

Klagenævnet for Udbud

Årsberetning 2023

INDHOLDSFORTEGNELSE

FORORD.....	3
1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD	4
1.1 Lovgrundlag og etablering	4
1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning.....	4
1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat.....	5
1.4 Klagenævnet for Udbuds opgaver, herunder klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder	6
1.5 Nævns- og formandsafgørelser	9
1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning	10
1.7 Sagens forberedelse og afgørelse, herunder sagsomkostninger.....	11
1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven	13
2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER	18
2.1 Indledning	18
2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser.....	18
2.2.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter	18
2.2.2 Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse.....	21
2.2.3 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel	30
2.2.4 Rammeaftaler	36
2.2.5 Indhentelse af yderligere oplysninger	37
2.2.6 Unormalt lave tilbud	38
2.2.7 Klagenævnsloven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner	40
2.2.8 Prækvalifikation	42
2.2.9 Udbud med forhandling.....	43
3. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER	47
4. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2023	49
4.1 Indkomne klager	49
4.2 Standstill-sager og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning	49
4.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde.....	50
4.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf.....	51
4.5 Afsagte erstatningskendelser.....	52
4.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	53
4.7 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist som procentvis fordeling)	54
4.8 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt).....	54
4.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling)	55
4.10 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist procentvist kumulativt).....	56
5. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET	57

FORORD

Klagenævnet for Udbud udgiver hermed sin 11. årsberetning, der i overensstemmelse med klagenævnsbekendtgørelsen skal formidle indholdet af klagenævnets principielle kendelser.

Kapitel 1 indeholder en redegørelse for nævnets lovgrundlag, etablering og sammensætning, herunder formandskabet, nævnets sagkyndige og sekretariat. Desuden indeholder kapitlet en kort gennemgang af udvalgte aktindsigtsafgørelser, som klagenævnet har truffet i 2023.

Kapitel 2 indeholder referater af en række af nævnets kendelser fra 2023, som må anses for principielle eller i øvrigt af særlig interesse. Klagenævnets kendelser offentliggøres i øvrigt løbende på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.naevneneshus.dk. Det gælder både kendelser om overtrædelse af udbudsreglerne og kendelser om erstatning samt et udvalg af klagenævnets endelige afgørelser om opsættende virkning og om aktindsigt.

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

Kapitel 4 indeholder statistiske oplysninger om klagenævnets virksomhed og kommentarer hertil. I 2023 modtog klagenævnet 72 klager, hvilket er en del færre end i 2022. Klagenævnet gav i 2023 klageren helt eller delvist medhold i ca. 35 % af klagerne, hvilket er på niveau med 2022. Hertil kommer, at klagenævnet i ca. 15 % af nævnets kendelser om opsættende virkning, hvor nævnet tog stilling til betingelsen om fumus boni juris (om klagen har noget på sig), fandt, at denne betingelse var opfyldt, hvilket typisk førte til, at parterne fandt en løsning, som indebar, at klagen blev tilbagekaldt.

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

Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid i 2023 var på 7 måneder og dermed på samme niveau som i 2022.

Jakob O. Ebbensgaard, formand

Viborg, juli 2024

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 ved lov om Klagenævnet for Udbud (klagenævnsløven), jf. lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016, som indeholder reglerne om klagenævnets kompetence og virksomhed. Til loven knytter sig bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud (klagenævnsløvens bekendtgørelse), der senest er ændret ved bekendtgørelse nr. 178 af 11. februar 2016. Klagenævnsløvens bekendtgørelse indeholder bl.a. reglerne for indgivelse af klage og klagenævnets sagsbehandling.

1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning

Klagenævnets organisation er fastlagt i klagenævnsløvens § 9 og klagenævnsløvens bekendtgørelses § 1.

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

Formandskabet består af 6 landsdommere og 4 byretsdommere. Fra oktober 2023 har klagenævnet midlertidigt bestået af 5 landsdommere og 5 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. Der 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 klagenævnsløvens bekendtgørelse. De sagkyndige medlemmer af klagenævnet er uafhængige i deres hverv som sagkyndige og er således hverken undergivet instruktionsbeføjelse eller tilsyn fra den myndighed eller organisation, hvor de har deres hovedbeskæftigelse, eller fra den myndighed eller organisation, der har indstillet dem.

Klagenævnets formandskab var i 2023 sammensat af følgende dommere:

Formand for Klagenævnet for Udbud:

Landsdommer Jakob O. Ebbensgaard

Klagenævnets øvrige formandskab:

- Fhv. landsdommer Kirsten Thorup
- Landsdommer, ph.d. Michael Ellehauge (til den 23. oktober 2023)
- Fhv. dommer Niels Feilberg Jørgensen
- Landsdommer Erik P. Bentzen
- Dommer Jesper Stage Thusholt
- Landsdommer Jesper Jarnit
- Dommer Mette Langborg
- Dommer Morten Juul Nielsen
- Landsdommer Ane Røddik Christensen (fra den 10. marts 2023)
- Dommer William Lindsay-Poulsen (fra den 23. oktober 2023)

Klagenævnets sagkyndige medlemmer var i 2023:

- Senior Director Pernille Hollerup
- Videnspartner Jan Eske Schmidt (til den 25. august 2023)
- Juridisk konsulent Lene Ravnholt
- Chefjurist Preben Dahl
- Advokat Stephan Falsner
- Indkøbs- og udbudschef Jeanet Vandling
- Professor (MSO), ph.d. Ole Helby Petersen
- Chefkonsulent Christina Kønig Mejl
- Chefjurist, cand.jur. Claus Pedersen
- Kontorchef Birgitte Nellemann
- Advokat Kurt Helles Bardeleben
- Kontorchef Maria Haugaard
- Professor Carina Risvig Hamer
- Servicechef Trine Kronbøl
- Advokat Mikael Kenno Fogde
- Salgschef Rikke Fog Bach
- Chefkonsulent Louise Kirkegaard Folling (til den 10. marts 2023)
- Advokat, chefkonsulent Torkil Schrøder-Hansen (til den 16. maj 2023)
- Professor Michael Steinicke
- Chefkonsulent Christian Lund Hansen
- Kontorchef Anette Gothard Mikkelsen (fra den 10. marts 2023)
- Advokat Mads Severin Holm (fra den 16. maj 2023)
- Advokat Linda Norstrøm Nissen (fra den 25. august 2023)

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 2023 var normeret med fire jurister og to sekretærer.

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

Sekretariatet bestod i 2023 af følgende medarbejdere:

- Specialkonsulent, cand.merc.jur. Maiken Nielsen
- Specialkonsulent, cand.jur. Tanja Bøtker Lindgren (orlov fra den 24. november 2023)
- Fuldmægtig, cand.merc.jur. Louise Dissing Jensen
- Fuldmægtig, cand.merc.jur. Stine Loftager Rasmussen
- Kontorfuldmægtig Heidi Thorsen
- Overassistent Katrine Kirkegaard Gade
- Kontorelev Nadia Reichenbach Bodentien (til den 31. august 2023)
- Kontorelev Anja Vibe Visby Bunch (fra den 1. maj 2023)

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)
- EU's økonomiske sanktioner over for tredjelande, som er udstedt i medfør af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, og som vedrører indgåelse af offentlige kontrakter
- Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tilbudsloven)

Klagenævnet er endvidere efter offentlighedslovens § 37 klageinstans for andre myndigheders afgørelser om aktindsigt i udbudssager. Klagenævnet er endelig klageinstans for kommuners og regioners overtrædelse af reglerne i bekendtgørelse nr. 607 af 24. juni 2008 om kommuners og regioners beregning og afgivelse af kontrolbud (kontrolbudsbekendtgørelsen) 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, herunder forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU), koncessionsdirektivet (direktiv 2014/23/EU) og forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF), mens der alene behandles et meget begrænset antal sager vedrørende tilbudsloven.

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

Klagenævnets kendelser er som retskilde underordnet domme fra de danske domstole og fra EU-Domstolen. Det er imidlertid alene en lille andel af nævnets afgørelser, der indbringes for domstolene; i 2023 skete dette således kun i 4 ud af 40 afgørelser, og klagenævnets praksis, måske navnlig kendelser afsagt inden for de seneste 10 år, må anses for en vigtig retskilde ved anvendelsen af udbudsreglerne i Danmark. Endvidere har klagenævnet den fordel at kunne agere hurtigere end domstolene. Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid for udbudssager var således i 2023 på 7 måneder, hvortil bl.a. kommer, at en meget stor del – ca. 53 % – af sagerne færdigbehandles i løbet af de første 3 måneder, efter at klagen er modtaget (i tallet indgår også afviste sager). Der henvises til kapitel 4 nedenfor.

Klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder

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

Opsættende virkning

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

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

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

Der henvises til Mette Frimodt Hansen og Kirsten Thorup: Standstill og opsættende virkning i udbudsretten, i Ugeskrift for Retsvæsen 2010 B, side 303 ff., og Katja Høegh og Kirsten Thorup: Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang, i Ugeskrift for Retsvæsen 2016 B, side 403 ff., 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 mulighed for at få medhold ved klagenævnets senere materielle kendelse i sagen.

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 (strakskendelse). Parterne vil i så fald få lejlighed til at fremkomme med supplerende processkrifter. Der er i 2023 afsagt én sådan kendelse, kendelse af 24. april 2023, Meldgaard Miljø A/S mod Afatek A/S, der er omtalt i kapitel 2.

Øvrige sanktionsmuligheder

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

- suspendere ordregiverens udbudsprocedure eller beslutninger i forbindelse med en udbudsforretning
- annullere ordregiverens ulovlige beslutninger eller en udbudsforretning
- erklære en kontrakt for uden virkning og/eller
- pålægge ordregiveren en alternativ sanktion
- indgive politianmeldelse med henblik på bødestraf
- pålægge ordregiveren at betale erstatning

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

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

Sanktionen ”uden virkning” kan anvendes over for ordregiveren, selvom denne er i ”god tro” om, at der ikke er klaget til klagenævnet inden for standstill-fristen, fordi klageren i strid med 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 klagenævnslovens § 19, stk. 1, kan klagenævnet ikke pålægge ordregiveren en økonomisk sanktion. I stedet indgiver klagenævnet politianmeldelse, når ordregiveren i medfør af lovens § 18, stk. 3, skal pålægges en alternativ sanktion i form af bøde. Der henvises herved til klagenævnets kendelse af 16. september 2022, Electrolux Professional A/S mod Alabu Bolig (omtalt i klagenævnets Årsberetning 2022, kapitel 2), hvor klagenævnet indgav politianmeldelse. Klagenævnet har ikke indgivet politianmeldelser i 2023.

Den praksisoversigt, der findes på klagenævnets hjemmeside i tilknytning til årsberetningen, indeholder en række andre eksempler på klagenævnets praksis for 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 2023 er der afsagt kendelse med en sådan udvidet besætning i fire sager, nemlig kendelse af 16. februar 2023, Microsoft Danmark ApS mod Ørsted Services A/S, kendelse af 11. maj 2023, Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, kendelse af 1. juni 2023, MAN Truck Bus Danmark A/S mod Region Sjælland, Region Midtjylland, Region Nordjylland og Region Hovedstaden, og kendelse af 2. august 2023, S.A.S. SAF HELICOPTERES mod Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden. Kendelserne er omtalt i kapitel 2.

Formandsafgørelser

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

nyttet, da de sagkyndige medlemmers medvirken er af afgørende betydning. Et sagkyndigt medlem medvirker altid ved afgørelser, hvor en kontrakt anses for uden virkning, eller hvor alternative sanktioner anvendes.

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

1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning

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

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

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

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

Klagen skal indeholde påstande, der præcist beskriver de overtrædelser, som klagenævnet skal tage stilling til. Klagenævnet er bundet af parternes påstande og anbringender (argumenter) og kan således ikke tilkende en part mere, end parten har påstået, eller tage hensyn til argumenter, som ikke er anført, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 1. Klagenævnet kan derfor ikke bistå med formulering af brugbare påstande, men klagenævnet kan vejlede klageren herom. Hvis påstandene efter en sådan vejledning fortsat er uegnede som grundlag for behandling af sagen, afviser klagenævnet de pågældende påstande eller klagen i sin helhed, jf. herved kendelse af 21. marts 2018, Scientia Ltd. mod Aarhus Universitet, og kendelse af 22. juni 2021, Pro Medical Covid-19 Test ApS mod Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden.

Det er yderligere en betingelse for at klage, at klageren har retlig interesse. Klageberettigede er virksomheder, der har 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. Vinderen af et udbud kan også under ganske særlige omstændigheder være klageberettiget, jf. kendelse af 24. april 2023, Meldgaard Miljø

A/S mod Afatek A/S. Kan klageren ikke sandsynliggøre at have retlig interesse i sagen, afvises klagen. Dette var f.eks. tilfældet i klagenævnets kendelse af 24. oktober 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Herlev Kommune, hvor en potentiel tilbudsgiver ikke fandtes at have retlig interesse, da virksomheden var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 (nu nr. 4). Kendelsen er nærmere omtalt i klagenævnets Årsberetning 2022, kapitel 2. Klagenævnet har truffet en række afgørelser, der belyser kravet om retlig interesse. Nogle af disse afgørelser er omtalt i den praksisoversigt, der findes på klagenævnets hjemmeside i tilknytning til årsberetningen.

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

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

Klagefristerne er i **hovedtræk**:

Klagefristen for ikke at være blevet prækvalificeret: 20 kalenderdage.

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

Klagefristen for "almindelige kontrakter": 45 kalenderdage.

Klagefristen for rammeaftaler: 6 måneder.

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

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

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

1.7 Sagens forberedelse og afgørelse, herunder sagsomkostninger

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

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

Klagenævnet anmoder således efter den indledende gennemgang af, om klagen/klageskriftet opfylder de nødvendige betingelser, jf. afsnit 1.6, indklagede om at afgive en redegørelse for sagens faktiske og retlige omstændigheder samt fremsende sagens bilag inden for en fastsat frist (svarskrift). Derefter udveksles som udgangspunkt yderligere processkrifter (replik og duplik mv.) mellem parterne. Omfanget af denne del af sagsbehandlingen afhænger af sagens karakter. Klagenævnet afgør som led i sagsbehandlingen eventuelle

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

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

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

Hvorvidt der skal ske mundtlig forhandling, afhænger af en konkret vurdering af den enkelte sag. I vurderingen indgår bl.a., om klagen vedrører et kompliceret eller principielt spørgsmål, om forklaringer er nødvendige eller ønskelige, om der er behov for at få foretaget en demonstration, og om 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, 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 2023 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. Det samme gør klagenævnet i de tilfælde, hvor klagen tilbagekaldes, og en af parterne anmoder herom. Klagenævnet kan bestemme, at den tabende part skal betale modparten et beløb til hel eller delvis dækning af dennes omkostninger ved klagesagen. I vurderingen, som er ganske konkret, indgår elementer som sagens karakter, omfang og forløb.

Sagsomkostningerne kan som udgangspunkt maksimalt udgøre 75.000 kr. Klagenævnet kan dog pålægge den indklagede at betale et større beløb, hvis der er tale om en større sag defineret efter kontraktstørrelse, eller hvis særlige forhold måtte tale for det. I 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 (omtalt i årsberetningen for 2018).

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

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

1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven

Klagenævnets aktindsigtssager efter offentlighedsloven omfatter:

- Klager over en ordregivende myndigheds afslag på aktindsigt i et udbud, dvs. sager, hvor klagenævnet er rekursinstans efter offentlighedslovens § 37. Derimod er klagenævnet ikke rekursinstans ved klager over afslag på aktindsigt i sager om opfyldelsen af aftaler indgået som resultat af et udbud.
- Sager, hvor en tredjemand, f.eks. en journalist, anmoder om aktindsigt efter offentlighedsloven i dokumenter oprettet eller modtaget i en klagesag, der verserer eller har verseret ved klagenævnet.

I disse tilfælde er det klagenævnet, der træffer afgørelsen om aktindsigt. Da de pågældende dokumenter selvsagt også findes hos den indklagede myndighed, vil der normalt i stedet kunne søges om aktindsigt direkte hos denne myndighed.

Sagerne om aktindsigt efter offentlighedsloven adskiller sig væsentligt fra de sager om overtrædelse af udbudsreglerne, der efter klagenævnsloven skal afgøres af klagenævnet. Der henvises til kapitel 3 i årsberetningen for 2016, 2017, 2018, 2019 og 2020 for en nærmere beskrivelse af klagenævnets praksis i aktindsigtssager. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i marts 2024 udgivet en vejledning om aktindsigt i udbudssager.

Klagenævnet besluttede medio 2020 i højere grad at offentliggøre afgørelser om aktindsigt. I det følgende foretages en kort gennemgang af udvalgte afgørelser om aktindsigt fra 2023, som må antages at være af interesse for en bredere kreds, og som alle er offentliggjort på klagenævnets hjemmeside.

Afgørelse af 3. januar 2023, DiaLab, Dansk Diagnostika- og Laboratorieforening mod Region Midtjylland

DiaLab anmodede Region Midtjylland om aktindsigt i bl.a. regionens korrespondance med andre myndigheder, herunder regioner, angående beslutningen om at indkøbe 68 mio. selvtest i december 2021. Regionen afslog at give aktindsigt i oplysningerne med henvisning til undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 33, nr. 5. Regionen begrundede afslaget med, at en klage- eller retssag var en nærliggende mulighed, og at regionen derfor havde ret til at søge vejledning om grundlaget for at kunne anvende udbudslovens § 80, stk. 5, uden offentlighedens adgang til den interne beslutningsproces og korrespondance. Regionen gjorde også gældende, at de ansatte bl.a. på grund af tidspresset forbundet med håndteringen af Covid-19 havde korresponderet på en fri og formløs måde, og at hensynet til ordentlige arbejdsvilkår efter forholdets særlige karakter krævede, at der ikke blev meddelt aktindsigt i denne korrespondance.

Klagenævnet fandt, at disse hensyn efter de foreliggende oplysningers karakter og indhold ikke kunne begrunde et afslag på aktindsigt efter offentlighedslovens § 33, nr. 5.

Afgørelse af 31. januar 2023, Kompan Danmark A/S mod Frederiksberg Kommune

Kompan anmodede Frederiksberg Kommune om aktindsigt i det vindende tilbud med bilag i et udbud af en legeplads. Kommunen meddelte delvis aktindsigt, idet kommunen dog undtog en række oplysninger efter offentlighedslovens § 30, nr. 2. Klagenævnet ændrede kommunens afgørelse, idet klagenævnet bl.a. fandt, at CV'er, herunder oplysninger om navne, tlf.nr. og mailadresser på medarbejdere hos tilbudsgivere eller samarbejdspartnere, ikke i almindelighed kan undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2. Det samme gjorde sig gældende for oplysninger om ansættelsessteder, uddannelse, kompetencer, rollefordeling mv. Klagenævnet fandt heller ikke grundlag for at antage, at sammenstillingen af det konkrete medarbejderteam i forbindelse med udbuddet var udtryk for en sådan generelt af tilbudsgiveren anvendt særlig sammensætning af medarbejderteams på tilbud af denne type ydelser, at der var grundlag for at undtage oplysningerne efter offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Afgørelse af 17. februar 2023, journalists anmodning om aktindsigt i materiale om udbud af etablering og drift af ladestandere i Jammerbugt Kommune

En journalist anmodede Jammerbugt Kommune om aktindsigt i udbudsmaterialet, de indkomne tilbud og korrespondance med tilbudsgiverne i et udbud om etablering og drift af ladestandere.

Kommunen meddelte delvis aktindsigt, idet kommunen undtog en række oplysninger efter offentlighedslovens § 30, nr. 2. Klagenævnet bemærkede bl.a., at del- og enhedspriser i almindelighed udgør fortrolige oplysninger, som ved offentliggørelse udgør en nærliggende risiko for, at tilbudsgivers konkurrenceevne skades i forhold til fremtidige udbud med væsentligt økonomisk tab til følge. Da der ikke fandtes at være tungtvejende hensyn, der tilsagde et modsatrettet resultat, fandt klagenævnet, at delpriser skulle undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2. De oplyste sumpriser kunne ikke tilsvarende anses for delpriser og dermed ikke undtages fra aktindsigt. Klagenævnet lagde herved vægt på, at sumpriser var beregnet på baggrund af en række nærmere oplyste delpriser, hvormed sumpriserne således ikke i sig selv udgjorde oplysninger om tilbudsgiveres konkrete prissætning. Klagenævnet fandt endvidere, at oplysninger om forretningsstrategier, service og drift, leveringsmuligheder og metode for etablering vedrørte produktionsforhold og markedsstrategier for specifikke produkttyper, som kunne undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2. Vedrørende oplysninger i evalueringsrapporten, fandt klagenævnet, at kun visse oplysninger, herunder bl.a. leverings- og monterings-tider, tidsplaner og oplysninger om support og service, kunne undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2. De resterende oplysninger i evalueringsrapporten svarede til, hvad der fremgik af andre dokumenter i sagen. Disse oplysninger kunne derfor ikke undtages fra aktindsigt.

Afgørelse af 16. marts 2023, Gavdi A/S mod DSB

Gavdi anmodede DSB om aktindsigt i en række oplysninger i en kontrakt indgået mellem DSB og en leverandør. I sagen tog klagenævnet bl.a. stilling til aktindsigt i oplysninger om kundens ydelser, afprøvning af teststrategier og programmer, drift og vedligeholdelse, samarbejdsorganisation, herunder CV'er, priser, databehandlersaftale, notater og korrespondance mellem ordregiver og vindende tilbudsgiver.

Klagenævnet fandt, at leverandørens ydelses- og servicebeskrivelse samt tidsplaner udgjorde oplysninger om produktionsforhold og forretningsmæssige strategier, som kunne undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2. Oplysninger om kundens ydelser, herunder oversigt over kompetenceprofiler, ressourceforbrug, journalnumre og forventninger til fysiske rammer, kunne hverken helt eller delvist undtages fra aktindsigt, da oplysningerne ikke vedrørte forretningsforhold efter offentlighedslovens § 30, nr. 2. Klagenævnet tog endvidere stilling til, om oplysninger angående afprøvning af bl.a. teststrategier og programmer kunne undtages fra aktindsigt. Klagenævnet fandt, at disse oplysninger udgjorde oplysninger om produktionsforhold, som kunne undtages efter offentlighedslovens § 30, nr. 2. I vurderingen af, om oplysninger om drift og vedligeholdelse kunne undtages fra aktindsigt efter samme bestemmelse, fandt klagenævnet, at nogle nærmere bestemte oplysninger om medarbejderkompetencer alene var beskrevet i generelle træk, og at oplysningerne dermed ikke kunne undtages fra aktindsigt, mens øvrige oplysninger om drift og vedligeholdelse, som ikke vedrørte medarbejderkompetencer, kunne undtages. Oplysninger om priser, herunder etableringsvederlag, servicevederlag og timepriser kunne undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, idet udlevering kunne indebære nærliggende risiko for beskadigelse af tilbudsgivers konkurrenceevne. Klagenævnet tog derefter stilling til, om tilbuddets indhold angående databehandlersaftale kunne undtages fra aktindsigt. Klagenævnet fandt, at oplysningerne udgjorde oplysninger om produktionsforhold og forretningsforbindelser, som på denne baggrund kunne undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2. Endelig tog klagenævnet stilling til korrespondancen mellem ordregiveren

og tilbudsgiveren og fandt ved vurderingen af, om disse oplysninger udgjorde forretningsfølsomme oplysninger, at oplysningerne alene overordnet beskrev, at der havde været afholdt et møde mellem parterne. Disse oplysninger havde derfor ikke en sådan karakter, at oplysningerne var omfattet af anvendelsesområdet for offentlighedslovens § 30, nr. 2, og oplysningerne kunne ikke undtages fra aktindsigt.

Afgørelse af 27. april 2023, Yunex GmbH og Yunex Traffic Austria GmbH mod Sund & Bælt A/S

Yunex, der havde deltaget i et udbud, anmodede om aktindsigt. Sund & Bælt undtog nogle dokumenter udarbejdet af to tekniske rådgivere i forbindelse med udarbejdelse af kravspecifikationer og vurdering af ansørgernes faglige og tekniske kapacitet. Sund & Bælt begrundede dette med, at der var tale om interne dokumenter undtaget fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 23, stk. 1, nr. 1. Om de konkrete omstændigheder oplyste Sund & Bælt, at begge rådgivere udelukkende var underlagt Sund & Bælts instruktionsbeføjelse, at rådgiverne var tildelt kontorplads, computer og e-mailadresser hos Sund & Bælt, at rådgiverne havde fungeret på lige fod med Sund og Bælts øvrige medarbejdere, at rådgiverne var underlagt tidsubegrænset tavshedspligt og fortrolighed, også i forhold til deres sædvanlige arbejdsgivere, og at de dokumenter, som rådgiverne havde udarbejdet, kun fandtes i Sund & Bælts systemer og ikke blev udvekslet med udenforstående. Klagenævnet fandt, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte Sund & Bælts vurdering af, at dokumenterne var af intern karakter og dermed kunne undtages efter offentlighedslovens § 23, stk. 1, nr. 1. Klagenævnet lagde bl.a. vægt på, at de tekniske rådgivere havde deltaget i processen som følge af deres faglige egenskab inden for det pågældende område og havde ageret under instruktionsbeføjelse fra Sund & Bælt og dermed ikke ageret som ansatte ved deres øvrige arbejdsplads under deres deltagelse i udbudsprocessen. Klagenævnet vurderede herefter, om oplysninger i dokumenterne alligevel kunne udleveres efter ekstraheringspligten i offentlighedslovens § 28. Klagenævnet fandt, at oplysningerne i relation til korrespondancen vedrørende evalueringen af tilbud alene indeholdt Sund & Bælt A/S' foreløbige overvejelser og dermed ikke var udtryk for oplysninger af faktisk karakter. For så vidt angik de resterende oplysninger i materialet, var det klagenævnets vurdering, at de var af uvæsentlig betydning for sagen og dermed ikke underlagt ekstraheringspligt. Der var derfor ikke grundlag for at tilsidesætte Sund & Bælt A/S' vurdering af, at der i dokumenterne ikke var ekstraheringspligtige oplysninger.

Afgørelse af 13. juli 2023, Plandent A/S mod Middelfart Kommune

Plandent, der havde deltaget i et annulleret udbud, anmodede Middelfart Kommune om aktindsigt i en anden deltagers samlede tilbudspris. Kommunen afslog anmodningen. Klagenævnet tog først stilling til, om den samlede tilbudspris kunne undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, og fandt i den forbindelse, at det ikke var tilfældet. Klagenævnet tog herefter stilling til, om Middelfart Kommune under de konkrete omstændigheder kunne undtage den samlede tilbudspris fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 33, nr. 3, der giver mulighed for at begrænse retten til aktindsigt, i det omfang det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til det offentlige økonomiske interesser, herunder udførelsen af det offentlige forretningsvirksomhed. Det oprindelige udbud var blevet annulleret, fordi kommunen alene havde modtaget to tilbud. Kommunen oplyste, at der skulle foretages genudbud samme år, og at det i forbindelse med genudbuddet ikke ville være nødvendigt at foretage væsentlige ændringer i udbudsmaterialet. Den anvendte varekurv ville således bestå af de samme positioner og efterspurgte produkter med få tilretninger, og tilbudsgiverne skulle udfylde varekurven i henhold til de samme vilkår, som ved det annullerede udbud. Klagenævnet fandt, at kommunen havde godtgjort, at der forelå en konkret risiko for, at kommunen i genudbuddet ikke ville modtage tilbud, der var udtryk for konkurrencedygtige priser, hvis der blev givet

aktindsigt i prisoplysningerne. Kommunen havde dermed godtgjort, at det var nødvendigt at begrænse aktindsigten som sket til beskyttelse af væsentlige hensyn til det offentliges økonomiske interesser.

Afgørelse af 13. juli 2023, Mediq Danmark A/S mod Københavns Kommune

Mediq, der havde deltaget i et udbud, anmodede Københavns Kommune om aktindsigt i bl.a. de øvrige forbigåede tilbudsgiveres tilbud. Kommunen vurderede, at Mediq ikke kunne meddeles aktindsigt i tilbud afgivet af øvrige forbigåede tilbudsgivere, idet Mediq ikke kunne anses for klageberettiget efter § 6, stk. 1, nr. 1-4, i lov om Klagenævnet for Udbud, og dermed var afskåret fra aktindsigt efter offentlighedsloven, jf. udbudslovens § 5 a. Klagenævnet udtalte, at udbudslovens § 5 efter sin ordlyd og forarbejder måtte forstås sådan, at spørgsmålet om klageberettigelse skulle ses i forhold til udbuddet ("sagen") som sådan og ikke i forhold til de enkelte tilbudsgivere. Da Mediq som forbigået tilbudsgiver utvivlsomt havde retlig interesse i henhold til § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, og dermed var klageberettiget, havde kommunen ikke været berettiget til at afskære aktindsigt i dokumenterne fra de øvrige forbigåede tilbudsgivere med henvisning til udbudslovens § 5 a. Da Københavns Kommune havde undladt at træffe afgørelse om aktindsigt i dokumenter fra de øvrige forbigåede tilbudsgivere på baggrund af en fejlagtig fortolkning af udbudslovens § 5 a, hjemviste klagenævnet sagen.

Afgørelse af 13. juli 2023, Johan Mellerup mod Rudersdal Kommune

En borger anmodede Rudersdal Kommune om aktindsigt i ingeniør- og arkitektnotater, tilbudsliste og skriftlige erklæringer fra den valgte tilbudsgiver i et udbud om udvidelse og modernisering af et plejecenter. Kommunen havde begrænset borgerens adgang til aktindsigt med henvisning til udbudslovens § 5 a, hvorefter adgangen til aktindsigt er begrænset til klageberettigede efter lov om Klagenævnet for Udbud vedrørende den sag, som aktindsigtsanmodningen vedrører, og for massemedier. Borgeren påklagede herefter kommunens afgørelse om aktindsigt til klagenævnet og henviste i den forbindelse til, at flere oplysninger ikke konkret vedrørte tilbuddets indhold. Klagenævnet fandt efter en gennemgang af lovens forarbejder, at borgerens interesse ikke var af en sådan karakter, at han var klageberettiget efter klagenævnslovens § 6, stk. 1. Borgeren kunne dermed ikke få aktindsigt i tilbud eller oplysninger fra tilbud efter offentlighedsloven, jf. udbudslovens § 5 a. Borgeren kunne heller ikke få aktindsigt i oplysninger i tilbuddene efter offentlighedslovens § 14 eller efter et princip svarende til meroffentlighedsprincippet.

Afgørelse af 8. december 2023, Nordiske Medier mod Mediq Danmark A/S

Nordiske Medier anmodede klagenævnet om aktindsigt i et klageskrift i en verserende klagesag. Klagenævnet foretog en høring af klageren, der gjorde gældende, at såvel påstande som anbringender i klageskriftet skulle undtages fra aktindsigt. Klagenævnet fandt, at oplysningerne i klageskriftet ikke kunne anses for omfattet af offentlighedslovens § 30, nr. 2. Klagenævnet lagde herved vægt på, at oplysningerne var af så generel og overordnet karakter, at de ikke udgjorde konkrete beskrivelser af eksempelvis tekniske fremgangsmåder eller forretningsmæssige strategier.

2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER

2.1 Indledning

Alle materielle kendelser og erstatningskendelser offentliggøres på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk. Endvidere offentliggøres delkendelser vedrørende opsættende virkning og aktindsigtsafgørelser, hvis de har almen interesse. I det følgende omtales en række kendelser fra 2023, som alle er offentliggjort på klagenævnets hjemmeside. Nogle af kendelserne har egentlig principiell karakter. Andre vedrører problemstillinger, som uanset deres konkrete karakter må antages at være af interesse for en bredere kreds.

Kendelserne er kategoriseret under følgende emneord:

- Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter
- Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse
- Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel
- Rammeaftaler
- Indhentelse af yderligere oplysninger
- Unormalt lave tilbud
- Klagenævnetsloven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner
- Prækvalifikation
- Udbud med forhandling

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

2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser

2.2.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter

Kendelse af 25. april 2023, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Herlev Kommune

Sagen angik et udbud af en kontrakt om udførelse af rengøringservice og vinduespolering i Herlev Kommune. Kommunen havde ophævet kontrakten med den tidligere leverandør på grund af væsentlig misligholdelse og indgik en dækningskontrakt/interimskontrakt med en ny leverandør for en periode på ca. 9½ måneder i medfør af udbudslovens § 80, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2). Den tidligere leverandør klagede til klagenævnet og gjorde gældende, at betingelserne for at anvende § 80, stk. 5, ikke var opfyldt. Klageren fik medhold. Økonomisk sanktion.

Herlev Kommune indgik efter et udbud i medfør af udbudslovens afsnit II en kontrakt med KN Rengøring om rengøring og vinduespolering på et stort antal lokationer i kommunen. Efter ca. 2 måneder reklamerede kommunen over mangelfuld rengøring. Kommunen varslede, at fortsat misligholdelse af kontrakten kunne

medføre, at kontrakten blev ophævet. Den udførte rengøring blev løbende kvalitetskontrolleret, og da rengøringen efter kommunens opfattelse fortsat ikke havde det ønskede niveau, ophævede kommunen efter ca. ½ år kontrakten med den begrundelse, at kontrakten var væsentligt misligholdt.

Få dage efter ophævelsen af kontrakten indgik Herlev Kommune en interimskontrakt med en ny leverandør for en periode på ca. 9½ måneder. Interimskontrakten blev indgået uden udbud, da den ifølge kommunen var omfattet af fritagelsen for udbudspligt i udbudslovens § 80, stk. 5.

KN Rengøring klagede til klagenævnet og gjorde gældende, at betingelserne for at anvende udbudslovens § 80, stk. 5, ikke var opfyldt.

Klagenævnet udtalte, at udbudslovens § 80, stk. 5, er en snæver undtagelsesbestemmelse, og at bevisbyrden for, at betingelserne for at anvende bestemmelsen er opfyldt, påhviler ordregiveren. Efter EU-Domstolens praksis er det en forudsætning for at anvende bestemmelsen, at der foreligger 1) en uforudseelig begivenhed, 2) en uopsættelighed af tvingende karakter, der ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder, og 3) en årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende uopsættelighed.

Klagenævnet fastslog, at der ikke forelå en situation, som kommunen ikke havde kunnet forudse. Klagenævnet lagde ved sin vurdering vægt på bl.a., at kommunen gennem længere tid havde haft kendskab til de problemer, der førte til ophævelsen af kontrakten. Betingelse nr. 1) om, at der skulle foreligge en uforudseelig begivenhed, var derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet fastslog derefter, at kommunen ikke havde løftet bevisbyrden for, at der forelå tvingende grunde, som gjorde det umuligt at overholde fristerne for en almindelig udbudsprocedure eller for en hasteprocedure. Klagenævnet lagde herved vægt på bl.a., at kommunen ikke havde oplyst nærmere om, at manglende rengøring og vinduespudsning på f.eks. skoler ville medføre en alvorlig sundhedsrisiko. Betingelse nr. 2) var derfor heller ikke opfyldt.

Endelig udtalte klagenævnet, at en ny dækningskontrakt skal være begrænset til det nødvendige, og hvis kontrakten kan opdeles, omfattes kun de dele af kontrakten, som de tvingende grunde er knyttet til, mens de øvrige dele skal udbydes efter de sædvanlige regler. Kommunen havde ikke løftet bevisbyrden for, at det var strengt nødvendigt at indgå en interimskontrakt om samtlige ydelser i den hidtidige kontrakt for en periode på 9½ måneder.

Klagenævnet annullerede herefter tildelingsbeslutningen. Da kontrakten var udført, var der ikke grundlag for at erklære kontrakten for uden virkning. I stedet blev kommunen pålagt en økonomisk sanktion på 840.000 kr.

Kendelse af 28. juni 2023, MED-EL Nordic AB mod Region Hovedstaden (indbragt for domstolene)

Klage over, at en regions midlertidige aftaler med nogle leverandører var indgået uden udbud ikke taget til følge, da der ikke var fuldt tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte regionens skøn af, at aftalernes værdi ikke overskred tærskelværdien.

Region Hovedstaden indgik i december 2017 en rammeaftale vedrørende leverance af cochlear-implantater og tilbehør med fire leverandører, herunder MED-EL. Tildelingsmodellen var direkte tildeling efter en kaskademodel med mulighed for ud fra en række nærmere definerede lægefaglige hensyn at vælge en anden leverandør, end kaskademodellen pegede på.

I 2020 tilkendegav MED-EL utilfredshed over, at virksomheden, der var nummer tre på rammeaftalen, fik færrest aftaler af de fire rammeaftaleindehavere. Da regionen fastholdt, at den udbudte tildelingsmodel blev fulgt, klagede MED-EL til klagenævnet med påstande om, at samtlige indkøb på rammeaftalerne skulle betragtes som foretaget uden udbud og dermed skulle erklæres for uden virkning. Ved klagenævnets kendelse afsagt den 21. april 2021 blev MED-ELs klage ikke taget til følge.

I løbet af sommeren 2021 konstaterede regionen, at det på grund af Covid-19-periodens påvirkninger af hospitalsvæsenet og generel ressourceknaphed ville blive et problem at tilpasse og tilrettelægge et nyt udbudsmateriale og gennemføre et nyt udbud til ikrafttræden i direkte forlængelse af de eksisterende kontrakters udløb den 31. marts 2022. Regionen fandt det nødvendigt at dække indkøbsbehovet i en interimperiode mellem kontraktudløb og nyt udbud ved at indgå en midlertidig kontrakt for denne periode. Regionen indgik med kontaktstart den 1. april 2022 interimsaftaler med tre af de tidligere leverandører. Interimsaftalerne skulle være gældende, indtil de blev opsagt. Den fjerde leverandør, MED-EL, havde rettet henvendelse til regionen for at få oplyst, hvordan regionen forventede at indkøbe cochlear-implantater, indtil en ny aftale blev indgået. Regionen svarede, at et ændret indkøbsbehov medførte, at regionens samlede indkøb af implantater over 12 måneder ikke ville overstige tærskelværdien for udbud i henhold til udbudslovens afsnit II. Regionen tilføjede, at mange operationer var blevet aflyst grundet Covid-19, herunder operationer der allerede var købt produkter til. Regionen havde blandt andet derfor en overkapacitet af implantater, der ændrede indkøbsbehovet.

I juni 2022 meddelte MED-EL, at hvis virksomheden ikke fik en aftale om levering af implantater som de øvrige tre leverandører med tillæg af en garanteret omsætning, ville MED-EL klage til klagenævnet med påstand om, at interimsaftalerne skulle erklæres for uden virkning. Regionen svarede, at MED-EL kunne få en aftale uden garanteret omsætning, hvilket var på samme vilkår som de øvrige leverandører. MED-EL indgav herefter klage til klagenævnet.

Regionen påstod klagen afvist med den begrundelse, at MED-EL ikke havde retlig interesse i den, men klagenævnet tog ikke afvisningspåstanden til følge.

MED-EL nedlagde påstand om, at regionen havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have indgået de midlertidige aftaler uden udbud.

Klagenævnet tog ikke MED-ELs påstand til følge med den begrundelse, at der efter en samlet vurdering ikke var fuldt tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte det skøn, som regionen havde udøvet vedrørende værdien af det indkøbte. Der blev herved lagt vægt på, at regionen lå inde med et stort antal implantater, som kunne anvendes til forestående operationer, ligesom patientindkøb ikke skulle medregnes ved beregningen af, hvorvidt tærskelværdien blev overskredet.

Kendelse af 26. september 2023, Konsortiet Abena A/S og Coloplast Danmark A/S mod Esbjerg Kommune, Middelfart Kommune, Vejle Kommune, Herning Kommune, Fanø Kommune, Vejen Kommune, Varde Kommune og Billund Kommune

Sagen angik et offentligt udbud af en rammeaftale om indkøb af stomiprodukter til borgere med bevilling efter servicelovens § 112. Klagen var indgivet af en forbigået tilbudsgiver. Spørgsmål om udbudspligtig ydelse. Oplysning om udelukkelsesgrunde i udbudsbekendtgørelsen. Konstateret, at ordregiverne havde overtrådt udbudsreglerne ved ikke at angive en maksimal mængde eller maksimal værdi for trækkene på rammeaftalen, og tildelingsbeslutningen blev derfor annulleret.

Klagenævnet tog indledningsvis stilling til, om der var udbudt en gensidigt bebyrdende aftale, da dette var afgørende for, om der var tale om en udbudspligtig ydelse, og dermed om klagenævnet var kompetent til at behandle sagen. Det fremgik af udbudsmaterialet, at leverandøren foruden levering af stomiprodukter til borgere skulle stille et bevillingssystem til rådighed for kommunerne, at leverandøren skulle undervise kommunernes medarbejdere i anvendelsen af systemet og udarbejde en vejledning i brugen af systemet, og at leverandøren var forpligtet til at yde sygeplejefaglig konsulentbistand til kommunernes ansatte i aftaleperioden i form af telefonisk og personlig rådgivning. Klagenævnet fandt, at der var tale om et udbud af en leverandøraftale efter servicelovens § 112, stk. 2, der var gensidigt bebyrdende og dermed udbudspligtig.

Derefter fastslog klagenævnet, at det er i overensstemmelse med både udbudslovens § 128, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 49 og artikel 51, stk. 2), bestemmelserne om frivillige og obligatoriske udelukkelsesgrunde og udbudsdirektivets bilag V, del C, at en ordregiver alene anfører i udbudsbekendtgørelsen, hvilke frivillige udelukkelsesgrunde der finder anvendelse. Det er således ikke nødvendigt, at ordregiveren udtrykkeligt anfører de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudsbekendtgørelsen.

I sagen opstod også spørgsmålet om angivelse af rammeaftalens maksimale værdi. Ordregiverne havde udfyldt udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5) og II.2.6) med et beløb på ca. 116 mio. kroner. Ordregiverne havde imidlertid under udbuddet i forbindelse med spørgsmål/svar oplyst en maksimal værdi på 140 mio. kroner. Klagenævnet henviste til EU-Domstolens dom i sag C-23/20, Simonsen og Weel, og udtalte, at en forventet maksimal værdi og et estimeret årligt forbrug ikke er en fikseret maksimal grænse og derfor ikke kunne anses som en angivelse af den maksimale mængde eller maksimale samlede værdi af de varer, der skulle leveres. På den baggrund opfyldte kommunerne ikke kravet om, at der i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale skulle angives en maksimal mængde eller maksimal værdi af de varer, der skulle leveres i henhold til rammeaftalen.

Samlet besluttede klagenævnet at annullere tildelingsbeslutningen med henvisning til den mangelfulde angivelse af rammeaftalens maksimale mængde eller maksimale samlede værdi.

2.2.2 Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse

Delkendelse af 17. januar 2023, Fitness Engros A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI)

FMI havde overtrådt udbudsreglerne ved ikke at angive, hvordan tilbudsgiverne kunne dokumentere, at tilbudt vægtløftningsudstyr opfyldte specifikationerne fra vægtløftningsorganisationen IWF (International Weightlifting Federation). Der var derfor udsigt til, at udbuddet ville blive annulleret.

Endvidere udtalt, at udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 3), må forstås sådan, at begrebet standard sigter til en standard, der er udfærdiget af nogle nærmere angivne standardiseringsorganisationer, hvilket IWF ikke var, og at et forhold kun kan anføres som mindstekrav til den udbudte ydelse, hvis det er klart for tilbudsgiverne, hvordan de skal oplyse eller dokumentere, at mindstekravet er opfyldt.

Sagen angik et udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om levering af gymnastikudstyr. Klagen var indgivet af Fitness Engros, hvis tilbud FMI havde afvist med henvisning til, at noget tilbudt vægtløftningsudstyr ikke opfyldte udbudsmaterialets krav. Det havde imidlertid ikke ud fra udbudsmaterialet været klart for tilbudsgiverne, hvordan og med hvilket indhold dokumentationen for at være "equivalent" skulle være, herunder at dokumentationen ikke kunne indhentes fra producenten, og at der skulle foreligge et certifikat eller en rapport fra en uafhængig tredjepart, før dokumentationen kunne godkendes. Der var herved sket en forskelsbehandling af tilbudsgivere, som havde valgt at betale IWF for certificering, og andre tilbudsgivere.

Fumus-betingelsen var således opfyldt vedrørende en del af klagen, men da uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning. FMI annullerede efterfølgende udbuddet, og Fitness Engros tilbagekaldte herefter klagen. Delkendelsen blev derfor klagenævnets endelige afgørelse.

Kendelse af 16. februar 2023, Microsoft Danmark ApS mod Ørsted Services A/S

Der var ikke holdepunkter for at forstå forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 77 sådan, at en kvalifikationsordning i henhold til bestemmelsen ikke kan angå rammeaftaler. Ordregiveren havde i forbindelse med anvendelsen af kvalifikationsordningen givet tilstrækkelige oplysninger om rammeaftalens værdi. Endvidere udtalt, at der som udgangspunkt lovligt kan foretages ændringer vedrørende forhold, der på forhånd er markeret som værende genstand for forhandling, f.eks. forhandlingskrav (som i det konkrete udbud var benævnt standardkrav), og at en kravmetodik, hvor der i udbudsmaterialet var sondret mellem evalueringskrav, standardkrav og mindstekrav, ikke var uigennemsigtig og uegnet.

Sagen angik et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af en rammeaftale om en it-ydelse. Prækvalifikationen af ansøgere skete gennem en kvalifikationsordning.

Klagen var indgivet af Microsoft, hvis endelige tilbud Ørsted havde afvist som ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet fandt, at det efter ordlyden af direktivets artikel 44, artikel 47 og artikel 51 var muligt at anvende en kvalifikationsordning ved udbud af en rammeaftale, og at dette ikke var i strid med formålet med kvalifikationsordninger eller hensynet til en effektiv konkurrence. Microsofts påstand herom blev derfor ikke taget til følge.

Klagenævnet fandt endvidere, at kvalifikationsordningen var blevet offentliggjort ved en bekendtgørelse, der indeholdt de nødvendige oplysninger, og at Ørsted i sin indkaldelse af ansøgninger om prækvalifikation i overensstemmelse med reglerne for anvendelse af en kvalifikationsordning havde angivet et estimeret totalbeløb og et skønnet maksimumbeløb. Ørsted havde derfor opfyldt pligten til at give de nævnte oplysninger.

I udbudsmaterialet var der sondret mellem evalueringskrav, standardkrav og mindstekrav. Alene besvarelsen af evalueringskrav indgik i tilbudsevalueringen. Der kunne under udbudsprocessen forhandles om standardkravene. Der kunne dog ikke foretages ændringer i standardkrav, såfremt ændringerne udgjorde ændringer af grundlæggende elementer. Mindstekrav kunne der ikke forhandles om. Eventuelle afvigelser for så vidt angik standard- og mindstekrav i det endelige tilbud ville blive håndteret som forbehold. Hvis tilbudsgivernes endelige tilbud indeholdt forbehold over for mindstekrav, ville tilbuddet blive afvist. Vedrørte forbeholdet derimod standardkrav, ville forbeholdet blive forsøgt prissat. Hvis det ikke var muligt at prissætte forbeholdet med den fornødne sikkerhed og objektivitet, ville tilbuddet blive afvist som ukonditionsmæssigt. Klagenævnet fastslog, at kravmetodikken var klart beskrevet i udbudsmaterialet, og at de forskellige kravtyper også var blevet anvendt i overensstemmelse hermed. Udbudsmaterialet var derfor ikke for uklart til at danne grundlag for en lovlige tilbudsvurdering og tildelingsbeslutning.

Delkendelse af 21. marts 2023, EV Infra Denmark ApS mod Køge Kommune

Krav til finansiel og økonomisk formåen skal være relaterede og stå i et rimeligt forhold til behovet for at sikre, at den vindende tilbudsgiver er i stand til at gennemføre kontrakten under hensyntagen til genstanden for kontrakten og målet om at sikre en reel konkurrence. Ordregiveren havde i sagen ikke godtgjort, at et krav om positiv egenkapital levede op hertil. Kravet om fumus var derfor opfyldt.

Sagen angik et genudbud efter koncessionsdirektivet (direktiv 2014/23/EU) af en kontrakt om etablering og drift af ladestandere til el-biler.

Køge Kommune havde i koncessionsbetingelserne stillet krav om, at tilbudsgivers egenkapital for de tre seneste regnskabsår skulle være positiv. Kommunen havde ikke stillet andre krav til tilbudsgivernes finansielle og økonomiske formåen. I forbindelse med tilbudsevalueringen udelukkede kommunen EV Infra med henvisning til, at denne ikke levede op til minimumskravet om finansiel og økonomisk formåen. EV Infra, der havde en positiv egenkapital på 40.000 kr., var et nystartet datterselskab af et udenlandsk selskab.

Klagenævnet fastslog indledningsvis, at det følger af koncessionsdirektivets artikel 38, stk. 1, 2. pkt., at kravene til deltagernes finansielle og økonomiske situation skal være relaterede og stå i et rimeligt forhold til behovet for at sikre, at koncessionshaveren er i stand til at gennemføre koncessionen under hensyntagen til genstanden for koncessionen og målet om at sikre en reel konkurrence.

Klagenævnet udtalte derefter, at kravet til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen, som ordregiveren havde stillet – når kravet stod alene – alene udelukkede tilbudsgivere, der inden for de seneste tre år havde haft en negativ drift, som havde medført, at egenkapitalen var tabt. Derudover udelukkede kravet tilbudsgivere, der ikke havde eksisteret længe nok til at kunne aflægge regnskab i tre regnskabsår. Kravet kunne dog efter koncessionsbetingelserne ikke føre til, at nystartede virksomheder var udelukket, idet koncessionsbetingelserne forudsatte, at der kunne afgives tilbud af tilbudsgivere, der havde eksisteret i mindre end tre regnskabsår.

Kommunen havde ikke redegjort nærmere for formålet med det stillede krav eller for, at kravet var relateret og stod i rimeligt forhold til behovet for at sikre, at den vindende tilbudsgiver var i stand til at gennemføre koncessionen. Kommunen havde heller ikke i forbindelse med udelukkelsen af EV Infra nærmere begrundet, hvorfor EV Infra ikke i tilstrækkelig grad havde godtgjort sin økonomiske formåen.

Klagenævnet fandt herefter, at Køge Kommune ikke havde godtgjort, at EV Infra ikke levede op til kravet om finansiel og økonomisk formåen. Da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning. Kommunen annullerede herefter tildelingsbeslutningen, og klagen blev tilbagekaldt. Delkendelsen blev derfor klagenævnets endelige afgørelse.

Kendelser af 22. marts og 10. maj 2023, Filial af Trend Micro Emea Limited mod Region Hovedstaden

Krav til software om, at det var kompatibelt med ordregiverens eksisterende it-miljø, var saglige og proportionale.

Sagen angik et indkøb af "Endpoint-beskyttelsessoftware" gennem et dynamisk indkøbssystem vedrørende standardsoftware (SKI 02.06).

Region Hovedstaden havde i udbudsmaterialet stillet krav om, at softwaren skulle være kompatibel med regionens eksisterende firewall og sandkasseløsning. De stillede krav medførte reelt, at en række softwareprodukter, herunder endpoint-beskyttelsessoftwaren fra klageren, ikke opfyldte betingelserne, og at der derfor ikke kunne bydes ind med disse produkter.

Klagenævnet henviste indledningsvis til udbudslovens § 40, stk. 1 og 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 1), samt forarbejderne hertil, hvoraf det fremgår bl.a., at ordregiveren i henhold til proportionalitetsprincippet alene kan fastsætte krav, der er proportionale med kontraktens værdi og mål, og at der som følge heraf alene kan fastsættes krav, der er nødvendige og passende for gennemførelsen af de tilsigtede formål. Endvidere fremgår med henvisning til ligebehandlingsprincippet, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet og proportional. Som følge heraf kan ordregiveren fastsætte de tekniske specifikationer, således at det alene er visse økonomiske aktører, der har adgang til udbuddet, hvis disse krav er saglige. Endvidere må ordregiveren ikke i de tekniske specifikationer skabe ubegrundede hindringer for konkurrencen eller på andre måder kunstigt indsnævre konkurrencen. Som følge heraf vil det alene være muligt for ordregiveren at fastsætte krav til tekniske specifikationer, som har en konkurrencebegrænsende virkning, hvis ordregiveren kan anføre saglige grunde til at stille kravene.

Herefter delte klagenævnet sig, idet formanden for klagenævnet fandt, at de fastsatte krav var proportionale og sagligt begrundede i hensynet til at bevare og udnytte den eksisterende infrastruktur for derved at bidrage til øget it-sikkerhed og minimering af risici, mens det sagkyndige medlem fandt, at ordregiveren med de generelle henvisninger til bl.a. "sikkerhedsmæssige, organisatoriske, tekniske og økonomiske grunde" ikke havde løftet bevisbyrden for, at kravene var saglige og proportionale.

Da formandens stemme er udslagsgivende ved stemmelighed, jf. klagenævnenslovens § 10, stk. 5, blev klagen ikke taget til følge.

Kendelse af 24. april 2023, Meldgaard Miljø A/S mod Afatek A/S

Den vindende tilbudsgiver havde retlig interesse i at klage, jf. klagenævnenslovens § 6, stk. 1. Anvendelse af hasteprocedure efter udbudslovens § 57, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 27, stk. 1, 2. afsnit og stk. 2-4), var ikke berettiget.

To reelt samtidige offentlige udbud efter udbudslovens afsnit II af en tjenesteydelse om bortskaffelse af slagge var iværksat som hasteudbud efter udbudslovens § 57, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 27, stk. 1, 2. afsnit og stk. 2-4), med en tilbudsfrist på 15 dage. Meldgaard, som havde vundet begge udbud, indgav klage med påstande om bl.a., at anvendelse af hasteprocedure og en tilbudsfrist på 15 dage havde været uberettiget.

Afatek påstod klagen afvist med henvisning til, at Meldgaard manglede retlig interesse. Subsidiært påstod Afatek frifindelse for påstandene vedrørende udbudslovens § 57, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 27, stk. 1, 2. afsnit og stk. 2-4). Afatek erkendte nogle øvrige overtrædelser.

Klagenævnet bemærkede, at begrebet ”retlig interesse” i klagenævnslovens § 6, stk. 1, i overensstemmelse med EU-Domstolens domme i sag C-249/01 og sag C-492/06 skal fortolkes bredt. Afatek havde såvel før som umiddelbart efter de omhandlede udbud iværksat tilsvarende udbud under anvendelse af hasteproceduren og havde i udbudsbekendtgørelsen tilkendegivet, at der var tale om ”tilbagevendende offentligt udbud”. Meldgaard måtte antages at være en af relativt få aktører på det relevante marked og havde under udbudsprocesserne stillet spørgsmål om begrundelsen for anvendelsen af hasteproceduren. Afatek havde anført, at hasteproceduren også fremover måtte imødeses anvendt.

På den baggrund havde Meldgaard en konkret og direkte interesse i at søge afklaret, om anvendelsen af hasteproceduren var i overensstemmelse med udbudsreglerne. Klagenævnet tog derfor ikke påstandene om afvisning til følge.

Udbudslovens § 57, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 27, stk. 1, 2. afsnit og stk. 2-4), finder anvendelse, hvor et ”akut behov” hos ordregiveren gør det umuligt at overholde 30 dages-risten i § 57, stk. 2. Afatek havde under de gentagne udbud, hvor hasteproceduren var blevet anvendt, som begrundelse hver gang anført: ”Begrænset oplagsplads for slagge”. Afatek havde derved ændret udbudslovens undtagelsesbestemmelse om hasteprocedure i § 57, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 27, stk. 1, 2. afsnit og stk. 2-4), til en standardprocedure for Afatek. Fristen kunne heller ikke uden præcis begrundelse forkortes fra 30 til netop 15 dage.

Klagenævnet tog derfor påstandene om, at det havde været uberettiget at anvende hasteproceduren og forkorte tidsfristen til 15 dage, til følge.

Efter en samlet vurdering tog klagenævnet ikke påstandene om annullation til følge. Klagenævnet lagde vægt på, at Meldgaard med klagerne havde ønsket at få afklaret grænserne for Afateks gentagne brug af hasteprocedure, men samtidig havde erklæret sig fuldt ud villig til at vedstå de tilbud, der var afgivet i de to udbud.

Kendelse af 11. maj 2023, Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)

Offentligt udbud efter udbudsloven af en rammeaftale med to delaftaler om levering af computere med tilknyttede serviceydelser og it-tilbehør til administrativt brug (delaftale 1) og til skolebrug (delaftale 2). Delaftalerne blev tildelt samme tilbudsgiver. Klagen var indgivet af den hidtidige leverandør på begge delaftaler, hvis to tilbud var ukonditionsmæssige. Ved delkendelse af 12. september 2022 blev klagen ikke tilagt opsættende virkning. Kontrakterne blev herefter indgået. En række påstande bl.a. om, at ændringer i

kravspecifikationen ikke havde kunnet foretages uden nyt udbud, blev ikke taget til følge. Det fremgik ubestridt af E-kataloget, at de vindende tilbud var ukonditionsmæssige på flere punkter. Forudsat, at SKI ville have opdaget dette før kontraktindgåelsen, hvis E-kataloget var blevet udarbejdet før kontraktindgåelsen som fastsat i udbudsbetingelserne og ikke først senere i forløbet (Dissens). Annullation af tildelingsbeslutningerne.

SKI udbød som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale med to delaftaler vedrørende indkøb af computere med tilknyttede serviceydelser og it-udstyr til administrativt brug og til skolebrug. Hver delaftale skulle tildeles én leverandør. Den anslåede værdi af begge delaftaler var 3,237 mia. kr. Den maksimale værdi var angivet til 4,657 mia. kr. Tildelingskriteriet var Pris. Udbuddet blev gennemført ved brug af det elektroniske udbudssystem ETHICS.

SKI modtog fire tilbud på delaftale 1 og tre tilbud på delaftale 2, herunder for begge aftaler tilbud fra Dustin og fra Comm2IG.

Dustins tilbud var ukonditionsmæssige, da der alene var uploadet tomme dokumenter. SKI tildelte begge delaftaler til Comm2IG. Dustin indgav herefter klage. Klagen blev ikke tillagt opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt, og SKI indgik umiddelbart herefter kontrakter med Comm2IG.

Ved klagenævnets behandling af sagen medvirkede to formænd og to sagkyndige, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 4.

Klagen indeholder 16 påstande:

Påstand 1 vedrørte overtrædelse af udbudslovens § 2 ved at forlænge fristen for afgivelse af tilbud via en bekendtgørelse om supplerende oplysninger, der først blev sendt til EU's publikationskontor dagen efter, at fristen var udløbet. Efter udbudslovens § 93, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 47), skal fristen for modtagelse af tilbud fremgå af udbudsbekendtgørelsen, og rettelsesbladet skulle derfor have været sendt til publikationskontoret, før den gældende frist udløb. Udbudslovens regler om "Fastsættelse af tidsfrister og åbning af tilbud" er opstillet for at understøtte overholdelsen af de bærende principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Påstanden blev taget til følge. Da overtrædelsen ikke havde haft konkret væsentlig betydning, førte den ikke til annullation af tildelingsbeslutningerne.

Påstand 2 - 10 vedrørte forskellige ændringer i kravspecifikationerne under udbudsprocessen. I kendelsen gennemgås ordregiverens adgang til at foretage uvæsentlige og væsentlige ændringer uden nyt udbud over for ændringer af grundlæggende elementer, som kræver nyt udbud.

Påstand 2 angik alene en præcisering af udbudsmaterialet, og tilbudsgiverne blev orienteret på passende vis. Påstand 3 angik reelt en skrivefejl, hvilket måtte have været klart for alle professionelle aktører. Tilbudsgiverne blev orienteret på passende vis. Påstand 4 angik helt åbenbart en rettelse af en fejlformateret tekst. Påstand 5 vedrørende delaftale 2 angik dels en sproglig præcisering af udbudsmaterialet, som ikke var udtryk for en ændring af selve kravspecifikationen. Dels angik påstanden en ændring af kravet om indbygget, berøringsfølsom skærm, hvorefter der blev åbnet for adgang til at tilbyde en bredere vifte af produkter i en underproduktgruppe. Det var ikke godtgjort, at der var tale om en ændring, der kunne have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren eller fordrejet konkurrencen. Der var derfor ikke tale om en ændring af et grundlæggende element. Der var derimod tale om en væsentlig ændring,

som i overensstemmelse med det skete krævede forlænget tilbudsfrist, jf. udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 47). Påstand 6 vedrørende delaftale 2 angik en ændring af kravet til batterikapacitet i visse computere og indebar, at der for de omhandlede produktgrupper var åbnet for adgang til at tilbyde en bredere vifte af produkter. Det var ikke godtgjort, at der var tale om en ændring, der kunne have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren eller fordrejet konkurrencen. Der var derfor ikke tale om en ændring af et grundlæggende element. Der var derimod tale om en væsentlig ændring, som indebar, at tilbudsfristen i medfør af udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 47), skulle forlænges, hvilket den sammen med ændringen af kravene til touchskærme, jf. påstand 5, også blev. Påstand 7 vedrørte som påstand 5 og 6 delaftale 2 og angik en ændring, hvorved "Sleeves" blev undtaget fra kravet om, at alt tilbehør skulle være originalt tilbehør fra producenten af den bærbare computer. Det var ikke godtgjort, at ændringen kunne have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren eller fordrejet konkurrencen. Der var derimod tale om en væsentlig ændring, som indebar, at tilbudsfristen i medfør af udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 47), skulle forlænges, hvilket den sammen med de ændringer, der var omfattet af påstand 5 og 6, også blev. Påstand 8 vedrørende delaftale 1 og påstand 9 vedrørende delaftale 2 angik, at det samlede antal ændringer efter deres karakter skulle anses som grundlæggende og derfor krævede nye udbud. Påstand 10 angik længden af visse af de fristforlængelser, som SKI havde fastsat foranlediget af ændringerne, jf. udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 47).

Med meget udførlige og detaljerede begrundelser blev ingen af påstandene taget til følge.

Påstand 11 vedrørende delaftale 1 og påstand 12 vedrørende delaftale 2 angik overtrædelse af udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og § 42 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4) ved i de tekniske specifikationer at henvise til bestemte fabrikater. Klagenævnet fastslog med henvisning til EU-Domstolens dom af 12. juli 2018 i sag C-14/17, VAR og ATM, at udbudslovens § 42, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4), er en undtagelsesbestemmelse, der skal fortolkes indskrænkende. Parterne havde samstemmende tilsluttet sig, at ordregiveren – i mange offentlige udbud, hvori der indgår køb af IT-programmer, herunder operativsystemer mv. – har et sagligt og legitimt behov for, at nyindkøbt software er kompatibelt med det eksisterende IT-miljø. Dustin havde ikke påvist, at de mange henvisninger i kravspecifikationen til bestemte fabrikater, varemærker o.l. ikke netop sikrede kompatibilitet med det eksisterende IT-miljø hos aftagerne. Med henvisning også til ordregiverens brede skøn ved opgørelsen af deres indkøbsbehov blev påstandene ikke taget til følge.

Påstand 13 vedrørende delaftale 1 og påstand 14 vedrørende delaftale 2 angik overtrædelse af udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1). Af E-kataloget og de dertil hørende produktbeskrivelser og datablade fremgik, at tilbuddene fra Comm2IG var ukonditionsmæssige på flere punkter, hvilket ubestridt ikke kunne have været konstateret af SKI ved tilbudsafgivelsen. Dustin gjorde gældende, at SKI under den forudsatte kontrol af E-kataloget før kontraktindgåelsen ville have indset, at Comm2IGs tilbud var ukonditionsmæssigt på begge delaftaler. SKI gjorde gældende, at E-kataloget netop ikke blev oprettet før kontraktindgåelsen. Ukonditionsmæssighederne rejste derfor alene kontraktmæssige spørgsmål.

Klagenævnets flertal udtalte, at udbudsbetingelserne måtte forstås således, at der ikke ville blive indgået kontrakter, før E-kataloget var udarbejdet. Den udbudsretlige undersøgelsesforpligtelse i forbindelse med oprettelse af E-kataloget, som SKI havde pålagt sig selv ved tilrettelæggelsen af udbuddet, ville dermed have ført til, at tilbuddene fra Comm2IG blev afvist som ukonditionsmæssige. SKI havde derfor overtrådt

udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved ikke at have fulgt den fastsatte proces og ved at tildele kontrakterne til Comm2IG trods manglende opfyldelse af kravspecifikationen på en række punkter.

Der var dissens for at forstå udbudsbetingelserne således, at SKI kunne vælge mellem at underskrive kontrakterne før eller efter oprettelse af E-kataloget, og for ikke at anse kontrollen for en materiel kontrol af, at produkterne levede op til kravspecifikationen.

Påstandene blev derfor taget til følge.

Påstand 15 vedrørende delaftale 1 og 16 vedrørende delaftale 2 om annullation af tildelingsbeslutningerne blev herefter som følge af klagenævnets vurdering vedrørende påstand 13 og 14 taget til følge.

Kendelse af 1. juni 2023, MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Region Sjælland, Region Midtjylland, Region Nordjylland og Region Hovedstaden (indbragt for domstolene)

Offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om levering af forskellige typer ambulancer. Klagerens påstande, der navnlig handlede om, at det vindende tilbud ikke opfyldte en række nærmere anførte krav, blev ikke taget til følge.

Fire regioner havde i fællesskab iværksat et offentligt udbud af en rammeaftale om levering af ambulancer, specialambulancer og køretøjer til liggende patienttransport. MAN var en forbigået tilbudsgiver, der påstod annullation.

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

Klagenævnet udtalte indledningsvis, at idet MAN ikke havde nedlagt påstande, der angik selve evalueringen af tilbuddene, tog klagenævnet ikke stilling hertil, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 1, 2. pkt., selvom MAN i sin argumentation syntes at have anfægtet evalueringen.

MAN gjorde gældende, at de tilbudte køretøjer ikke opfyldte et krav om en maksimal højde på 2700 mm og kun kunne bringes til at opfylde kravet ved en sænkning af undervognen, hvilket ville være i strid med en nærmere angivet standard. MAN gjorde videre gældende, at de tilbudte specialambulancer som følge af vindueskonfigurationen ikke ville kunne opnå den nødvendige godkendelse, hvilket var et krav. MAN gjorde yderligere gældende, at den vindende tilbudsgiver havde taget forbehold ved på nogle tegninger, der til opfyldelse af et evalueringskrav var fremlagt med tilbuddet, at angive, at det endelige produkt kunne afvige herfra. Endeligt gjorde MAN gældende, at de tilbudte køretøjer ikke opfyldte nærmere anførte krav til bl.a. opbevaringsløsning, udrykningsblink samt afrundede kanter og hjørner. MANs argumentation tog afsæt i de tegninger, der var fremsendt af den vindende tilbudsgiver. Ingen af de anførte påstande blev taget til følge.

En subsidær påstand om, at visse af de anførte krav var uegnede som mindstekrav, blev ikke taget til følge, allerede fordi der ikke var tale om mindstekrav, ligesom klagenævnet fandt, at evalueringskravene, der handlede om fremlæggelse af tegninger, heller ikke var uklart formuleret.

Påstanden om annullation blev herefter ikke taget til følge.

Kendelse af 2. august 2023, S.A.S. SAF Helicopteres mod Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden

De danske regioner iværksatte i fællesskab et udbud med forhandling om indkøb af akutlægehelikoptere. Udbuddet var et genudbud, jf. klagenævnets kendelse af 12. januar 2022. En forbigået tilbudsgiver klagede over ændring af nogle konkurrenceparametre og over den anvendte evalueringsmodel og påstod klagen tillagt opsættende virkning. Klagenævnet afviste ved delkendelse af 22. februar 2023 at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om fumus ikke var opfyldt, og tog ved endelig kendelse af 2. august 2023 ikke klagen til følge på noget punkt. Klagenævnets kendelse af 22. februar 2023, Konsortiet Hems Denmark mod samme ordregivere, om opsættende virkning angår en anden klage over samme udbud med til dels samme klagepunkter. Denne klage blev trukket tilbage efter kendelsen om manglende fumus.

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

Påstand 1-3 angik evalueringsmodellen, herunder om den fremgik tilstrækkeligt klart af udbudsmaterialet, og om den konkrete evaluering var sket i overensstemmelse hermed. Problemstillingen var bl.a., om regionerne havde været berettiget til at anvende støttepoint ved evalueringen, uden at dette fremgik specifikt af udbudsmaterialet. Klagenævnet fandt, at beskrivelsen af evalueringsmodellen i udbudsbetingelserne var tilstrækkelig og klar, og at evalueringen var blevet gennemført i overensstemmelse hermed.

Påstand 4 angik, at det i udbudsmaterialet var beskrevet, at tilbudsgiverne kunne vælge uden beregning at anvende en hangar, som regionerne endnu ikke havde opført ved Ringsted Flyveplads, til opmagasinering af en reservehelikopter, eller de kunne vælge at anvende en anden lokation, som tilbudsgiverne så selv skulle bære. Klageren gjorde gældende, at dette valg havde en så væsentlig økonomisk betydning, at det måtte anses for et skjult konkurrenceparameter i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet. Klagenævnet fandt, at der hverken var oplysninger om eller indikationer af, at valg af lokation for reservehelikopteren ville blive eller var tillagt betydning i forbindelse med evalueringen af de modtagne tilbud.

Påstand 5 angik, at en anden tilbudsgiver under forhandlingerne var blevet oplyst om, hvad der fra lægelig side blev anset som ergonomiske udfordringer i helikopteren. Regionerne besluttede af hensyn til ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) at orientere de øvrige tilbudsgivere om disse oplysninger. Klagenævnet fandt, at regionerne ved at orientere de øvrige tilbudsgivere havde udlignet den mulige konkurrencemæssige fordel for den tilbudsgiver, der oprindeligt modtog oplysningerne.

Påstand 6 angik, om en række ændringer af udbudsbetingelserne var berettiget, eller om de måtte anses for ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. En enkelt af ændringerne kunne muligvis fordreje konkurrencen til fordel for visse tilbudsgivere. Da ændringen imidlertid blev foretaget på et tidspunkt, hvor feltet af konkrete tilbudsgivere var fastlagt, og da ingen af de fastlagte tilbudsgivere ville få en konkurrencefordel, blev konkurrencen ikke konkret fordrejet, og ændringen udgjorde dermed ikke en ændring af grundlæggende elementer.

Kendelse af 21. september 2023, Bravida Danmark A/S mod Københavns Kommune

Under et udbud af en rammeaftale om tekniske installationer stillede ordregiveren minimumskrav om en soliditetsgrad på 20 % i ”de to seneste disponible regnskabsår”. Fastslået, at et årsregnskab for et aktieselskab bliver disponibelt ved godkendelsen af regnskabet på selskabets generalforsamling. Et tilbud, der ikke opfyldte minimumskravet, afvist.

Københavns Kommune iværksatte i marts 2023 et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om renovering og etablering af tekniske bygningsinstallationer. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Tilbudsgiverne skulle i hvert af de to seneste regnskabsår have haft en soliditetsgrad på 20 %. Bravidas årsrapporter for 2020 og 2021 viste en soliditetsgrad på over 20 %, og i det ESPD, som var vedlagt tilbuddet, henviste Bravida til disse regnskabsår.

Den 18. april 2023 godkendte Bravidas generalforsamling årsrapporten for 2022, der viste en soliditetsgrad på under 20 %. Tilbudsfristen udløb den 26. april 2023. Den 28. april sendte Bravida årsrapporten for 2022 til Erhvervsstyrelsen. Samme dag blev regnskabet offentliggjort i CVR (virksomhedsregisteret).

Den 23. maj 2023 anmodede kommunen om dokumentation for regnskabsoplysningerne i Bravidas ESPD. Den 28. maj sendte Bravidas revisor regnskaberne for 2021 og 2022 med revisorpåtegning til kommunen.

Kommunen afviste herefter tilbuddet som ukonditionsmæssigt, da soliditetskravet ikke var opfyldt for 2022.

Bravida klagede og gjorde navnlig gældende, at regnskabet for 2022 ikke havde været disponibelt ved tilbudsafgivelsen, da det først var blevet sendt til CVR efter tilbudsfristen, og at det var en fejl, at revisor på forespørgsel havde fremsendt andre årsrapporter end dem, der var nævnt i ESPD'et.

Klagenævnet fastslog, at årsrapporten for et aktieselskab – og dermed oplysningerne om soliditetsgraden – bliver disponibel ved generalforsamlingens godkendelse og ikke først ved fremsendelsen til CVR. Bravida havde derfor været forpligtet til at henvise til årsrapporterne for 2021 og 2022 i sit ESPD, og Bravida opfyldte derfor ikke kravet til soliditetsgrad. Klagen blev derfor ikke taget til følge.

2.2.3 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel

Kendelse af 6. januar 2023, Mediq Danmark A/S mod Høje-Taastrup Kommune, Brøndby Kommune, Køge Kommune og Odsherred Kommune (indbragt for domstolene)

Ordregiveren havde i et sortimentsudbud tilstrækkeligt beskrevet det påtænkte indkøb, og evalueringsmodellen var i overensstemmelse med udbudslovens § 45, stk. 2, og § 160, stk. 1.

Sagen angik en række kommuners udbud af en rammeaftale om indkøb af klinisk ernæring og utensilier. Udbuddet af rammeaftalen blev gennemført som et sortimentsudbud. Kommunerne havde således ikke i udbudsmaterialet beskrevet hver enkelt vare, der skulle være omfattet af rammeaftalen, men i stedet henvist til 12 specifikke produktkategorier. For hver af de 12 produktkategorier var kort beskrevet, hvad der skulle forstås ved kategorien. Derudover havde kommunerne oplyst selve varekurven med eksempler på varer i alle 12 produktkategorier.

Klagenævnet fandt, at kommunerne derved i tilstrækkelig grad havde beskrevet det påtænkte indkøb i udbudsmaterialet.

Klagenævnet fandt endvidere, at den evalueringsmetode, der var beskrevet i udbudsmaterialet, hvorefter ordregiveren i forbindelse med tilbudsevalueringen ville foretage et fiktivt standardindkøb ved at udvælge varer, der var sammenlignelige med varerne i varekurven, var i overensstemmelse med udbudslovens § 45, stk. 2. Sammenligningen ville blive foretaget på baggrund af en vurdering af de tilbudte varers type, størrelse, vægt, dimensioner, materiale, holdbarhed, justerbarhed og formål. Klagenævnet udtalte hertil bl.a., at disse parametre var objektivt beskrevet og ikke afhang af de indkomne tilbud på en måde, der beroede på ordregiverens valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene. Det forhold, at ordregiveren ved udvælgelsen skulle foretage et fagligt skøn, medførte ikke, at selve fastsættelsen af parametrene/fremgangsmåden til at sammensætte varekurven kunne siges at afhænge af de indkomne tilbud. Den beskrevne evalueringsmodel var således fastlagt i overensstemmelse med udbudslovens § 45, stk. 2, og § 160, stk. 1.

Sortimentsudbuddet adskilte sig fra et normalt sortimentsudbud, idet kommunerne havde offentliggjort den varekurv, evalueringen ville blive foretaget på baggrund af. Klagenævnet bemærkede hertil, at det ikke er tilrådeligt at offentliggøre varekurven. Baggrunden herfor er, at der dermed skabes et incitament til kun at afgive tilbud med f.eks. god kvalitet på den del af varerne, der indgår i evalueringen, og billigere varer med en dårlig kvalitet på den del af varerne, der ikke indgår i evalueringen.

Delkendelse af 11. januar 2023, Rambøll Danmark A/S mod Biofos A/S

Ikke krav om at ordregiverens beslutning om at tilbagekalde en tildelingsbeslutning og genoptage tilbudsevalueringen skal begrundes. Ordregiveren har i forbindelse med en fornyet evaluering pligt til at rette fejl, uanset om fejlene lå til grund for beslutningen om at tilbagekalde den oprindelige tildelingsbeslutning, eller om de først blev konstateret efterfølgende.

Sagen angik et begrænset udbud af en rammeaftale vedrørende rådgivning om spildevand, maskin- og procesanlæg.

Ved den første tildelingsbeslutning blev Rambøll tildelt en rammeaftale. Biofos besluttede imidlertid at tilbagekalde tildelingsbeslutningen og genoptage tilbudsevalueringen i henhold til udbudslovens § 170, stk. 1. Denne beslutning blev meddelt tilbudsgiverne med en kortfattet begrundelse. Begrundelsen indeholdt nærmere oplysninger om, hvilke konstaterede fejl ved tilbudsevalueringen der var årsag til beslutningen om tilbagekaldelse. Ved den fornyede tildelingsbeslutning blev Rambøll forbigået.

Klagenævnet konstaterede i delkendelsen, at udbudslovens § 171, stk. 2-7 (direktiv 2014/24/EU artikel 55, stk. 1 og 2), indeholder krav om, at en række nærmere angivne beslutninger skal begrundes af ordregiveren. Bestemmelserne stiller imidlertid ikke krav om, at en beslutning om tilbagekaldelse af en tildelingsbeslutning med henblik på at genoptage evalueringen skal begrundes. Klagenævnet udtalte, at dette skal ses i lyset af, at en beslutning om tilbagekaldelse af en tildelingsbeslutning ofte følges op af en ny tildelingsbeslutning eller af en beslutning om annullation af udbuddet, og at sådanne beslutninger skal begrundes.

Klagenævnet fastslog endvidere, at hvis ordregiveren i forbindelse med den fornyede evaluering konstaterer fejl i den oprindelige evaluering, har ordregiveren pligt til at rette disse fejl, uanset om fejlene lå til grund for beslutningen om at tilbagekalde den oprindelige tildelingsbeslutning, eller om de først blev konstateret

efterfølgende. Rambøll havde derfor ikke udsigt til at få medhold i, at Biofos under sin fornyede tilbudsevaluering alene var berettiget til at korrigere de fejl i den oprindelige evaluering, som var årsag til beslutningen om at tilbagekalde den oprindelige tildelingsbeslutning.

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

Kendelse af 2. juni 2023, HB Care A/S mod Esbjerg Kommune

Esbjerg kommune iværksatte et offentligt udbud efter udbudsloven af en rammeaftale med en enkelt aktør om læge-, speciallæge-, genoptrænings- og specialkørsel i Esbjerg Kommune. En forbigået tilbudsgiver klagede bl.a. over nogle ændringer i udbudsmaterialet og over, at det vindende tilbud var ukonditionsmæssigt. Klageren klagede desuden over, at udbudsmaterialet var uklart og uegnet til at danne grundlag for tildeling af den udbudte rammeaftale, og at evalueringsmetoden ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagenævnet tog ikke klagen til følge på noget punkt.

Udbuddet angik to delaftaler opdelt efter kørsels karakter. Den ene delaftale var væsentligt større end den anden. Udbudsbetingelserne indeholdt en række krav til de udbudte kørsler, uden at der var anvendt en kategorisering heraf som eksempelvis mindstekrav eller evalueringskrav. Klagenævnet udtalte, at den omstændighed, at det ikke udtrykkeligt var angivet, hvilken type krav der var tale om, ikke i sig selv gjorde udbudsbetingelserne uklare, og at det beror på en konkret vurdering, om en given ændring af udbudsbetingelserne ligger inden for rammerne af de udbudsretlige regler, eller om der er tale om en ændring af de grundlæggende betingelser for udbuddet. HB Care gjorde gældende, at alle kravene var mindstekrav og dermed grundlæggende betingelser. Klagenævnet tog ikke stilling til, om der var tale om mindstekrav, idet ændringerne alene blev anset for præciseringer af forhold, som havde støtte i udbudsmaterialet. Præciseringerne i sig selv havde ikke kunnet påvirke feltet af potentielle tilbudsgivere, og det var endvidere ikke sandsynliggjort, at ændringerne havde forrykket konkurrencen blandt de deltagende.

Spørgsmålet om konditionsmæssigheden af det vindende tilbud angik det forhold, at tilbuddet efter HP Cares vurdering ikke levede op til de maksimale køretider pr. borger, som kommunen havde angivet, og at den vindende tilbudsgiver ikke havde beregnet sit tilbud på en måde, så det tidsmæssigt kunne lade sig gøre at opfylde alle krav i kravspecifikationen. Klagenævnet udtalte, at der ikke var indikationer på, at en almindelig påpasselig tilbudsgiver ikke havde været i stand til at fastslå, hvilke krav der hørte til hvilken delaftale, og det gjorde ikke beregningsgrundlaget uklart, at der for delaftale 2 ikke var angivet passagerer med særlige behov, hvilket fremgik af de dele af kørselslisterne, der skulle danne grundlag for kørselsplanlægningen for delaftale 1. Den omstændighed, at kommunen havde overladt det til tilbudsgiverne selv at vurdere og fastlægge den fornødne tid til servicering af borgerne i forbindelse med ind- og udstigning, gjorde ikke, at tilbuddene dermed ikke var sammenlignelige. Kommunen havde ved bl.a. stikprøvekontrol sikret sig imod, at der var tilbudsgivere, der ville foretage en kørselsplanlægning og dermed en samlet kilometerberegning, der reelt ikke ville kunne realiseres i overensstemmelse med kravene i kravspecifikationen. På den baggrund, og da evalueringsmodellen ubestridt var beskrevet i overensstemmelse med udbudslovens § 160, stk. 1, var evalueringsmetoden egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Kendelse af 2. august 2023, S.A.S. SAF Helicopteres mod Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden

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

Kendelse af 18. august 2023, Yunex GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S

Udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II af et system til administration af vejafgifter. Klagen var indgivet af en forbigået ansøger om prækvalifikation og omfattede forskellige klagepunkter, der sigtede til, at klageren skulle have været prækvalificeret.

Sagen angik et udbud af to kontrakter om anskaffelse, uddannelse i og servicering af et "Road Enforcement System" til en samlet værdi på over 226 millioner kr. Ved udløbet af fristen havde Sund & Bælt modtaget seks ansøgninger om prækvalifikation, hvoraf tre blev antaget. Yunex, der var en af de tre ansøgere, som ikke blev prækvalificeret, påstod annullation af beslutningen om prækvalifikation.

Yunex gjorde blandt andet gældende, at Sund & Bælt havde overskredet rammerne for sit skøn i forbindelse med sin vurdering af de referencer, som de prækvalificerede ansøgere havde præsenteret. Klagenævnet fandt ikke grundlag for at tilsidesætte det udøvede skøn.

Yunex gjorde endvidere gældende, at Sund & Bælt i strid med udbudslovens § 171, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 55, stk. 1 og 2), ikke havde givet Yunex en tilstrækkelig klar begrundelse for fordelene ved de prækvalificerede ansøgere. Heller ikke dette synspunkt blev taget til følge.

Yunex gjorde yderligere gældende, at Sund & Bælt havde været afskåret fra at lægge vægt på visse af de referencer, som en af de prækvalificerede ansøgere havde henvist til i sin ansøgning, ligesom den pågældende ansøger ikke havde påvist erfaring med et af de arbejdsområder, som der var krav om i udbudsmaterialet, hvorfor ansøgningen var ukonditionsræssig. Klagenævnet udtalte i forhold til begge disse påstande, at der ikke var grundlag for at anfægte rigtigheden af oplysningerne fra ansøgeren.

Samme ansøger havde desuden glemt at underskrive sit ESPD. Klagenævnet udtalte hertil, at den manglende underskrift åbenlyst var en formel fejl, og at Sund & Bælt i dette tilfælde havde forbeholdt sig retten til at gøre brug af berigtigelsesproceduren efter udbudslovens § 159, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3). Den efterfølgende berigtigelse blev derfor tilladt.

Endelig blev Yunex' påstande om, at klagenævnet skulle "konstatere", at Sund & Bælt skulle "foretage effektiv kontrol" af den samme ansøgers oplysninger, og at klagenævnet skulle meddele påbud om at prækvalificere Yunex, afvist.

Delkendelse af 31. oktober 2023, Sysmex Nordic ApS mod Region Sjælland

Den kvalitative tilbudsevaluering skulle efter udbudsbetingelserne foretages ved en relativ vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden. Ikke bevist, at ordregiveren ikke i stedet havde anvendt en absolut vurdering.

Region Sjælland iværksatte et offentligt udbud af en rammeaftale om levering af laboratoriestyr med tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet. Om de fem kvalitative underkriterier var angivet, at tilbuddene ville blive evalueret relativt i forhold til hinanden og få point på en skala fra 1-100. En lang

række såkaldte B-krav indgik i de kvalitative konkurrenceparametre. Tilbudsgiverne skulle i vidt omfang nærmere beskrive deres opfyldelse af hvert enkelt B-krav.

Regionen modtog tre tilbud. Regionen udpegede det vindende tilbud og afviste tilbuddet fra Sysmex som ukonditionsmæssigt. Sysmex klagede herefter i standstill-perioden med påstand om, at afvisningen var uberettiget, og at evalueringen af kvaliteten af de to øvrige tilbud ikke var sket relativt som fastsat. Desuden nedlagde Sysmex påstand om annullation af tildelingsbeslutningen.

Regionen fastholdt, at Sysmex' tilbud var ukonditionsmæssigt, og påstod afvisning af påstanden vedrørende evalueringen af de to øvrige tilbud.

Klagenævnet tog ikke afvisningspåstanden til følge.

Om evalueringen udtalte klagenævnet, at regionen havde valgt at vurdere tilbuddene "relativt", det vil sige i forhold til hinanden, frem for en sædvanlig, "absolut" vurdering, hvor tilbuddene evalueres efter, i hvor høj grad det enkelte tilbud opfylder de fastsatte krav. Samtidig havde regionen imidlertid anført, at "[jo] bedre Ordregiver vurderer, at tilbuddet opfylder ordregivers B-krav, desto bedre vil Ordregiver evaluere tilbuddet."

Af evalueringsrapporten fremgik, at de to tilbud på de samme 37 B-krav begge havde fået 100 point og på de samme 4 B-krav begge havde fået 0 point. Størstedelen af de 41 B-krav, hvor de to tilbudsgivere havde fået nøjagtig den samme vurdering, angik specifikke kvalitative kriterier, hvor tilbudsgiverne skulle udarbejde en længere beskrivelse af, hvordan kravet ville blive opfyldt.

Klagenævnet fandt, at det havde formodningen imod sig, at to tilbud kunne være så ens, at der med et interval på 0-100 alligevel systematisk skulle gives tilbuddene samme antal point ved en relativ, kvalitativ vurdering i det omfang, som fremgik af evalueringsrapporten. Klagenævnet fandt derfor, at regionen ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at vurderingen af tilbuddene i relation til de kvalitative underkriterier var sket ved en indbyrdes sammenligning af tilbuddene. Regionen havde derfor ikke anvendt den evalueringsmodel, der var oplyst i udbudsbetingelserne.

Der var derfor udsigt til, at annullationspåstanden ville blive taget til følge. Betingelsen om *fumus boni juris* var derfor opfyldt.

Klagenævnet tog ikke stilling til spørgsmålet om, hvorvidt Sysmex' tilbud var ukonditionsmæssigt.

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

Region Sjælland annullerede herefter tildelingsbeslutningen og foretog en fornyet evaluering, hvorefter Sysmex' tilbud igen blev anset for ukonditionsmæssigt, og samme tilbudsgiver blev udpeget som vinder.

Sysmex klagede i den nye standstill-periode og nedlagde de samme påstande som ved den første klage, herunder om annullation af den nye tildelingsbeslutning. Desuden nedlagde Sysmex påstande bl.a. om overtrædelse af udbudslovens § 137 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, d, g og i) i forbindelse med angivelse af udelukkelsesgrundene, om overtrædelse af udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og § 160 ved fastsættelse af evalueringsmodellen og om annullation af udbuddet.

Region Sjælland annullerede herefter udbuddet, og Sysmex tilbagekaldte klagen. Delkendelsen blev derfor klagenævnets endelige afgørelse.

Kendelse af 17. november 2023, Capgemini Danmark A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Foreklingsstyrelsen

Miniudbud efter udbudslovens afsnit II om levering af et team af konsulenter til at udføre testning og udviklingsbistand vedrørende et it-system. Klage over evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet kvalitet og over utilstrækkelig begrundelse blev ikke taget til følge. Ikke annullation.

Udviklings- og Foreklingsstyrelsen gennemførte et miniudbud inden for en rammeaftale om it-udviklingsydelser. Der skulle tilbydes et testteam på op til 24 konsulenter ("ressourcer"). Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet med underkriterierne Pris (30 %) og Kvalitet (70 %). Ved evalueringen ville der blive lagt vægt på, hvilke ressourcer leverandøren stillede til rådighed, herunder i hvilket omfang ressourcerne havde relevante kompetencer og erfaring på højt niveau i forhold til rollen og udførelsen af udviklingsbistanden. Det ville blive vurderet, hvorledes kvaliteten af ressourcerne i rollen kunne påvirke kvalitetsniveauet ved udførelsen af udviklingsbistanden.

Styrelsen modtog fire tilbud. Capgeminis tilbud lå prismæssigt lige under et tilbud fra Netcompany, men Netcompany fik 7 point vedrørende underkriteriet Kvalitet mod Capgeminis 4. Styrelsen tildelte derfor kontrakten til Netcompany.

Capgemini klagede med påstande om, at Udviklings- og Foreklingsstyrelsen havde overtrådt udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), § 160, stk. 1, og § 164 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4) ved i evalueringen af tilbuddenes kvalitet at lægge vægt på forhold, som ikke var i overensstemmelse med beskrivelsen af betingelserne i miniudbuddet. Capgemini gjorde navnlig gældende, at det ikke havde været berettiget at lægge vægt på de tilbudte konsulents sektorindsigt og ressourcernes sammensætning. Desuden skulle hver af de tilbudte konsulents CV'er have været gennemgået og evalueret, hvilket ikke var sket.

Udviklings- og Foreklingsstyrelsen gjorde navnlig gældende, at sektorindsigt nøje relaterede sig til de beskrivelser af de efterspurgte konsulentkategorier, som fremgik af forskellige bilag. Også Capgeminis tilbud beskrev de tilbudte konsulents erfaring med den offentlige og private sektor samt erfaring med vurderingssystemer. Sektorindsigt lå derfor inden for rammerne af den naturlige forståelse af kriteriet. I overensstemmelse med udbudsbetingelserne var det ressourcernes samlede kompetence og erfaring – dokumenteret ved de 16 CV'er, der indgik i tilbuddet – som blev evalueret, ikke de enkelte CV'er.

Klagenævnet fastslog, at det udtrykkeligt fremgik af miniudbudsmaterialet, at Udviklings- og Foreklingsstyrelsen ville lægge vægt på ressourcernes erfaring inden for det relevante område. Uanset at ordet "sektorindsigt" ikke var nævnt i miniudbudsbetingelserne, lå det dermed ikke uden for, hvad enhver rimeligt velinformeret og normalt omhyggelig tilbudsgiver måtte anse for omfattet af, hvad der ville blive lagt vægt på. Det fremgik klart, at udbuddet vedrørte et testteam, der skulle opfylde de beskrevne krav. Hvordan de tilbudte ressourcer var sammensat i relation til opfyldelse af kravene lå dermed ligeledes inden for rammerne af det, der var beskrevet i udbudsmaterialet. Da det også tydeligt fremgik, at opgaven skulle løses af et testteam, kunne Capgemini ikke have en forventning om, at der ved tildelingsbeslutningen skulle foreligge en evaluering af hvert enkelt CV.

Påstandene blev derfor ikke taget til følge.

En påstand om overtrædelse af udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 55, stk. 1 og 2), ved ikke at have givet en fyldestgørende redegørelse for tildelingsbeslutningen blev heller ikke taget til følge.

Endelig blev en annullationspåstand og en påstand om, at kontrakten skulle erklæres for uden virkning, ikke taget til følge.

2.2.4 Rammeaftaler

Kendelse af 28. februar 2023, Mediq Danmark A/S mod Aarhus Kommune

Uklart, hvordan beløbsangivelser i udbudsbekendtgørelsen skulle forstås. Annullation af tildelingsbeslutningen.

Aarhus Kommune udbød i april 2021 en rammeaftale med en enkelt leverandør om levering af urologi- og afføringsinkontinensprodukter til borgere med en § 112-bevilling samt til sygeplejedepoterne i kommunen. Rammeaftalens varighed var to år, men med mulighed for forlængelse i op til 12 måneder ad to omgange. I udbudsbekendtgørelsens rubrik II.1.5) var rammeaftalens anslåede samlede værdi angivet til 68 mio. kr., og i udbudsbekendtgørelsens rubrik II.2.6) var rammeaftalens anslåede værdi angivet til 17 mio. kr. Af udbudsmaterialet i sagen fremgik i øvrigt, at kommunen havde anslået rammeaftalens værdi til 17 mio. kr. årligt, og at beløbet på 68 mio. kr. var den anslåede værdi for hele rammeaftalens mulige løbetid på fire år. Aarhus Kommune havde i den forbindelse i udbudsmaterialet anført bl.a., at det angivne forventede årlige forbrug var et cirkatal baseret på et kvalificeret skøn, forventede forbrugsmønstre og statistiske oplysninger fra tidligere regnskabsperioder, samt at forbrugstallene ikke var udtryk for en garanteret volumen, men alene skulle give et indtryk af det mulige omfang. Kommunen havde endvidere anført, at alle de angivne mængder kunne variere ubegrænset og være forskellige fra år til år i aftaleperioden.

Der indkom tilbud fra tre virksomheder, hvorefter Aarhus Kommune besluttede at indgå kontrakt med én af virksomhederne og indgik kontrakten. Senere klagede Mediq, som var en af de øvrige tilbudsgivere, til klagenævnet over, at Aarhus Kommune havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at angive en maksimal mængde eller maksimal værdi af de varer, der skulle leveres efter rammeaftalen.

Klagenævnet tog klagen til følge og anførte som begrundelse herfor, at de refererede angivelser i udbudsmaterialet ikke indeholdt en klar angivelse af den maksimale mængde eller maksimale samlede værdi af de varer, der skulle leveres. Aarhus Kommune havde dermed ikke levet op til kravet om at fiksere en maksimal grænse for brugen af rammeaftalen, jf. EU-Domstolens dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, Simonsen og Weel.

Aarhus Kommune havde endvidere ikke løftet sin bevisbyrde for, at den manglende angivelse af maksimal mængde eller værdi ikke havde bevirket, at potentielle tilbudsgivere havde afholdt sig fra at afgive tilbud, hvorfor udbuddet blev annulleret. Kommunen havde nedlagt en påstand om, at klagenævnet i stedet for at annullere tildelingsbeslutningen skulle pålægge kommunen at lovliggøre udbuddet ved en aftale med den vindende tilbudsgiver om, at beløbet på 68 mio. kr. udgjorde den maksimale værdi for rammeaftalen,

så kommunen ikke kunne indgå flere kontrakter på grundlag af rammeaftalen. Klagenævnet bemærkede hertil, at der ikke var grundlag for at pålægge kommunen at lovliggøre udbuddet, når kontrakten på grundlag af udbuddet allerede var indgået.

Kendelse af 26. september 2023, Konsortiet Abena A/S og Coloplast Danmark A/S mod Esbjerg Kommune, Middelfart Kommune, Vejle Kommune, Herning Kommune, Fanø Kommune, Vejen Kommune, Varde Kommune og Billund Kommune

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

Delkendelse af 10. november 2023, Onemed A/S mod Fællesudbud Sjælland v/Slagelse Kommune

Fællesudbud Sjælland v/Slagelse Kommune udbød som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale med en enkelt aktør om levering af stomihjælpemidler. En forbigået tilbudsgiver klagede bl.a. over, at det vindende tilbud blev anset for konditionsmæssigt, og over den måde, ordregiver havde anført kontraktens værdi i udbudsbekendtgørelsen. Klagenævnet tog ikke klagen til følge.

Påstand 1 angik, om den vindende tilbudsgivers tilbud var ukonditionsmæssigt, idet der manglede angivelse af et enkelt varenummer i en serie. Påstand 4 angik, om evalueringsmodellen var beskrevet tilstrækkelig klart. Efter en konkret vurdering var der ikke udsigt til, at der skulle gives medhold i disse påstande.

Påstand 2 angik, om udbudsmaterialet var uegnet og således ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Udbuddet var udformet sådan, at det var forudsat, at stomiposer og stomiringe kunne benyttes på tværs af serier. Onemed gjorde gældende, at dette bl.a. medførte, at produkterne ikke kunne overholde MDR-forordningen, mens ordregiveren og den vindende tilbudsgiver gjorde gældende, at poser og ringe var MDR godkendt hver for sig og i øvrigt allerede blev brugt på tværs. Klagenævnet fandt efter en konkret bevisbedømmelse, at udbudsmaterialet ikke var uegnet.

Påstand 3 angik, om angivelse af maksimal værdi og forventet værdi i udbudsbekendtgørelsen var korrekt, hvilket klagenævnet ikke fandt anledning til at kritisere.

Der forelå derfor ikke fumus boni juris, og betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning var dermed ikke opfyldt. Klagen blev efterfølgende tilbagekaldt, og delkendelsen blev dermed klagenævnets endelige afgørelse.

2.2.5 Indhentelse af yderligere oplysninger

Kendelse af 29. august 2023, Scania Danmark A/S mod I/S REFA

Sagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II om levering samt servicering og reparation af renovationskøretøjer. Da REFA meddelte, at kontrakten ville blive tildelt Ejner Hessel A/S, indgav Scania klage til klagenævnet.

Klagenævnet fastslog, at REFA havde overtrådt udbudslovens § 159, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3), ved først efter kontraktindgåelsen at verificere, om Ejner Hessels tilbud opfyldte et krav om

referencer. Verificeringspligten skal efter bestemmelsens ordlyd og forarbejder opfyldes før tildelingsbeslutningen. Klagenævnet tog ikke stilling til, om overtrædelsen kunne begrunde annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet fastslog også, at REFA havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage det vindende tilbud i betragtning, selvom nogle af de tilbudte køretøjer ikke opfyldte et mindstekrav om at være udstyret med LED-lys. På baggrund af denne overtrædelse annullerede klagenævnet tildelingsbeslutningen.

Delkendelse af 13. september 2023, HMK Bilcon A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI)

Sagen angik et offentligt udbud af en rammeaftale vedrørende service af forsvarets mobile tankanlæg og tankvogne.

I udbudsmaterialet var der fastsat en række mindstekrav til bl.a. værkstedsfaciliteter. Tilbudsgiverne skulle ifølge udbudsmaterialet bekræfte at leve op til mindstekravene, men der var derudover ikke krav om, at tilbudsgiverne fremsendte dokumentation herfor.

Klagenævnet udtalte, at mindstekravene til værkstedsfaciliteter ikke skulle være opfyldt allerede på tidspunktet for tilbudsafgivelsen. Det vindende tilbud – hvori tilbudsgiver havde svaret ”JA” til at leve op til mindstekravene – levede således efter sit indhold op til de fastsatte mindstekrav.

Klagenævnet udtalte med henvisning til Højesterets dom af 15. juni 2012 i Montaneisen-sagen, at en ordregiver er forpligtet til at undersøge – og eventuelt reagere på – oplysninger, som ordregiveren først bliver bekendt med efter tildelingsbeslutningen, men før kontaktindgåelsen. Klagenævnet fandt imidlertid ikke grundlag for at tilsidesætte ordregiverens skønsmæssige vurdering af, at der ikke skulle foretages yderligere kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet inden kontraktindgåelsen, end ordregiveren allerede havde foretaget. Klagenævnet lagde herved vægt på, at den vindende tilbudsgiver i sit tilbud havde svaret bekræftende på opfyldelsen af mindstekravene, at der ikke skulle vedlægges dokumentation for opfyldelse af mindstekravene, at ingen af mindstekravene kunne kræves opfyldt allerede på tidspunktet for afgivelse af tilbud, og at den vindende tilbudsgiver efterfølgende på ordregiverens forespørgsel havde bekræftet at opfylde mindstekravene.

Der forelå herefter ikke ”fumus”, og klagen blev ikke tillagt opsættende virkning. Klagen blev efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

2.2.6 Unormalt lave tilbud

Delkendelse af 20. juni 2023, Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS mod Sønderborg Varme A/S

Tilbud med en timepris på 1 kr. var unormalt lavt, idet tilbuddet i realiteten ikke omfattede de pågældende medarbejderkategorier, som den tilbudte timepris vedrørte, hvilket ville medføre, at det udførte arbejde ville blive væsentligt dyrere end forudsat ved prisevalueringen.

Sagen angik et begrænset udbud af en totalrådgivningsaftale i forbindelse med udrulning af fjernvarme omkring Nybøl og Vester Sottrup med en samlet værdi på 10 mio. kroner.

I tilbuddet skulle tilbudsgiverne angive timepriser for en række medarbejderkategorier, og derudover var det anført, at hvis tilbudsgiverne ikke angav en timepris, ville ordregiver anse det, som om der var tilbudt en pris på 0 kr., som var bindende for tilbudsgiverne. Evalueringsmodellen var opbygget således, at der for hver medarbejderkategori ville blive udregnet en evalueringsteknisk pris på baggrund af den tilbudte pris ganget med det antal timer, hver medarbejderkategori forventeligt skulle udføre. Det forventede antal timer for hver medarbejderkategori fremgik af udbudsmaterialet.

Damgaard havde for kategorierne "Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring" og "CAD/BIM-operatør/Teknisk designer" tilbudt en pris på 1 kr./time. Efter Sønderborg Varmes henvendelse om de lave priser oplyste Damgaard, at man ikke agtede at bruge ressourcer på de nævnte medarbejderkategorier, da Damgaard ikke havde nogen ansatte i disse kategorier. Derudover oplyste Damgaard, at man ikke tilsidesatte sine miljø-, social- eller arbejdsretlige forpligtigelser. Endvidere anførte Damgaard, at priserne var fastsat af "markedsstrategiske overvejelser".

Sønderborg Varme afviste herefter Damgaards tilbud som unormalt lavt.

Klagenævnet udtalte, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte Sønderborg Varmes vurdering af, at de tilbudte priser var unormalt lave. Klagenævnet henviste herved bl.a. til, at det måtte lægges til grund, at Damgaard reelt ikke tilbød medarbejdere i medarbejderkategorierne "Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring" og "CAD/BIM-operatør/Teknisk designer". Derimod ville arbejdet blive udført af andre medarbejderkategorier end forudsat i udbudsmaterialet, hvilket ville medføre, at det udførte arbejde ville blive væsentligt dyrere end forudsat ved prisevalueringen.

Det forhold, at det af udbudsbetingelserne fremgik, at tilbudslisteposter, der ikke udfyldes, ansås som tilbudt udført til 0 kr., og at tilbudsgiver var bundet af dette ved arbejdets udførelse, afskar ikke varmeværket fra at afvise tilbuddet med den begrundelse, at de tilbudte priser var unormalt lave. Klagenævnet udtalte i øvrigt, at sådanne manglende angivelser normalt måtte anses som prisforbehold, hvilket ville have ført til, at angivelserne med 0 kr. skulle have være kapitaliseret.

Betingelserne for opsættende virkning var herefter ikke opfyldt. Klagen blev efterfølgende tilbagekaldt, og delkendelsen blev derfor klagenævnets endelige afgørelse.

Kendelse af 22. august 2023, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland

Sagen angik et udbud af en kontrakt om levering af analyseudstyr til nogle hospitaler og en rammeaftale om udførelse af analyser. Klagen var indgivet af en forbigået tilbudsgiver, der gjorde gældende, at det vindende tilbud ikke opfyldte et fastsat mindstekrav, og at mindstekravet i hvert fald var uklart og uegnet. Desuden skulle ordregiveren have anmodet om redegørelse for pris og omkostninger, fordi det vindende tilbud forekom unormalt lavt. Klagen blev ikke taget til følge på noget punkt.

Roche gjorde gældende, at regionen burde have afvist tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver som ukonditionsmæssigt, fordi tilbuddet ikke opfyldte et mindstekrav om at medlevere et vandanlæg i fornødent omfang. Mindstekravet var under alle omstændigheder så uklart formuleret, at det ikke var egnet til at danne grundlag for afgivelse af tilbud. Den tilbudte pris fra den vindende tilbudsgiver fremstod unormalt lav, og regionen burde derfor forud for tildelingsbeslutningen have anmodet den vindende tilbudsgiver om en redegørelse for priser og omkostninger, jf. udbudslovens § 169, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 69).

Klagenævnet fastslog, at der ikke var grundlag for at konstatere, at tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver ikke levede op til mindstekravet. Mindstekravet var klart formuleret. Der var desuden ikke grundlag for at tilsidesætte regionens skøn over, at den vindende tilbudsgivers pris ikke forekom unormal lav. Klagen blev derfor ikke taget til følge.

2.2.7 Klagenævnsloven, herunder opsættende virkning og klagenævnets sanktioner

Kendelse af 6. januar 2023, Mediq Danmark A/S mod Høje-Taastrup Kommune, Brøndby Kommune, Køge Kommune og Odsherred Kommune (indbragt for domstolene)

Klagenævnet kunne ikke i medfør af klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 3, udstede et påbud om at bringe en indgået kontrakt til ophør.

Sagen angik en række kommuners udbud af en rammeaftale om indkøb af klinisk ernæring og utensilier.

Mediq nedlagde påstand om bl.a., at klagenævnet i henhold til klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 3, skulle påbyde kommunerne at bringe de indgåede rammeaftaler til ophør, jf. udbudslovens § 185, stk. 2. Klagenævnet udtalte hertil, at nævnet alene i de tilfælde, der er omfattet af lovens § 13, stk. 2, dvs. hvor en kontrakt erklæres for uden virkning, har hjemmel til at påbyde en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør. Forpligtelsen til at bringe en kontrakt til ophør i de tilfælde, hvor en tildelingsbeslutning er annulleret ved endelig afgørelse eller dom, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, følger derimod direkte af bestemmelsen. Allerede af den grund fandt klagenævnet, at Mediq ikke havde en selvstændig retlig interesse i påstanden. Klagenævnet afviste derfor påstanden.

Kendelse af 24. april 2023, Meldgaard Miljø A/S mod Afatek A/S

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

Kendelse af 13. september 2023, DELPRO A/S mod Energinet

Energinet udbød som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en rammeaftale om udførelse af tilsyns- og kvalitetssikringsopgaver på Energinets projekter inden for kabel og luftledningsanlæg. En forbigået tilbudsgiver klagede over, at Energinet under forhandlingerne med klageren ikke havde påpeget svagheder i klagerens tilbud. Denne del af klagen påstod Energinet afvist, men fik ikke medhold heri. Den forbigåede tilbudsgiver klagede desuden over, at Energinet ved den kvalitative tilbudsvurdering havde tillagt klagerens kapacitet negativ vægt, selvom tilbudsgivernes kapacitet ikke indgik i udbudsmaterialets angivelser af, hvad der ville blive lagt vægt på. Klagenævnet afslog ved beslutning af 23. juni 2023 at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt, og tog ved endelig kendelse af 13. september 2023 ikke klagen til følge på noget punkt.

En klage kan i medfør af klagenævnslovens § 6, stk. 2, afvises, hvis klagen er uegnet til at danne grundlag for klagesagens behandling. Klagen var indgivet af en selvmøder, over for hvem klagenævnet har en særlig pligt til vejledning, jf. forvaltningslovens § 7. Vejledningen skal ses i sammenhæng med klagenævnslovens § 10, stk. 1, 2. pkt., hvorefter klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende. En konkret vurdering af klagen førte til, at

klagenævnet ikke fandt grundlag for at afvise klagen, selvom denne ikke indeholdt en specifik henvisning til, hvilken bestemmelse eller hvilket princip som klageren mente var tilsidesat.

Klagenævnet udtalte herefter vedrørende påstand 1, at selvom det påhviler den ordregivende myndighed at handle på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde, har ordregiver ikke pligt til under forhandlingsmøder at påpege enhver væsentlig svaghed i tilbuddene. Ordregivers tilbagemeldinger til tilbudsgiverne må dog ikke være vildledende. Der var ikke grundlag for at fastslå, at Energinets tilbagemeldinger havde været vildledende. Klagen blev herefter ikke taget til følge på dette punkt. Se en tilsvarende afgørelse i Klagenævnets kendelse af 17. maj 2023, Eurofins Miljø Luft A/S mod Ørsted Bioenergy & Thermal Power A/S, som er omtalt under pkt. 2.2.9.

Vedrørende påstand 2 var Energinet og DELPRO enige om, at det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbudsgivernes kapacitet indgik i vurderingsgrundlaget. Formuleringen af begrundelsen for tildelingsbeslutningen kunne indikere, at Energinet på trods heraf havde lagt vægt herpå. Efter en gennemgang af sagens oplysninger var der ikke grundlag for at fastslå, at Energinet rent faktisk havde inddraget dette forhold, tværtimod, og formuleringen af begrundelsen for tildelingsbeslutningen kunne derfor ikke i sig selv føre til, at det kunne lægges til grund, at Energinet havde handlet usagligt i forbindelse med tildelingen. Klagen blev derfor heller ikke taget til følge på dette punkt.

Kendelse af 31. oktober 2023, Primatag A/S mod Nykøbing Falster Boligselskab, afd. 13

En klager, der af en af tilbudsgiverne, som klageren tidligere havde afgivet tilbud til i anden sammenhæng, var blevet spurgt, om man ønskede at give tilbud, men afgav ikke tilbud og afstod fra at tilbyde sig som underleverandør. Klageren var ikke klageberettiget.

Sagen angik et udbud med forhandling af renovering af 284 lejemål, herunder med udførelse af tagbelægning med tagpap. I udbudsbetingelserne var angivet, at alle tagpapløsninger skulle have en dokumenteret levetid på minimum 50 år i henhold til TGA 2018/004. I et skema, som tilbudsgiverne skulle udfylde, var angivet, at der kunne tilbydes tilsvarende produkter, som opfyldte udbuddets krav til design, kvalitet og funktion.

Primatag gjorde navnlig gældende, at boligselskabet havde handlet i strid med udbudslovens § 40, stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 1), samt de grundlæggende principper om ligebehandling og proportionalitet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved at have stillet krav om, at tilbudsgiverne havde opnået en national teknisk specifikation i form af en TGA 2018/004 efter udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, litra g (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 3), og at det var i strid med udbudslovens § 42 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4) at henviser til TGA 2018/004, uden at henvisningen efterfulgtes af formuleringen ”eller tilsvarende”, ligesom henvisningen hertil havde en konkurrencebegrænsende virkning på udbuddet uden saglig begrundelse.

En af tilbudsgiverne, Enemærke & Petersen A/S, havde spurgt Primatag, om man ønskede at give tilbud, og Primatag havde udarbejdet en liste over 25 tilbud, som Primatag tidligere havde afgivet til Enemærke & Petersen A/S. Primatag afgav ikke tilbud og afstod fra at tilbyde sig som underleverandør, da man ikke kunne levere tagpap, der opfyldte kravet om TGA 2018/004.

Klagenævnet fandt det ikke godtgjort, at der bestod et sådant fast samarbejdsforhold mellem Primatag og Enemærke & Petersen A/S, eller at det på anden måde var fastlagt, at Primatag ville blive anvendt som underleverandør, hvis Enemærke & Petersen A/S havde vundet udbuddet, at Primatag måtte anses for at have en konkret og direkte interesse i klagenævnets stillingtagen til klagen, jf. herved klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

Et krav om, at alle tagpapløsninger skulle have en dokumenteret levetid på mindst 50 år i form af TGA 2018/004 (eller tilsvarende), afskar ikke Primatag fra at deltage som underleverandør med den virkning, at Primatag måtte anses som klageberettiget.

Klagen blev på den baggrund afvist.

2.2.8 Prækvalifikation

Kendelse af 16. februar 2023, Microsoft Danmark ApS mod Ørsted Services A/S

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

Kendelse af 16. juni 2023, Revenue Collection Systems Denmark ApS mod Rejsekort & Rejseplan A/S

Sagen angik et udbud af en rammeaftale om "Software-as-a-Service and related services" efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Klagen var indgivet af en forbigået ansøger, som gjorde gældende, at en af de prækvalificerede ikke opfyldte et krav om referencer, at kriterierne for udvælgelse af de prækvalificerede ikke var oplyst på forhånd, og at ordregiverens vurdering af klagerens referencer var usaglig, uigennemsigtig og diskriminerende. Klagen blev ikke tage til følge.

Revenue gjorde gældende, at ansøgningen fra en af de prækvalificerede virksomheder burde have været afvist, da ansøgningen ikke levede op til egnethedskriterierne til teknisk og faglig formåen, fordi virksomheden kun havde angivet to – og ikke tre – referencer, der var udført på tidspunktet for ansøgningen. Ordregiveren havde desuden i sin udvælgelse af ansøgere lagt vægt på udvælgelseskriterier og vægtninger heraf, som ikke var beskrevet i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet i øvrigt, ligesom ordregiveren havde anvendt en pointskala, der ikke fremgik af udbudsmaterialet. Ordregiverens bedømmelse af de enkelte referencer i forbindelse med udvælgelsen var usaglig, uigennemsigtig og diskriminerende. Revenue støttede overordnet dette synspunkt på, at det ikke fremgik af underretningen til virksomheden om ikke at være blevet prækvalificeret, hvordan ordregiveren var kommet frem til den konkrete pointscore.

Klagenævnet fastslog, at ordregiveren ikke havde fastsat minimumskrav til kvaliteten og karakteren af ansøgernes referencer. Referencen fra den virksomhed, som Revenue mente ikke opfyldte egnethedskriterierne, kunne derfor indgå ved ordregiverens evaluering af referencernes sammenlignelighed med den udbudte rammeaftale. Der var ikke grundlag for at konstatere, at denne reference ikke i større eller mindre omfang havde været sammenlignelig eller relevant i forhold til den udbudte rammeaftale. Det var ikke i strid med principperne for ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, eller med direktivets artikel 78, stk. 2, at ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen havde fastsat, at der ville blive lagt særlig vægt ("special weight") på referencer, som viste erfaring med levering af ydelser,

der var sammenlignelige med hovedydelse "B) The Solution", da det havde været gennemsigtigt for ansøgerne. Det kunne ikke føre til et andet resultat, at ordregiveren ved evalueringen vægtede hovedydelse "B) The Solution" 40 %, mens de øvrige hovedydelser vægtede hver 20 %. Ordregiveren havde i udbudsbekendtgørelsen fastsat, at ordregiveren ville anvende en pointskala fra 1-10 ved udvælgelsen, og det var således gennemsigtigt for ansøgerne, at pointskalaen ville blive benyttet. Det var i den forbindelse uden betydning, at udbudsbekendtgørelsen ikke indeholdt en nærmere beskrivelse af skalaens enkelte positioner.

Underretningen om prækvalifikationen var ikke mangelfuld. Klagenævnet lagde i den forbindelse vægt på, at ordregiverens underretning indeholdt en redegørelse for vurderingen af både Revenues og de prækvalificerede ansøgers referencer i forhold til hver af hovedydelserne og de prækvalificerede ansøgers samlede score, og at det af underretningen fremgik, hvordan ordregiveren havde vurderet den erfaring, som de prækvalificerede ansøgere havde dokumenteret ved deres referencer, og hvilke(n) af de prækvalificerede ansøgers reference(r), der havde været bærende for ordregiverens vurdering. Der var herefter ikke grundlag for at annullere ordregiverens beslutning om prækvalifikation.

2.2.9 Udbud med forhandling

Delkendelse af 17. maj 2023, Eurofins Miljø Luft A/S mod Ørsted Bioenergy & Thermal Power A/S

Ordregiveren har ikke pligt til under et udbud med forhandling at påpege enhver væsentlig svaghed i tilbudene, men ordregiverens tilbagemeldinger må ikke være vildledende. Dette var heller ikke tilfældet. Betingelsen om fumus boni juris ikke opfyldt.

Ørsted iværksatte via en eksisterende kvalifikationsordning et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af en rammeaftale om laboratorieydelser til brug for kraftværker. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af den evalueringstekniske pris, der vægtede 45 %, og forskellige kvalitative underkriterier, der vægtede 55 %. Tilbudsgiverne fik point efter en skala, der var oplyst i udbudsmaterialet, og som omfattede positionerne 0-10 med 0 som det dårligste.

Efter forhandlingsmøder tildelte Ørsted kontrakten til FORCE Technology A/S.

Eurofins, der ligeledes havde afgivet tilbud, klagede og gjorde bl.a. gældende, at Ørsteds positive tilbagemelding på det andet forhandlingsmøde vedrørende et del-delkriterium havde været vildledende.

Ørsted havde givet feedback til tilbudsgiverne uden at oplyse pointscore, men ved anvendelse af farvemarkeringer: Rød for 0-1 point, orange for 2-3 point, gul for 4-6 point og grøn for 7-10 point. Under det indledende forhandlingsmøde med Eurofins havde Ørsted oplyst farvemarkeringen gul for det omhandlede del-delkriterium og havde uddybet sin kritik. Ved det andet forhandlingsmøde var Eurofins score vedrørende del-delkriteriet markeret med grøn, og Eurofins ændrede herefter ikke i sit tilbud. Eurofins endelige tilbud blev tildelt 7 point vedrørende del-delkriteriet.

Klagenævnet udtalte bl.a., at Ørsted ikke ved farvemarkeringen grøn havde givet udtryk for, at Eurofins ville opnå en højere score, end tilfældet var. Ørsted var desuden ikke forpligtet til at påpege yderligere forbedringsmuligheder vedrørende denne del af tilbuddet. Ørsted havde således ikke vildledt Eurofins.

Eurofins gjorde desuden gældende, at to delkriterier: "HS Targets and relevant HS initiatives" og "Training", som hver vægtede 1,625 % i den samlede evaluering, ikke var forbundet med kontraktens genstand. Eurofins gjorde i den forbindelse bl.a. gældende, at Ørsted uberettiget havde lagt vægt på, om tilbudsgiverne var certificeret i henhold til ISO 45001 (eller tilsvarende).

Klagenævnet fastslog, at Ørsted ikke havde lagt vægt på, om tilbudsgiverne var certificeret i henhold til ISO 45001 (eller tilsvarende), men i stedet lagt vægt på tilbudsgivernes konkrete beskrivelser af, hvorledes opgaverne ville blive løst.

Da der derfor ikke var udsigt til, at Eurofins ville få medhold i sin påstand om annullation af tildelingsbeslutningen, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning.

Eurofins tilbagekaldte herefter klagesagen. Delkendelsen blev derfor klagenævnets endelige afgørelse.

Kendelse af 13. september 2023, DELPRO A/S mod Energinet

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

Kendelse af 22. september 2023, EG Danmark A/S mod Frederikshavn Kommune

Frederikshavn Kommune iværksatte et udbud med forhandling om indkøb af IT-system opdelt i to delaftaler til Frederikshavn Kommune. En forbigået tilbudsgiver, der alene havde afgivet tilbud på den ene delaftale, klagede over, at evalueringsmodellen var uklar, at kravspecifikationen var uklar, at det var uklart, hvordan en tilbudspræsentation ville indgå i evalueringen, at kommunen havde sammenblandet delaftale 1 og 2, og at kommunen ikke formelt havde afsluttet forhandlingsfasen, inden tildelingsbeslutningen blev truffet. Endelig blev der klaget over, at begrundelsen for tildelingsbeslutningen ikke var fyldestgørende. Klageren påstod klagen tillagt opsættende virkning. Klagenævnet afviste ved delkendelse af 15. juni 2023 at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt. Klageren fastholdt klagen, men ønskede ikke at afgive yderligere processkrifter. Klagen blev ved kendelse af 22. september 2023 afgjort i overensstemmelse med delkendelsen, hvorefter der blev givet medhold i påstanden om begrundelsesmangler, som kommunen havde erkendt, hvorimod klagen i øvrigt ikke blev taget følge.

Klagenævnet fastslog vedrørende evalueringsmodellen, at det ikke gjorde modellen uegnet eller uigennemsigtig, at EG ved en beregning, der byggede på gennemsnit, kunne komme frem til et andet resultat end det, kommunen var nået til, da det ikke i udbudsbetingelserne var beskrevet, at et eller flere delevalueringresultater ville blive beregnet som et gennemsnit.

Klagenævnet fastslog vedrørende mindstekravene, at anvendelse af ord som "herunder", "bl.a." eller "fx" ikke i sig selv gør et mindstekrav skønspregt eller uklart. Heller ikke en henvisning til, at det tilbudte system skulle "overholde gældende lovgivning med relevans for systemet" kunne efter en konkret vurdering anses for at gøre kravene uklare eller af skønspregede.

For så vidt angik tilbudspræsentationen fastslog klagenævnet på grundlag af en konkret vurdering af udbudsbetingelserne, at det klart fremgik, at tilbudspræsentationen og demonstrationen udgjorde et supplement til forståelsen af det skriftlige tilbud og ikke et selvstændigt konkurrenceparameter. At det ville trække

ned i vurderingen, såfremt det ved tilbudspræsentation eller demonstrationen blev konstateret, at en funktionalitet var mindre funktionsdygtig end beskrevet i det skriftlige tilbud, kunne ikke forstås sådan, at evalueringen blev foretaget på grundlag af nye oplysninger eller mundtlige fremsatte tilbud og tilbudselementer.

Påstanden om, at delaftale 1 og 2 var sammenblandet, byggede på EG's formodning om, at kommunen ved forhandlingerne med den vindende tilbudsgiver havde inddraget kendskab til, hvilken pris EG havde tilbudt. Da der ikke forelå nærmere indikationer heraf, men der derimod i forhandlingerne med KMD udtrykkeligt var gjort opmærksom på, at de to delaftaler skulle ses som to separate tilbud, blev påstanden ikke taget til følge.

Ifølge udbudsbetingelserne ville der som udgangspunkt alene blive afholdt én forhandlingsrunde. Det tilbud, som EG indleverede efter et forhandlingsmøde, var betegnet "endeligt tilbud". Kommunen havde derfor ikke tildelt kontrakten i strid med udbudsbetingelserne.

Den erkendte overtrædelse om utilstrækkelig begrundelse kunne i overensstemmelse med klagenævnets faste praksis ikke føre til annullation.

Delkendelse af 28. november 2023, ABB A/S mod Udviklingselskabet By og Havn I/S

Sagen angik et offentligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af en kontrakt om levering af et landstrømsanlæg til Océankaj og Langeliniekaj i Københavns havn. Proceduren ændret til et udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse med den begrundelse, at begge tilbudspriser oversteg ordregiverens budget. Klagen blev indgivet af den forbigåede tilbudsgiver bl.a. med påstand om, at betingelserne for at overgå til udbud med forhandling ikke var opfyldt, og at ordregiveren havde været uberettiget til at forlænge en frist under det offentlige udbud. Klagenævnet tog ingen af klagepunkterne til følge.

Udviklingselskabet iværksatte et offentligt udbud. Under udbuddet forlængede Udviklingselskabet fristen for at aflevere det ene af de to landstrømanlæg med ca. 50 dage og indrykkede i den forbindelse en ændringsbekendtgørelse og forlængede tilbudsfristen. Efter at have modtaget to tilbud, herunder fra ABB, besluttede Udviklingselskabet at overgå til udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse, fordi de modtagne tilbud oversteg det budget, der var fastlagt.

Efter at forhandlingsudbuddet var gennemført, og Udviklingselskabet havde besluttet, hvem kontrakten skulle tildeles, klagede ABB til klagenævnet og gjorde i den forbindelse gældende, at betingelserne for at overgå til udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse ikke havde været opfyldt, og at Udviklingselskabet ikke kunne have ændret hovedterminen for aflevering af arbejderne uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, da hovedterminen udgjorde et grundlæggende element, som ikke kunne ændres uden en ny procedure.

Klagenævnet tog ved delkendelsen om opsættende virkning stilling til, om der forelå "fumus boni juris", dvs. om klagen havde noget på sig.

Klagenævnet konstaterede, at Udviklingselskabets budget var fastlagt, inden det offentlige udbud blev iværksat. Da Udviklingselskabet ved modtagelsen af tilbuddene konstaterede, at de tilbødte priser over-

skred det fastsatte budget, var Udviklingsselskabet berettiget til at overgå til udbud med forhandling i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a. Det var uden betydning, at de senere tilbudte priser under forhandlingsudbuddet også overskred det tidligere fastsatte budget, fordi betingelserne for at overgå til udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse var opfyldt på det tidspunkt, hvor beslutningen blev truffet.

Klagenævnet udtalte, at ændringen af leveringstidspunktet for en del af den samlede leverance ikke udgjorde en ændring af et grundlæggende element. Klagenævnet lagde vægt på, at udbudsmaterialet ikke gav grundlag for at konstatere, at der var tale om et mindstekrav, og at Udviklingsselskabet i forbindelse med ændringen indrykkede en ændringsbekendtgørelse, hvor også tilbudsfristen blev forlænget. Herved havde potentielle tilbudsgivere haft mulighed for at orientere sig om ændringen, og de havde mulighed for at vælge at afgive tilbud. Udsættelsen drejede sig desuden kun om en mindre del af den samlede udbudte leverance og var af kortere varighed i forhold til kontraktens samlede varighed.

Da betingelsen om fumus herefter ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning. ABB tilbagekaldte senere klagen. Delkendelsen blev derfor klagenævnets endelige afgørelse.

3. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER

Vestre Landsrets dom af 5. april 2023, Horsens Kommune mod Brd. Thybo A/S, jf. klagenævnets kendelse af 15. marts 2021.

Horsens Kommune iværksatte i 2020 en offentlig licitation efter tilbudsloven af hovedentreprisen ved et skolebyggeri. Tildelingskriteriet var laveste pris. Af licitationsbetingelserne fremgik, at tilbud skulle være i henhold til "fast tid og fast pris".

Kommunen modtog fem tilbud og besluttede at indgå kontrakt med lavestbydende, hvis tilbud indeholdt følgende forudsætning: "..., at tidsplanen forlænges med min. 1 måned. Såfremt dette ikke kan lade sig gøre, skal tilbuddet tillægges kr. 200.000, - ekskl. moms". Brd. Thybo, der havde afgivet det næstlaveste tilbud, som var godt 400.000 kr. dyrere end det vindende tilbud, klagede til klagenævnet.

Ved kendelse af 15. marts 2021 fastslog klagenævnet, at Horsens Kommune havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at have antaget det vindende tilbud, som indeholdt et forbehold for et grundlæggende element, nemlig tidsplanen. Klagenævnet tog ligeledes påstanden om annullation af kommunens tildelingsbeslutning til følge.

Horsens Kommune indbragte kendelsen for Retten i Horsens, som ved dom af 5. oktober 2022 opretholdt klagenævnets afgørelse og desuden pålagde kommunen et betale en erstatning på 1 mio. kr. til Brd. Thybo til dækning af den positive opfyldelsesinteresse.

Kommunen ankede denne dom til Vestre Landsret, som ved dom af 5. april 2023 frifandt kommunen. Landsretten udtalte, at den vindende tilbudsgiver dels havde afgivet et "ordinært tilbud", nemlig tilbuddet med prisforhøjelsen, som kommunen havde været berettiget til at acceptere, dels et "alternativt tilbud", som var ukonditionsmæssigt.

Østre Landsrets dom af 10. oktober 2023, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune, jf. klagenævnets kendelser af 29. april 2020 og 10. februar 2021.

Under et offentligt udbud om design og implementering af en ny hjemmeside havde Gentofte Kommune som mindstekrav fastsat, at tilbudsgiverne skulle indlevere mindst tre referencer fra tilsvarende opgaver. Eksponent klagede over, at den vindende tilbudsgiver ikke levede op til mindstekravet. Kommunen erkendte herefter, at i hvert fald en af referencerne ikke kunne bruges, men gav den vindende tilbudsgiver mulighed for at indlevere nye referencer, der opfyldte mindstekravet. De senere indleverede referencer, der opfyldte mindstekravet, havde foreligget inden tilbudsfristen.

Såvel for klagenævnet som for by- og landsret drejede sagen sig om fortolkningen af tilbudslovens § 159, stk. 5 og 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3), og EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova.

Klagenævnet gav Eksponent medhold i, at det vindende tilbud var ukonditionsmæssigt, og annullerede tildelingsbeslutningen. Ved en senere kendelse blev Eksponent tillagt en erstatning på 1,2 mio. kr.

Retten på Frederiksberg og Østre Landsret frifandt kommunen. Landsretten anførte, at "det ikke udtrykkeligt fremgår eller i øvrigt kan udledes af udbudsbetingelserne, at manglende opfyldelse af mindstekrav vil medføre afvisning. Kommunen var derfor ikke efter udbudsmaterialet og udbudslovens § 159, stk. 6, afskåret fra at anmode om relevante oplysninger og dokumentation efter lovens § 159, stk. 5."

(Klagenævnets kendelser er omtalt i Årsberetning 2020, s. 41, og Årsberetning 2021, s.35. Dommen fra Retten på Frederiksberg er omtalt i Årsberetning 2022, s. 46).

Retten i Glostrups dom af 29. december 2023, Albertslund Kommune mod Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S og HRH EL A/S, jf. klagenævnets kendelse af 7. marts 2022.

Albertslund Kommune havde iværksat udbud med forhandling af rammeaftaler om håndværksydelser, i udbudsbekendtgørelsen beskrevet som "almindeligt forekommende arbejder". Det var angivet, at formålet med forhandling var at give tilbudsgiverne adgang til at optimere deres tilbud og sikre, at tilbuddene var konditionsmæssige, og desuden at få præciseret udbuddets ydelsesbeskrivelse, hvorfor der kunne ske tilpasning af udbudsmaterialet på baggrund af forhandlingsforløbet.

De klagende virksomheder klagede alle bl.a. over, at udbuddet var gennemført som udbud med forhandling, jf. udbudslovens § 61 (direktiv 2014/24/EU artikel 26).

Sagen blev behandlet af to formænd og to sagkyndige medlemmer, jf. klagenævnetslovens § 10, stk. 4.

Klagenævnet fastslog, at udbud med forhandling må anses for en (relativ bred) undtagelsesmulighed til de almindelige udbudsformer. Det var ikke godtgjort, at udbud uden forhandling med sandsynlighed ikke kunne føre til et tilfredsstillende resultat, og kommunen havde erkendt, at der var tale om standardtjenesteydelser. Albertslund Kommune havde derfor ikke haft hjemmel til at anvende udbudsformen udbud med forhandling.

Klagenævnet tog derfor påstanden om, at kommunen havde tilsidesat udbudsloven ved at gennemføre forhandlingsudbud, til følge og annullerede tildelingsbeslutningerne (dissens).

Albertslund Kommune indbragte afgørelsen for Retten i Glostrup med påstand om, at Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S og HRH EL A/S skulle anerkende, dels at kommunen ikke havde tilsidesat udbudsloven ved at gennemføre udbud med forhandling, dels at tildelingsbeslutningerne ikke skulle annulleres.

Af rettens dom af 29. december 2023 fremgår, at Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S og HRH EL A/S har taget bekræftende til genmæle. Dommens konklusion svarer derfor til kommunens påstande.

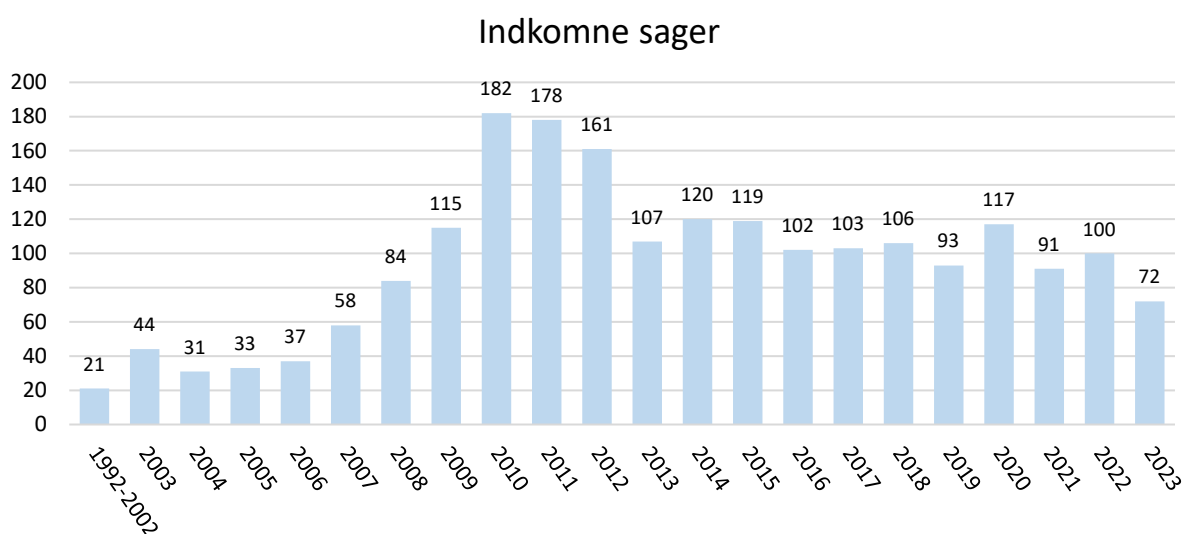
(Klagenævnets kendelse af 7. marts 2022 er omtalt i Årsberetning 2022, side 43-44).

4. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2023

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

4.1 Indkomne klager

I 2023 modtog klagenævnet 72 klager. Oversigten nedenfor viser udviklingen i antallet af indkomne klager i årene 1992-2023.



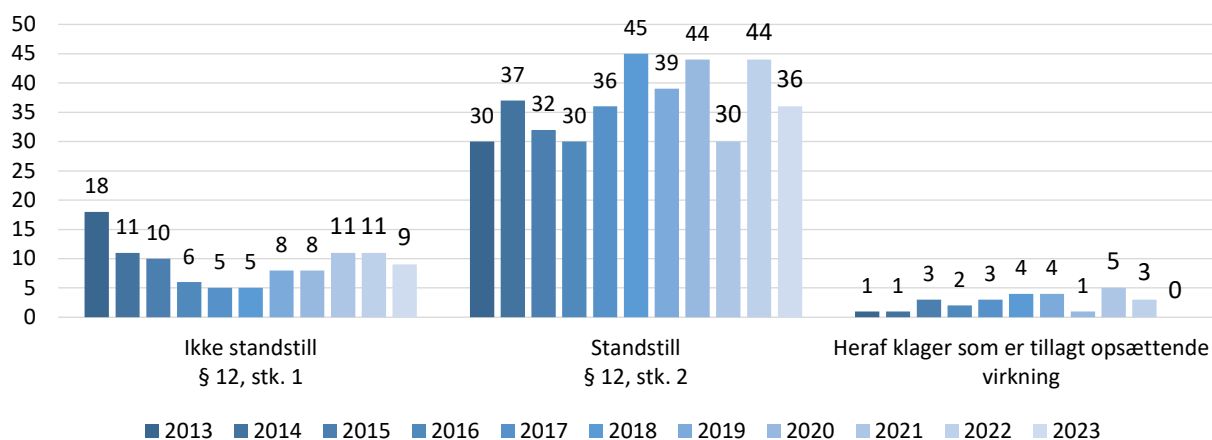
Antallet af modtagne klager i 2023 er noget under niveauet i 2022, og antallet af klagesager er fortsat markant lavere end i 2010-2012.

4.2 Standstill-sager og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning

Som det fremgår nedenfor, afsagde klagenævnet i 2023 delkendelse i ni sager, hvor der var anmodet om opsættende virkning efter klagenævnslovens § 12, stk. 1, og delkendelse i 36 sager modtaget i standstill-perioden efter lovens § 12, stk. 2, hvor klagenævnet har en lovbunden frist på 30 dage til at træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning. I nogle tilfælde, hvor betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt, træffer klagenævnet afgørelse om, hvorvidt en klage skal tillægges opsættende virkning i brevform og ikke ved 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 2013-2023.

Standstill-kendelser og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning



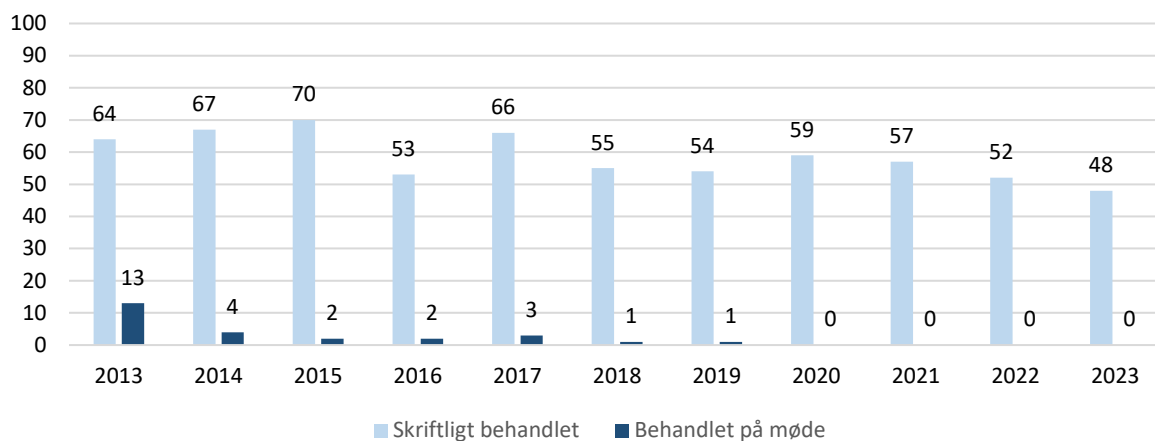
Klagenævnets kendelser m.v. vedrørende opsættende virkning fører i en række sager til, at klagen tilbagekaldes som følge af klagenævnets "fumus-kendelse", hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt. Sådanne kendelser er meget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

4.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde

De 40 sager, hvori klagenævnet afsagde realitetskendelser i 2023 (se afsnit 4.4), blev alle behandlet på skriftligt grundlag.

Nedenfor ses en opgørelse over sager behandlet henholdsvis på skriftligt grundlag og med mundtlig forhandling i årene 2013-2023.

Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller møde



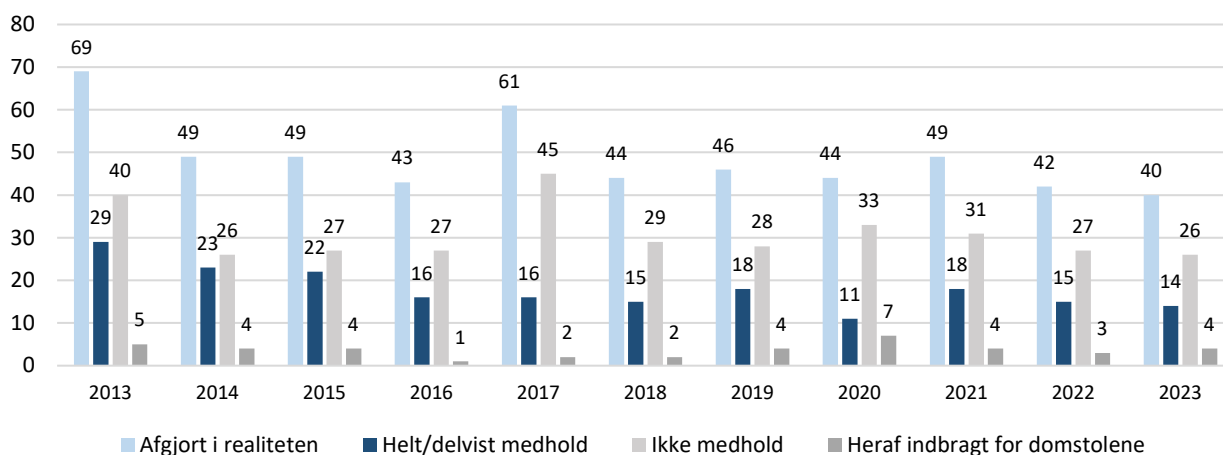
Note: De viste tal indeholder også afviste sager

Fordelingen af skriftligt behandlede sager/sager med mundtlig forhandling viser, at kun ganske få sager behandles mundtligt. Parterne har under sagens forberedelse mulighed for at fremsætte ønske om mundtlig behandling af sagen, men erfaringsmæssigt sker dette kun i ganske få sager.

4.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf

I 2023 afgjorde klagenævnet 40 sager i realiteten. Heraf fik 14 klagere helt eller delvist medhold, mens 26 klagere ikke fik medhold. Klagenævnets kendelser er i de fleste tilfælde den endelige afgørelse af sagen. Af de 40 kendelser blev således kun fire indbragt for domstolene.

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 2023 var på 35 % og dermed på næsten samme niveau som i 2022 og 2021.

Opgørelsen i grafen og nedenstående tabel indeholder ikke de "fumus-kendelser", som bliver den endelige afgørelse i klagesagen. Klagenævnet har i 2023 afsagt 27 "fumus-kendelser". I fire af disse vurderede nævnet, at betingelsen om fumus boni juris (at klagen har noget på sig) var opfyldt. Dette førte i alle fire sager til, at ordregiveren annullerede udbuddet eller tilbagekaldte sin beslutning om tildeling, hvorefter klagen blev tilbagekaldt, og delkendelsen således blev nævnets endelige afgørelse i sagen.

I 23 "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.

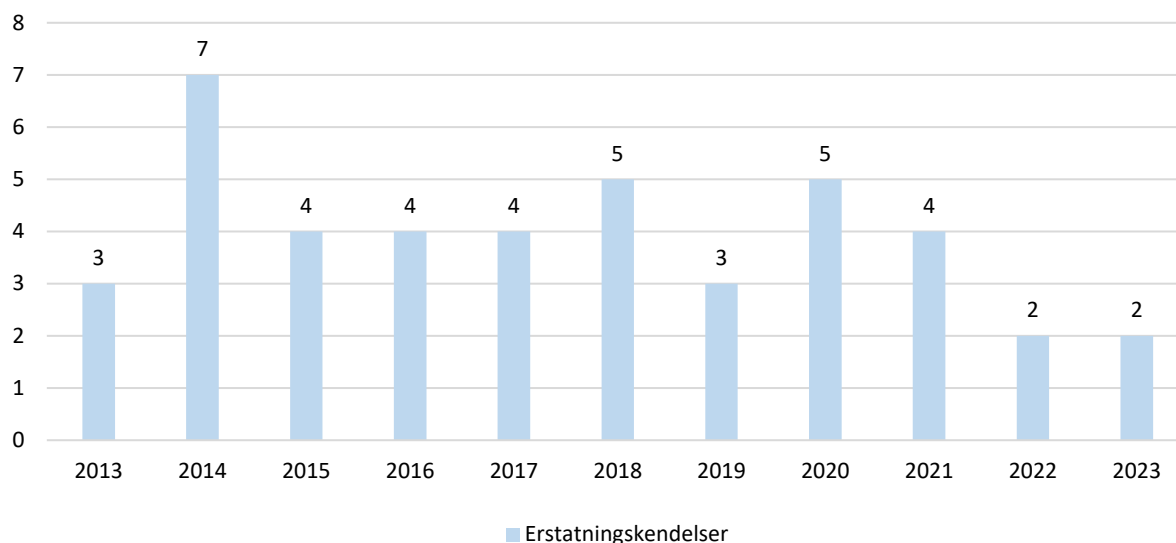
År	Helt/delvist medhold	Ikke medhold
2013	42 %	58 %
2014	47 %	53 %
2015	45 %	55 %
2016	37 %	63 %
2017	26 %	74 %
2018	34 %	66 %
2019	39 %	61 %
2020	25 %	75 %
2021	37 %	63 %
2022	36 %	64 %
2023	35 %	65 %

4.5 Afsagte erstatningskendelser

I 2023 afsagde klagenævnet to kendelser om erstatning.

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for den del af sagen, der angik erstatningsspørgsmålet, var ca. 18 måneder.

Afsagte erstatningskendelser



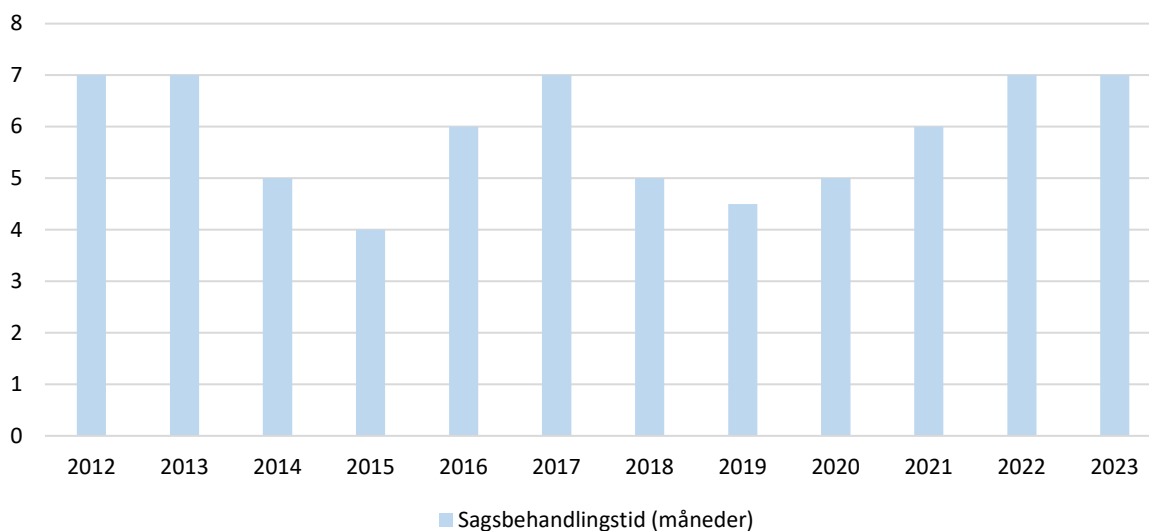
Det er erfaringen, at erstatningsspørgsmålet i mange af de sager, hvor klageren har fået helt eller delvist medhold ved klagenævnets materielle kendelse, løses uden om klagenævnet, således at parterne indgår forlig i stedet for at lade det være op til klagenævnet at afgøre sagen ved en erstatningskendelse.

4.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid

I 2023 havde klagenævnet en gennemsnitlig sagsbehandlingstid på syv måneder.

Nedenfor ses en opgørelse over udviklingen i den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for afviste sager og materielle kendelser opgjort i måneder i årene 2012-2023.

Gennemsnitlig sagsbehandlingstid



Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid på syv måneder i 2023 svarer til sagsbehandlingstiden i 2012-2013, 2017 og i 2022.

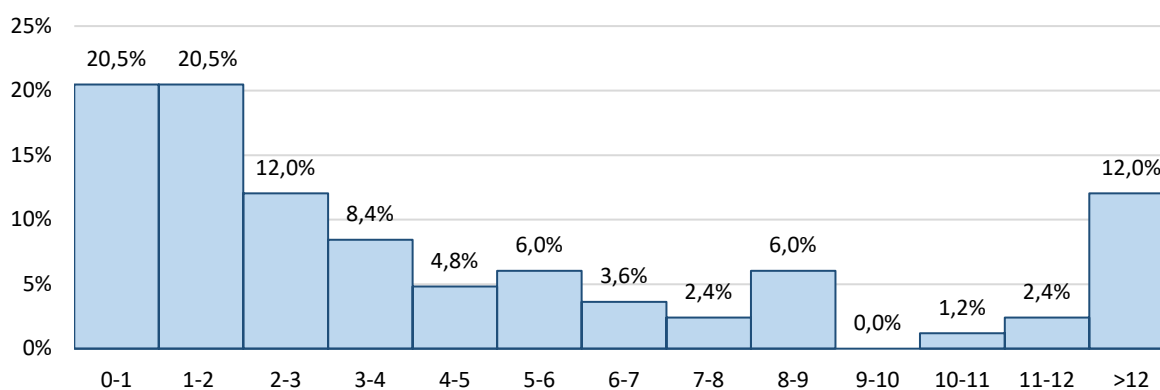
Antallet af verserende sager ultimo 2023 er opgjort til 42, hvilket svarer nogenlunde til årene 2017 - 2022.

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

Nedenfor er for 2023 opgjort den procentvise andel af alle sager, der afsluttes med en sagsbehandlingstid på 0-1 måned, 1-2 måneder osv. og med en sagsbehandlingstid på mere end 12 måneder. I opgørelsen indgår alle klagesager, herunder sager, hvor klagen er afvist, og sager, hvor klagen er tilbagekaldt, herunder tilbagekaldt efter at klagenævnet har afsagt en "fumus-kendelse". Erstatningskendelser, som der kun afsiges ganske få af, er ikke medregnet. For yderligere bemærkninger henvises til afsnit 4.8 nedenfor, hvor sagsbehandlingstiden i antal måneder for klagesager er opgjort procentvist kumulativt.

Sagsbehandlingstiden anses for afsluttet ved afsigelse af materiel kendelse, afvisning eller tilbagekaldelse af klagen. Om den yderligere sagsbehandlingstid i sager, hvori der herudover bliver afsagt erstatningskendelse, henvises til afsnit 4.5.

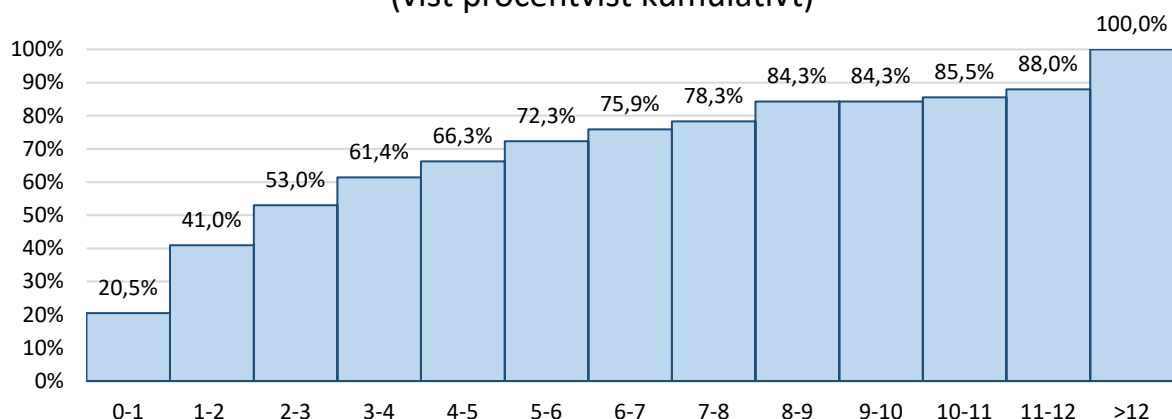
Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager
(procentvis fordeling)



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for 2023 vist procentvist kumulativt.

Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt)



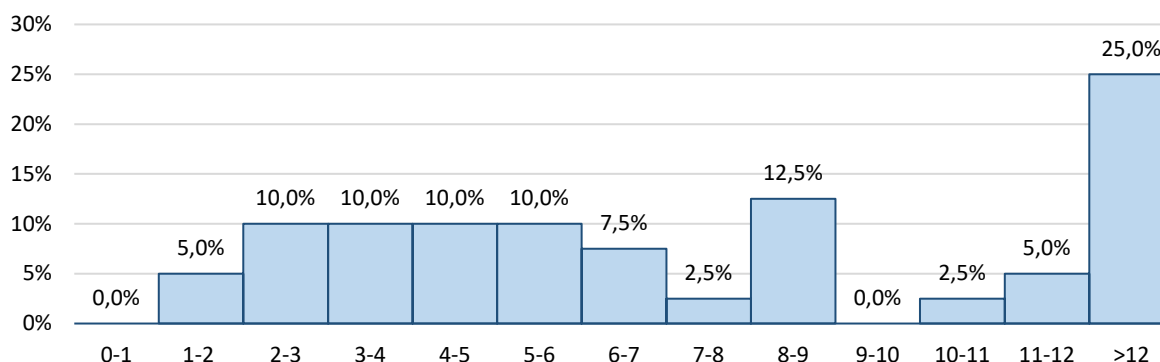
Ca. 20 % af sagerne er i 2023 afsluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen mod ca. 23 % i 2021 og ca. 24 % i 2022. 41 % af sagerne er i 2023 sluttet i løbet af de første to måneder efter klagens modtagelse mod ca. 37 % i 2021 og ca. 49 % i 2022. Det fremgår videre, at 53 % af alle modtagne sager i 2023 blev sluttet i løbet af tre måneder mod ca. 46 % i 2021 og 59 % i 2022. I opgørelsen for 2023 indgår bl.a. 35 sager, hvor klagen er tilbagekaldt. I ca. halvdelen af disse sager er klagen tilbagekaldt som følge af klagenævnets "fumus-kendelser", hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt. Det ses endvidere, at ca. 72 % af sagerne i 2023 blev sluttet i løbet af fem-seks måneder efter klagens modtagelse mod ca. 75 % i 2021 og ca. 73 % i 2022, og at ca. 84 % af sagerne færdigbehandles i løbet af ni-ti måneder mod ca. 93 % i 2021 og ca. 84 % i 2022.

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

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

Nedenfor er for 2023 opgjort den procentvise andel af alle materielle kendelser, der afsluttes med en sagsbehandlingstid på 0-1 måneder, 1-2 måneder, 2-3 måneder osv. og med en sagsbehandlingstid på mere end 12 måneder.

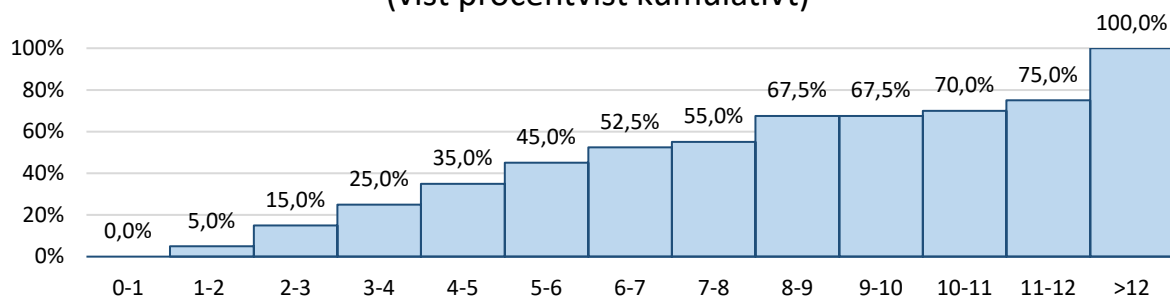
Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (procentvis fordeling)



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for materielle kendelser i 2023 vist procentvist kumulativt.

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



Tabellen viser, at der i 2023 var afsagt materiel kendelse i 25 % af de sager, hvori en sådan kendelse blev afsagt, i løbet af tre-fire måneder mod ca. 20 % i 2021 og ca. 26 % i 2022. I 2023 var der endvidere afsagt materiel kendelse i 45 % af sagerne i løbet af fem-seks måneder mod ca. 55 % i 2021 og ca. 38 % i 2022. Videre ses det, at der i 2023 efter syv-otte måneder var afsagt materiel kendelse i 55 % af sagerne mod ca. 67 % i 2021 og ca. 43 % i 2022. De resterende 45 % (2021: 33 % og 2022: 57 %) af sagerne, hvis sagsbehandlingstid strakte sig over længere tid, hører erfaringsmæssigt til i kategorien af særligt store og juridisk/teknisk meget komplicerede sager, der nødvendigvis har en længere sagsbehandlingstid. Når der ses på klagenævnets sagsbehandlingstid for materielle kendelser, er det vigtigt at være opmærksom på, at arbejdet med en sag ofte ikke alene består i at udarbejde en materiel kendelse, men at der undervejs i mange af sagerne også bruges betydelige ressourcer på at træffe afgørelse(r) vedrørende opsættende virkning og aktindsigt efter forvaltningsloven, jf. også oven for afsnit 4.2.

5. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET

Klagenævnet havde en række aktiviteter i 2023 foruden behandlingen af klagesager.

Høringssvar

Klagenævnet afgav den 28. marts 2023 høringssvar vedrørende udkast til lovforslag om ændring af investerings screeningsloven og lov om Klagenævnet for Udbud samt udkast til bekendtgørelse om håndhævelse af sanktioner vedrørende offentlige kontrakter udstedt ved Rådets forordning (EU) 2022/576.

Deltagelse i konferencer mv.

Klagenævnets formand Jakob O. Ebbensgaard holdt den 29. marts 2023 oplæg ved Statens Indkøbskonference.

Den 30. marts 2023 holdt formanden desuden oplæg for en række embedsmænd fra Ukraine, der var på besøg i Danmark som led i EU-delegationens program, "*Support to the public procurement reform in Ukraine*".

Formanden deltog henholdsvis den 1. juni 2023 i Stockholm og den 10. november 2023 i Bruxelles i møder i Network of first instance procurement review bodies, arrangeret af EU-Kommissionen.

Formanden og næstformand Kirsten Thorup holdt oplæg ved JUC udbudskonference den 2. november 2023. Nævnets sekretariat deltog tillige på konferencen.

I oktober 2023 aflagde klagenævnets formandskab og sekretariat et 3-dages besøg ved EU-Domstolen og Retten. Programmet var specialtilrettelagt og indebar – ud over deltagelse i retsmøder – bl.a. inspirerende og lærerige drøftelser om såvel generelle som udbudsretlige emner med den danske dommer ved EU-Domstolen, Lars Bay Larsen, og de to danske dommere ved Retten, Jesper Svenningsen og Louise Spangsberg Grønfeldt. Endvidere var der oplæg og drøftelser ved en række af Domstolens specialister.