggende elementer. Det ændrede ikke herved, at ændringen også var til fordel for ordregiveren, jf. lovbemærkningerne til § 178, stk. 2, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 72, stk. 4 og 5).

Kontrakten blev erklæret for uden virkning fra den 1. januar 2021, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, idet der ikke var grundlag for at anvende undtagelsen i § 17, stk. 3. Efter lovens § 18, stk. 2, nr. 3, skulle der fastsættes en alternativ (lovbunden) sanktion, idet kontrakten alene var erklæret for delvis uden virkning. Sanktionen blev fastsat til 90.000 kr.

Kendelse af 3. november 2020, Euformatics Oy mod Nationalt Genom Center

Direkte tildeling af kontrakt om indkøb af software til genetisk analyse. Undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2), om fravær af konkurrence af tekniske grunde var ikke opfyldt, og pligten til udbud var dermed tilsidesat.

Nationalt Genom Center ("NGC") er en styrelse under Sundheds- og Ældreministeriet. NGC offentliggjorde den 8. juli 2019 en profylaksebekendtgørelse, jf. klagenævnslovens § 4, om køb ved direkte tildeling af software til tertiær analyse af data til brug for genetisk analyse. Kontrakten var tildelt den 4. juli 2019. Standstill-perioden udløb den 18. juli 2019, og den 22. juli 2019 indgik NGC kontrakt med virksomheden Golden Helix, USA. Efter udløbet af standstill-perioden indgav Euformatics Oy, Finland, ("Euformatics") klage. Klagenævnet lagde til grund, at indkøbet af software som udgangspunkt var udbudspligtigt. I profylaksebekendtgørelsen var som den eneste reelle begrundelse for den direkte tildeling anført en beskrivelse af Golden Helix' software og brugen heraf på NGC's data, og at "The combination of all features in one software suite is unique".

Klagenævnet bemærkede, at NGC som det juridiske grundlag for den direkte tildeling alene havde henvist til, at tekniske grunde medførte fravær af konkurrence, jf. udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2), og at NGC kun helt summarisk havde anført, hvorfor betingelserne i undtagelsesbestemmelsen skulle være opfyldt. Derimod havde styrelsen ikke anført noget om, at direkte tildeling var nødvendig på grund af beskyttelse af eksklusive rettigheder, herunder intellektuelle ejendomsrettigheder som fx eneret eller licensrettigheder m.v. til software, jf. udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2), som kunne gøre det vanskeligt eller umuligt at anskaffe softwaren eller tilsvarende software fra andre leverandører. NGC havde foretaget en markedsundersøgelse blandt hospitaler og klinikker i Danmark, men klagenævnet fandt ikke, at det ved de fremlagte oplysninger om markedsundersøgelsen eller på andet grundlag var godtgjort, at det som følge af teknisk umulighed eller store tekniske vanskeligheder alene var den valgte leverandør, der kunne levere software, som kunne opfylde behovet. NGC havde således ikke nøje defineret og dokumenteret sin

opfattelse om, at alene Golden Helix kunne levere, som det ifølge lovbemærkningerne kræves. Det var heller ikke godtgjort, at der var en sådan interoperabilitet mellem den valgte løsning og de løsninger, der i forvejen var på danske hospitaler og klinikker, at de strenge betingelser for at anvende undtagelsesbestemmelsen om manglende konkurrence af tekniske årsager var opfyldt.

Kendelsen viser, at anvendelsesområdet for undtagelsesbestemmelsen om fravær af konkurrence af tekniske grunde er snævert, og at en summarisk begrundelse for, at betingelserne for en direkte tildeling angiveligt er opfyldt, vil kunne være utilstrækkelig.

2.2.2 Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse

Kendelse af 24. januar 2020, Elbit Systems Ltd. mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI") modtog endelige tilbud fra Elbit og fra Nexter Systems under et begrænset udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet af en kontrakt til en anslået værdi af mellem 66 mio. og 133 mio. euro om levering af selvkørende artilleri. Efter kontraktindgåelsen med Nexter klagede den forbigåede tilbudsgiver, Elbit. Sagen blev flere gange udsat på omfattende aktindsigtsspørgsmål og som følge af nye påstande. Klagen blev taget til følge på et enkelt punkt. Ikke annullation af tildelingsbeslutningen.

Elbit gjorde i en række påstande (1a til 1g) gældende, at FMI havde handlet i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4, bl.a. ved at FMI ikke havde gjort Elbit opmærksom på muligheden af at opbygge leverancen på en særlig våbenplatform, selvom dette under et tidligere udbud havde været udelukket, at FMI ved evalueringen ikke havde fulgt udbudsmaterialets krav om, at den valgte løsning skulle kunne kvalificeres som en MOTS/COTS-løsning, at evalueringen på flere andre punkter ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, at evalueringsmodellen i forhold til reservedele var uegnet, at Nexters tilbud var unormalt lavt (beregning af "Life Cycle Costs"), at Nexters tilbud afveg fra et udbudskrav, at den indgåede kontrakt i en sådan grad afveg fra udbudsbetingelserne, og at der var tale om ændring af et grundlæggende krav, der krævede fornyet udbud.

Klagenævnet tog alene en del af påstand 1d om beregning af "Life Cycle Costs" til følge. Denne påstand drejede sig om, hvorvidt FMI havde bedømt de to tilbud forskelligt, og om Nexters tilbud var unormalt lavt. Udbudsbetingelserne gav mulighed for, at FMI kunne justere tilbudsgivernes oplyste "MTBF" og "MTTR" data ("mean time before failure" og "mean time to repair"). Denne adgang til at ændre i tilbudsgivernes data gjorde det usikkert, hvorledes LCC-beregningerne ville ske. FMI havde reduceret Elbits beregning med 1 % og forhøjet Nexters beregning af drifts- og vedligeholdelsesomkostninger med 426 %. De foretagne ændringer var en vidtgående ændring, som forøgede evalueringens uigenomsigtighed.

Som sagen var oplyst, var der ikke grundlag for at antage, at usikkerheden om Nexters driftsomkostninger skyldtes, at Nexter havde afgivet et unormalt lavt tilbud, jf. direktivets artikel 49. FMI havde imidlertid ved udformningen af udbudsmaterialet og ved den anvendte LCC-beregningsmodel ikke sikret, at alle relevante drifts- og vedligeholdelsesomkostninger oplystes af tilbudsgiverne og indgik i LCC-beregningen.

De øvrige påstande, herunder den del af påstand 1d som vedrørte manglende udbud af reservedele, blev ikke taget til følge, da der ikke var grundlag for det. Klagenævnet anførte, at den konstaterede overtrædelse ikke kunne sidestilles med den overtrædelse, der forelå i klagenævnets kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod SKI.

En påstand om annullation af tildelingsbeslutningen blev ikke taget til følge, da overtrædelsen ad påstand 1d angik evalueringen af en mindre del af den samlede ydelse, og justeringen under evalueringen havde været til Elbits fordel og derfor heller ikke havde påvirket udbuddets udfald.

Elbit har indbragt sagen for domstolene.

Kendelse af 22. april 2020, Hydrema Danmark A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI")

Fejl ved ordregiverens meddelelse af aktindsigt i den vindende tilbudsgivers tilbud, således at konkurrent kunne se nogle enhedspriser. Betydningen af fejlen ved nyt udbud af til dels samme kontrakt.

Delkendelsen i sagen er omtalt i klagenævnets Årsberetning 2019. Der er afsagt endelig kendelse i sagen den 22. april 2020, hvorved klagenævnet fastholdt, at der ikke var grundlag for at tage Hydremas påstande til følge.

Kendelse af 30. april 2020, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI") og kendelse af 1. maj 2020, Karstensens Skibsværft A/S mod FMI

Ordregiverens krav om sikkerhedsgodkendelse, som bl.a. var fastsat for at leve op til Danmarks internationale forpligtelser, var proportionale. Tilbudsgiverne skulle leve op til kravene, uanset om ordregiveren tidligere havde håndhævet kravene mere lempeligt.

Sagerne angik et miniudbud af skibsværftsarbejde, reparation og vedligeholdelse af et af søværnets inspektionsskibe i henhold til en rammeaftale vedrørende standard værftsarbejder inklusive service og vedligeholdelse af skibe med en tonnage mellem 3.000 og 4.000 ton.

Ved udbuddet stillede FMI i overensstemmelse med rammeaftalen som betingelse, at leverandøren havde den fornødne sikkerhedsgodkendelse, og at kun medarbejdere hos leverandøren og underleverandører med den fornødne sikkerhedsgodkendelse fik adgang til klassificeret materiale og oplysninger i overensstemmelse med en nærmere angivet NATO-sikkerhedsregulering. Leverandøren skulle i forbindelse med indlevering af tilbuddet afgive en erklæring herom og vedlægge en liste med navne på egne ansatte, der forventedes at være sikkerhedsgodkendt, og navne på de underleverandørfirmaer, der var kendt på tidspunktet for tilbudsafgivelsen.

Sideløbende med udbuddet udsendte FMI en orienteringsskrivelse om, at FMI over en længere periode havde fundet anledning til og grundlag for generelt at præcisere og indskærpe de krav til leverandørernes sikkerhedsgodkendelser, der fulgte af rammeaftalen. FMI indrykkede også en bekendtgørelse om forudgående frivillig gennemsigtighed i EU-Tidende om præcisering og tydeliggørelse af sikkerhedskravene, der allerede fulgte af rammeaftalen, og som fremover ville blive håndhævet.

FMI modtog tilbud fra tre tilbudsgivere. FMI besluttede at indgå kontrakt med den ene tilbudsgiver og samtidig afvise de to andre tilbud som ikke-konditionsmæssige. Tilbuddene blev afvist med den begrundelse, at de ikke indeholdt en erklæring om anvendelse af sikkerhedsgodkendt personale.

Fayard klagede til klagenævnet og gjorde gældende bl.a., at det ikke var realistisk for noget værft inden for den meddelte frist at stille med et antal ansatte og underleverandører, som alle havde den fornødne sikkerhedsgodkendelse. Kravet om sikkerhedsgodkendelse for alle involverede personer var derfor uproportionalt set i forhold til FMIs saglige behov for sikkerhedsgodkendelse. Derudover havde Fayard tidligere afgivet tilbud til FMI, som ikke var blevet fundet ikke-konditionsmæssige som følge af kravet om sikkerhedsgodkendelse, og kravet om sikkerhedsgodkendelse måtte derfor betragtes som en væsentlig ændring til de faktiske forhold i rammeaftalen.

Karstensens Skibsværft klagede ligeledes til klagenævnet og gjorde gældende bl.a., at kravene om sikkerhedsgodkendelse og tilføjelse af ekstra dokumentation herfor ikke var annonceret klart. Karstensens Skibsværft gjorde endvidere ligesom Fayard gældende, at selskabet havde deltaget i adskillige udbud under rammeaftalen, uden at kravet om sikkerhedsgodkendelse havde været praktiseret, og at kravet var urealistisk at leve op til og dermed uproportionalt.

Klagenævnet udtalte, at kravene om sikkerhedsgodkendelse fremgik tydeligt af udbudsmaterialet, og at kravene, der var fastsat for at leve op til Danmarks internationale forpligtelser, herunder forpligtelser i NATO-regi, ikke fandtes at gå videre end nødvendigt for at imødekomme FMIs saglige behov. FMI havde derfor pligt til at sikre, at den tilbudsgiver, der blev tildelt kontrakten under miniudbuddet, levede op til de stillede krav om sikkerhedsgodkendelse. Dette gjaldt uanset, om FMI ved tidligere miniudbud under rammeaftalen havde håndhævet kravene om sikkerhedsgodkendelse mere lempeligt. FMI var derfor berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddene fra Fayard og Karstensens Skibsværft som ukonditionsmæssige.

Delkendelse af 6. maj 2020, Dansk PersonTransport mod Næstved Kommune

Ved et udbud af specialkørsel med skole- og daginstitutionsbørn havde den eksisterende leverandør en konkurrencemæssig fordel ved, at denne havde kendskab til de hidtidige brugeres adresser. Ordregiveren havde givet nogle oplysninger i et regneark, men havde ved at afvise at udlevere yderligere oplysninger med henvisning til reglerne om persondatabeskyttelse ikke mindsket den eksisterende leverandørs konkurrencefordel i videst muligt omfang, idet det fandtes sandsynliggjort, at ordregiveren i overensstemmelse med persondatabeskyttelsesreglerne på en enkel og rimelig måde, og uden at oplyse de præcise adresser, i væsentligt omfang kunne have mindsket denne konkurrencefordel. Ordregiveren havde endvidere handlet i strid med udbudslovens § 137, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk.4, litra a-d, g og i). Betingelsen om "fumus boni juris" var herefter opfyldt. Klagen blev imidlertid ikke tillagt opsættende virkning, da klageren, der var en brancheorganisation, ikke havde godtgjort, at betingelsen om uopsættelighed var opfyldt.

Sagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en kontrakt opdelt i fem delaftaler vedrørende specialkørsel med skole- og daginstitutionsbørn.

Tildelingskriteriet var laveste pris, og tilbudsgiverne skulle ved afgivelse af tilbud alene oplyse en kilometerpris for hver delaftale. Kørslen omfattede typisk kørsel mellem brugernes folkeregisteradresse

og skole/institution eller mellem institutioner, og leverandøren måtte selv planlægge og tilrettelægge eventuelle ruter under hensyn til brugernes særlige behov, herunder behov for kørestol. Kørslen skulle afregnes med "pris pr. km pr. passager for den korteste direkte rute i bil mellem til og fra adresse."

I forbindelse med spørgsmål/svar blev der fremsat anmodning om udlevering af anonymiserede kørselslister og adresser på brugere samt oplysning om deres eventuelle brug af hjælpemidler. Anmodningerne blev begrundet med, at den hidtidige leverandør var i besiddelse af disse oplysninger, og at den hidtidige leverandør ville få en uretmæssig konkurrencefordel, hvis oplysningerne ikke blev givet. Næstved Kommune afviste at udlevere oplysningerne med henvisning til, at der var tale om meget personfølsomme oplysninger, som det ville være i strid med reglerne om persondatabeskyttelse at udlevere. I stedet henviste kommunen til et udleveret regneark med oplysninger om antal elever samt mødetid og afhentningstid ved de forskellige skoler/institutioner og oplysninger om, hvilket postnummer hver enkelte elev boede i.

Inden tilbudsfristens udløb klagede brancheorganisationen Dansk PersonTransport, der er klageberettiget i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 3, til klagenævnet. Dansk PersonTransport gjorde med henvisning til Rettens dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, Europaïki Dynamiki mod Kommissionen, præmis 73-76, gældende bl.a., at Næstved Kommune ikke havde foretaget sig det fornødne for at udligne den hidtidige leverandørs konkurrencefordel. Dansk PersonTransport gjorde endvidere gældende bl.a., at Næstved Kommune havde tilsidesat udbudslovens § 137, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk.4, litra a-d, g og i).

Klagenævnet udtalte, at en ordregiver har pligt til i videst muligt omfang at søge at mindske betydningen af den konkurrencemæssige fordel, som den hidtidige leverandør kan have i forbindelse med et udbud. Den afregningsmodel, som blev anvendt i udbuddet, gav den hidtidige leverandør en klar konkurrencefordel ved at kende adresserne på de børn, der hidtil havde gjort brug af specialkørslen. Det forhold, at den hidtidige leverandør ikke tilbød den laveste pris på nogen af delaftalerne, medførte ikke i sig selv, at den hidtidige leverandør ikke havde haft en sådan fordel. Under udbudsprocessen havde Næstved Kommune ved bl.a. fremlæggelsen af regnearket forsøgt at mindske betydningen af den hidtidige leverandørs konkurrencefordel. Klagenævnet fandt det imidlertid sandsynliggjort, at kommunen i overensstemmelse med persondatabeskyttelsesreglerne på en enkel og rimelig måde, og uden at oplyse de præcise adresser, i væsentligt omfang kunne have mindsket denne konkurrencefordel yderligere. Kommunen havde på denne baggrund ikke godtgjort, at den hidtidige leverandørs konkurrencefordel var mindsket i videst muligt omfang.

Klagenævnet udtalte i øvrigt, at Næstved Kommune havde tilsidesat gennemsigtighedsprincippet og handlet i strid med udbudslovens § 137, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk.4, litra a-d, g og i), ved i udbudsbetingelserne at have anført, at de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1-6 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk.4, litra a-d, g og i), fandt anvendelse, mens dette ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen.

Klagenævnet fandt herefter, at der efter karakteren af overtrædelserne og henset til, at der under udbudsprocessen var 13 interesserede potentielle tilbudsgivere, hvoraf 8 ikke afgav tilbud, efter en konkret vurdering var udsigt til, at klagerens annullationspåstand ville blive taget til følge. Betingelsen om "fumus boni juris" var derfor opfyldt.

Klagen var indgivet af en klageberettiget organisation, og klagenævnet tog herefter stilling til, om der forelå uopsættelighed. Dansk PersonTransport havde under klagesagen oplyst, at organisation ikke selv ville lide økonomisk skade ved, at klagen ikke blev tillagt opsættende virkning. Da Dansk PersonTransport ikke i øvrigt havde oplyst om omstændigheder, som medførte, at betingelsen for at tillægge klagen opsættende virkning var til stede, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning.

Næstved Kommune annullerede efterfølgende udbuddet, hvorefter klagen blev tilbagekaldt.

Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse i sagen.

Delkendelse af 29. maj 2020, Audio Visionary Music A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)

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

SKI udbød en rammeaftale om levering af biblioteksmaterialer m.m. til en række forskellige ordregivere. Rammeaftalen var opdelt i otte delaftaler, og der skulle indgås kontrakt med en enkelt leverandør for hver delaftale. Der kunne afgives tilbud på en eller flere delaftaler. Sagen vedrørte navnlig delaftale 1 og delaftale 2, der angik identiske ydelser, men sådan, at ydelserne under delaftale 1 skulle leveres til ordregivere i Østdanmark og ydelserne under delaftale 2 til ordregivere i Vestdanmark. Tildelingskriteriet var "Pris". Den samlede skønnede værdi af rammeaftalen var 1,021 mia. kr., hvoraf værdien af delaftale 1 blev skønnet til 253 mio. kr., mens delaftale 2 blev skønnet til 475 mio. kr.

SKI havde i udbudsbetingelserne fastsat en såkaldt øst/vest-model for delaftale 1 og 2 (danske bøger og noder). Modellen indebærer, at delaftale 1 (Østdanmark) skulle tildeles en leverandør og delaftale 2 (Vestdanmark) en anden leverandør, men de samme tilbudte priser ville være gældende for alle kunder, uanset om kunderne var i Øst- eller Vestdanmark. Der kunne således ikke gives tilbud på en af de to delaftaler alene, og tilbudsgiverne skulle afgive priser på avance og klargøring, som skulle være de samme for både delaftale 1 og 2. Tilbudsgiveren, der tilbød den laveste pris, blev tildelt delaftale 2. Tilbudsgiveren, der tilbød den næstlaveste pris, blev tilbudt at blive leverandør på delaftale 1. Denne tilbudsgiver skulle dog acceptere, at tildelingen forudsatte, at tilbudsgiveren skulle levere delaftalens produkter og ydelser til kunderne i Østdanmark til samme priser, som tilbudsgiveren med den laveste pris tilbød og skulle levere til kunderne i Vestdanmark. Hvis ikke tilbudsgiveren med den næstlaveste pris ville acceptere dette, ville muligheden gå videre til næste tilbudsgiver i rækken og så fremdeles. Hvis ingen tilbudsgiver ville levere under delaftale 1 til de samme priser som tilbudsgiveren på delaftale 2, ville denne tilbudsgiver også få tildelt delaftale 1.

SKI modtog tilbud fra Audio Visionary Music A/S ("AVM") og BibMedia A/S, og SKI oplyste under sagen, at de to virksomheder reelt var de eneste på markedet. Begge virksomheder afgav tilbud på alle delaftalerne.

BibMedia tilbød den laveste pris på de to delaftaler og blev derfor tildelt delaftale 2, mens AVM tilbød den næstlaveste pris. I overensstemmelse med den fastsatte øst/vest-model tilbød SKI AVM delaftale 1 på betingelse af, at AVM leverede til samme lavere priser, som BibMedia tilbød. Dette accepterede AVM.

AVM klagede til klagenævnet og nedlagde bl.a. påstand om, at SKI havde overtrådt ligebehandlingsprincippet og udbudslovens § 56 (direktiv 2014/24/EU artikel 27, st. 1, 1. afsnit) (om offentlige udbud) ved at anvende øst/vest-modellen, fordi tilbudsgiveren med den næstlaveste pris derved kunne ændre sit tilbud efter tilbudsfristens udløb. Klagen indeholdt yderligere påstande, herunder om den anvendte evalueringsmodel, men disse omtales ikke yderligere her.

SKI gjorde gældende, at øst/vest-modellen ikke var i strid med udbudsreglerne. Modellen var nøje beskrevet i udbudsbetingelserne, og det var ingen forhandling ved SKI's tilbud til AVM om tildeling af delaftale 1.

I delkendelsen udtalte klagenævnet, at der var tale om et offentligt udbud, og når først tilbudsgiveren har afgivet sit tilbud, kan tilbuddet i princippet ikke ændres, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller på tilbudsgiverens initiativ. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er således i forbindelse med et offentligt udbud til hinder for enhver form for forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver. Hvis en tilbudsgiver efter henvendelse fra ordregiveren får mulighed for at ændre (nedsætte) den tilbudte pris til en nærmere bestemt lavere pris, indebærer det en mulighed for, at tilbudsgiveren ændrer et væsentligt vilkår i sit tilbud, nemlig den tilbudssum, som er indeholdt i det oprindelige tilbud, på en måde, som er til gunst for ordregiveren, og som giver tilbudsgiveren mulighed for at forbedre sin pris og dermed sit tilbud med henblik på at blive tildelt kontrakten. En sådan fremgangsmåde vil efter sædvanlig praksis være i strid med forbuddet mod forhandling. Klagenævnet fandt, at forbuddet mod forhandling i et offentligt udbud ikke kunne fraviges alene på grundlag af, at SKI havde beskrevet øst/vest-modellen i udbudsbetingelserne. SKI havde i øvrigt ikke sandsynliggjort, at det ikke var muligt at opnå den ønskede fleksibilitet og på den måde tilgodese de hensyn, som SKI havde gjort gældende, var baggrunden for modellen.

Der var herefter udsigt til, at AVM ville få medhold i den del af klagen og dermed i en nedlagt annullationspåstand, men klagenævnet tillagde ikke klagen opsættende virkning, da uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt.

Sagen blev endeligt afgjort ved kendelse af 14. januar 2021. Under den videre behandling af klagen præciserede SKI sin begrundelse for øst/vest-modellen. Klagenævnet fastholdt dog med nogle tilføjelser, at modellen ikke var lovlig, og tildelingsbeslutningen vedrørende påstand 1 og 2 blev annulleret.

Kendelse af 10. september 2020, E.K. Entreprise A/S mod Post Danmark A/S og Lokesvej 18 ApS

Post Danmark A/S og Lokesvej 18 ApS, i det følgende kaldet PostNord, indbød i en licitation ni totalentreprenører til i Hillerød at opføre en distributionshub. PostNord ventede ifølge licitationsmaterialet, at opførelsen ville koste 35 mio. kr. Da det laveste tilbud lød på 40,3 mio. kr., annullerede PostNord licitationen med begrundelsen, "at de indkomne tilbud ikke mødte vores forventning til kvalitet og pris."

PostNord tildelte herefter kontrakten til DS Flexhal A/S, der ikke havde afgivet tilbud. E.K. Entreprise, der havde afgivet det laveste tilbud under licitationen, indgav klage til klagenævnet over PostNord.

Klageren påstod, at PostNord havde overtrådt tilbudslovens § 8 ved at annullere licitationen under tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og saglighed, ligesom virksomheden havde overtrådt tilbudslovens § 2 ved ikke at have tildelt kontrakten til klageren.

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at fastslå, at annullationen var i strid med de nævnte principper eller i øvrigt forfulgte et usagligt formål.

Klageren havde endvidere nedlagt en påstand om, at PostNord havde overtrådt tilbudslovens § 2 ved uden afholdelse af en begrænset eller offentlig licitation at indgå kontrakt med DS Flexhal A/S, der ikke havde afgivet tilbud under licitationen. PostNord gjorde gældende ikke at være omfattet af tilbudsloven, da PostNord hverken er en myndighed eller et offentligretligt organ omfattet af loven, jf. § 1, stk. 2, nr. 1.

Klagenævnet fastslog, at selvom PostNord skal anses for et offentligretligt organ, er virksomheden ikke omfattet af begrænsningerne af adgangen til at indhente underhåndsbud i tilbudslovens § 12, stk. 3, fordi begrænsningerne ikke gælder for offentligretlige organer, jf. § 1 i bekendtgørelse nr. 817 af 23. august 2005 om visse udbyderes anvendelse af underhåndsbud efter lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, der er udstedt med hjemmel i tilbudslovens § 12, stk. 7. Sådanne ordregivere er således som udgangspunkt ikke forpligtede til at gennemføre en offentlig eller begrænset licitation.

Det var herefter ikke nødvendigt for klagenævnet at tage stilling til, hvorvidt PostNord er et offentligretligt organ omfattet af tilbudsloven.

Kendelse af 11. november 2020, NIRAS A/S mod Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen

Vandkulturhuset Papirøen er en fond, et offentligretligt organ, omfattet af udbudslovens ordregiverbegreb. Sagen angik opførelsen af et 5.600 m² nyt vand- og kulturhus med foreningsfaciliteter samt et havnebad på Christiansholm i København. En projektkonkurrence blev vundet af det japanske arkitektfirma Kengo Kuma med underrådgivere.

Der blev afholdt et udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II af bygherrerådgivning ved bygge- og anlægsarbejdet. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af underkriteriet Pris, der vægtede 40 %, og underkriteriet Organisation, bemanning og proces, der vægtede 60 %. Tre ud af ni ansøgere blev prækvalificeret og afgav indledende tilbud.

Vandkulturhuset gennemførte forhandlinger med de tre tilbudsgivere. De tre tilbudsgivere afgav endelige tilbud, og ordregiveren besluttede at indgå kontrakt med den ene, COWI A/S, der havde afgivet tilbuddet med den højeste pris, men samtidig opnåede den højeste score for underkriteriet Organisation, bemanning og proces.

En af de forbigåede tilbudsgivere indgav klage til klagenævnet i standstill-perioden. Klagenævnet tilføjede bl.a. under henvisning til klagepunkternes karakter i medfør af klagenævnslovens § 12, stk. 2, klagen fortsat opsættende virkning, indtil nævnet havde truffet endelig afgørelse i sagen.

Klageren påstod, at Vandkulturhuset Papirøen havde overtrådt principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), fordi COWI A/S havde været dybdegående involveret i projektet allerede forud for udbuddet og dermed havde haft en konkurrencemæssig fordel, der ikke var udlignet over for de øvrige tilbudsgivere. Virksomheden havde været bygherrerådgiver både under projektkonkurrencen og under udbuddet om totalentreprisen.

Påstanden blev ikke taget til følge, fordi COWI A/S ikke havde været involveret i tilrettelæggelsen af udbuddet af bygherrerådgivningen og ikke før udbuddets offentliggørelse var blevet bekendt med udbudsmaterialet. COWI A/S deltog i alle forhandlingsmøderne vedrørende totalentreprisen, men det måtte efter det oplyste antages, at virksomhedens rolle var af underordnet karakter, selvom den i sit tilbud som reference henviste til arbejdet for Vandkulturhuset Papirøen.

Klagenævnet fandt ikke, at det forhold, at en tilbudsgiver forud for et udbud har haft et kontraktforhold til ordregiveren, medfører inhabilitet, heller ikke selvom dette kontraktforhold har forbindelse til den udbudte opgave, når arbejdet ikke direkte relaterer sig til den udbudte opgave. Klageren kunne ikke løfte sin bevisbyrden for, at en sådan forudgående relation til ordregiveren skulle medføre inhabilitet.

Klagenævnet fandt det heller ikke godtgjort, at COWI A/S forud for udbuddet opnåede en viden, som skulle medføre, at virksomheden ikke kunne deltage i udbuddet. Der blev lagt vægt på, at bygherrerådgiverudbuddet adskilte sig væsentligt fra det forudgående udbud i sit setup og indhold, idet der blev konkurreret på generelle bygherrerådgiverydelser, hvorfor virksomhedens forudgående kendskab til projektet var af mindre betydning, ligesom det blev tillagt vægt, at alle de prækvalificerede virksomheder fik adgang til udbudsmaterialet fra totalentrepriseudbuddet, samt endelig at tidsfristen for afgivelse af tilbud blev forlænget.

Klagenævnet fandt det endelig ikke godtgjort, at de ændringer/tilpasninger, som ordregiveren foretog efter forhandlingsmøderne, fandt sted med henblik på, at COWI A/S skulle tildeles kontrakten.

Klageren påstod, at ordregiveren havde overtrådt udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og § 160 ved i sin evaluering at have lagt større vægt på COWI A/S' tilbud og givet for mange point for underkriteriet Organisation m.v. samt evalueret på forskellige forhold i de forskellige tilbud og herunder inddraget forhold, der ikke havde været beskrevet i udbuddet.

Klagenævnet tog ikke påstanden til følge bl.a. som følge af, at klageren ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at ordregiverens evaluering havde været usaglig, og klagenævnet henviste endvidere til ordregiverens skøn.

Vandkulturhuset Papirøen foretog under udbudsprocessen ændringer og tilføjelser vedrørende underkriteriet Organisation m.v., og klageren påstod, at ordregiveren havde ændret evalueringskriterierne i strid med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1). Klagenævnet tog ikke påstanden til følge, dels fordi det under forhandlingsmøderne var blevet varslet, at udbudsbetingelserne ville blive ændret i retning af det, der senere fandt sted, dels fordi ændringernes indhold kunne rummes indenfor det kvalitative underkriterium.

Den nedlagte påstand om annullation blev derfor ikke taget til følge.

Kendelse af 14. december 2020, MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Beredskabsstyrelsen

Tekniske krav til specialkøretøjer ikke anset for stridende mod udbudslovens § 40, stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 1), principperne om ligebehandling og proportionalitet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og udbudslovens § 42 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4). Omstændighederne adskilte sig således væsentligt fra udbuddet i nævnets kendelse af 11. oktober 2019, Kinnarps A/S mod Region Hovedstaden, hvor reglerne var overtrådt.

Sagen blev som følge af sin kompleksitet behandlet af to medlemmer af klagenævnets formandskab og to sagkyndige medlemmer, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 4.

Beredskabsstyrelsen udbød tre rammeaftaler (delkontrakter) om indkøb af lastbilchassiser over 7,5 tons til opbygning af specialkøretøjer til styrelsen og til kommunale redningsberedskaber. Alene to tilbudsgivere afgav tilbud på Rammeaftale 1, en tilbudsgiver afgav tilbud på Rammeaftale 2, og to tilbudsgivere afgav tilbud på Rammeaftale 3. MAN Truck & Bus Danmark A/S ("MAN Truck") afgav ikke tilbud, idet virksomheden angiveligt ikke kunne opfylde de tekniske specifikationer. Beredskabsstyrelsen traf beslutning om tildeling af to af rammeaftalerne og besluttede at overgå til udbud med forhandling i medfør af udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 26, stk. 4, litra a og b og stk. 6), med hensyn til den tredje rammeaftale, da det tilbud, der var afgivet på denne rammeaftale, ikke var konditionsmæssigt.

MAN Truck påstod, at Beredskabsstyrelsen have handlet i strid med udbudslovens § 40, stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 1), og principperne om ligebehandling og proportionalitet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), idet de tekniske specifikationer angiveligt var egnede til at indsnævre eller hindre konkurrencen, hvilket ikke var sagligt begrundet og/eller proportionalt. MAN Truck rejste spørgsmål om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, men klagenævnet fandt, at fortolkningen af de EU-retlige bestemmelser, der havde betydning for sagens afgørelse, ikke gav anledning til en sådan tvivl, at der var grundlag for en præjudiciel forelæggelse.

Klagenævnet henviste til sin "fumus"-afgørelse i sagen og udtalte, at efter § 40, stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 1), skal de tekniske specifikationer give økonomiske aktører lige adgang til udbuddet, og de må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence. Efter lovbemærkningerne kan ordregiveren fastsætte de tekniske specifikationer sådan, at det alene er visse økonomiske aktører, der har adgang til udbuddet, hvis kravene er saglige. Ensartede økonomiske aktører skal dog have en lige adgang til udbudsproceduren. Ordregiveren må ikke med de tekniske specifikationer skabe ubegrundede hindringer for konkurrencen eller på andre måder kunstigt indsnævre denne. Derfor vil det alene være muligt for ordregiveren at fastsætte tekniske specifikationer, som har en konkurrencebegrænsende virkning, hvis ordregiveren kan anføre saglige grunde til at stille kravene.

Klagenævnet fremhævede, at udbuddet angik indkøb af lastbilchassiser til brug for en lang række forskellige specialkøretøjer til brandmateriel og -personel, herunder automobilsprøjter og tankvogne, hvor bl.a. mandskabskabiner var en integreret del af opbygningen på lastbilchassiset. Specialkøretøjerne skulle indgå i brand- og redningsberedskaber til brug for opgaver i henhold til beredskabsloven.

Nævnet vurderede, at de krav, Beredskabsstyrelsen havde skønnet nødvendige og tilstrækkelige for at opfylde indkøbsbehovet, ikke var usaglige. Der var heller ikke tale om, at økonomiske aktører ikke havde haft en lige adgang til udbudsproceduren, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 40, stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 1), eller at de anfægtede mindstekrav i de tekniske specifikationer indebar ubegrundede hindringer for konkurrencen eller kunstigt havde indsnævret denne. Endelig vurderede nævnet, at de fastsatte krav ikke var uproportionale, jf. udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1).

Nævnet anførte, at der var tale om et EU-udbud af lastbilchassiser til forskelligartede, specialiserede og krævende opgaver. Der var ikke holdepunkter for at antage, at EU-udbuddet reelt alene rettede sig mod et mindre antal danske forhandlere af lastbiler. Derimod gjaldt der en formodning for, at udbuddet var rettet mod et europæisk marked, og formodningen var ikke afkræftet. Feltet af tilbudsgivere under udbuddet og de afgivne tilbud ændrede ikke herved. Der var ikke grundlag for at begrænse Beredskabsstyrelsens skøn som ordregiver ved at pålægge styrelsen at indrette udbuddet, så der i større eller mindre omfang først skulle foretages tilpasninger af lastbilchassiserne, efter at de var blevet indkøbt og leveret. Opdelingen af udbuddet i tre delrammeaftaler havde givet virksomhederne mulighed for at afgive tilbud på en enkelt eller to af delrammeaftalerne i stedet for tilbud på én samlet rammeaftale, hvilket en af tilbudsgiverne også havde gjort. Udbuddet var efter nævnets vurdering heller ikke udtryk for omgåelse af udbudslovens § 42 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4). Det udbudte indkøb adskilte sig endvidere væsentligt fra indkøbet og kravene i nævnets kendelse af 11. oktober 2019, Kinrups A/S mod Region Hovedstaden. Klagenævnet bemærkede endvidere, at ordregiverne har et bredt skøn ved opgørelsen af deres indkøbsbehov og ved fastlæggelsen af kravene til, hvordan de skal opfyldes. Området, som udbuddet angik, var teknisk præget, og det var ikke alene ved MAN Trucks anbringender og det i øvrigt anførte godtgjort, at styrelsens behov mindst lige så godt kunne være opfyldt på anden måde. Det kunne heller ikke lægges til grund, at alene to bestemte virksomheder var hidtidige leverandører til Beredskabsstyrelsen, eller – henset til det påregnelige marked i EU – at det reelt alene var disse virksomheder, der havde mulighed for at afgive tilbud på rammeaftalerne. Klagenævnet tog derfor ikke klagen til følge på dette punkt.

Derimod tog klagenævnet en påstand til følge om, at et af de vindende tilbud indeholdt forbehold for mindstekrav og derfor skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt. Klagenævnet fremhævede, at også andre tilbud efter Beredskabsstyrelsens opfattelse havde indeholdt forbehold for mindstekrav, og at styrelsen i disse tilfælde ikke havde fundet grundlag for en afklaring, men havde erklæret tilbudene for ukonditionsmæssige. Klagenævnet annullerede tildelingsbeslutningen med hensyn til den pågældende rammeaftale.

Nogle påstande, der angik spørgsmålet om overgang til forhandling, blev ikke taget til følge. Virksomheden, der havde afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud, havde efterfølgende afgivet et fornyet tilbud i overensstemmelse med udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, og stk. 2 og 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 26, stk. 4, litra a og b og stk. 6), på grundlag af det oprindelige udbudsmateriale, og det fornyede tilbud indeholdt ikke forbehold.

Kendelsen er indbragt for domstolene.

2.2.3 Tilbuds konditionsmæssighed og forbehold

Delkendelse af 2. juli 2020, Ørslev Servicetrafik A/S mod Høje-Taastrup Kommune

Høje-Taastrup Kommune havde anset et moderselskab til klageren, Ørslev Servicetrafik A/S, for tilbudsgiver ved evalueringen af et tilbud under et udbud efter udbudslovens afsnit II om udførelse af kørsler.

Tilbuddet var som krævet i udbudsbetingelserne indgivet gennem portalen EU-Supply, og fremstod – fordi det var indgivet af en medarbejder i moderselskabet ved brug af dette selskabs profil på EU-Supply – som indgivet af moderselskabet.

Kommunen afviste tilbuddet som ukonditionsmæssigt, idet moderselskabet ikke opfyldte de stillede krav til egnethed.

Ørslev Servicetrafik A/S klagede over afvisningen og gjorde gældende, at kommunen måtte og burde have indset, at det rettelig var Ørslev Servicetrafik A/S, som var tilbudsgiver og ikke moderselskabet, hvilket ubestridt ville betyde, at tilbudsgiveren opfyldte egnethedskravene.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge. Klagenævnet anså således ikke kommunen for forpligtet til at anse Ørslev Servicetrafik A/S for tilbudsgiver, selvom moderselskabet (efter indgivelsen af tilbud) havde besvaret en henvendelse fra kommunen om uklarhed i tilbuddet med, at det var Ørslev Servicetrafik A/S, der var tilbudsgiver.

Klagen blev tilbagekaldt efter afsigelsen af delkendelsen, som herefter er den endelige afgørelse i sagen.

Afgørelsen er et udslag af det generelle princip om, at tilbudsgivere bærer risikoen for uklarheder i deres tilbud – og altså herunder også for, om man har sørget for at lade det selskab i en koncern, som rent faktisk skal være tilbudsgiver, stå for at indgive tilbuddet via EU-Supply og lignende elektroniske platforme. At klagenævnet alene udtrykkeligt nævner, at der ikke var pligt for ordregiveren til at anse tilbuddet for indgivet af Ørslev Servicetrafik A/S (og ikke også, at der ikke var ret hertil) hænger sammen med udformningen af klagerens påstand.

Kendelse af 29. september 2020, Offcon GmbH mod Femern A/S

Et mindstekrav fremgik klart og tydeligt af udbudsbetingelserne. Det forhold, at ordregiveren som led i tilbudsevalueringen havde efterspurgt en risikovurdering og løsningsforslag til at imødegå opdagede risici, medførte ikke, at minimumskravene dermed bortfaldt. Ordregiveren kunne ikke inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3) have anmodet tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet.

Sagen angik et begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II af tilrådighedsstillelse af såkaldte myndighedspersoner ("Authority Persons"), som skulle deltage i at sikre og effektivt afvikle skibstrafikken i Femern Bælt under byggeriet af den faste forbindelse mellem Danmark og Tyskland.

Udbudsbetingelserne indeholdt bl.a. et mindstekrav om, at myndighedspersonerne skulle være tilgængelige for og deltage i oplæring i en nærmere angivet periode. Derudover fremgik det af udbudsmaterialet, at der ved evalueringen af tilbuddet ville blive lagt vægt på, i hvilket omfang tilbuddet indeholdt en detaljeret, robust og realistisk beskrivelse af, hvordan tilbudsgiveren ville sikre, at der var den nødvendige bemanding under konstruktionsfasen, og at det ville blive evalueret positivt bl.a., hvis løsningsbeskrivelsen i den kontekst adresserede potentielle og relevante risici og fremkom med forslag til, hvordan disse risici kunne reduceres. Det fremgik også af udbudsbetingelserne, at det ikke var tilladt at indlevere alternative tilbud.

Offcon GmbH, hvis tilbud var blevet afvist som ukonditionsmæssigt med henvisning til, at det ikke levede op til det anførte minimumskrav, klagede til klagenævnet. Offcon gjorde gældende bl.a., at det fremgik tydeligt af tilbuddet, at Offcon tilbød at følge den af Femern A/S foreslåede tidsplan for oplæringen, og at tilbuddet dermed var konditionsmæssigt. Det af Offcon tilbudte "Split training schedule" var alene et alternativt risikobegrænsningstiltag, som var valgfrit for Femern A/S. Derudover anførte Offcon, at hvis Femern A/S havde været i tvivl om tilbuddet, havde Femern A/S haft mulighed for at stille et opklarende spørgsmål, jf. udbudslovens § 159, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3).

Klagenævnet udtalte, at det klart fremgik som et mindstekrav, at de tilbudte myndighedspersoner skulle være til rådighed for og deltage i oplæring på det i udbudsbetingelserne nærmere angivne tidspunkt. Det forhold, at det ved evalueringen af løsningsbeskrivelsen ville blive vurderet positivt, hvis løsningsbeskrivelsen indeholdt forslag til, hvordan risici forbundet med at sikre tilstrækkelig bemanding under konstruktionsfasen kunne reduceres, kunne ikke for den almindelige tilbudsgiver medføre tvivl eller uklarhed om, at tilbuddet i det hele skulle leve op til mindstekravet. Da det af Offcon tilbudte "Split training schedule" ikke levede op til det anførte mindstekrav, og da alternative tilbud var udelukket, var tilbuddet ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet udtalte endvidere, at Femern A/S ikke inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3) kunne have anmodet Offcon GmbH om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet.

Klagen blev herefter ikke taget til følge.

2.2.4 Unormalt lave tilbud

Delkendelse af 23. april 2020, MMEC Mannesmann GmbH mod Energinet Gas TSO A/S

Der var ikke grundlag for at antage, at Energinet Gas havde tilsidesat en pligt til at undersøge, om den tilbudte pris var unormalt lav, og til at afvise tilbuddet som følge af en unormalt lav pris.

Energinet Gas TSO A/S ("Energinet Gas") udbød et anlægsarbejde som et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. MMEC Mannesmann GmbH, som var en af de to virksomheder, som afgav endeligt tilbud, men som ikke fik kontrakten tildelt, klagede over tildelingsbeslutningen med påstand om, at Energinet Gas forud for tildelingsbeslutningen skulle have undersøgt, om vindertilbuddet var unormalt lavt, og skulle have konstateret, at det var tilfældet og derfor have afvist det pågældende tilbud.

Klagenævnet udtalte sig i delkendelsen om opsættende virkning om betingelsen om "fumus boni juris" og angav, at der foreløbigt vurderet ikke var udsigt til, at klagen ville blive taget til følge.

Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84 ikke kan forstås sådan, at der – ud over i de tilfælde, der er omfattet af bestemmelsens stk. 3, 2. pkt., om gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning i henhold til EU-retten, national lovgivning eller kollektive overenskomster eller i henhold til de internationale miljø-, social- og arbejdsmarkedsretlige lovbestemmelser, der er nævnt i direktivets bilag XIV – er pligt for ordregivere til at afvise tilbud, som må anses for unormalt lave.

Klagenævnet vurderede foreløbigt, at der ikke var grundlag for at antage, at Energinet Gas havde tilsidesat en pligt til at undersøge, om den tilbudte pris var unormalt lav, og at afvise tilbuddet som følge af en unormalt lav pris.

Energinet Gas havde således under forhandlingerne med den senere vinder anmodet om og modtaget detaljerede, uddybende oplysninger om prissammensætningen og havde modtaget en bekræftelse på, at ILO-konventionens artikel 94 vil blive overholdt, og disse oplysninger indgik i det reviderede og det endelige tilbud. Energinet Gas havde på den baggrund og efter andre oplysninger fra virksomheden vurderet, at prisen i det endelige tilbudt ikke forekom unormalt lav.

Der var på den baggrund ikke grundlag for at tilsidesætte Energinet Gas' skønsmæssige vurdering, hvorefter det vindende tilbud ikke forekom unormalt lavt. Energinet Gas var derfor ikke forpligtet til at indhente en yderligere redegørelse med henblik på at få afklaret, om tilbuddet var unormalt lavt af årsager, som ville medføre pligt for Energinet Gas til at afvise tilbuddet efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 3, 2. pkt.

Klagen blev tilbagekaldt efter afsigelsen af delkendelsen, som herefter er den endelige afgørelse i sagen.

Klagenævnet har tidligere udtalt sig helt tilsvarende om de parallelle bestemmelser i udbudsdirektivets artikel 69, som gennemført ved udbudslovens § 169, i kendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund. Klagenævnet har udtalt sig til dels tilsvarende om ordregiverens skøn ved vurderingen af, om et tilbud forekommer unormalt lavt, og der dermed skal indhentes en redegørelse, i to tidligere kendelser af 6. marts 2020, Aktieselskabet Carl Christensen mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse og Autocentralen.com A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

Kendelse af 6. maj 2020, Gottlieb Paludan Architects A/S mod Aarhus Vand A/S

Der var ikke grundlag for at tilsidesætte ordregiverens skønsmæssige vurdering af, at den af tilbudsgiveren fremlagte dokumentation ikke på tilfredsstillende vis imødegik ordregiverens tvivl om, hvorvidt tilbudsgiveren med den tilbudte prissammensætning ville være i stand til at løse den udbudte opgave. Der var dermed heller ikke grundlag for at tilsidesætte ordregiverens vurdering af, at de tilbudte priser var unormalt lave.

Sagen angik et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af en kontrakt om arkitekturrådgivning i forbindelse med projektet »Aarhus ReWater«, som bl.a. vedrørte bygning af et ressourceanlæg. Rådgivningen vedrørte den overordnede arkitektoniske ramme for hele projektet samt en option med mulighed for, at Aarhus Vand lod den vindende arkitekturrådgiver indgå i to såkaldte ”turnkey contractor teams”, som skulle stå for selve realiseringen af projektet, herunder foreløbigt og endeligt design, planlægning og konstruktion af anlægget. Arbejdet i de to teams skulle starte som et innovativt partnerskab baseret på et partnerskabsamarbejde. Det fremgik af udbudsmaterialet, at det på grund af projektets kompleksitet var vanskeligt allerede ved kontraktindgåelsen at fastlægge det endelige indhold af den udbudte arkitekturrådgivningsydelse.

Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet. Et økonomisk underkriterium vægtede 30 %, og to kvalitative underkriterier vægtede hver 35 %. Tilbudsvurderingen efter det økonomiske underkriterium skulle ske på grundlag af tilbudsgivernes timepriser for nærmere afgrænsede kategorier af nøglepersoner, der ville blive anvendt ved opgavens udførelse, samt et dækningsbidrag for personer, som ikke var omfattet af de angivne kategorier. Det var anført, hvordan timepriserne på nøglepersonerne ville blive vægtet.

Arkitektfirmaet Gottlieb Paludan Architects, der sammen med tre andre firmaer var blevet prækvalificeret, afgav indledende tilbud. Tilbuddet indeholdt priser på nøglepersoner samt et dækningsbidrag på 0 %. Under et forhandlingsmøde med Gottlieb Paludan Architects tilkendegav Aarhus Vand bl.a., at det var en forudsætning for det fremtidige partnerskabsamarbejde, at aftalen var god og velafbalanceret for begge parter, og at en række priser i tilbuddet gav anledning til bekymring herfor, idet de tilbudte priser efter Aarhus Vands opfattelse afveg markant fra det forventede markedsniveau. Ved det endelige tilbud havde Gottlieb Paludan Architects foretaget mindre justeringer i de tilbudte timepriser. Aarhus Vand oplyste herefter Gottlieb Paludan Architects om, at de tilbudte priser og dækningsbidrag var usædvanligt lave, og anmodede om en redegørelse i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69. Gottlieb Paludan Architects indsendte en redegørelse til Aarhus Vand.

Aarhus Vand traf herefter beslutning om at tildele en anden tilbudsgiver kontrakten og afviste samtidig Gottlieb Paludan Architects tilbud som værende unormalt lavt.

Gottlieb Paludan Architects klagede til klagenævnet og gjorde gældende bl.a., at Aarhus Vand ikke havde været berettiget til at afvise tilbuddet som unormalt lavt, især når det ikke kunne påvises, at tilbudsgiveren ville lide et tab ved at opfylde kontrakten, og at tilbudsgiveren som en økonomisk solid virksomhed i øvrigt sagtens ville kunne bære et eventuelt tab. Gottlieb Paludan Architects gjorde desuden gældende bl.a., at det var godt gjort, at projektøkonomien var sund, og at Aarhus Vand havde valgt en usædvanlig evalueringsmodel, som stærkt favoriserede den måde, som Gottlieb Paludan Architects havde sammensat prisen på. Hvis Aarhus Vand havde ønsket, at priserne skulle være anderledes, kunne man have valgt en mere almindelig evalueringsmodel.

Klagenævnet udtalte, at Aarhus Vand ved vurderingen af tilbuddet fra Gottlieb Paludan Architects havde fulgt den procedure, der er beskrevet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 1 og 3. I den forbindelse havde Aarhus Vand tilkendegivet, at en række poster på tilbudslisten, herunder prisen for den designansvarlige og for projektlederen, der måtte anses som nøglepersoner i forbindelse med den udbudte fleksible aftale, afveg markant fra det forventede markedsniveau, og at de meget

forskellige priser på de enkelte medarbejdertyper ville kunne skabe en situation, som ikke ville være i overensstemmelse med de ønskede partneringsprincipper. Klagenævnet fandt med henvisning til karakteren af den udbudte opgave, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte Aarhus Vands skønsmæssige vurdering af, at den af Gottlieb Paludan Architects forelagte dokumentation ikke på tilfredsstillende vis imødegik Aarhus Vands tvivl om, hvorvidt Gottlieb Paludan Architects med den tilbudte pris-sammensætning ville være i stand til at løse den udbudte opgave. Dermed var der heller ikke grundlag for at tilsidesætte Aarhus Vands vurdering af, at de tilbudte priser var unormalt lave.

Kendelse af 13. maj 2020, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Egaa Gymnasium

Begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II om levering af rengøring til et gymnasium. Klageren, hvis tilbud var blevet afvist som unormalt lavt, gjorde gældende, at gymnasiet havde handlet i strid med udbudslovens § 169 (direktiv 2014/24/EU artikel 69) bl.a. ved at indlede en procedure om unormalt lavt tilbud og ved at afvise tilbuddet som unormalt lavt. Klageren gjorde desuden gældende, at gymnasiet havde handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 55, stk. 1 og 2), fordi begrundelsen var mangelfuld. Klagen blev ikke taget til følge.

Sagen angik et begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II af en kontrakt om levering af rengøring til Egaa Gymnasium. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor prisen vægtede 50 %, og kvalitet og organisering vægtede 35 %, henholdsvis 15 %. Ved vurderingen af prisen ville ordregiveren lægge hovedvægten på det tilbudte årlige vederlag. Ved vurderingen af kvalitet ville ordregiveren foretage en helhedsvurdering, hvor hovedvægten ville blive lagt på det tilbudte timetal. Organisering ville blive vurderet på baggrund af den beskrevne organisering og ordregiverens bedømmelse af omfang og kvalitet i denne. Det var i kontrakten et vilkår, at leverandøren forpligtede sig til at "sikre gode vilkår for medarbejderne", jf. ILO-konvention nr. 94 vedrørende løn- og ansættelsesvilkår.

Der var ud over Kongsvang Rengøringservice A/S fem tilbudsgivere. Kongsvang Rengøringservice A/S havde afgivet den næstlaveste pris. Blandt de fem øvrige tilbudsgivere var det højeste årlige antal timer til rengøring inklusive tilsyn og ledelse 6.534,75, og det laveste var 4.474,20 timer. Kongsvang Rengøringservice A/S havde tilbudt 6.106,35 timer, hvoraf 1.477,35 timer var til tilsyn og ledelse. De øvrige tilbud havde afsat fra 66,33 til 402 timer hertil. Det fremgik af evalueringsnotatet, at antallet af timer indgik med en vægt på 70 % i kriteriet "kvalitet". Egaa Gymnasium beregnede, at spændet i timeprisen for rengøring inklusive tilsyn og ledelse hos de øvrige tilbudsgivere lå fra 235,35 kr. til 260,50 kr. Gennemsnitsprisen var på 249,58 kr., mens timeprisen hos Kongsvang Rengøringservice A/S lå på 205,30 kr. Kongsvang Rengøringservice A/S blev under henvisning til, at tilbuddet forekom unormalt lavt, bedt om at "fremsende og dokumentere oplysninger om de særlige forhold, der gør, at Kongsvang Rengøringservice mener at kunne levere" den beskrevne ydelse til det tilbudte årlige vederlag og de tilbudte årlige antal timer.

Kongsvang Rengøringservice A/S sendte herefter en redegørelse, hvoraf bl.a. fremgik, at 763,80 timer til tilsyn og ledelse blev varetaget af eksisterende funktionsstab, og derfor ikke var indregnet som en omkostning. Timeprisen var derfor 234,65 kr. Det blev videre oplyst, at Kongsvang Rengøringservice A/S ønskede at føje Egaa Gymnasium til sin kundeportefølje. Ordregiveren afviste herefter tilbuddet som unormalt lavt og begrundede bl.a. afvisningen med, at redegørelsen ikke var tilstrækkelig, idet ordregiveren var usikker på de nærmere omstændigheder vedrørende de ikke indregnede timer, og

den "justerede" timepris kunne derfor ikke tages i betragtning. Gymnasiet anførte videre, at redegørelsen nærmere tog form af en bekræftelse af, at kravene ikke var tilsidesat, end af at være en redegørelse, der i tilstrækkelig grad og på betryggende vis tydeliggjorde, at Kongsvang Rengøringservice A/S ikke havde tilsidesat de gældende krav.

Klagenævnet udtalte under henvisning til udbudslovens § 169, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 69), at en ordregiver har pligt til at undersøge tilbud, som forekommer unormalt lave, og at det beror på ordregiverens konkrete skøn under hensyntagen til det udbudte, brancheforhold og andre relevante faktorer, der kan have indflydelse på prisspændet, hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt. Klagenævnet udtalte videre, at den klart misvisende anslåede værdi på 1 kr. ikke kunne tillægges betydning i forhold til dette skøn. Klagenævnet fastslog herefter, at der efter oplysningerne om en anvendt ensartet procedure ikke var grundlag for at konstatere, at den umiddelbare bedømmelse, som Egaa Gymnasium havde foretaget, ikke foregik på en objektiv og ikke diskriminerede måde, og at der ikke var grundlag for at tilsidesætte det skøn, som gymnasiet foretog om, at tilbuddet muligt var unormalt lavt.

Klagenævnet konstaterede herefter, at der ikke i forhold til udbudslovens § 169, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 69) gælder særlige krav til anmodningen om en redegørelse, men at der skal fastsættes en passende frist. En sådan frist var under hensyntagen til udbuddets begrænsede kompleksitet ydet. Klagenævnet gennemgik herefter redegørelsen og det efterfølgende forløb og konstaterede, at en række af de uddybende begrundelser for ikke et indregne de 763,80 timer som en omkostning først var anført efter redegørelsen. På den baggrund og efter indholdet af afvisningsbrevet fandt klagenævnet, at det skøn, som gymnasiet foretog ved vurderingen af tilbuddet på baggrund af redegørelsen, ikke var usagligt eller uproportionalt. Klagenævnet konstaterede herefter, at Egaa Gymnasium heller ikke under hensyntagen til oplysningerne om de sociale forpligtelser var afskåret fra at afvise tilbuddet, jf. udbudslovens § 169, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 69). Endelig konstaterede klagenævnet, at begrundelsen for afvisningen var tilstrækkelig fyldestgørende, og klagen blev således heller ikke på dette punkt taget til følge.

Kendelse af 26. november 2020, EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle

Under begrænset licitation efter tilbudsloven blev både den kvalitative tilbudsevaluering og afvisningen af et tilbud som unormalt lavt tilsidesat.

Den udbudte kontrakt var en rammeaftale om almindeligt forekommende el-arbejder i boligorganisationens ejendomme. Tildelingskriteriet var "det mest økonomisk fordelagtige bud" med underkriterierne "Pris" (60 %), "Kvalitet" (20 %) og "Samarbejde" (20 %). EL-TECH TEAM ApS, der var hidtidig leverandør af el-arbejderne, havde anfægtet tilbudsevalueringen. Ved evalueringen i relation til underkriteriet "Samarbejde" var der tildelt 0 point ud af 10 mulige til EL-TECH TEAM ApS. Det var i betingelserne for licitationen fastsat, at karakteren 0 gives ved "...et tilbud, som kun netop er konditions-mæssigt (men hvor der ikke er oplysninger, der belyser opfyldelsen af underkriteriet)". Tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS indeholdt imidlertid en række konkrete oplysninger til belysning af opfyldelsen af underkriteriet, og klagenævnet fandt på den baggrund, at AAB Vejle ved evalueringen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Afgørelsen er et af relativt få eksempler på, at klagenævnet har tilsidesat en kvalitativ tilbudsevaluering.

Efter at EL-TECH TEAM ApS var blevet underrettet om tildelingsbeslutningen i forbindelse med den nævnte evaluering, anmodede virksomheden om en begrundelse for evalueringen, herunder i relation til underkriteriet "Samarbejde". AAB Vejle meddelte, at boligorganisationen "som følge af en fornyet gennemgang af tilbuddet" nu vurderede, at det forekom unormalt lavt. Efter at have indhentet redegørelser fra EL-TECH TEAM ApS om prissætningen og efter en længere korrespondance besluttede boligorganisationen imidlertid at annullere tildelingsbeslutningen med henblik på tildeling af kontrakten på ny. Dernæst afviste boligorganisationen tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS som unormalt lavt og tildelte på ny rammeaftalen til den samme virksomhed.

EL-TECH TEAM ApS' klage angik også spørgsmålet om afvisningen af tilbuddet som unormalt lavt. Klagenævnet bemærkede, at ordregiveren efter tilbudslovens § 8, stk. 3, har bevisbyrden for, at et tilbud kan afvises som unormalt lavt. Om et tilbud er unormalt lavt, beror på et skøn fra ordregiverens side over, om det er overvejende sandsynligt, at tilbudsgiveren er ude af stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig og forsvarlig måde og i rette tid. § 8, stk. 3, har ifølge lovbemærkningerne samme funktion som det tidligere udbudsdirektivs artikel 55 om unormalt lave bud. Klagenævnet udtalte endvidere, at det på den ene side stod tilbudsgiverne frit for at fastsætte priserne på de enkelte ydelser på en måde, der efter tilbudsgiverens opfattelse maksimerede chancerne for at blive tildelt kontrakten (strategisk prissætning). På den anden side havde AAB Vejle som ordregiver ansvaret for at fastsætte en evalueringsmodel, som var egnet og dermed lovlig, og boligorganisationen havde herved mulighed for at tage højde for eventuel strategisk prissætning fra tilbudsgivernes side. En evalueringsmodel, der ikke var egnet, fx fordi den medførte risiko for skævvridning af evalueringen ved tilbud med strategisk prissætning, kan efter omstændighederne ikke danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Klagenævnet fremhævede, at AAB Vejle i første omgang ikke havde afvist tilbuddet som unormalt lavt, men havde ladet det indgå i evalueringen uden at tilkendegive, at det forekom unormalt lavt. Forskellen mellem den samlede pris i tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS, der var lavestbydende, og den samlede pris i det næstlaveste tilbud, der var afgivet af den vindende tilbudsgiver, udgjorde blot 74.471 kr., svarende til 4 %, idet de fem afgivne tilbud i øvrigt havde en betydelig spredning fra den laveste samlede pris på 1.897.911 kr. til den højeste samlede pris på 2.961.775 kr. Efter en konkret vurdering, herunder af en række af de tilbudte delpriser og boligorganisationens nærmere begrundelse for at afvise tilbuddet som unormalt lavt – og i lyset af, at tilbudslovens § 8, stk. 3, efter forarbejderne skal fortolkes indskrænkende – fandt klagenævnet, at bevisbyrden for, at tilbuddet var unormalt lavt, ikke var løftet. Det var herunder ikke sandsynliggjort, at EL-TECH TEAM ApS ville tilsidesætte sine overenskomstsmæssige forpligtelser ved beskæftigelse af lærlinge, alene fordi virksomheden havde tilbudt en timepris, som muligt var lavere end kostpris.

2.2.5 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel

Delkendelse af 3. januar 2020, A-Sport A/S mod Københavns Kommune

Det var under sortimentsudbud ikke entydigt og klart beskrevet, hvilken fremgangsmåde der ville blive anvendt til at udvælge varerne til en evalueringsteknisk varekurv, og hvordan kravet om en repræsentativ evaluering ville blive opfyldt. For nogle varer, der ønskedes indkøbt, var der endvidere – uanset forbuddet i udbudslovens § 42 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4) – anført varemærker.

Spørgsmålet var i første række, om den anvendte evalueringsmetode, som anført af klageren, havde været ugenomsigtig, ikke repræsentativ og dermed uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagenævnet anførte, at udbudslovens § 45, stk. 2, om evalueringen ved sortimentsudbud skal fortolkes i lyset af lovens § 160. Det må anses for forudsat ved ændringen af § 160, stk. 1, ved lov nr. 204 af 5. marts 2019, at det beskrives entydigt og klart, hvilken fremgangsmåde der vil blive anvendt til at udvælge varerne i en varekurv, således at den endelige sammensætning af varekurven vil være en direkte konsekvens af beskrivelsen. Efter klagenævnets praksis er det endvidere ved et sortimentsudbud med hensyn til underkriteriet "Pris" i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), at undlade at foretage en evaluering, som er repræsentativ for det forventede indkøb. Kravet kan opfyldes ved at inddrage et skønnet indkøbsbehov eller indkøbsvolumen eller ved at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbs-service A/S, kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, og kendelse af 15. juni 2018, AGA A/S mod Aalborg Universitet m.fl.

Sortimentsudbuddet var designet med 110 produktgrupper, fx "Fodboldmål", "Badmintonbold" og "Basketbolde", der var fordelt på ca. en fjerdedel så mange overordnede produktgrupper, fx "Fodbold", "Badminton" og "Basketball". En vis konkretisering var sket ved, at der under de enkelte produktgrupper var anført en række konkrete produkter fra historiske indkøb. For produktgruppen "Fodbold til asfalt" var fx anført 17 forskellige produkter med fabrikat/varemærke, bl.a. "Astro Street str. 4,5", "Trial Ultima fodbold str. 5, 3-lags plastfodbold" og "Midas Kids Street". I andre tilfælde var beskrivelsen uden fabrikat/varemærke.

32 ud af de 110 produktgrupper (ca. 29 %) var ikke indgået i den foretagne evaluering. Klagenævnet bemærkede, at det ikke var fastsat, hvor mange varer og produktgrupper der ville indgå i evalueringen. Det var alene fastsat, at der ville blive udvalgt mindst 150 og højst ca. 200 "sammenlignelige" varer blandt de varer, som alle tilbudsgiverne havde budt ind med. Der var ikke fastsat et minimum for antallet af produktgrupper, som ville indgå i evalueringen. Det var ikke nærmere beskrevet, hvorledes kommunen ville sikre, at "standardindkøbet", der som udgangspunkt ville være på ca. 200 varer, men viste sig at blive reduceret til ikke over 151 varer, i sig selv ville udgøre et repræsentativt udsnit i forhold til det forventede indkøb. Det var således ikke beskrevet i udbudsmaterialet, hvordan kommunen, om muligt, ville sikre, at udvælgelsen af produktgrupper og varer til brug for evalueringen kom til at finde sted på en saglig måde, der tog højde for den vilkårlighed, der lå i, at det ikke på forhånd var kendt, hvilke varer tilbudsgiverne hver især ville tilbyde eller undlade at tilbyde. En vare eller eventuelt en hel produktgruppe udgik nemlig af evalueringen, hvis den ikke var blevet tilbudt af alle tilbudsgiverne, eller hvis de tilbudte varer ikke blev vurderet som "sammenlignelige".

Klagenævnet lagde vægt på, at produktgrupperne i væsentligt omfang var beskrevet ved henvisning til produkter med navngivne fabrikater/varemærker, som på den ene side angiveligt ikke var udtryk for, at "det er de pågældende produkter og/eller producenter, Ordregiver ønsker at købe", men på den anden side angiveligt var udtryk for "den kvalitet Ordregiver ønsker at købe". Udbudsbetingelserne var dermed uklare, selvmodsigende og i væsentligt omfang uegnede til at gøre det klart for tilbudsgiverne, hvilken kvalitet der blev efterspurgt i forbindelse med priskonkurrencen, og dermed hvad der skulle afgives tilbud på. Det var uklart og ugenomsigtigt, hvilket minimum af kvalitet tilbudsgiverne kunne

tilbyde og samtidig sikre, at et tilbudt produkt også ville blive vurderet som "sammenligneligt" og dermed indgå i konkurrencen.

Tildelingskriteriet var "Pris". Der skulle derfor i princippet ikke finde en egentlig kvalitativ evaluering sted, jf. udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 2). På trods af dette forudsatte udbudsdesignet, at der blev foretaget en kvalitativ vurdering af de tilbudte produkter med henblik på at konstatere, hvilke der var "sammenlignelige" og herefter kunne indgå i evalueringen efter kriteriet "Pris". De tilbudte varers kvalitet var vurderet af en arbejdsgruppe med fagpersoner, som på den baggrund fastsatte en evalueringsteknisk varekurv med "sammenlignelige" varer. Hvis en tilbudsgiver havde tilbudt flere sammenlignelige varer, blev den billigste udvalgt. Udbudsdesignet forudsatte således, at der blev foretaget en kvalitativ vurdering, men parametrene for denne vurdering var uigenkendselige for tilbudsgiverne.

Sammenfattende var det således ikke entydigt og klart beskrevet, hvilken fremgangsmåde der ville blive anvendt til at udvælge varerne i varekurven. Det var ikke beskrevet, hvorledes det ville blive sikret, at evalueringen på grundlag af varekurven, hvis endelige indhold afhang af de konkrete tilbudte produkter, ville opfylde kravet om at være repræsentativ for det forventede indkøb fx ved inddragelse af et skønnet indkøbsbehov eller indkøbsvolumen eller ved at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje. Der var endvidere på grund af henvisningen til varemærker udsigt til, at udbudslovens § 42 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4) var overtrådt. Klagenævnet fandt således, at der var udsigt til, at klagen ville blive taget til følge. De øvrige betingelser for opsættende virkning var dog ikke opfyldt, og klagen blev derfor ikke tillagt opsættende virkning.

Udbuddet blev efterfølgende annulleret, og delkendelsen er derfor den endelige afgørelse i sagen.

Kendelse af 31. januar 2020, LeBock Fodtøj ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

Klage over, at det valgte tilbud var ukonditionsmæssigt, ikke taget til følge. På grundlag af ordregiverens erkendelse konstateret, at ordregiveren havde overtrådt udbudsreglerne ved at give et for højt pointtal til et af den valgte tilbudsgivers produkter. Ikke taget stilling til en klage over kvalitativ fejlvurdering af klagerens tilbud, da klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt. Af samme årsag ikke annullation af tildelingsbeslutningen. Afvist en klage over ordregiverens evaluering af et tilbud, som ordregiveren havde afvist som ukonditionsmæssigt, men alligevel havde evalueret som en service over for tilbudsgiveren.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI") foretog i denne sag et udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om levering af fodtøj til forsvaret. Der blev afgivet flere tilbud, men kun tilbuddet fra LeBock Fodtøj ApS og tilbuddet fra den virksomhed, der blev udpeget som vinder, blev anset for konditionsmæssige. LeBock Fodtøj ApS klagede til klagenævnet over FMI's beslutning om at tildele kontrakten til den anden tilbudsgiver.

En af påstandene angik den kvalitative vurdering af en tredje tilbudsgivers tilbud, som var et af de tilbud, som var afvist som ukonditionsmæssigt, men FMI havde alligevel bedømt tilbuddet i sin evalueringsrapport.

Klagenævnet afviste påstanden vedrørende bedømmelsen af det afviste tilbud, idet LeBock Fodtøj ApS ikke havde retlig interesse i at få taget stilling til, om der var fejl i evalueringen af tilbuddet, eftersom det jo var afvist. En vurdering af rigtigheden af den foretagne kvalitative bedømmelse ville således ikke kunne påvirke udfaldet af udbuddet.

LeBock Fodtøj ApS fik heller ikke medhold i sine påstande om, at vinderens tilbud var ukonditionsmæssigt som følge af manglende overholdelse af nogle mindstekrav. Derimod fik LeBock Fodtøj ApS medhold i, at der – hvilket FMI havde erkendt – til vinderen var givet et point for meget ved vurderingen af et af konkurrencekravene. FMI havde imidlertid under klagesagen gjort gældende, at LeBock Fodtøj ApS' tilbud rettelig skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, fordi det ikke opfyldte et mindstekrav om, at løbesko og vinterstøvler skulle tilbydes i flere bredder, og det var klagenævnet enig i. Da LeBock Fodtøj ApS' tilbud dermed skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, kunne den konstaterede fejl i pointtildelingen ikke føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

Kendelse af 27. maj 2020, DXC Technology Scandihealth A/S mod Frederikshavn Kommune

Frederikshavn Kommune havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at anvende forskellige fremgangsmåder ved tildelingen af point for nogle kvalitative delkriterier. Tildelingsbeslutningen blev annulleret.

Sagen angik et udbud om indkøb af et nyt elektronisk omsorgsjournalsystem (EOJ-system), der anvendes inden for omsorgs-, sundheds- og socialområdet.

Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af underkriterierne "Pris" (25 %), "Funktionalitet og brugervenlighed" (25 %), "Use cases" (25 %), "Drift og vedligehold" (15 %) og "Test og implementering" (10 %). Til de kvalitative underkriterier var knyttet vægtede delkriterier.

Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde gældende, at kommunens evalueringer i relation til de kvalitative kriterier ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, herunder navnlig fordi Frederikshavn Kommune ved den kvalitative evaluering havde anvendt forskellige fremgangsmåder for overførsel af point.

Klageren havde fået aktindsigt i et regneark, hvoraf fremgik point på del-delkriterieniveau for de enkelte tilbud, og fremlagde dette som et bilag under klagesagen. Klagenævnet konstaterede ved en gennemgang af regnearket og den foretagne evaluering, at de point, som fremgik af regnearket, med to decimaler afrundet til et helt tal i hver eneste tilfælde var identisk med de endelige karakterer for delkriteriet. Nævnet fandt det derved godtgjort, at regnearket havde dannet grundlag for evalueringen, og tilsidesatte bevismæssigt Frederikshavn Kommunes oplysning under klagesagen om, at der var foretaget en (fri) helhedsvurdering, således som der også var lagt op til i udbudsbetingelserne.

Herefter konstateret, at der var anvendt forskellige fremgangsmåder ved evalueringen af de forskellige tilbud og forskellige elementer, og at disse forskelle i flere tilfælde syntes at have været til klagerens ulempe. Der var derfor grundlag for annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagerens påstand om lovliggørelse af udbuddet ikke taget til følge, da udbuddet var afsluttet.

Kendelse af 18. december 2020, Kube Data ApS mod Udenrigsministeriet, Rigspolitiet og Udlændinge- og Integrationsministeriet

Et mindstekrav skulle forstås således, at tilbudsgiveren i tilbuddet skulle oplyse om producent og model/type for nogle nærmere beskrevne komponenter. Da det vindende tilbud alene indeholdt oplysning om navnet på producenten af den samlede løsning, opfyldte tilbuddet ikke mindstekravet. Tildelingsbeslutningen blev derfor annulleret. Ordregiveren blev endvidere pålagt en alternativ sanktion på 25.000 kr. for at have fået leveret ydelser omfattet af den udbudte kontrakt i standstill-perioden.

Sagen angik et udbud efter udbudslovens afsnit II af en kontrakt om opgradering og vedligeholdelse af udstyr til biometrioptagelse samt køb af nye biometristationer og mobile biometristationer.

Efter evaluering af de modtagne tilbud besluttede Udenrigsministeriet m.fl. at indgå kontrakt med den hidtidige leverandør.

Kube Data ApS klagede herefter til klagenævnet og gjorde gældende, at der var begået fejl i forbindelse med evalueringen, og at det vindende tilbud var ukonditionsmæssigt. Klagenævnet tog alene stilling til det sidste klagepunkt. Kube Data anførte hertil bl.a., at det vindende tilbud var ukonditionsmæssigt, idet det ikke levede op til flere af de stillede mindstekrav, herunder et mindstekrav om, at tilbudsgiveren i tilbuddet skulle oplyse om producent og type/model for nogle nærmere angivne komponenter. Kube Data gjorde derudover gældende, at der de facto var påbegyndt levering af ydelser omfattet af tilbuddet under standstill-perioden.

Klagenævnet udtalte, at mindstekravet måtte forstås således, at tilbuddet skulle indeholde oplysninger om producent og model/type for de beskrevne komponenter, og at mindstekravet ikke var opfyldt ved, at den vindende tilbudsgiver havde oplyst navnet på producenten af den samlede mobile biometriløsning. Det vindende tilbud var derfor ikke-konditionsmæssigt, og klagenævnet tog derfor en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

Klagenævnet fandt endvidere, at Udenrigsministeriet m.fl. havde handlet i strid med lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 1, jf. § 12, stk. 2, ved i standstill-perioden at have indgået aftale med den hidtidige leverandør om flytning og opsætning af nogle biometristationer. Arbejdet var i det væsentlige blevet udført i standstill-perioden. Klagenævnet udtalte, at da den udbudte kontrakt omfattede både eksisterende og nye biometristationer, og da flytning af biometristationer generelt måtte antages kun at kunne udføres af leverandører med ekspertise inden for biometristationer og dermed af de samme potentielle leverandører til den udbudte ydelse, måtte kontrakten forstås således, at den også omfattede flytning af allerede leverede biometristationer. Henset hertil og til sammenhængen med den udbudte kontrakt i øvrigt, herunder den tidsmæssige sammenhæng, fandt klagenævnet, at flytningen og den efterfølgende montering og testning af biometristationer udført af den vindende tilbudsgiver var omfattet af den udbudte ydelse. Klagenævnet fastsatte herefter en alternativ økonomisk sanktion på 25.000 kr.

2.2.6 Indhentelse af yderligere oplysninger

Kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune

Den vindende tilbudsgivers indlevering af referencer, som ikke opfyldte fastsatte mindstekrav, medførte, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Ordregiveren havde ikke været berettiget til i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3) at foranledige, at den vindende tilbudsgiver indleverede nye referencer.

Sagen angik et offentligt udbud om design og implementering af en ny hjemmeside til kommunen. Kommunen fastsatte som mindstekrav, at tilbudsgiverne skulle indlevere mindst tre referencer fra tilsvarende opgaver. Det blev anført, at ved "tilsvarende" skulle forstås levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en offentlig kunde. Med corporate hjemmeside skulle forstås kundens hovedhjemmeside, som var det site, der tilgås via URL'en www.indsaetkundensnavn.dk.

Eksponent ApS, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde navnlig gældende, at den vindende tilbudsgivers (Kruso A/S) tilbud ikke levede op til det fastsatte mindstekrav til teknisk og faglig formåen om tre referencer, idet to af de tre indleverede referencer ikke opfyldte mindstekravet om "tilsvarende". Efter at have modtaget Eksponents indsigelser havde kommunen erkendt, at i hvert fald en af referencerne ikke kunne bruges, men i stedet for at diskvalificere Kruso gav kommunen Kruso mulighed for at indlevere nye referencer og dermed opfylde mindstekravet. Kruso indleverede herefter referencer, som opfyldte mindstekravet. Klagenævnet lagde til grund, at de senere indleverede referencer også forelå, inden Kruso indleverede sit tilbud.

Kommunen gjorde gældende, at den i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3) havde været berettiget til at anmode den vindende tilbudsgiver om at indlevere egnede referencer.

Klagenævnet gav Eksponent medhold i, at tilbuddet fra Kruso havde været ukonditionsmæssigt, og at udbudslovens § 159, stk. 5 sammenholdt med bestemmelsens stk. 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3) ikke gav kommunen mulighed for at indhente nye referencer hos Kruso. Klagenævnet henviste i den forbindelse til EU-Domstolens afgørelse i Manova-sagen, udbudslovens § 159, stk. 5 og 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3), og forarbejderne hertil. Udbudslovens § 159, stk. 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3) er en kodificering af Manova-dommen, og en ordregiver kan ikke ved at anmode en tilbudsgiver om at præcisere sit tilbud afhjælpe fraværet af et dokument, som efter udbudsmaterialet skulle have været indleveret sammen med tilbuddet.

Kendelsen er indbragt for domstolene.

2.2.7 Rammeaftaler

Kendelse af 16. januar 2020, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark, om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen

Region Nordjylland udbød som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II en fireårig rammeaftale med en enkelt leverandør om køb af sonderemedier til hjemmepatienter og institutioner. Region Syddanmark var anført som deltager "på option".

Udbudsbekendtgørelsens rubrikker om anslået værdi var ikke udfyldt. Udbudsbekendtgørelsen indeholdt heller ikke oplysninger om rammeaftalens maksimale værdi eller den maksimale mængde af varer, der påtænkes indkøbt under rammeaftalerne.

Udbudsmaterialet, der var affattet på dansk, indeholdt en uddybende beskrivelse af de udbudte produkter og en tilbudsliste, hvoraf de forventede forbrugsmængder fremgik med bemærkning om, at angivelserne om forventet forbrug alene skulle betragtes som vejledende.

Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet, og efter at der var indkommet tilbud, besluttede regionerne at indgå kontrakt med en tilbudsgiver. En anden af tilbudsgiverne klagede derefter til klagenævnet. Efter klagens modtagelse traf klagenævnet afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, og Region Nordjylland har efterfølgende indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Klageren nedlagde bl.a. påstande om, at hver af de to regioner 1) havde handlet i strid med udbudslovens § 56 (direktiv 2014/24/EU artikel 49) og § 128, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 51, stk. 2), samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at angive den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de varer, der skulle leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, og 2) havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved ikke i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale at angive en maksimal mængde eller en maksimal værdi af de varer, der skulle leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.

Klageren nedlagde desuden påstand om annullation af regionernes tildelingsbeslutning og om, at klagenævnet skulle erklære de indgåede kontrakter for uden virkning.

Klagen er tydeligvis inspireret af EU-Domstolens dom af 19. december 2018 i sag C-216/17, *Autorità*.

Da udfaldet af sagen bl.a. beror på en fortolkning af udbudsdirektivet og kontroldirektivet, har klagenævnet besluttet at forelægge følgende spørgsmål for EU-Domstolen:

- 1) Skal ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, og bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 49, sammenholdt med direktivets bilag V, afsnit C, punkt 7 og 10 a, fortolkes således, at udbudsbekendtgørelsen i en sag som den foreliggende skal indeholde oplysning om den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale?

Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, anmodes Domstolen om tillige at oplyse, om de nævnte bestemmelser da skal fortolkes således, at oplysningerne skal angives for rammeaftalen a) samlet og/eller b) for den oprindelige ordregivende myndighed, der har tilkendegivet, at den ønsker at indgå en aftale på grundlag af udbuddet (her: Region Nordjylland) og/eller c) for den oprindelige ordregivende myndighed, som alene har tilkendegivet, at den deltager på en option (her: Region Syddanmark).

- 2) Skal ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, og bestemmelserne i udbudsdirektivets artikel 33 og 49 sammenholdt med direktivets bilag V, afsnit C, punkt 7 og 10 a, fortolkes således, at der i enten udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne skal fastsættes en maksimal mængde og/eller en maksimal værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, således at den pågældende rammeaftale vil have udtømt sine virkninger, når denne grænse er nået?

Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, anmodes Domstolen om tillige at oplyse, om de nævnte bestemmelser skal fortolkes således, at den nævnte maksimale grænse da skal angives for rammeaftalen a) samlet og/eller b) for den oprindelige ordregivende myndighed, der har tilkendegivet, at den ønsker at indgå en aftale på grundlag af udbuddet (her: Region Nordjylland) og/eller c) for den oprindelige ordregivende myndighed, som alene har tilkendegivet, at den deltager på en option (her: Region Syddanmark).

Såfremt spørgsmål 1 og/eller spørgsmål 2 er besvaret bekræftende, anmodes Domstolen endvidere om – i det omfang det efter indholdet af de nævnte besvarelser er aktuelt – at besvare følgende spørgsmål:

- 3) Skal artikel 2 d, stk. 1, litra a, i kontroldirektivet læst i sammenhæng med udbudsdirektivets artikel 33 og 49 sammenholdt med direktivets bilag V, afsnit C, punkt 7 og 10 a, fortolkes således, at betingelsen om, at den ”ordregivende enhed har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende”, omfatter et tilfælde som det foreliggende, hvor ordregiveren har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om den påtænkte rammeaftale, men
 - a. hvor udbudsbekendtgørelsen ikke lever op til kravet om at oplyse den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, idet der dog af udbudsbetingelserne fremgår et estimat herom, og
 - b. hvor ordregiveren har tilsidesat pligten til i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at fastsætte en maksimal mængde og/eller en maksimal værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale?

Sagen verserer for EU-Domstolen under sagsnummer C-23/20. Foruden Kommissionen og den danske regering har fem medlemsstater afgivet skriftlige indlæg.

Kendelse af 7. oktober 2020, Remondis A/S mod Hedensted Kommune

Klage over, at Hedensted Kommune havde udbudt en 6-årig kontrakt med option på forlængelse i 2 år om indsamling af sorteret dagrenovation som en offentlig kontrakt (en aftale) og ikke som en rammeaftale.

Klagens påstand 1 angik spørgsmålet om, hvorvidt aftalen rettelig skulle have været udbudt som en rammeaftale. Remondis gjorde til støtte herfor væsentligt gældende, at vinderen ikke var sikret en bestemt mindsteomsætning, og at der ifølge udbudsbetingelserne i kontraktens løbetid ville kunne ske en række ændringer, herunder bl.a. i antallet af tilsluttede husstande og i arten af affaldsbeholdere, som løbende kunne ændres i forbindelse med borgernes til- og afmeldinger og bestilling af ekstra tømninger samt som følge af ændringer i lovgrundlaget. Ændringsadgangen indebar ifølge Remondis A/S, at der var tale om en rammeaftale. Remondis anførte i den forbindelse tillige, at grænsen for tilladelige ændringsklausuler i udbudslovens § 179 (direktiv 2014/24/EU artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra a) (om at ændringer skal være forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler) var overskredet. Remondis nedlagde dog ikke en selvstændig påstand om overtrædelse af § 179 (direktiv 2014/24/EU artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra a).

Klagenævnet tog ikke påstand 1 til følge. Klagenævnet begrundede dette med, at den valgte leverandør, sådan som udbudsmaterialet var udformet, havde sikkerhed for i kontraktperioden at skulle foretage afhentning af dagrenovation i det angivne omfang til de enhedspriser, som leverandøren havde angivet i sit tilbud. Det fulgte heraf, at den udbudte aftale var en gensidigt bebyrdende kontrakt, jf. udbudslovens § 24, nr. 24 (direktiv 2014/24/EU artikel 2), og udbudsdirektivets artikel 2, stk. 1, nr. 5. At omfanget og indholdet af leverandørens ydelse og vederlaget herfor ifølge udbudsmaterialet ville afhænge af og variere med de valg, som borgerne ville træffe med hensyn til antal tømninger, beholdere mv., og at leverandøren uden ændring af enhedspriser skulle acceptere sådanne ændringer og de ændringer, som eventuel ny national regulering på affaldsområdet kunne indebære, medførte ikke, at der ved sådanne ændringer ville blive tildelt (nye) kontrakter som anført i udbudslovens § 24, nr. 30 (direktiv 2014/24/EU artikel 2), og udbudsdirektivets artikel 33, stk. 1, 2. pkt. Der var herefter ikke grundlag for at tilsidesætte klassificering af den udbudte aftale som en offentlig kontrakt.

Klagenævnet bemærkede i øvrigt, at de ændringer, som den udbudte kontrakt gav kommunen mulighed for at foretage, ikke syntes at ligge uden for de grænser, som følger af udbudslovens § 179 og udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra a.

Efter udfaldet vedrørende påstand 1 blev påstand 2 om, at udbudslovens § 95, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 1), hvorefter en rammeaftale, bortset fra i ekstraordinære tilfælde, højst kan have en løbetid på 4 år, heller ikke taget til følge.

Remondis A/S havde henvist til klagenævnets kendelse af 8. maj 2014, Abena A/S mod Slagelse Kommune, hvor klagenævnet havde fundet, at en udbudt offentlig kontrakt rettelig skulle have været udbudt som en rammeaftale. Udbuddet i sagen fra 2014 adskilte sig imidlertid væsentligt fra Hedensted Kommunes udbud.

Sagen er et eksempel på, at klagenævnet nogle gange træffer realitetsafgørelser inden for meget kort tid. Klagenævnet afsagde således efter parternes fælles anmodning realitetskendelse i sagen inden for

den frist, klagenævnet har til at afsige kendelse om opsættende virkning, i stedet for at tage stilling til spørgsmålet om opsættende virkning.

2.2.8 Klagenævnsløven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner

Delkendelse af 18. marts 2020, Alcyon ApS mod Region Hovedstaden, Region Midtjylland, Region Nordjylland og Region Sjælland

Klagen ikke tillagt opsættende virkning efter lov om Klagenævnet for udbud § 12, stk. 1, da en interesseafvejning faldt ud til regionernes fordel.

Sagen angik et offentligt udbud om levering af hospitalssenge opdelt i 4 delaftaler til en af klageren anslået samlet værdi af ca. 72 mio. kr. Klageren stillede spørgsmål under udbuddet, men valgte ikke at afgive tilbud og i stedet at indgive klage ved tilbudsfristens udløb med påstande bl.a. om, at en række minimumskrav i de tekniske specifikationer var udformet, så de favoriserede de eksisterende leverandører, og i øvrigt ikke var saglige eller proportionale, og med anmodning om, at klagen blev tillagt opsættende virkning.

Regionerne erkendte en overtrædelse (påstand 3), der alene vedrørte delaftale 4, og annullerede denne delaftale. Regionerne protesterede mod, at klagen blev tillagt opsættende virkning, og gjorde gældende, at betingelserne om fumus boni juris og uopsættelighed ikke var opfyldt, og at en interesseafvejning faldt ud til regionernes fordel.

Klagenævnet bemærkede, at Alcyon ikke var fremkommet med oplysninger, der kunne føre til, at virksomhedens interesse i, at klagen blev tillagt opsættende virkning, oversteg regionernes åbenbare interesse i hurtigst muligt at kunne indgå kontrakterne om hospitalssenge med henblik på at sikre den nødvendige kapacitet på hospitalerne.

Klagenævnet bemærkede nærmere, at der ikke på det foreløbige grundlag var udsigt til, at påstandene vedrørende de tekniske krav til sengene ville blive taget til følge. En mulig overtrædelse (påstand 5) ved hverken at have angivet anslået mængde, anslået omfang eller anslået værdi samlet eller for hver af de enkelte delaftaler havde ikke konkret afholdt Alcyon fra at deltage i udbuddet. De øvrige påstande sammenholdt med oplysningerne om antallet af tilbudsgivere havde ikke en sådan karakter, at Alcyons interesse i en afklaring heraf i den konkrete situation vejede tungere end regionernes mulighed for at kunne indgå kontrakt om indkøb af senge.

Klagen blev derfor ikke tillagt opsættende virkning.

Alcyon tilbagekaldte herefter klagen. Delkendelsen er således klagenævnets endelige afgørelse af sagen.

Kendelse af 30. marts 2020, Dansk Byggeri mod Tårnby Kommune

Klage om overtrædelse af tilbudsloven afvist, da fristen på 45 dage for indgivelse af klage i lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 4, ikke var overholdt.

Dansk Byggeri, der er en af de organisationer, som er tillagt klageadgang efter lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 3, indgav klage over en begrænset licitation efter tilbudsloven om etablering af en skaterpark, som Tårnby Kommune havde iværksat. Der indkom alene ét tilbud, og kontrakt blev herefter indgået den 5. september 2019. Dansk Byggeri indgav klage den 21. januar 2020, og kommunen påstod klagen afvist med henvisning til, at klagefristen på 45 dage var overskredet.

Dansk Byggeri gjorde gældende, at klagefristen for en klageberettiget organisation først skulle regnes fra det tidspunkt, hvor organisationen havde haft tilstrækkelige oplysninger til at vurdere, om der var grundlag for at klage.

Klagenævnet tog afvisningspåstanden til følge med henvisning til, at forarbejderne til lovens § 7 ikke giver støtte til en fortolkning mod ordlyden, heller ikke i et tilfælde som det foreliggende, hvor der alene er modtaget ét tilbud, som accepteres, og der derfor ikke kan forventes klager fra virksomheder, heller ikke gennem de faglige organisationer. Klagenævnet bemærkede så meget desto mere, at den 2-årige klagefrist for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i lovens § 7, stk. 7, i givet fald ville være overflødig.

Erstatningskendelse af 2. april 2020, MBG Entreprise A/S mod Københavns Kommune

Tilbudsgiver, der reelt havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, men ikke var tildelt kontrakten, tilkendt erstatning for positiv opfyldelsesinteresse. Ikke bevist, at kommunen på grund af uklarhed i licitationsmaterialet havde været forpligtet til at annullere licitationen eller ville have valgt at annullere denne på grund af uklarheden.

I en kendelse af 26. september 2019 mellem samme parter havde klagenævnet fundet, at kommunen under en licitation havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Licitationmaterialet var uklart, og kommunen havde i tilknytning hertil sammenlignet MBG Entreprise A/S' tilbud inklusive en pris på zinkbeklædning med et tilbud, som ikke indeholdt en pris på denne ydelse. Kommunen havde således sammenlignet tilbud og priser, som ikke var direkte sammenlignelige.

Kendelsen af 2. april 2020 angik MBG Entreprise A/S' påstand om erstatning. Klagenævnet fandt, at når der blev set bort fra delprisen på zinkinddækning – en ydelse som kommunen heller ikke havde ønsket at købe – var det reelt MBG Entreprise A/S og ikke den udnævnte vinder, der havde afgivet tilbuddet med den laveste pris. Klagenævnet fandt også, at kommunen ikke havde været forpligtet til at annullere licitationen (en sådan forpligtelse ville have afskåret et krav om erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse), og at kommunen kunne have fjernet uklarheden ved blot at udsende et rettellesblad. Kommunen burde efter omstændighederne og i lyset af hensynene til gennemsigtighed og ligebehandling have præciseret licitationsmaterialet for dermed at undgå forskelsbehandling af tilbudsgiverne, jf. tilbudslovens § 2, stk. 3. Dette skulle også ses i lyset af, at kommunen under licitationen havde fået spørgsmål fra MBG Entreprise A/S om forståelsen af licitationsmaterialet, der viste, at en præcisering var nødvendig. Kommunen havde ikke sandsynliggjort, at den ville have annulleret licitationen med henblik på at iværksætte en ny licitation, selvom også en sådan fremgangsmåde kunne have fjernet uklarheden. Der blev lagt vægt på, at annullation af licitation ville have været et videregående skridt med forøgede transaktionsomkostninger og forøget tidsforbrug til følge. Det var på denne

baggrund bevist, at kommune havde handlet ansvarspådragende, og at betingelserne om årsagsforbindelse og for et erstatningskrav opgjort som positiv opfyldelsesinteresse var opfyldt.

Den beløbsmæssige opgørelse af erstatningskravet indeholdt usikkerhedsmomenter, herunder med hensyn til dækningsgradens størrelse og risici ved entreprisen. Erstatningens størrelse blev derfor med udgangspunkt i den tilbudte entreprisensum og de foreliggende aftalesedler fra den gennemførte entrepris skønsmæssigt udmålt til 650.000 kr.

Afvisningskendelse af 16. april 2020, Tunstall A/S og Tunstall Health A/S mod Fælles Udbud og Udvikling af Telemedicin v/Region Midtjylland ("FUT"), TeleCare Nord og TeleKOL Landsdel Sjælland

Sagen angik, om træk på en rammeaftale skulle ske bl.a. på grundlag af de priser, som leverandørerne havde angivet i deres tilbud på rammeaftalen. Det var klagernes opfattelse, at ordregiverne havde været uberettiget til at nægte klagerne mulighed for at nedsætte deres priser i henhold til en klausul om prisregulering i rammeaftalen.

FUT, TeleCare Nord (TeleCare) og TeleKOL Landsdel Sjælland (TeleKOL) udbød i 2017 en rammeaftale bestående af to delaftaler: "Delaftale 1 – Medarbejderløsning" og "Delaftale 2 – Borgerløsning" vedrørende udrulning af telemedicin til borgere med KOL. FUT, TeleCare og TeleKOL besluttede at indgå kontrakt med bl.a. Tunstall Health A/S (Tunstall Health) og CGI Danmark A/S (CGI) vedrørende "Delaftale 1 – Medarbejderløsning" og med bl.a. Tunstall A/S (Tunstall), Tunstall Health og CGI vedrørende "Delkontrakt 2 – Borgerløsning". Kontrakterne blev indgået den 8. januar 2019.

Rammeaftalen indeholdt procedure for tildeling af leveranceaftale/valg af leverandør, og det fremgik bl.a., at opgaver blev tildelt efter reglerne om direkte tildeling jf. udbudslovens § 99 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, st. 4, litra a). Tildeling af en leveranceaftale ville ske til den leverandør, der i forhold til den konkrete leverance havde afgivet tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Rammeaftalens afsnit 10 indeholdt bestemmelser om prisregulering. Heraf fremgik bl.a. om fald i leverandørens listepreiser, at hvis prisudviklingen i leverandørens generelle listepreiser var gunstigere for kunderne, skulle enhedspriserne procentreguleres i forhold til prisudviklingen i leverandørens listepreiser. Justeringen af leverandørens enhedspriser skulle beregnes ved at reducere leverandørens tilbudte listepreiser med den procentsats, som leverandøren havde reduceret sine listepreiser med.

Tunstalls og Tunstall Healths tilbudspriser på de to delaftaler var flere gange højere end tilbudspriserne fra tilbudsgiveren med de laveste priser. Tunstall og Tunstall Health anmodede om lov til at regulere virksomhedens priser i overensstemmelse med rammeaftalens bestemmelser om prisregulering. Priserne ville blive nedsat betydeligt i forhold til de oprindeligt tilbudte priser, og Tunstall og Tunstall Health begrundede ændringen nærmere. FUT, TeleCare og TeleKOL vurderede, at prisreduktionen var så væsentlig, at den var af afgørende betydning for Tunstall og Tunstall Healths chance for at blive valgt som leverandører.

FUT, TeleCare og TeleKOL, der under processen modtog indsigelser fra CGI, endt med ikke at tillade Tunstall og Tunstall Health at regulere priserne. Leveranceaftalerne blev derfor indgået uden hensyntagen til Tunstalls og Tunstall Healths reducerede priser.

Tunstall og Tunstall Health påstod under klagesagen, at FUT, TeleCare og TeleKOL havde handlet i strid med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og § 99 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 4, litra) ved ikke at godkende Tunstalls og Tunstall Healths prisreguleringer og ved at tildele og indgå kontrakter uden at tage højde for Tunstalls og Tunstall Healths reducerede priser.

FUT, TeleCare og TeleKOL påstod klagesagen afvist, og klagenævnet tog påstanden til følge. Klagenævnet anførte, at klagenævnet ikke har kompetence til at behandle klager, der vedrører spørgsmål om overholdelse af kontrakter indgået mellem en myndighed og en virksomhed. Tunstall og Tunstall Health ønskede klagenævnets stillingtagen til en tvist mellem parterne om forståelse af en prisreguleringsbestemmelse i rammeaftalen. De nedlagte påstande omfattede efter deres ordlyd ikke fællesskabsrettens almindelige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Erstatningskendelse af 14. juli 2020, Kære Pleje Fredericia ApS mod Fredericia Kommune

Ved kendelsen tog klagenævnet stilling til, om Fredericia Kommunes overtrædelser som fastslået i kendelse af 3. april 2020 medførte, at kommunen skulle betale erstatning til klageren, Kære Pleje Fredericia ApS.

Kære Pleje Fredericia ApS havde indgivet tilbud på, men ikke opnået tildeling af, en efter udbudslovens afsnit III (light-udbud) udbudt aftale om forskellige hjemmeplejeydelser.

I kendelsen af 3. april 2020 havde klagenævnet givet Kære Pleje Fredericia ApS medhold i, at kommunen havde overtrådt udbudsloven som følger:

”Ad påstand 1

Fredericia Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 187, stk. 2 [direktiv 2014/24/EU artikel 75, stk. 1], jf. udbudsdirektivets bilag V, del H, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen under afsnit IV.1.11 at beskrive hovedelementerne i tildelingsproceduren, herunder tildelingskriteriet ved udbuddet.

Ad påstand 2

Fredericia Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 188, stk. 2 [direktiv 2014/24/EU artikel 76], jf. § 171 [direktiv 2014/24/EU artikel 55, stk. 1 og 2], ved ikke i sin underretningsskrivelse til Kære Pleje Fredericia ApS at have angivet, hvilken tilbudsgiver der havde afgivet tilbudet med laveste pris.

Ad påstand 4

Fredericia Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1 [direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1], ved at have fastsat et uklart mindstekrav vedrørende referencer, idet det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, hvilke ydelser der skulle henregnes til henholdsvis ”personlige plejeopgaver døgnet rundt” og ”praktisk bistand”.

Klagenævnet annullerede desuden Fredericia Kommunes tildelingsbeslutning.

I erstatningsdelen af sagen krævede Kære Pleje Fredericia ApS erstatning i form af negativ kontraktinteresse.

Klagenævnet frifandt kommunen. Selvom karakteren af de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne for så vidt angik påstand 1 og 4 indebar, at Fredericia Kommune – såfremt de øvrige betingelser for erstatningsansvar var opfyldt – var erstatningsansvarlig for Kære Pleje Fredericia ApS' tab ved at afgive tilbud, havde overtrædelserne været eller burde have været åbenbare for Kære Pleje Fredericia ApS, som desuagtet afgav tilbud. Der kunne følgelig ikke antages at være årsagssammenhæng mellem de konstaterede overtrædelser og det påståede tab, ligesom erstatningsansvar var afskåret som følge af egen skyld.

Kendelserne afspejler klagenævnets faste praksis om, at overtrædelser, som klageren kunne og burde have opdaget, inden tilbuddet blev afgivet, ikke kan begrundet et erstatningskrav. Typisk anfører klagenævnet kun, at der mangler årsagssammenhæng, men den pågældende praksis kan ligeledes ses som udtryk for en egen skyld-betragtning. Det anføres således udtrykkeligt i kendelsen, at frifindelsen blev begrundet med både manglende årsagssammenhæng og egen skyld.

Erstatningskendelse af 17. december 2020, De Forenede Dampvaskerier A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune

Klagen var indgivet af tilbudsgiveren med laveste tilbudspris. Klagerens tilbud var blevet afvist som ukonditionsmæssigt, men ved kendelse af 15. maj 2020 konstaterede klagenævnet, at afvisningen var uberettiget. Ved kendelse af 17. december 2020 pålagde klagenævnet ordregiveren at betale en skønsmæssigt fastsat erstatning på 2,5 mio. kr. til dækning af klagerens tab ved ikke at have fået kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse).

Klageren, De Forenede Dampvaskerier A/S ("DFD"), afgav tilbud på en rammeaftale om levering af vask og lejeløsning af tøj til sundhedsfagligt personale i Ringkøbing-Skjern Kommune. Tildelingskriteriet var "Pris".

Ringkøbing-Skjern Kommune fastsatte en række mindstekrav til det tøj, der skulle leveres, herunder at T-shirts ikke måtte være gennemsigtige.

DFD afgav tilbuddet med den laveste pris, men kommunen afviste tilbuddet som ukonditionsmæssigt, bl.a. fordi en tilbudt hvid T-shirt efter kommunens vurdering var gennemsigtig. Der var yderligere mindstekrav, som kommunen vurderede ikke var opfyldt. Kommunen tildelte herefter kontrakten til en anden tilbudsgiver, Berendsen Textil Service A/S.

DFD klagede over kommunens afvisning af tilbuddet og anmodede om, at klagen blev tillagt opsættende virkning. I en delkendelse udtalte klagenævnet, at der ikke var udsigt til, at DFD ville få medhold i klagen, fordi kommunen havde vurderet, at T-shirten var gennemsigtig, og at tilbuddet på dette punkt derfor ikke opfyldte det fastsatte mindstekrav.

Under den senere behandling af klagen indhentedes DFD en udtalelse fra Teknologisk Institut med en sammenligning af DFD's tilbudte T-shirt og den T-shirt, som Berendsen havde tilbudt. Klagenævnet lagde herefter til grund, at den T-shirt, som DFD og Berendsen havde tilbudt, var fra samme producent

og havde de samme nærmere angivne egenskaber. Kommunen anførte, at Berendsens T-shirt havde fået en særlig efterbehandling, der bevirkede, at den ikke var gennemsigtig, men der forelå ikke i sagen en udtalelse fra Berendsen om en sådan behandling eller en antydning af, hvad den skulle bestå i. Klagenævnet kunne derfor ikke lægge til grund, at Berendsens T-shirt havde fået en efterbehandling, som havde betydning for, om den var gennemsigtig. DFD fik herefter medhold i, at kommunen havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at afvise DFD's tilbud som ukonditionsmæssigt og ved ikke at tildele rammeaftalen til DFD. Tildelingsbeslutningen blev derfor annulleret.

DFD fremsatte herefter krav om erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse på ca. 4,1 mio. kr. Under den del af klagesagen fremlagde kommunen en udtalelse fra Berendsen om den efterbehandling, som virksomhedens T-shirts gennemgår, og som kan have betydning for, om T-shirten fremstår gennemsigtig.

Selv om kommunen nu havde fremlagt en udtalelse fra Berendsen, ændrede det ikke klagenævnets afgørelse. Klagenævnet lagde derfor ved erstatningsafgørelsen til grund, at hverken T-shirten fra Berendsen eller fra DFD var gennemsigtige. Ved afgørelsen fandt klagenævnet det ikke sandsynliggjort, at kommunen ville have annulleret udbuddet, eller at kommunen ville have opsagt rammeaftalen i den 6-årige løbetid. Da DFD havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, var DFD berettiget til erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Erstatningen blev skønsmæssigt fastsat til 2,5 mio. kr.

Ringkøbing-Skjern Kommune har indbragt klagenævnets afgørelse for domstolene.

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 i henhold til offentlighedsloven og forvaltningsloven. Der er ikke siden foretaget ændringer heri, og der henvises derfor indledningsvis hertil. Endvidere er praksis omtalt i kapitel 3 i årsberetningerne for 2017-2019. I 2020 har klagenævnet endvidere besluttet i højere grad at offentliggøre nævnets afgørelser om aktindsigt, således at også sådanne afgørelser fra den 15. juni 2020 som udgangspunkt nu bliver offentligt tilgængelige på nævnets hjemmeside.

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

Det sker, at klagenævnet træffer afgørelse om aktindsigt i henhold til de særlige regler om aktindsigt i miljøoplysninger. Sådanne sager, der delvist behandles efter reglerne i den tidligere offentlighedslov (lovbekendtgørelse nr. 988 af 9. oktober 2012), behandles normalt ikke særskilt i klagenævnets årsberetninger.

Afgørende for, om en anmodning om aktindsigt skal behandles efter miljøoplysningsloven, er blandt andet, om de oplysninger, der anmodes om aktindsigt i, er omfattet af begrebet "miljøoplysninger", som de er defineret i miljøoplysningslovens § 3. Der er tale om et meget bredt begreb, og det følger bl.a. af EU-Domstolens praksis, at begrebet skal fortolkes udvidende. Efter § 3, stk. 1, nr. 3, omfatter begrebet herunder "*foranstaltninger, herunder administrative foranstaltninger såsom politikker, lovgivning, planer, programmer, miljøaftaler og aktiviteter, der påvirker eller kan påvirke de enkelte miljøelementer ... og faktorer samt foranstaltninger og aktiviteter, der har til formål at beskytte disse miljøelementer*". Det er oplagt, at udbud af kontrakter, der vil kunne påvirke miljøet, efter omstændighederne må kunne anses for sådanne "foranstaltninger" og dermed kunne omfattes af lovens begreb om miljøoplysninger.

Klagenævnet har imidlertid i en afgørelse fra 2020 af mere generel betydning behandlet spørgsmålet, om aktindsigt i et annulleret udbud skal behandles efter lov om aktindsigt i miljøoplysninger eller efter de almindelige aktindsigtsregler i offentlighedsloven og forvaltningsloven:

Klagenævnets afgørelse af 18. juni 2020 (j.nr. 20/03844). Sagen angik et spørgsmål om aktindsigt efter miljøoplysningsloven i tilbud afgivet under et udbud med forhandling af en kontrakt om en permanent udbygning til et eksisterende spildevandsanlæg. Udbuddet blev i overensstemmelse med reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet indledt med prækvalifikation gennem en kvalifikationsordning. Klageren havde tillige klaget til Klagenævnet for Udbud over selve udbuddet.

Det udbud, oplysningerne angik, blev imidlertid annulleret pga. fejl i udbudsmaterialet, og ordregiveren stod herefter over for et genudbud. Da udbuddet var annulleret, fastslog nævnet, at

det kunne udelukkes, at der kunne blive indgået en aftale på baggrund af det udbuds- og tilbudsmateriale, som klageren ønskede aktindsigt i. Der var dermed ikke tale om en foranstaltning, som direkte eller indirekte kunne påvirke miljøet. Dermed var der ikke tale om miljøoplysninger, og klagen var dermed ikke omfattet af miljøoplysningsloven.

3.2 Klagenævnets kompetence i rekursager efter offentlighedsloven

Det følger af offentlighedslovens § 37, stk. 1, at afgørelser om aktindsigt kan 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 de specielle bemærkninger til offentlighedslovens § 37, stk. 1, jf. lovforslag nr. L 144 af 7. februar 2013, fremgår 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."* Som nævnt i årsberetningerne for 2017 -2019 følger det af offentlighedslovens § 37, 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.

Klagenævnets kompetence er således afgrænset til konkrete udbudssager. Har ordregiverne mere generelle sager om udbudsretlige emner, som ikke i sig selv har karakter af udbudssager, kan afgørelser om aktindsigt heri dermed ikke påklages til Klagenævnet for Udbud:

Klagenævnets afgørelse af 30. juni 2020 (j.nr. 20/04953). Sagen angik en klage over Direktoratet for Kriminalforsorgens afslag på at meddele aktindsigt i materiale, der var indgået i en sag om en revisionsundersøgelse af direktoratets overholdelse af udbuds- og indkøbsreglerne. Klagen blev afvist, da klagenævnet ikke var kompetent efter offentlighedslovens § 37. Der blev herved lagt vægt på, at sagen om revisionsundersøgelse, som aktindsigtsanmodningen angik, ikke i sig selv havde karakter af en udbudssag, som ville kunne påklages til Klagenævnet for Udbud, og at nævnet derfor heller ikke havde kompetence til at behandle klager over aktindsigtsafgørelser i denne sag. Det blev herved bemærket, at såfremt de pågældende dokumenter også indgik i (udbuds)sager, som ville kunne påklages til Klagenævnet for Udbud, ville eventuelle afgørelser om aktindsigt i disse sager kunne påklages til nævnet.

Klagenævnets afgørelse af 30. juni 2020 (j.nr. 20/05221). Sagen angik Kriminalforsorgens afslag på aktindsigt i den endelige revisionsrapport. Også denne sag blev afvist med samme begrundelse som i den foregående sag.

Efter offentlighedslovens § 39, stk. 1, kan en klage over sagsbehandlingstiden vedrørende en anmodning om aktindsigt – ligesom en aktindsigtsklage efter lovens § 37 – påklages særskilt og direkte til den myndighed, der er øverste klageinstans i forhold til afgørelsen eller behandlingen i øvrigt af den pågældende sag. Særligt i relation til sådanne sager kan det imidlertid undertiden give anledning til tvivl, om nævnet er kompetent, hvis den anmodning om aktindsigt, som klageren klager over sagsbehandlingstiden af, ikke er begrænset til en (eller flere) egentlige udbudssag(er):

Klagenævnets afgørelse af 17. december 2020 (j.nr. 20/10449). Sagen angik en klage over sagsbehandlingstiden hos Kystdirektoratet. Den oprindelige aktindsigtsbegæring omfattede al brevveksling mellem direktoratet og en (senere) vindende tilbudsgiver, der også var leverandør i henhold til en allerede indgået kontrakt. Nævnet konstaterede, at kun et mindre antal mails angik et konkret udbud, som Klagenævnet for Udbud var klageinstans i forhold til. Klagenævnet fandt, at klagen over Kystdirektoratets sagsbehandlingstid efter princippet i offentlighedslovens § 39, stk. 1, måtte ske til den myndighed, som sagen vedrørende den væsentligste del af anmodningen ville kunne påklages til. Da de nævnte mails imidlertid alene udgjorde en meget begrænset del af den samlede korrespondance, som anmodningen omfattede, fandt klagenævnet, at anmodningen om aktindsigt efter en helhedsvurdering ikke kunne anses for at angå en sag om en udbudsproces, som ville kunne påklages til Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet afviste herfter at behandle klagen.

3.3 Interne oplysninger

Som nævnt i klagenævnets årsberetninger for 2017 og 2019 omfatter retten til aktindsigt ikke interne dokumenter, der ikke er afgivet til udenforstående, jf. offentlighedslovens § 23, stk. 1, nr. 1. 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.

Klagenævnets afgørelse af 16. april 2020 (j.nr 20/02582). Sagen angik bl.a. afslag på aktindsigt i indklagedes interne korrespondance. Klageren gjorde herunder gældende, at korrespondancen ikke kunne anses for intern, idet indklagede havde videresendt korrespondancen til sin advokat. Klagenævnet stadfæstede afslaget og bemærkede herved, at indklagede alene havde overladt den interne korrespondance til sin advokat til brug for en aktindsigts sag i tilknytning til en klagesag ved Klagenævnet for Udbud, og at overgivelsen af korrespondancen under disse omstændigheder ikke medfører, at korrespondancen derved er ophørt med at være intern, jf. offentlighedslovens § 27, nr. 4, og § 23, stk. 1, nr. 1.

3.4 Undtagelse af fortrolige erhvervshemmeligheder fra aktindsigt

Som nævnt i årsberetningerne for 2016-19 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. I klagenævnets praksis viser det sig imidlertid 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.

Klagenævnets afgørelse af 20. januar 2020 (j.nr. 19/09001). Klagen angik et delvist afslag på aktindsigt i den kontrakt, der var indgået med den vindende tilbudsgiver i et påklaget udbud. Oplysninger i aftalen om "Aftalens indhold og længde", "Lokation", "Parternes tiltrædelse", oplysninger om datoen for aftalens indgåelse, samt en række oplysninger om "Krav til arbejdstøj og værnemidler m.v.," "Indsamlingsopgaverne", "Opsamlingsudstyr", "Bodssystem" og "Misligholdelse" blev ikke anset for at have karakter af forretningshemmeligheder, og der blev derfor meddelt aktindsigt heri.

Efter klagenævnets praksis kan de nævnte undtagelsesbestemmelser endvidere ikke føre til, at oplysninger om erhvervshemmeligheder, som normalt kan undtages fra aktindsigt, ikke udleveres til de indklagede offentlige myndigheder, allerede fordi meddelelse af en sådan aktindsigt ikke i sig selv indebærer nogen nævneværdig nærliggende risiko for den berørte virksomhed.

Klagenævnets afgørelse af 2. marts 2020 (j.nr. 20/00992). Klageren havde ved klagenævnets kendelse af 18. december 2019 fået medhold i en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen i et udbud om rutebuskørsel. Under den efterfølgende erstatningssag nedlagde klageren påstand om positiv opfyldelsesinteresse. Klageren gjorde i den forbindelse gældende, at det indklagede trafikselskab ikke måtte få aktindsigt i det materiale, som virksomheden havde indsendt med henblik på at godtgøre størrelsen af tabet (positiv opfyldelsesinteresse). Klageren gjorde herved gældende, at der var tale om erhvervshemmeligheder, jf. forvaltningslovens § 15 b. Klagenævnet traf afgørelse efter denne bestemmelse. Klagenævnet konstaterede indledningsvis, at det indklagede trafikselskab havde en reel og væsentlig interesse i aktindsigt, og at oplysningerne måtte anses for afgørende for, at trafikselskabet kunne varetage sine interesser under erstatningssagen. Herefter konstaterede nævnet, at der ikke forelå sådanne afgørende hensyn til klageren, jf. forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, at bilaget skulle undtages fra trafikselskabets aktindsigt. Nævnet lagde herved vægt på, at trafikselskabet var oprettet i henhold til lov om trafikselskaber som en del af den offentlige forvaltning, og at det er underlagt forvaltningslovens regler, herunder lovens § 27 om tavshedspligt. Afgørelsen under erstatningssagen om trafikselskabets aktindsigt indebar således ikke en ret til offentliggørelse af bilaget i almindelighed, og trafikselskabet ville således i forbindelse med behandlingen af eventuelle anmodninger om aktindsigt efter offentlighedsloven i oplysningerne skulle tage stilling til, om de indeholdt forretningshemmeligheder efter offentlighedslovens § 30, nr. 2.

3.5 Undtagelse af andre dokumenter

Efter offentlighedslovens § 27, nr. 4, omfatter aktindsigt ikke brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres. En sag ved Klagenævnet for Udbud må som følge af klagenævnets domstolslignende karakter, og da sager for nævnet i vidt omfang – på samme måde som voldgiftssager, der udtrykkeligt er nævnt i bestemmelsens forarbejder – træder i stedet for sagsanlæg ved de almindelige domstole, anses for at være en ”retssag” i medfør af offentlighedslovens § 27, nr. 4, jf. herved klagenævnets afgørelse af 11. september 2015, Wind People mod Energistyrelsen, navnlig side 40 ff.

Se også den ovennævnte sag, hvor der dog tillige konkret var en nærliggende mulighed for et sagsanlæg ved domstolene:

Klagenævnets afgørelse af 20. januar 2020 (j.nr. 19/09001). Klagenævnet fastslog, at korrespondance mellem det indklagede forsyningsselskab og selskabets juridiske rådgiver kunne undtages efter bestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4. Der blev herved lagt vægt på, at der verserede en aktuel klagesag ved Klagenævnet for Udbud, at nævnet i delkendelsen under den udbudsretlige klagesag havde fundet, at betingelsen om *fumus boni juris* (at klagen skal have noget på sig) var opfyldt, og at et sagsanlæg derfor måtte anses som en nærliggende mulighed.

En del af korrespondancen med selskabets juridiske rådgiver, der blandt andet angik planlægningen af møder, blev konkret ikke anset for omfattet af bestemmelsen.

4. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER

Afsnittet indeholder en gengivelse af endelige domme fra 2020 afsagt i sager, som klagenævnet har afsagt kendelse om. Klagenævnet anmoder ved en kendelses afsigelse parterne om at få at vide, hvis sagen indbringes for domstolene, og om at blive orienteret om dommens udfald. Det er dog ikke sikkert, at nævnet herved får oplysning om alle sådanne sager. Domme, som ikke er blevet endelige i 2020, fordi de er anket til en højere instans, er ikke medtaget i oversigten.

Vestre Landsrets dom af 21. august 2020, Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S mod Dansk Cater A/S, jf. klagenævnets kendelse af 9. februar 2018 (Årsberetningen 2018, s. 33)

Sagen vedrørte et udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om levering af fødevarer til en anslået værdi af 1,6 mia. kr. fordelt på ca. 4.500 varelinjer. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet. Ved kendelse af 9. februar 2018 traf klagenævnet afgørelse om, at ordregiverens evalueringsmodel for underkriteriet Pris var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at den kvalitative evaluering ikke var foretaget på grundlag af et repræsentativt udvalg af vareprøver og derfor heller ikke havde været egnet til at bidrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

SKI indbragte sagen for byretten, dog kun for så vidt angår evalueringsmodellen for underkriteriet Pris. Byretten henviste sagen til landsretten, og dommen er således afsagt af landsretten som første instans.

Af klagenævnets kendelse fremgår, at det må kræves af en evalueringsmodel ved et sortimentsudbud som det omhandlede, at evalueringen er repræsentativ i forhold til det forventede indkøb, jf. principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det var ikke tilfældet. Der var således ikke foretaget et skøn over indkøbsbehovet/volumen eller foretaget en vægtning af hver enkelt varelinje.

Landsretten opretholdt klagenævnets afgørelse og henviste desuden til udbudslovens § 1 (om lovens formål) og § 161 (hvorefter en ordregiver skal tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud).

Københavns Byrets dom af 21. oktober 2020, Anklagemyndigheden mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, jf. klagenævnets kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (Årsberetningen 2019, side 38)

Ved kendelse af 15. februar 2019 tog klagenævnet en påstand om uden virkning fra og med den 1. april 2019 af en del af en rammeaftale, der havde haft virkning fra den 1. marts 2018, til følge. Da SKI ikke er omfattet af klagenævnslovens § 19, stk. 1, indgav klagenævnet i medfør af lovens § 18, stk. 3, politianmeldelse i stedet for at pålægge en alternativ sanktion.

Københavns Byrets dom omhandler størrelsen af den bøde, som SKI skal betale.

SØIK udstedte den 15. oktober 2019 et bødeforlæg til SKI på 440.000 kr. efter først at have indhentet en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om bødeudmåling iht. udbudsloven.

Det fremgår af dommen, at det var anklagemyndighedens opfattelse, at bødeberegningen skulle foretages ud fra den af klagenævnet anslåede kontraktværdi af de omhandlede reservedele, minimum 22 mio. kr.

Det var SKI's opfattelse, at beregningen af bøden skulle foretages under hensyn til de konkrete omstændigheder i sagen og den særlige aftalestruktur, herunder at der var tale om 63 rammeaftaler med successiv ikrafttræden, samt at værdien af kontrakterne, der tillodes opretholdt, kunne opgøres objektivt på baggrund af udbudsmaterialet. SKI opgjorde værdien på udbudstidspunktet af de opretholdte rammeaftaler til 4.262.941,09 kr. og nedlagde påstand om, at bøden skulle beregnes med 5 % af dette beløb.

Retten udtalte med henvisning bl.a. til lovens forarbejder, at det er hensigten, at den økonomiske sanktion beregnes af den anslåede værdi af den del af kontrakten, der tillades opretholdt på trods af overtrædelsen af reglerne. Bøden skal således fastsættes med udgangspunkt i den del af kontrakten, der allerede var opfyldt pr. 1. april 2019, og de uudnyttede optioner skulle ikke indgå i grundlaget for bødeberegningen.

Retten fandt ligeledes, at der måtte tages højde for den særlige aftalestruktur med 63 individuelle rammeaftaler med forskellige ikrafttrædelsesdatoer og for, at nogle rammeaftaler ikke var trådt i kraft og dermed hverken helt eller delvist gennemført pr. 1. april 2019, hvorfor de ikke skulle indgå i grundlaget for bødeberegningen.

Der var enighed om, at der ved kategorisering af lovovertrædelsen skulle anvendes en procentsats på 5 %. Retten fastsatte herefter bøden til 220.000 kr., jf. klagenævnslovens § 20, jf. § 22, jf. § 19, stk. 2, nr. 3, jf. § 18, stk. 2, nr. 3, jf. § 17, stk. 1, nr. 1.

Retten i Odenses dom af 6. november 2020, TC Anlæg A/S mod Assens Spildevand A/S, jf. klagenævnets kendelse af 21. februar 2019

Sagen vedrørte et udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II om udførelse af et anlægsprojekt i totalentreprise med tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet til en anslået værdi af 100 mio. kr. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten, og omfattede for klagenævnet en række klagepunkter om ordregiverens tilbudsvurdering m.m. Klagenævnet tog ikke klagen til følge på noget punkt.

Klageren indbragte derefter sagen for retten og gjorde nu bl.a. tillige gældende, at den vindende tilbudsgiver, Per Aarsleff A/S, skulle have været udelukket på grund af en interessekonflikt, da en projektleder hos ordregiverens rådgivende ingeniørselskab, som havde haft en central rolle bl.a. i forbindelse med forhandlingerne med tilbudsgiverne og med tilbudsevalueringen, var gift med en økonomidirektør i Per Aarsleff-koncernen.

Retten fandt, at ordregiveren havde været forpligtet til at udelukke den vindende tilbudsgiver i medfør af udbudslovens § 136, nr. 1, og henviste til, at ordregiveren havde bevisbyrden for, at der ikke konkret forelå partiskhed hos ingeniørfirmaets medarbejder. Denne bevisbyrde var ikke løftet, jf. også EU-Domstolens dom af 12. marts 2015 i sag C-538/13, eVigolo, præmis 43.

Retten havde herefter ikke anledning til at tage stilling til, hvorvidt der i øvrigt var forhold i det vindende tilbud, der gjorde, at tildelingen af kontrakten var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Der var ikke grundlag for at fastslå, at tilbuddet fra TC Anlæg, der var fundet konditionsmæssigt i forbindelse med afleveringen af tilbuddet, var ukonditionsmæssigt.

Det påhvilede Assens Spildevand, der havde overtrådt udbudsreglerne ved ikke at afvise tilbuddet fra Aarsleff, at sandsynliggøre, at man ikke ville have antaget tilbuddet fra TC Anlæg, men i stedet ville have annulleret udbuddet, jf. U.2012.2952H. Ved vurderingen blev der bl.a. lagt vægt på, at forskellen i pointtildelingen mellem tilbuddene fra Per Aarsleff og TC Anlæg var meget beskedent, og bevisbyrden ansås ikke for løftet.

Retten pålagde Assens Spildevand at betale en skønsmæssigt fastsat erstatning på 5 mio. kr. til dækning af TC Anlægs tab ved ikke at have fået kontrakten.

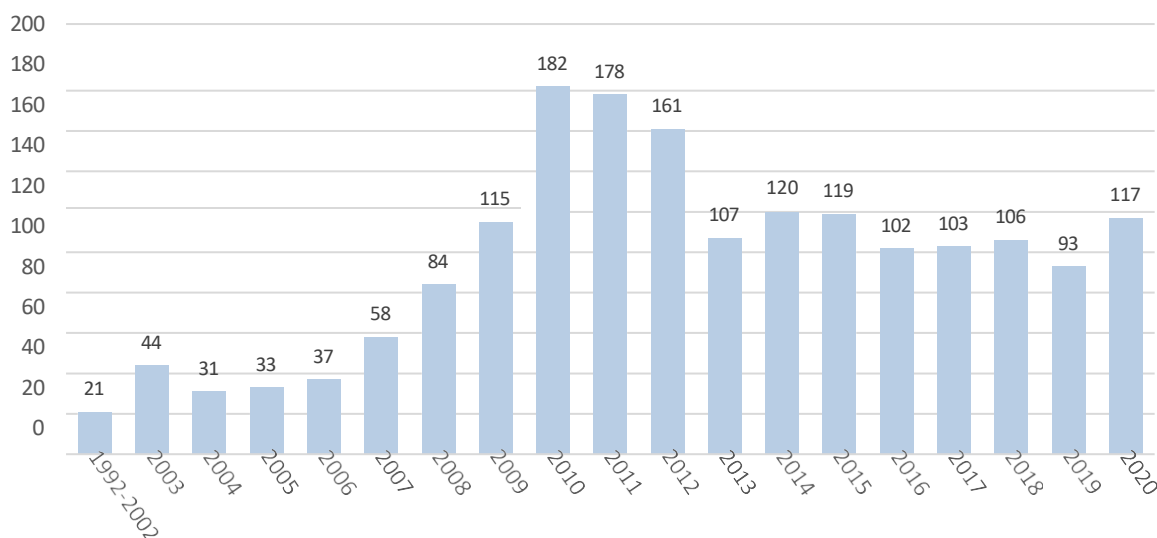
5. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2020

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

5.1 Indkomne klager

I 2020 modtog klagenævnet 117 klager. Oversigten nedenfor viser udviklingen i antallet af indkomne klager i årene 1992-2020.

INDKOMNE SAGER



Antallet af modtagne klager i 2020 er over niveauet i 2019, men fortsat markant lavere end i 2010-2012.

Som anført i afsnit 4.1 i årsberetningen for 2013 skal det markante fald i sagstilgangen ses i lyset af ændringerne i håndhævelsesloven (nu klagenævnsloven) og klagenævnsbekendtgørelsen i 2013, som netop havde til formål at begrænse et stigende antal klagesager. Navnlig forhøjelsen af klagegebyret til 20.000 kr. i sager om overtrædelse af udbudsdirektivet (de fleste sager) og klagerens risiko for at blive pålagt at betale sagsomkostninger til den indklagede ordregiver må antages at have været udslagsgivende faktorer. At der skete et mindre fald i antallet af klagesager i 2016-2019 kan muligvis forklares med, at potentielle klagerere i lyset af gennemførelsen af de omfattende ændringer i de materielle udbudsregler har været mere tilbageholdende, samt med at klagenævnet ikke længere er kompetent til at træffe afgørelser i sager om indkøb under tærskelværdierne uden en klar grænseoverskridende interesse, jf. udbudslovens afsnit V.

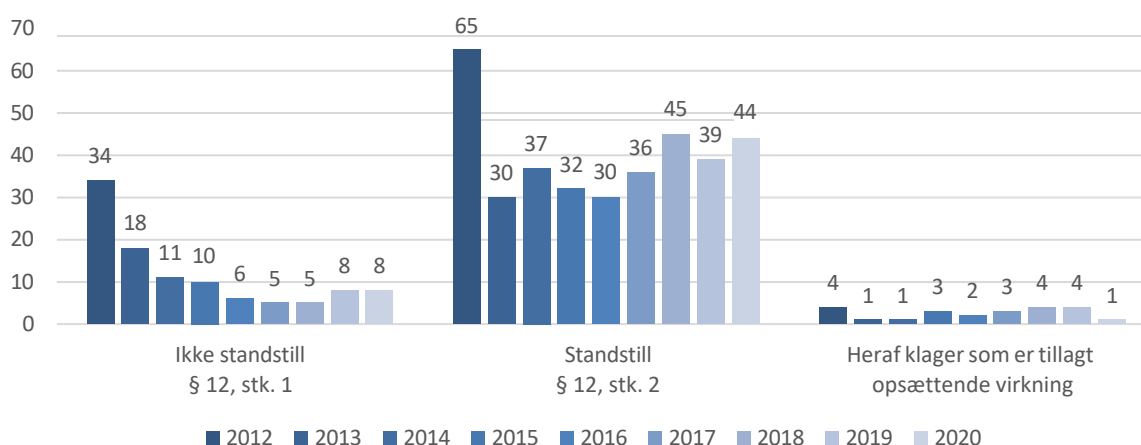
5.2 Standstill-sager og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning

Som det fremgår nedenfor, afsagde klagenævnet i 2020 delkendelse i otte sager, hvor der var anmodet om opsættende virkning efter klagenævnslovens § 12, stk. 1, og delkendelse i 44 sager modtaget i

standstill-perioden efter lovens § 12, stk. 2, hvor klagenævnet har en lovbunden frist på 30 dage til at træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning. I 2020 er der i én sag truffet afgørelse om at tillægge en klage opsættende virkning, se herom afsnit 1.4 ovenfor og omtale af kendelsen i kapitel 2. I nogle tilfælde træffer klagenævnet afgørelser om, hvorvidt en klage skal tillægges opsættende virkning, i brevform og ikke som en egentlig kendelse. Sådanne afgørelser i brevform er også medregnet i opgørelsen.

Nedenfor ses antallet af afsagte standstill-kendelser og andre kendelser m.v. vedrørende opsættende virkning for 2012-2020.

STANDSTILL-KENDELSER OG ANDRE AFGØRELSESR VEDRØRENDE OPSÆTTENDE VIRKNING



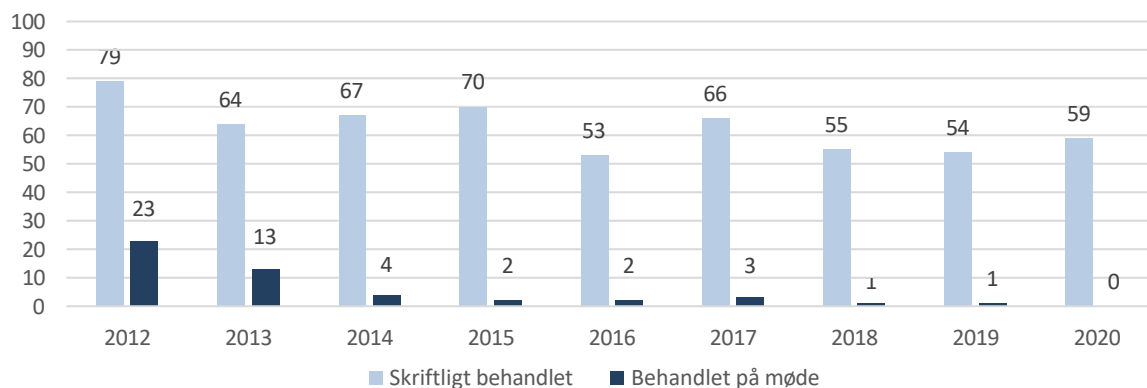
Klagenævnets kendelser m.v. vedrørende opsættende virkning fører i en række sager til, at klagen tilbagekaldes som følge af klagenævnets "fumus-kendelser", hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt. Sådanne kendelser er meget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

5.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde

De 44 sager, hvori klagenævnet afsagde realitetskendelser i 2020 (se afsnit 5.4), blev alle behandlet på skriftligt grundlag.

Nedenfor ses en opgørelse over sager behandlet henholdsvis på skriftligt grundlag og med mundtlig forhandling i årene 2012-2020.

NÆVNSBEHANDLING PÅ SKRIFTLIGT GRUNDLAG ELLER MØDE



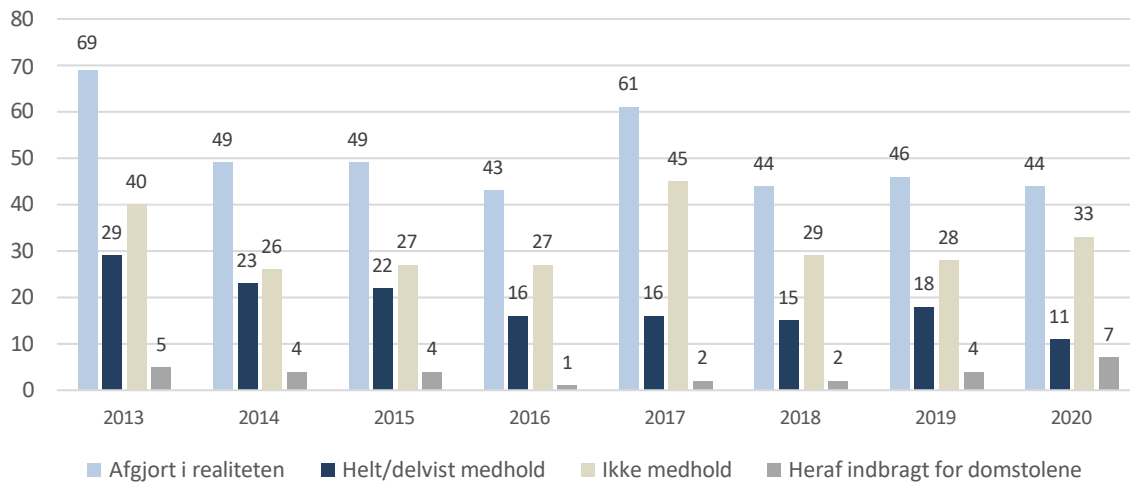
Note: De viste tal indeholder også afviste sager

Fordelingen af skriftligt behandlede sager/sager med mundtlig forhandling viser, at kun ganske få sager behandles mundtligt. Som også anført i afsnit 4.3 i årsberetningen for 2013 er dette fald i overensstemmelse med lovgivers intention. I 2010 blev det således med håndhævelseslovens (nu klagenævnenslovens) § 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 2020 afgjorde klagenævnet 44 sager i realiteten. Heraf fik 11 klagere helt eller delvist medhold, mens 33 klagere ikke fik medhold. Klagenævnets kendelser er i de fleste tilfælde den endelige afgørelse af sagen. Af de 44 kendelser blev således kun syv indbragt for domstolene. Antallet af kendelser, der er indbragt for domstolene, er lidt højere end de foregående år.

AFGJORTE SAGER SAMT UDFALDET HERAF



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

Tabellen nedenfor viser, at medholdsprocenten i 2020 var på 25 % og dermed den laveste for årene 2011-2020.

Opgørelsen i grafen og nedenstående tabel indeholder ikke de "fumus-kendelser", som bliver den endelige afgørelse i klagesagen. Klagenævnet har i 2020 afsagt 25 "fumus-kendelser". I 3 af disse vurderede nævnet, at betingelsen om fumus boni juris (at klagen har noget på sig) var opfyldt. Dette førte i 2 sager til, at ordregiveren annullerede udbuddet eller sin beslutning om tildeling, hvorefter klagen blev tilbagekaldt, og delkendelsen således blev nævnets endelige afgørelse i sagen.

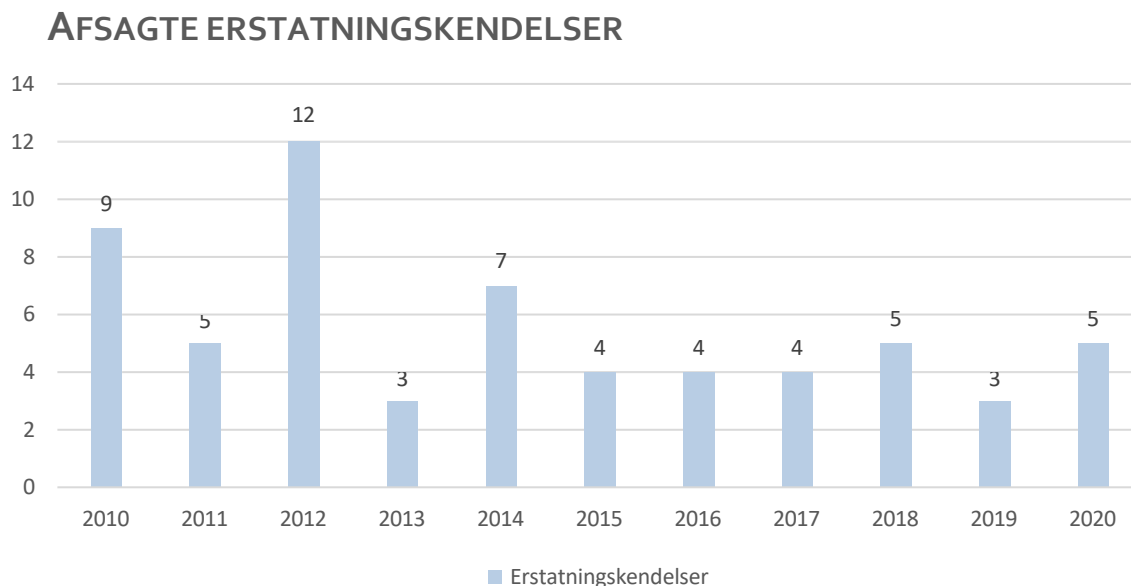
I de resterende 22 "fumus-kendelser" vurderede klagenævnet, at betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt, hvilket i 15 tilfælde førte til, at klagen blev tilbagekaldt, og delkendelsen således blev nævnets endelige afgørelse i sagen.

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

5.5 Afsagte erstatningskendelser

I 2020 afsagde klagenævnet fem kendelser om erstatning.

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



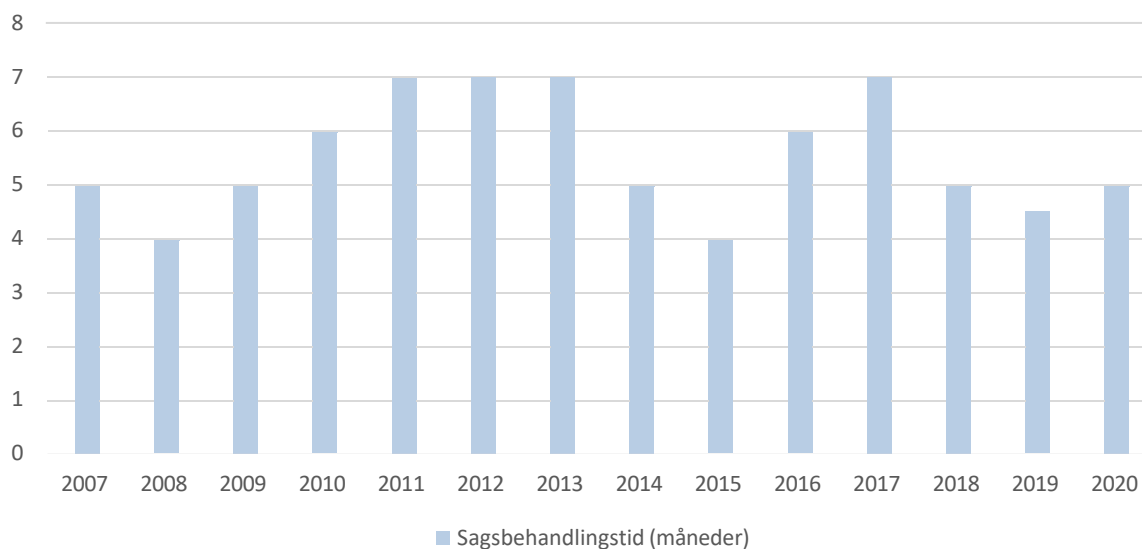
Som omtalt i afsnit 4.5 i årsberetningen for 2013 er det erfaringen, at erstatningsspørgsmålet i mange af de sager, hvor klageren har fået helt eller delvist medhold ved klagenævnets materielle kendelse, løses uden om klagenævnet, således at parterne indgår forlig i stedet for at lade det være op til klagenævnet at afgøre sagen ved en erstatningskendelse. Antallet af erstatningskendelser i 2012 må sammenholdes med et stort antal modtagne klager i 2010 og 2011 (henholdsvis 182 og 178 klager).

5.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid

I 2020 havde klagenævnet en gennemsnitlig sagsbehandlingstid på 5 måneder.

Nedenfor ses en opgørelse over udviklingen i den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for afviste sager og materielle kendelser opgjort i måneder i årene 2007-2020.

GENNEMSNITLIG SAGSBEHANDLINGSTID



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

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid er steget til 5 måneder i 2020, svarende til sagsbehandlingstiden i 2007, 2009, 2014 og 2018.

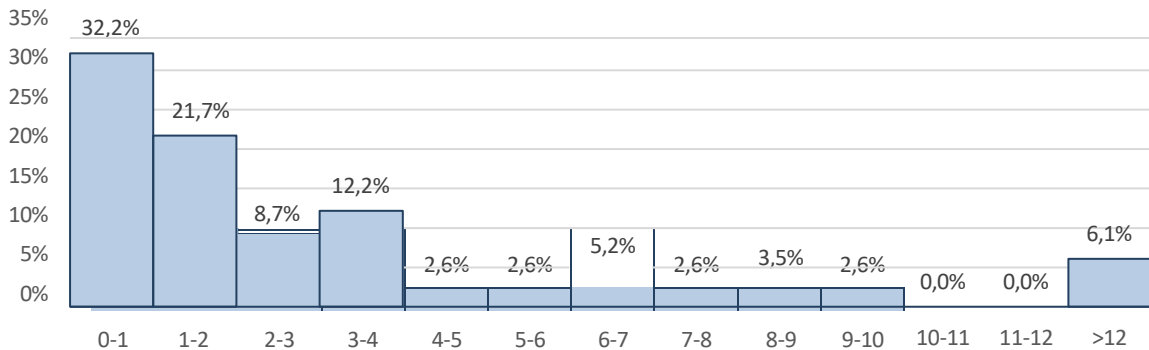
Antallet af verserende sager ultimo 2020 er opgjort til 41, hvilket svarer nogenlunde til årene 2017 – 2019.

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

Nedenfor er for 2020 opgjort den procentvise andel af alle sager, der afsluttes med en sagsbehandlingstid på 0-1 måned, 1-2 måneder osv. og med en sagsbehandlingstid på mere end 12 måneder. I opgørelsen indgår alle klagesager, herunder sager, hvor klagen er afvist, og sager, hvor klagen er tilbagekaldt, herunder tilbagekaldt efter at klagenævnet har afsagt en "fumus-kendelse". Erstatningskendelser, som der kun afsiges ganske få af, er ikke medregnet. For yderligere bemærkninger henvises til afsnit 5.8 nedenfor, hvor sagsbehandlingstiden i antal måneder for klagesager er opgjort procentvist kumulativt.

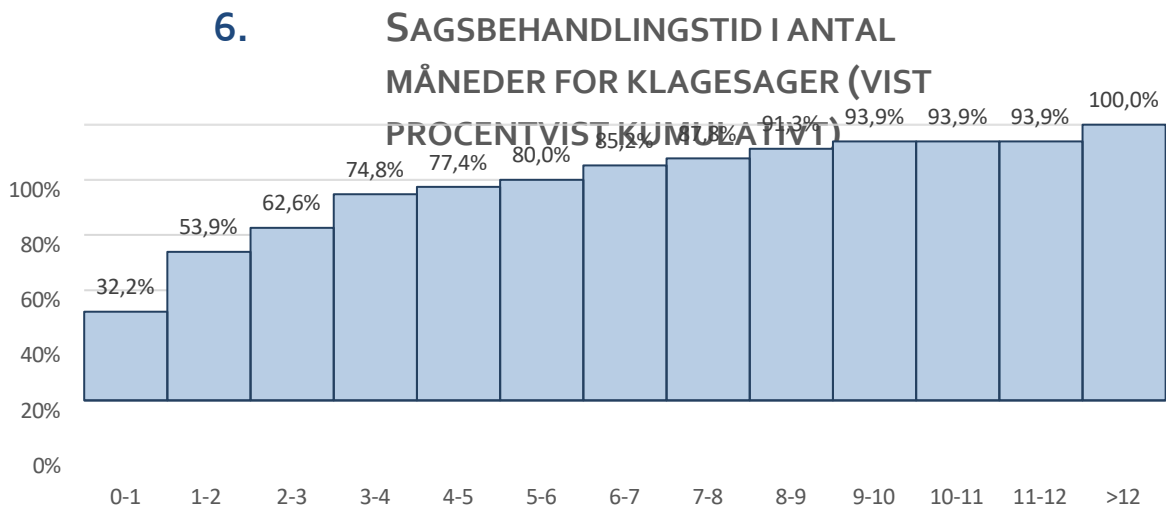
Sagsbehandlingstiden anses for afsluttet ved afsigelse af materiel kendelse, afvisning eller tilbagekaldelse af klagen. Om den yderligere sagsbehandlingstid i sager, hvori der herudover bliver afsagt erstatningskendelse, henvises til afsnit 5.5.

SAGSBEHANDLINGSTID I ANTAL MÅNEDER FOR KLAGESAGER (PROCENTVIS FORDELING)



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for 2020 vist procentvist kumulativt.

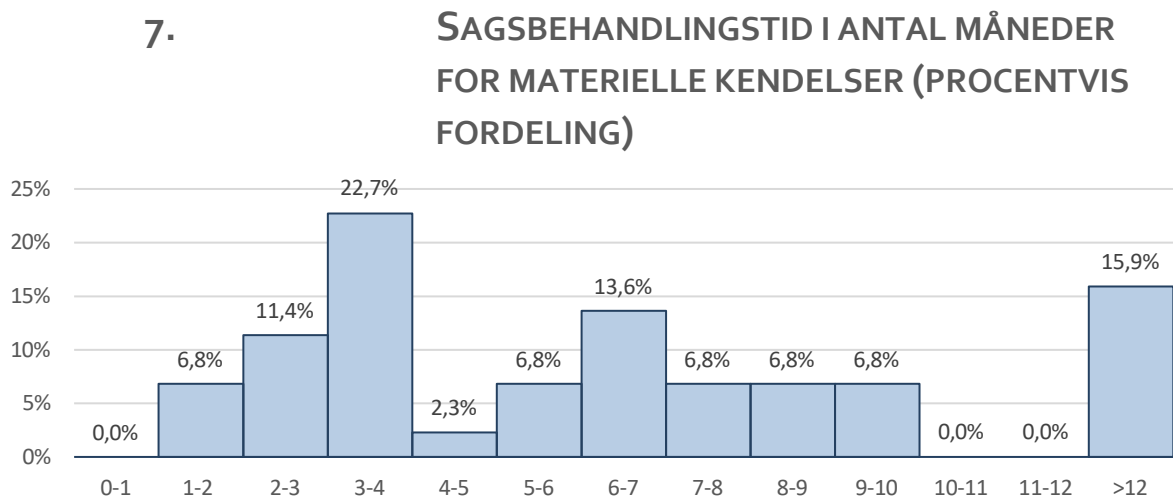


Ca. 32 % af sagerne er i 2020 afsluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen mod 29 % i 2013, 33 % i 2014, 47 % i 2015, ca. 39 % i 2016, ca. 27 % i 2017, 33 % i 2018 og ca. 27 % i 2019. Ca. 54 % af sagerne er i 2020 sluttet i løbet af de første to måneder efter klagens modtagelse mod 42 % i 2013, 54 % i 2014, 62 % i 2015, 53 % i 2016, ca. 41 % i 2017, ca. 56 % i 2018 og ca. 48 % i 2019. Det fremgår videre, at ca. 63 % af alle modtagne sager i 2020 blev sluttet i løbet af tre måneder mod 49 % i 2013, 60 % i 2014, 69 % i 2015, 61 % i 2016, ca. 49 % i 2017, ca. 66 % i 2018 og ca. 56 % i 2019. I opgørelsen for 2020 indgår bl.a. 56 sager, hvor klagen er tilbagekaldt. I ca. en tredjedel 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 80 % af sagerne i 2020 blev sluttet i løbet af fem-seks måneder efter klagens modtagelse mod 37 % i 2013, 62 % i 2014, 65 % i 2015, 74 % i 2016, ca. 77 % i 2017, ca. 81 % i 2018 og ca. 84 % i 2019, og at ca. 94 % af sagerne færdigbehandles i løbet af ni-ti måneder mod 86 % i 2013, ca. 87 % i 2014, 92 % i 2015, 87 % i 2016, 88 % i 2017 og 2018 og ca. 97 % i 2019.

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

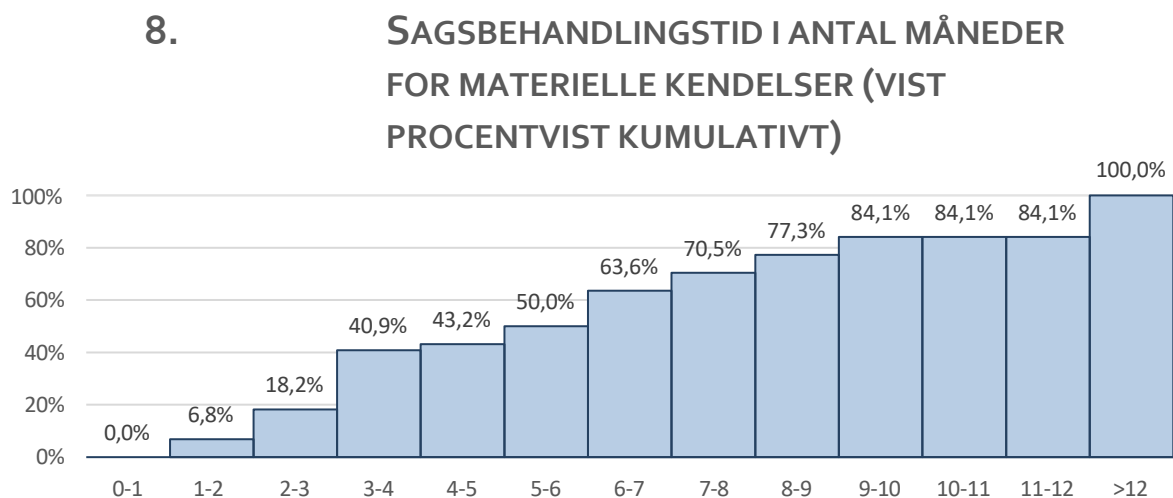
6.1 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2020 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.



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for materielle kendelser i 2020 vist procentvist kumulativt.



Tabellen viser, at der i 2020 var afsagt materiel kendelse i ca. 41 % af de sager, hvori en sådan kendelse blev afsagt, i løbet af tre-fire måneder mod 20 % i 2013, 30 % i 2014, 41 % i 2015, 44 % i 2016, 38 % i 2017, 34 % i 2018 og 37 % i 2019. I 2020 var der endvidere afsagt materiel kendelse i 50 % af sagerne i løbet af fem-seks måneder mod 37 % i 2013, 62 % i 2014, 65 % i 2015, 54 % i 2016, 57 % i 2017, 59 %

i 2018 og ca. 67 % i 2019. Videre ses det, at der i 2020 efter otte-ni måneder var afsagt materiel kendelse i ca. 77 % af sagerne mod ca. 69 % i 2013, 87 % i 2014, 90 % i 2015, 71 % i 2016, 76 % i 2017, ca. 70 % i 2018 og 87 % i 2019. De resterende 23 % (2013: 31 %, 2014: 13 %, 2015: 10 %, 2016: 29 %, 2017: 24 %, 2018: 30 % og 2019: 13%) af sagerne, hvis sagsbehandlingstid strakte sig over længere tid, hører erfaringsmæssigt til i kategorien af særligt store og juridisk/teknisk meget komplicerede sager, der nødvendigvis har en længere sagsbehandlingstid. Når der ses på klagenævnets sagsbehandlingstid for materielle kendelser, er det vigtigt at være opmærksom på, at arbejdet med en sag ofte ikke alene består i at udarbejde en materiel kendelse, men at der undervejs i mange af sagerne også bruges betydelige ressourcer på at træffe afgørelse(r) vedrørende opsættende virkning og aktindsigt efter forvaltningsloven, jf. også oven for afsnit 5.2.

9. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET

Klagenævnets udadrettede aktiviteter i 2020 var som følge af COVID-19-pandemien begrænset set i forhold til de foregående år.

Klagenævnet og nævnets sekretariat deltog den 15. juni 2020 i et virtuelt møde i Network of first instance procurement review bodies, arrangeret af EU-Kommissionen.

Klagenævnets formand Nikolaj Aarø-Hansen holdt oplæg ved en virtuel udbudskonference arrangeret af det norske klagenævn, Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), den 19. november 2020.