

Klagenævnet for Udbud

Årsberetning 2016

INDHOLDFORTEGNELSE

FORORD.....	5
1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD	7
1.1 Lovgrundlag og etablering	7
1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning	7
1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat.....	9
1.4 Klagenævnet for Udbuds opgaver, herunder klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder	9
1.5 Nævns- og formandsafgørelser	13
1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning.....	14
1.7 Sagens forberedelse og afgørelse, herunder sagsomkostninger.....	15
1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven	17
2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER	17
2.1 Indledning	17
2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser	18
2.2.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter	18
Kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen	18
Kendelse af 26. maj 2016, Boston Scientific Nordic AB mod Region Nordjylland	19
Kendelser af 24. maj og 26. oktober 2016, Danske Care A/S mod Egedal Kommune	19
2.2.2 Klar grænseoverskridende interesse	20
Kendelser af 24. maj og 26. oktober 2016, Danske Care A/S mod Egedal Kommune	20
2.2.3. Krav til udbudsbetingelserne og udbuddets tilrettelæggelse.....	20
Kendelse af 9. februar 2016, TEAM OPP v/DEAS A/S mod Region Midtjylland.....	20
Kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden.....	21
Kendelse af 22. august 2016 Struensee & Co I/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.....	23
Kendelser af 26. februar og 15. september 2016, SIM Lægekørsel I/S mod Region Syddanmark	24
2.2.4. Prækvalifikation	24
Kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S mod Bygningsstyrelsen.....	24
Kendelse af 29. juni 2016, Johs. Gram-Hanssen A/S, Hauschildt Marine A/S og Western Marine Shipyard Ltd. mod Thyborøn-Agger Færgeoverfart.	26
2.2.5 Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel	26
Kendelse af 13. september 2016, Forenede Service A/S mod SKAT	26
Kendelse af 22. november 2016, Abigo Medical AB mod Region Syddanmark, Region Nordjylland og Region Sjælland	27
Kendelse af 17. august 2016, Holmrís + Flexform A/S mod Professionshøjskolen UCC, University College Capital	28
Kendelse af 5. juli 2016, Lekolar LEIKA A/S mod KomUdbud v/Randers Kommune – tilsidesættelse af evalueringsmodel i sortimentsudbud.....	29
2.2.6 Sortimentsudbud	29

Kendelse af 5. juli 2016, Lekolar LEIKA A/S mod KomUdbud v/Randers Kommune – tilsidesættelse af evalueringsmodel i sortimentsudbud	29
2.2.7 Begrundelseskrav ved kontrakttildeling	30
Kendelse af 27. juni 2016, Konsortiet QUARTZ P/S og Copenhagen Economics A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S.....	30
2.2.8 Klagensloven, herunder (foreløbig) opsættende virkning og klagensnets sanktioner	31
Kendelse af 28. juli 2016, UCplus A/S mod Esbjerg Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune	31
Kendelse af 14. september 2016, Motus A/S mod Den Danske Stat v/Moderniseringsstyrelsen	32
Kendelse af 19. december 2016, Zøllner A/S mod Hundested Havn I/S og Halsnæs Kommune	33
Kendelse af 5. januar 2016, MultiLine A/S mod Aarhus Universitet	34
Kendelser af 26. februar og 15. september 2016, SIM Lægekørsel I/S mod Region Syddanmark	34
Kendelse af 13. september 2016, Forenede Service A/S mod Skat.....	35
Kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen	35
Kendelse af 26. maj 2016, Boston Scientific Nordic AB mod Region Nordjylland	35
2.2.9 Sagsomkostninger.....	35
3. KLAGENÆVNETS AFGØRELSER OM AKTINDSIGT	36
3.1. Indledning	36
3.2. Generelt om retsgrundlaget i relation til undtagelse af fortrolige erhvervsoplysninger fra aktindsigt	37
3.2.1. Udbudsloven.....	37
3.2.2. Offentlighedsloven	37
3.2.3. Forvaltningsloven	38
3.3. Klagensnets praksis i forhold til en række ofte forekommende oplysninger	39
3.3.1. Tilbuddets beskrivelse af den tilbudte løsning	39
3.3.2. Prisoplysninger	41
3.3.3. CV'er og lignende.....	41
4. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER.....	43
Retten i Hillerøds dom af 15. marts 2016, House of Waldorf ApS mod Region Hovedstaden, jf. klagensnets kendelse af 18. februar 2015.....	43
Østre Landsrets dom af 13. september 2016, Region Midtjylland mod Medtronic Danmark A/S og Globus Medical Denmark ApS, jf. klagensnets kendelser af 12. august 2013.....	43
5. EU-DOMSTOLENS DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER	44
EU-domstolens dom af 24. maj 2016 i sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark. 44	
EU-domstolens dom af 7. september 2016 i sag C-549/14, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation	45
6. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2016	47
6.1 Indkomne klager	47
6.2 Standstill-sager og andre sager vedrørende opsættende virkning.....	48
6.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde	49
6.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf.....	49

6.5 Afsagte erstatningskendelser	50
6.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	51
6.7 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (procentvis fordeling)	52
6.8 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt)	53
6.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling)	54
6.10 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist procentvist kumulativt)	54
7. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET	56

FORORD

Klagenævnet for Udbud udgiver hermed sin fjerde årsberetning, der i overensstemmelse med klagenævnets bekendtgørelse skal formidle indholdet af klagenævnets principielle kendelser. Kapitel 1 indeholder en redegørelse for nævnets lovgrundlag, etablering og sammensætning, herunder formandskabet, nævnets sagkyndige og sekretariat, der allerede primo september 2016 som led i regeringens udflytningsplan påbegyndte nævnets udflytning til nye lokaler i Viborg.

Kriterierne for udvælgelsen af kendelserne omtalt i kapitel 2 er, om kendelserne må anses for principielle eller i øvrigt af særlig interesse. Det er ved omtalen tilstræbt at tilkendegive, hvilke aspekter klagenævnet har fundet særligt interessante. Klagenævnets kendelser offentliggøres løbende på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk. Det gælder både kendelser om overtrædelse af udbudsreglerne og kendelser om erstatning samt et udvalg af kendelser vedrørende opsættende virkning. Klagenævntes praksis i sager om aktindsigt offentliggøres mindre systematisk, og nævnet har på den baggrund i år, med udgangspunkt i afgørelser fra 2016 valgt at beskrive visse dele heraf, jf. kapitel 3.

Kapitel 4 indeholder en gennemgang af danske retsafgørelser i sager, der tidligere har været afgjort af klagenævnet, og kapitel 5 indeholder en beskrivelse af de sager, som er eller har været under behandling i klagenævnet, og som EU-domstolen har afsagt dom om i 2016. Af mere generel interesse kan det i den forbindelse nævnes, at EU-domstolens store afdeling (igen) fastslog, at klagenævnet er en ret i EUF-traktatens forstand, og at klagenævnet dermed kan forelægge EU-retlige tvivlsspørgsmål præjudicielt for Domstolen.

Kapitel 6 indeholder statistiske oplysninger om klagenævnets virksomhed og kommentarer hertil. Klagenævnet modtog i 2016 102 klager. Om sagsbehandlingstiden i klagenævnet fremgår det af årsberetningen, at ca. 39 % af alle sager (afgjorte og afviste sager) i 2016 blev sluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen (2015 ca. 47 %). I løbet af de to første måneder efter klagens modtagelse blev ca. 54 % af alle sager sluttet (2015 ca. 62 %), mens ca. 61 % af alle sager blev sluttet i løbet af tre måneder fra klagens modtagelse (2015 ca. 69 %). Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid for 2016 er opgjort til 6 måneder (2015 4 måneder). Stigningen i sagsbehandlingstiden må nok navnlig tilskrives et efterslæb af ældre sager fra det foregående år, som blev færdiggjort i 2016, en øget belastning af sekretariatet, herunder i forbindelse med udflytningen, jf. kapitel 1.3, samt det forhold, at såvel parterne i de enkelte sager som klagenævnets formandskab i 2016 har måttet tage højde for, at der den 1. januar 2016 trådte betydelige ændringer og fornyelser i det regelgrundlag, som klagenævnet arbejder med, i kraft, herunder:

- Udbudsloven (lov nr. 1564 af 15. december 2015), der navnlig implementerer det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU).
- Ændringer i lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tidligere lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter). Ændringerne var indeholdt i udbudsloven.
- Ændringer i lov om Klagenævnet for Udbud (tidligere lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.). Ændringerne var indeholdt i udbudsloven.

- Bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om implementering af det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv (direktiv 2014/25/EU).
- Bekendtgørelse nr. 1625 af 15. december 2015 om implementering af det nye koncessionsdirektiv (direktiv 2014/23/EU).
- Bekendtgørelse om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse og om anvendelsen af elektroniske kommunikationsmidler i udbud efter udbudslovens afsnit II og III.
- Bekendtgørelse nr. 1643 af 15. december 2015 om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse og om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud efter udbudslovens afsnit II og III (ophævet ved bekg. nr. 1572 af 30. november 2016, jf. ndf).

Der er herudover gennemført følgende ændringer i regelgrundlaget i 2016:

- Kommissions gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD).
- Bekendtgørelse nr. 178 af 11. februar 2016 om ændring af bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud.
- Bekendtgørelse nr. 689 af 8. juni 2016 om ændring af bekendtgørelsen om tildeling af koncessionskontrakter.
- Bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse.

Nikolaj Aarø-Hansen, formand

Viborg, september 2017

1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD

1.1 Lovgrundlag og etablering

Klagenævnet for Udbud er et domstolslignende klagenævn. Klagenævnet blev etableret i 1992 med det formål at opfylde Danmarks forpligtelser i henhold til kontroldirektiverne (direktiv 89/665/EØF og direktiv 92/13/EØF). I 2007 blev der vedtaget et ændringsdirektiv (direktiv 2007/66/EF) til kontroldirektiverne. Ændringsdirektivet blev implementeret i 2010 med vedtagelsen af håndhævelsesloven (lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.). Loven er efterfølgende ændret ved lov nr. 1556 af 21. december 2010, lov nr. 618 af 14. juni 2011, lov nr. 1231 af 18. december 2012 og lov nr. 511 af 27. maj 2013. Det blev i 2011 endvidere fastsat, at loven også skal anvendes i forhold til udbud vedrørende forsvars- og sikkerhedsdirektivet, jf. bekendtgørelse nr. 892 af 17. august 2011. Senest er loven ændret ved udbudsloven (lov nr. 1564 af 15. december 2015) med ikrafttræden den 1. januar 2016 og har herefter titlen "Lov om Klagenævnet for Udbud" (klagenævnsløven). I 2016 har Erhvervs- og Vækstministeriet udarbejdet en ny lovbekendtgørelse af loven, jf. lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016.

Klagenævnsløven indeholder reglerne om klagenævnets kompetence og virksomhed. Til loven knytter sig bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud, der senest er ændret ved bekendtgørelse nr. 178 af 11. februar 2016. Klagenævnsløvens bekendtgørelse indeholder blandt andet reglerne for indgivelse af klager og klagenævnets sagsbehandling.

1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning

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

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

Formandskabet har i 2016 bestået af 6 landsdommere og 3 byretsdommere. Formanden tilrettelægger arbejdet i klagenævnet og dets sekretariat og udpeger en formand i den enkelte sag blandt formandskabets medlemmer. Formanden i den enkelte sag udpeger herefter den sagkyndige, der skal deltage i sagens behandling. Klagenævnets formand kan i særlige tilfælde beslutte at udvide antallet af medlemmer fra formandskabet og sagkyndige medlemmer, som skal deltage i afgørelsen af sagen. Herom henvises til punkt 1.5 nedenfor.

Klagenævnets sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til blandt andet bygge- og anlægsvirksomhed, offentlig indkøbsvirksomhed, transportvirksomhed, forsyningsvirksomhed eller har juridisk sagkundskab. Klagenævnets 20 sagkyndige medlemmer er udpeget efter indstilling fra de ministerier og organisationer, der er tillagt indstillingsret i klagenævnsløvens bekendtgørelse. De sagkyndige medlemmer er uafhængige i deres hverv som sagkyndige i klagenævnet og er således hverken undergivet instruktionsbeføjelse eller tilsyn fra den myndighed eller organisation,

hvor de har deres hovedbeskæftigelse, eller fra den indstillingsberettigede myndighed eller organisation.

Klagenævnets formandskab var i 2016 sammensat af følgende dommere:

Formand for Klagenævnet for Udbud:

Landsdommer, ph.d. Michael Ellehauge

Klagenævnets øvrige formandskab:

- Landsdommer Kirsten Thorup
- Dommer Niels Feilberg Jørgensen
- Landsdommer Erik P. Bentzen
- Landsdommer Nikolaj Aarø-Hansen
- Landsdommer, LL.M. Katja Høegh
- Dommer Poul Holm
- Dommer Mette Langborg
- Landsdommer Kristian Kortfits Nielsen (fra den 1. maj 2016)

Den 15. april 2016 trådte en ny udnævnelsesperiode i kraft for klagenævnets sagkyndige medlemmer. Navnene på klagenævnets sagkyndige i perioden før denne dato fremgår af årsberetningen 2015. Enkelte af de tidligere sagkyndige har forsat verserende sager i klagenævnet, og den hidtidige beskikkelse dækker derfor fortsat færdigbehandlingen af disse sager. Fra den 15. april 2016 blev følgende sagkyndige således udpeget/genudpeget:

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

- Development Manager Jan Kristensen

1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat

Klagenævnets sekretariat var i 2016 placeret i Erhvervsstyrelsen under Erhvervs- og Vækstministeriet.

Klagenævnets formand er faglig leder af sekretariatet, der i 2016 var normeret med 3 jurister og en sekretær, ligesom der til sekretariatet var tilknyttet studentermedhjælp i dele af 2016.

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

Sekretariatet bestod i 2016 af følgende medarbejdere:

- Specialkonsulent, cand. jur. Nancy Elbouridi.
- Specialkonsulent, cand. jur. Anne-Mette Schjerning (fra den 1. juli 2016).
- Fuldmægtig, cand. jur. Johannes Krogsgaard (til den 30. september 2016).
- Kontorfuldmægtig Dorthe Hylleberg (fra den 1. maj 2016).
- Stud. jur. Lauge Bruun (til den 7. september 2016).

I første halvdel af 2016 var klagenævnet fortsat uden sekretær, og sekretæropgaverne blev derfor også i denne periode i praksis varetaget af nævnets juridiske sekretariat. Med virkning fra 1. maj 2016 blev sekretariatet styrket med en erfaren sekretær og senere med en erfaren jurist. Begge skulle i sagens natur i første omgang bruge tid til at sætte sig ind i nævnets særlige sagsområde og procedurer.

Som et af de første af de klagenævn, der var omfattet af regeringens udflytningsplan, påbegyndtes allerede den 12. september 2016 udflytning til nye lokaler i Viborg. Der var tale om en gradvis udflytning, hvilket i overgangsperioden medførte yderligere administrative opgaver, dels i forbindelse med etablering af de nye, nu meget velfungerende forhold i Viborg, der pr. 2. januar 2017 er overgået til den nyetablerede styrelse, Nævnenes Hus, dels ved fortsat at have funktioner i Erhvervsstyrelsens lokaler i København. Ultimo september 2016 forlod en af to erfarne jurister klagenævnet, og en erstatning herfor blev først ansat med virkning fra det nye år.

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

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

Klagenævnet behandler således primært klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af:

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

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

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

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

Klagenævnets kendelser er som retskilde underordnet domme fra de danske domstole og fra EU-Domstolen. Klagenævnets praksis, måske navnlig kendelser afsagt inden for de seneste 10 år, må imidlertid anses for en vigtig retskilde ved anvendelsen af udbudsreglerne i Danmark. Endvidere har klagenævnet den fordel at kunne agere hurtigere end domstolene. Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid for udbudssager var således i 2016 på 6 måneder, hvortil blandt andet kommer, at en meget stor del – ca. 61 % – af sagerne færdigbehandles i løbet af de første 3 måneder, efter at klagen er modtaget (i tallet indgår afgjorte og afviste sager). Der henvises til årsberetningens kapitel 5.

Klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder

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

Opsættende virkning

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

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

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

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

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 bestemmelse om opsættende virkning, blot én af betingelserne ikke er opfyldt. Afgørelsen af spørgsmålet om opsættende virkning præjudicerer ikke den endelige afgørelse i sagen.

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

Uanset at en afgørelse om opsættende virkning ikke indeholder en endelig vurdering og dermed en materiel afgørelse i sagen, vil klagenævnets "fumus-kendelse" således ofte i praksis tjene til at vejlede den part, som kendelsen går imod, om, at sagen skal tilføres noget nyt, hvis parten skal have en chance for at få medhold ved klagenævnets senere materielle kendelse i sagen. I 2016 har klagenævnet i to tilfælde tillagt en klage opsættende virkning: Ved kendelse af 12. maj 2016 i sagen Johs. Gram-Hanssen A/S, Hauschildt Marine A/S og Western Mariane ShipyardLtd. mod Thyborøn-Aggerfærgesfart og ved kendelse af 28. juli 2016 i sagen UCplus A/S mod Esbjerg Kommune m.fl. (sagerne er omtalt i kapitel 2).

Det forekommer, at der anmodes om opsættende virkning på trods af, at der er indgået kontrakt. Udbuddet er i sådanne tilfælde afsluttet, og opsættende virkning savner derfor mening, medmindre der er spørgsmål om at erklære den indgåede kontrakt for uden virkning.

Hvis klagenævnet vurderer, at en sag kan afgøres på det foreliggende grundlag, kan klagenævnet i stedet beslutte at afgøre selve sagen, således at klagenævnet ikke træffer afgørelse om opsættende virkning. Parterne vil i så fald få lejlighed til at fremkomme med supplerende processkrifter. Der er i

2016 afsagt fem sådanne kendelser (kendelse af 5. april 2016, Brian Madsen A/S mod Slagelse Kommune, kendelse af 21. april 2016, Apodan Nordic Healthcare A/S mod Københavns Kommune, kendelse af 30. september 2016, Applied Medical Distribution Europe B.V. mod Region Midtjylland, kendelse af 7. oktober 2016, Viking Medical Scandinavia ApS og Heraeus Medical GmbH mod Amgros I/S og kendelse af 23. november 2016, Dominus A/S mod Region Midtjylland).

Øvrige sanktionsmuligheder

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

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

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

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

Sanktionen "uden virkning" kan anvendes over for ordregiveren, selvom denne er i "god tro" om, at der ikke er klaget til klagenævnet inden for standstill fristen, fordi klageren i strid med klagenævnslovens § 6, stk. 4, har undladt at oplyse ordregiveren om klagens indgivelse til klagenævnet. Se herom den ovenfor omtalte artikel af Katja Høegh og Kirsten Thorup i U.2016B.403 med henvisning til klagenævnets kendelse af 7. maj 2015, Rengoering.com A/S mod Ringsted Kommune, og kendelse af 6. januar 2014, KMD A/S mod Aalborg Kommune. Ordregiveren kan imidlertid skrive til klagenævnets sekretariat og spørge, om der er indgivet klage over et afholdt udbud, inden ordregiver indgår kontrakt med den vindende tilbudsgiver. Klagenævnets sekretariat besvarer så vidt muligt sådanne skriftlige forespørgsler efter kl. 13 samme dag, som de er modtaget.

Er ordregiveren ikke en del af den offentlige forvaltning og dermed ikke omfattet af lovens § 19, stk. 1, pålægger klagenævnet ikke ordregiveren en økonomisk sanktion. I stedet indgiver klagenævnet politianmeldelse, når ordregiveren i medfør af lovens § 18, stk. 3, skal pålægges en alternativ sankti-

on i form af bøde. Der henvises herved til klagenævnets kendelse af 20. august 2012, Intego A/S mod NRGi Net A/S, hvor klagenævnet indgav politianmeldelse.

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

1.5 Nævns- og formandsafgørelser

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

Nævnsafgørelser

Når klagenævnet træffer afgørelse i en sag, er klagenævnet sammensat af 1 medlem af formandskabet og 1 sagkyndigt medlem. Formanden for klagenævnet udpeger formanden i den enkelte sag.

I særlige tilfælde kan formanden for klagenævnet som nævnt ovenfor i afsnit 1.2 beslutte at udvide antallet af medlemmer fra formandskabet og dermed antallet af sagkyndige medlemmer, der skal træffe afgørelse i en sag. Beføjelsen kan anvendes i principielle eller særligt omfattende eller komplekse sager, således at besætningen øges til 2 medlemmer fra formandskabet og 2 sagkyndige medlemmer.

I 2016 er der afsagt kendelse med en sådan udvidet besætning i 3 sager, nemlig kendelse af 9. februar 2016, TEAM OPP mod Region Midtjylland, kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo. Samsung-Bunte mod Femern A/S, og kendelse af 15. juni 2016, Danske Færger A/S mod Transport og Bygningsministeriet. Sagen mellem TEAM OPP og Region Midtjylland omtales nedenfor i kapitel 2.

Formandsafgørelser

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

Denne mulighed er ikke ofte benyttet, da de sagkyndige medlemmers medvirken er af afgørende betydning. I 2016 er der således kun afsagt 6 materielle kendelser uden deltagelse af et sagkyndigt medlem: kendelse af 28. januar 2016, M. J. Eriksson A/S mod Aarhus Kommune, kendelse af 21. april 2016, ApodanNordic A/S mod Københavns Kommune, kendelse af 27. september 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden, kendelse af 7. oktober 2016, Viking Medical Scandinavia ApS og Heraeus Medical GmbH mod Amgros I/S, og kendelse af 16. november 2016, GPP Arkitekter A/S mod Aarhus Kommune.

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

1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning

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

Det er sekretariatets opgave i samarbejde med formanden i den enkelte sag at påse, at klageren opfylder de formelle krav til at klage. På klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk, er offentliggjort en klagevejledning, der gennemgår kravene til en klage, og som navnlig henvender sig til de klagere, der ikke er repræsenteret ved advokat eller anden professionel rådgiver. Derudover yder sekretariatet telefonisk vejledning om indgivelse af klager.

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

Klagenævnensbekendtgørelsens § 5, stk. 4, om betaling af klagegebyr er ændret i 2016. Gebyrstørrelserne er i det væsentlige uændret. Ved klage over overtrædelser af udbudslovens afsnit I-III, forsyningsvirksomhedsdirektivet, koncessionsdirektivet og forsvarsdirektivet skal der betales et gebyr på 20.000 kr., mens der ved øvrige klager, herunder over overtrædelser af tilbudsloven, skal betales et gebyr på 10.000 kr. Indbetales gebyret ikke 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 (klagenævnenslovens § 10, stk. 1). Klagenævnet kan derfor ikke bistå med formulering af brugbare påstande, men klagenævnet kan vejlede klageren herom, jf. herved kendelse af 9. december 2015, Varmecenteret ApS mod Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme. Hvis påstandene efter en sådan vejledning fortsat er uegnede som grundlag for behandling af sagen, afviser klagenævnet de pågældende påstande eller klagen i sin helhed.

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

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

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

Klagefristerne er i hovedtræk:

Klagefristen for ikke at være blevet prækvalificeret: 20 kalenderdage

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

Klagefristen for ”almindelige kontrakter”: 45 kalenderdage

Klagefristen for rammeaftaler: 6 måneder

Klagefristen for direkte tildelte kontrakter, hvor § 4-proceduren er fulgt (profylaksebekendtgørelse): 30 kalenderdage (gælder kun klager over EU-udbud)

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

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

1.7 Sagens forberedelse og afgørelse, herunder sagsomkostninger

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

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

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

indsigt have adgang til hele materialet og vil kunne inddrage dette ved bedømmelsen af, om der er sket overtrædelser.

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

Det er klagenævnets ansvar, at sagen er tilstrækkeligt oplyst. Klagenævnet kan anmode klageren, indklagede eller en tredjemand, der er indtrådt i sagen som intervenient, om at tilvejebringe oplysninger, som skønnes at have betydning for sagen (klagenævnsbekendtgørelsens § 6, stk. 2). Klagenævnet er derimod afskåret fra af egen drift at tage spørgsmål om fejl op til behandling, idet parternes påstande og argumenter udgør rammen for klagenævnets prøvelse (klagenævnslovens § 10, stk. 1). Klagenævnet er på dette punkt bundet af forhandlingsmaksimen, hvilket f.eks. ses i kendelse af 13. september 2016, Forenede Service A/S mod SKAT, som er omtalt nedenfor i kapitel 2.

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

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

En mundtlig forhandling, der efter sekretariatets udflytning vil foregå i Nævnenes Hus i Viborg, forløber som udgangspunkt således, at parternes påstande og sagens centrale dokumenter gennemgås. Det er muligt at supplere oplysningsgrundlaget med forklaringer, der afgives under mødet, men det vil som regel være mest hensigtsmæssigt, at der i stedet afgives skriftlige erklæringer til klagenævnet. Mødet afsluttes med, at parterne eller deres advokater fremkommer med deres afsluttende bemærkninger (procedure), hvorefter sagen optages til afgørelse. Voteringen påbegyndes normalt umiddelbart derefter. I nogle tilfælde anser klagenævnet den indledende præsentation af sagens dokumenter m.v. for unødvendig. Klagenævnet vil i så fald meddele, at klagenævnet har sat sig ind i sagens dokumenter og parternes synspunkter i processkrifterne. Klagenævnet kan eventuelt ønske forskellige afklarende spørgsmål besvaret. Herefter kan parternes advokater gå direkte til proceduren. De mundtlige forhandlinger i klagenævnet har typisk en varighed på 4-5 timer, mens varigheden i de største sager kan være op til 1-2 dage. Der har i 2016 været afholdt møde i 2 sager (i 2015 2 sager), mens 53 sager er afgjort på skriftligt grundlag (i 2015 70 sager). Der henvises i øvrigt til oversigten over nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller møde i afsnit 5.3.

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

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

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

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.

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

1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven

Klagenævnets aktindsigtssager efter offentlighedsloven omfatter:

- Klager over en ordregivende myndigheds afslag på aktindsigt i et udbud, dvs. sager, hvor klagenævnet er rekursinstans efter offentlighedslovens § 37.
- Sager, hvor en tredjemand, f.eks. en journalist, anmoder om aktindsigt efter offentlighedsloven i dokumenter modtaget i en klagesag, der verserer eller har verseret ved klagenævnet. I disse tilfælde er det klagenævnet og ikke i første omgang den indklagede ordregiver, der træffer afgørelsen om aktindsigt. Da de pågældende dokumenter selvsagt også findes hos den indklagede myndighed, vil der normalt i stedet kunne søges om aktindsigt direkte hos denne myndighed.

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

2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER

2.1 Indledning

Alle materielle kendelser og erstatningskendelser offentliggøres på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk. Endvidere offentliggøres delkendelser vedrørende opsættende virkning og aktindsigts-

afgørelser, hvis de har almen interesse. I det følgende omtales en række kendelser fra 2016, som alle er offentliggjort på www.klfu.dk. Nogle af kendelserne har egentlig principiel karakter. Andre vedrører problemstillinger, som uanset deres konkrete karakter må antages at være af interesse for en bredere kreds.

Kendelserne er kategoriseret under følgende emneord:

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

2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser

2.2.1 Udbudspligt, direkte tildeling og ændring af kontrakter

Kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen

Tillægskontrakt til en oprindelig kontrakt om en it-ydelse mellem ordregiveren og virksomheden kunne ikke indgås uden udbud af tillægskontrakten.

Moderniseringsstyrelsen indgik i 2012 en kontrakt med CSC om drift m.m. af statens lønsystem kaldet SLS. I sommeren 2015 indgik Moderniseringsstyrelsen uden udbud en tillægskontrakt med CSC om drift og udvikling af funktionaliteten HR-Løn, som er en webbaseret brugergrænseflade til SLS. CSC skulle herunder overtage leveringen af HR-løn fra den hidtidige leverandør, CGI. Tillægskontrakten blev indgået efter en forudgående (profylakse)bekendtgørelse i medfør af § 4 i den dagældende håndhævelseslov (jf. direktiv 2007/66/EF, artikel 2 d, stk. 4) om, at styrelsen påtænkte at indgå tillægskontrakten uden udbud med den begrundelse, at tillægskontrakten blev indgået i henhold til en ændringsklausul i kontrakten fra 2012.

Kort tid efter tillægskontraktens indgåelse klagede CGI til klagenævnet med påstand om, at det var uberettiget at indgå tillægskontrakten uden at iværksætte et nyt udbud. Klagenævnet tog påstanden til følge og anførte: En udbudspligtig kontrakt, som er indgået efter et udbud, kan indeholde ændringsklausuler, hvorved ordregiveren sikrer en fleksibilitet i kontraktperioden uden at skulle iværksætte et nyt udbud. Det er imidlertid en forudsætning, at den mulige ændring er klart beskrevet i ændringsklausulen og således har været forudsigelig for tilbudsgivere og potentielle tilbudsgivere. HR-Løn var ikke en del af udbuddet af SLS, og det var ingen steder i udbudsmaterialet for dette udbud beskrevet, at kontrakten kunne blive ændret til også at omfatte HR-Løn. Tillægskontrakten var derfor ikke en ændring i medfør af SLS-kontrakten og kunne kun gennemføres uden udbud, hvis æn-

dringen var uvæsentlig. Det havde Moderniseringsstyrelsen imidlertid ikke gjort gældende, hvortil kom, at værdien af tillægskontrakten var næsten 29 mio. kr. Klagenævnet henviste ved sin afgørelse endvidere til udbudslovens § 179 (direktiv 2014/24/EU artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra a) om ændringsklausuler.

Klagenævnet tog herefter en påstand om at erklære tillægskontrakten for uden virkning til følge for fremtiden i medfør af § 17, stk. 1, nr. 1, (jf. direktiv 2007/66/EF, artikel 2 d, stk. 1) i den dagældende håndhævelseslov og pålagde Moderniseringsstyrelsen en økonomisk sanktion på 250.000 kr. i medfør af lovens § 18, stk. 2, nr. 3, og § 19 (jf. direktiv 2007/66/EF, artikel 2 d, stk. 2, jf. artikel 2 e). Klagenævnet anførte, at en ordregiver efter § 4, stk. 1, i håndhævelsesloven kan sikre sig mod, at en udbudspligtig kontrakt indgået uden udbud bliver erklæret for uden virkning, hvis ordregiveren forinden har indrykket en profylaksebekendtgørelse og har overholdt en foreskrevet standstill-periode. Det er imidlertid også en betingelse, at ordregiveren – efter at have udvist den fornødne omhu – har fundet, at kontrakten ikke var udbudspligtig, jf. herved EU-domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-19/13, Fastweb. Ordregiveren havde imidlertid ikke udvist den fornødne omhu ved sin vurdering af, at tillægskontrakten ikke var udbudspligtig, idet klagenævnet fandt, at Moderniseringsstyrelsens vurdering måtte anses for åbenbart urigtig.

Kendelse af 26. maj 2016, Boston Scientific Nordic AB mod Region Nordjylland

En kontrakt om køb af medico-udstyr blev efter forudgående profylaksebekendtgørelse indgået uden udbud med den begrundelse, at udstyret af tekniske grunde kun kunne leveres af den pågældende leverandør. Den del af kontrakten, der angik forbrugsvarer til udstyret, kunne imidlertid leveres af andre og var udbudspligtig. Denne del af kontrakten blev herefter erklæret for uden virkning, og ordregiveren blev pålagt en økonomisk sanktion på 40.000 kr. Erkendt overtrædelse. Sagsomkostninger.

Region Nordjylland indgik kontrakt om endoskopisk udstyr med en leverandør efter en forudgående profylaksebekendtgørelse med den begrundelse, at udstyret af tekniske grunde kun kunne leveres af den pågældende leverandør. En anden virksomhed klagede over, at kontrakten også omfattede forbrugsvarer til udstyret, idet klageren gjorde gældende, at denne del af kontrakten oversteg tærskelværdien for varekøb og kunne leveres af andre leverandører. Regionen erkendte overtrædelsen, ophævede kontrakten med virkning fra den 14. april 2016 og gjorde gældende, at der herefter ikke var hjemmel til at erklære kontrakten for uden virkning og pålægge en økonomisk sanktion. Klagenævnet tog påstanden om uden virkning og økonomisk sanktion til følge med henvisning til, at der var tale om lovbundne reaktioner, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, og §§ 19 og 20, jf. § 18, stk. 2, nr. 3. Regionen blev desuden pålagt at betale sagsomkostninger. Udtalt, at det ikke er en betingelse for tilbagebetaling af klagegebyr eller for at pålægge en part omkostninger, at klagesagen fortsættes.

Kendelser af 24. maj og 26. oktober 2016, Danske Care A/S mod Egedal Kommune

Klagenævnet konstaterede, at en kontrakt om ydelser omfattet af light-regimet efter sin økonomiske værdi og karakter hverken var omfattet af udbudslovens afsnit III (direktiv 2014/24/EU artikel 74 –

76) eller afsnit IV om kontrakter med en klar grænseoverskridende interesse. Der henvises til gengivelsen under pkt. 2.2.2.

2.2.2 Klar grænseoverskridende interesse

Kendelser af 24. maj og 26. oktober 2016, Danske Care A/S mod Egedal Kommune

En kontrakt om ydelser omfattet af light-regimet var med rette skønnet ikke at have en værdi, der oversteg tærskelværdien i udbudslovens § 7 (direktiv 2014/24/EU artikel 4, litra d). Ordregiveren var derfor ikke forpligtet til at følge fremgangsmåden i udbudslovens afsnit III (direktiv 2014/24/EU artikel 74 - 76), og kontrakten havde ikke en klar grænseoverskridende interesse.

En kommune indgik uden udbud en 2-årig eneleverandørrammeaftale med en virksomhed om udførelse af forskellige hjælpe- og aflastningsydelser til personer med funktionsnedsættelse. En tidligere leverandør af en del af ydelserne klagede og gjorde gældende, at kommunen skulle have fulgt fremgangsmåden i udbudslovens afsnit III (direktiv 2014/24/EU artikel 74 - 76), da tærskelværdien i udbudslovens § 7 (direktiv 2014/24/EU artikel 4, litra d) var overskredet, subsidiært at kommunen skulle være gået frem efter lovens afsnit IV om offentlige indkøb under tærskelværdien med klar grænseoverskridende interesse. Kommunen påstod i første række sagen afvist med den begrundelse, at tærskelværdien ikke var overskredet, at kontrakten ikke var af grænseoverskridende interesse, og at udbuddet dermed var reguleret af udbudslovens § 193, som ikke er omfattet af klagenævnets kompetence. Klagenævnet udtalte i kendelsen om opsættende virkning af 24. maj 2016, at påstanden vedrørte overtrædelse af udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), og afvisningspåstanden blev derfor ikke taget til følge, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 4. Med henvisning til blandt andet udbudslovens § 30 (direktiv 2014/24/EU artikel 5, stk. 1 og 3) udtalte klagenævnet herefter, at ordregiveren skal anslå kontraktens værdi ud fra et sagligt og forsigtigt skøn og i den forbindelse foretage de nødvendige og tilstrækkelige undersøgelser af markedets generelle prisniveau. Kommunen havde indhentet prisoplysninger fra andre leverandører, og der var ikke grundlag for at tilsidesætte kommunens skøn, hvorefter tærskelværdien på ca. 5,6 mio. kr. ikke var overskredet. Kommunen skulle derfor ikke have fulgt fremgangsmåden i afsnit III (direktiv 2014/24/EU artikel 74 - 76). Blandt andet kontraktens genstand og begrænsede værdi talte med vægt imod, at en virksomhed i nogen anden medlemsstat skulle være interesseret i at afgive tilbud på kontrakten. Lovens afsnit IV skulle derfor heller ikke være fulgt. I kendelsen af 26. oktober 2016 udtalte klagenævnet i tilslutning hertil, at kommunen havde været berettiget til, i forbindelse med sit skøn over det fremtidige forbrug i kontraktens løbetid, at tage udgangspunkt i det forventede antal anvendte timer, også selv om det bevilgede antal timer var højere, uanset hvad der gælder for optioner, som skal medregnes. Klagerens påstande blev herefter ikke taget til følge.

2.2.3. Krav til udbudsbetingelserne og udbuddets tilrettelæggelse

Kendelse af 9. februar 2016, TEAM OPP v/DEAS A/S mod Region Midtjylland

Klage over uklare udbudsbetingelser i OPP-projekt til milliardværdi taget til følge. Ændringer i tilbudsgiverens identitet ikke til hinder for annullation af tildelingsbeslutningen, da ændringerne var accepteret af ordregiveren under udbuddet.

Region Midtjylland udbød i begyndelsen af 2013 et OPP-projekt om anlæg og drift af et nyt psykiatrisk center i Skejby til en samlet værdi af ca. 2,2 mia. kr. Som et led heri skulle leverandøren købe den ejendom i Risskov, hvor psykiatrien havde til huse. Der blev udvalgt tre konsortier til at deltage i forhandlingsprocessen ("den konkurrenceprægede dialog") under udbuddet. Heraf endte to konsortier, TEAM OPP og TEAM KPC, med at afgive endelige tilbud i foråret 2014. TEAM KPC's tilbud blev ved Region Midtjyllands bedømmelse af tilbuddene den 25. juni 2014 udpeget som det bedste, mens den forbigåede tilbudsgiver den 1. juli 2014 klagede til Klagenævnet for Udbud. Sagen blev efter formandens beslutning behandlet med deltagelse af 2 sagkyndige medlemmer og 2 dommere (formænd i den konkrete sag) fra klagenævnets formandskab.

Klagenævnet fastslog ved kendelsen af 9. februar 2016, at Region Midtjylland havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektiv 2004/18/EF artikel 2, ved i udbudsbetingelserne at have fastsat og anvendt uklare og indbyrdes modstridende kriterier for evalueringen af de indkomne tilbud efter underkriteriet "Pris – nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid". Uklarheden drejede sig om, hvordan den købesum, tilbudsgiverne skulle tilbyde for Risskov-egendommen, skulle indregnes ved bedømmelsen af den samlede pris, som tilbudsgiverne tilbød. Det tilbudsark, som tilbudsgiverne skulle indtaste priser i – og som regionen i svar på et spørgsmål i et rettelsesblad umiddelbart inden tilbuddene blev afgivet, havde henvist til vedrørende prisbedømmelsen – førte til, at én metode (under sagen benævnt "bruttometoden" (som TEAM OPP påberåbte sig)) skulle anvendes, medens andre dele af udbudsbetingelserne støttede, at en anden beregningsmetode (benævnt "nettometoden" (som Region Midtjylland påberåbte sig)) var den rigtige. Klagenævnet annullerede herefter Region Midtjyllands beslutning om at tildele kontrakten til TEAM KPC.

Region Midtjylland var fuldt ud bekendt med og havde accepteret forskellige udskiftninger af deltagerne i TEAM OPP-konsortiet under forhandlingsprocessen fra udvælgelsen af tilbudsgiverne og frem til de endelige tilbud. Derfor kunne et (efterfølgende) synspunkt fra Region Midtjylland om, at ændringerne i TEAM OPP lå uden for rammerne af, hvad der lovligt kunne ske af udskiftninger, ikke føre til, at tildelingsbeslutningen ikke skulle annulleres.

Klagenævnet (de to formænd, som medvirkede i sagen) havde kort efter, at klagen blev indgivet, i en delkendelse af 29. juli 2014 taget stilling til en anmodning fra TEAM OPP om, at klagen skulle tillægges opsættende virkning. Klagenævnet tillagde ikke klagen opsættende virkning, men udtalte, at der var udsigt til, at en påstand som den, der senere blev taget til følge ved kendelsen af 9. februar 2016, ville blive fulgt. Da Region Midtjylland ikke var enig heri, fortsatte sagen. Klagenævnet (de to formænd og de to sagkyndige) har desuden den 17. august 2015 afsagt en yderligere delkendelse om, at der ikke var grundlag for som påstået af Region Midtjylland at afvise klagen som følge af ændringer i TEAM OPP's identitet.

Kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden

Ordregiver havde ikke overtrådt det EU-retlige proportionalitetsprincip ved at have udbudt en kontrakt om en fagentreprise, som indeholdt arbejdsklausuler og sociale klausuler med kædeansvar.

Under et begrænset udbud efter det tidligere udbudsdirektiv af en fagentreprise ved et stort offentligt byggeri havde ordregiveren i udbudsbetingelserne blandt andet fastsat følgende: 1) Entreprisen skulle leveres med respekt for menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder, miljø og antikorrupsion. Hverken entreprenøren eller underentreprenører/underleverandører måtte benytte sig af konventionsstridig arbejdskraft. 2) Entreprenøren skulle sikre, at ansatte hos entreprenøren og dennes underentreprenører/underleverandører var sikret løn og arbejdsvilkår, der ikke var mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en dansk kollektiv overenskomst mellem repræsentative arbejdsmarkedsparter. 3) Manglende overholdelse af punkt 1 og 2 ville være væsentlig misligholdelse, og entreprenøren skulle i så fald straks foretage afhjælpning ved fuldt ud at kompensere de ansatte, herunder ansatte hos underleverandører. Hvis entreprenøren herunder skulle udbetale yderligere løn til ansatte, skulle entreprenøren desuden betale en nærmere angivet bod til ordregiveren. 4) Hvis entreprenøren eller en underentreprenør/underleverandør havde ladet arbejde udføre af personer uden den krævede opholds- eller arbejdstilladelse, skulle entreprenøren betale en nærmere angivet bod til ordregiveren.

Dansk Byggeri nedlagde påstande om, at det var i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip, at udbudsbetingelserne pålagde entreprenøren at kompensere en underentreprenørs ansatte og at betale bod i de fastsatte tilfælde. Dansk Byggeri anførte, at kædeansvar var unødvendigt og uhenigtsmæssigt, og at den økonomiske risiko som følge af kædeansvaret var meget vanskelig eller umulig at vurdere. Klagenævnet tog ikke påstandene til følge og anførte blandt andet, at en hovedentreprenør kan sikre sig i forhold til eventuelle underentreprenører ved at videreføre arbejdsklausulerne i kontrakterne med dem. At en entreprenør ved arbejdsklausuler med kædeansvar hæfter over for bygherren for en underleverandørs manglende overholdelse af en arbejdsklausul, er i overensstemmelse med sædvanlige obligationsretlige principper inden for entrepriseretten. Arbejdsklausuler med kædeansvar var herefter en passende foranstaltning til at opnå, at alle, der er beskæftiget med byggeriet, sikres løn og arbejdsvilkår, som svarer til forholdene på det danske arbejdsmarked, og klausulerne kunne som følge heraf ikke anses for kunstigt at indskrænke konkurrencen. Det var uden betydning, hvis et kædeansvar førte til øgede administrative og økonomiske byrder for hovedentreprenøren, da en tilbudsgiver kan lade forholdet indgå i sin fastsættelse af tilbudsprisen. Det var ligeledes uden betydning, at entreprenøren eventuelt skulle betale bod til ordregiveren, da entreprenøren kunne videreføre bodsbestemmelserne til underentreprenøren.

Dansk Byggeri nedlagde også påstande om, at udbudsbetingelsernes krav om respekt for menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder, miljø og antikorrupsion var i strid med gennemsigtighedsprincippet, og det var i strid med proportionalitetsprincippet, at manglende overholdelse af disse krav ville være misligholdelse af kontrakten. Klagenævnet tog ikke påstandene til følge og anførte, at de internationale deklamationer m.m., som udbudsbetingelserne henviste til, indeholdt grundlæggende samfundsprincipper, som var af en sådan karakter, at enhver tilbudsgiver var bekendt med dem, at gennemsigtighedsprincippet er et udbudsretligt princip, der ikke skal bringes i anvendelse på kontraktvilkår om samfundsansvar mv., og at vilkåret om samfundsansvar ikke var diskriminerende eller i strid med ligebehandlingsprincippet. Hvis en entreprenør eller en underentreprenør klart overtræder de omtalte deklamationer m.m., vil der desuden foreligge forhold, der er så grove, at de må anses for en væsentlig misligholdelse af kontrakten. Herefter, og da vilkåret om væsentlig misligholdelse ikke

var diskriminerende eller i strid med ligebehandlingsprincippet, var proportionalitetsprincippet ikke overtrådt.

Kendelse af 22. august 2016 Struensee & Co I/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Et udbud af en rammeaftale om managementydelser var ikke tilrettelagt, så der var tale om misbrug af rammeaftale, eller så det hindrede, begrænsede eller fordrejede konkurrencen på markedet.

Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) udbød som begrænset udbud efter det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF) en frivillig rammeaftale med tre delrammeaftaler vedrørende udførelse af managementkonsulent ydelser til en samlet anslået værdi af 250 mio. kr. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige bud". SKI agtede i henhold til udbudsbekendtgørelsen at indgå kontrakt med syv leverandører for hver delaftale, og det var fastsat, at kundernes tildeling af kontrakter i henhold til rammeaftalerne skulle ske ved miniudbud på grundlag af konkurrence om blandt andet pris.

Klageren, der var en del af et konsortium, der forgæves havde ansøgt om prækvalifikation, gjorde i første række gældende, at SKI havde overtrådt udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, sidste pkt, hvorefter de ordregivende myndigheder ikke må "misbruge rammeaftaler eller anvende dem på en sådan måde, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes". Herudover gjorde klageren gældende, at SKI ved navnlig at lægge vægt på udvælgelseskriterierne "omsætning" og "produktionskapacitet" havde tilrettelagt udbuddet således, at det reelt var reserveret til store rådgivningsvirksomheder og dermed diskriminerede de mindre virksomheder. Klagenævnet tog ikke klagen til følge. Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at der hverken efter ordlyden af denne bestemmelse eller de præambelbetragtninger, der knytter sig til den, er grundlag for at udlede en pligt for ordregiverne til at sikre, at rammeaftalens leverandører bliver sammensat, så de afspejler markedet, eller til at sikre, at rammeaftalen ikke skaber risiko for dominerende leverandører. SKI havde som ordregiver et vidt skøn ved tilrettelæggelsen af udbudsproceduren, og SKI havde opdelt kontrakten i 3 delaftaler og til hver delaftale prækvalificeret 10 ansøgere og i den forbindelse blandt andet lagt vægt på ansøgernes omsætning og produktionskapacitet i relation til de efterspurgte ydelser. Dette er objektive, ikke-diskriminerende, saglige og sædvanlige kriterier set i forhold til SKI's ønske om at sikre virksomhedens kunders forsyningssikkerhed, herunder i forhold til opgaver med korte og kritiske deadlines. Små og mellemstore virksomheder, der ønskede at deltage i udbuddet, kunne endvidere på sædvanlig vis i tilsvarende situationer styrke deres ansøgning ved at indgå samarbejder, således som dette også i vidt omfang var sket. Blandt de prækvalificerede ansøgere var endvidere to konsortier bestående af blandt andet mindre virksomheder, og prækvalifikationen havde således ikke medført, at rammeaftalen reelt var blevet reserveret til store rådgivningsvirksomheder, selv om tilrettelæggelsen af udbuddet havde medført prækvalifikation af – og senere indgåelse af kontrakt med – navnlig større virksomheder.

Klageren gjorde endvidere blandt andet gældende, at SKI havde overtrådt udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, idet antallet af prækvalificerede ikke var tilstrækkeligt stort til at sikre reel konkurrence. Klageren gjorde gældende, at bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, om, at der skal prækvalificeres mindst fem ansøgere, er møntet på tilfælde, hvor kun én ud af disse tildeles kontrakten. Da det var fastsat i udbuddet, at der ville blive indgået rammeaftale med syv for hver udbudt

delaftale, gjorde klageren gældende, at der burde have været prækvalificeret omkring 35 ansøgere for hver delaftale i stedet for de kun ti. Klagenævnet tog ikke påstanden til følge, men konstaterede, at kravet om minimum fem prækvalificerede var overholdt, og at kravet om, at antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, skal være tilstrækkeligt stort til at sikre reel konkurrence, var opfyldt, også selvom kontrakt indgås med syv af ti prækvalificerede. Klagen angik det samme udbud som kendelsen af 27. juni 2016, Konsortiet QUARTS P/S og Copenhagen Economics A/S mod SKI, omtalt under pkt. 2.2.6.

Kendelser af 26. februar og 15. september 2016, SIM Lægekørsel I/S mod Region Syddanmark

En rammeaftale om lægevagtskørsel blev udbudt med tildelingskriteriet "laveste pris" og således, at kontrakten alene kunne tildeles tilbudsgivere med limousinetilladelse, i det omfang der ikke var konditions-mæssige tilbudsgivere med taxibevilling. Vilkkåret tilsidesat. Annullation. Culpa, men ikke erstatning.

Region Syddanmark udbød en 2-årig rammeaftale om lægevagtskørsel med tildelingskriteriet "laveste pris". I udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne var – med henvisning til en udtalelse fra Konkurrencestyrelsen – fastsat, at kontrakten kun kunne tildeles tilbudsgivere med limousinetilladelse, hvis der ikke var konditions-mæssige tilbudsgivere med taxibevilling. Samme opfattelse af taxibevillingers forrang fremgik af nogle udtalelser fra Færdselsstyrelsen. Regionen modtog 3 konditions-mæssige tilbud. Tilbuddet med den laveste pris kom fra den virksomhed, som i de seneste 5 år havde haft kontrakten, og som havde limousinetilladelse. Regionen tildelte kontrakten til en tilbudsgiver, der havde taxibevilling, og hvis tilbud var mere end 2 mio. kr. dyrere end det billigste. Klagenævnet udtalte, at vilkkåret om forrang for tilbudsgivere med taxibevilling ikke kunne udledes af taxiloven m.v. I et udbud, hvor en tilbudsgiver rent faktisk har opnået limousinetilladelse til lægekørsel og afgivet tilbud på dette grundlag, strider vilkkåret om forrang mod ligebehandlingsprincippet. Klagenævnet annullerede derfor ved kendelsen af 26. februar 2016 tildelingsbeslutningen.

I kendelsen af 15. september 2016 tog klagenævnet stilling til en påstand om erstatning opgjort som positiv opfyldelsesinteresse. Regionen påstod frifindelse under henvisning til, at den var i god tro, da udbudsbetingelserne havde fulgt de vejledende udtalelser fra (nu) Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Trafik- og Byggestyrelsen, og da regionen forud for tildelingen havde rettet fornyet henvendelse til sidstnævnte styrelse. Klagenævnet fastslog imidlertid, at regionen havde handlet culpøst, da det forhold, at regionen havde støttet sig på vejledninger fra de ressortansvarlige styrelser, ikke fritog den for ansvar over for den tilbudsgiver, som havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, men som på grund af det ulovlige vilkår ikke havde fået kontrakten. Da det ulovlige vilkår fremgik af udbudsbetingelserne, var betingelsen om årsagsforbindelse imidlertid ikke opfyldt, og regionen blev frifundet.

2.2.4. Prækvalifikation

Kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S mod Bygningsstyrelsen

En ansøger om prækvalifikation blev i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 1, litra g), berettiget udelukket fra at deltage i udbudsproceduren som følge af ordregiverens erfaring med ansøgeren fra et tidligere kontraktforhold. Ordregiveren havde ophævet den tidligere kontrakt, fordi ansøgeren/entreprenøren efter ordregiverens opfattelse væsentligt havde misligholdt kontrakten ved uberettiget at standse arbejderne.

Bygningsstyrelsen iværksatte et begrænset udbud med forhandling efter udbudsloven af en hovedentreprise ved et byggeri. I udbudsbekendtgørelsen var det fastsat, at ansøgere om prækvalifikation ville blive udelukket, hvis de var omfattet af en eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 1). Bygningsstyrelsen udelukkede B. Nygaard Sørensen A/S (BNS) i medfør af § 137, stk. 1, nr. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 1, litra g), med henvisning til, at styrelsen havde ophævet en tidligere kontrakt med BNS om et andet byggeri som følge af BNS' væsentlige misligholdelse. Styrelsen havde før udelukkelsen givet BNS mulighed for i medfør af udbudslovens § 138 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6 og 7) at dokumentere, at BNS havde iværksat tiltag, der kunne sikre virksomhedens pålidelighed. Som reaktion herpå havde BNS blot gjort gældende, at virksomheden ikke havde misligholdt den tidligere kontrakt. BNS klagede over udelukkelsen og nedlagde påstand om, at den var i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. BNS gjorde gældende, at Bygningsstyrelsens ophævelse af den tidligere kontrakt var uberettiget, fordi BNS ikke havde misligholdt denne kontrakt. Bygningsstyrelsen gjorde på den anden side rede for forløbet af den tidligere byggesag op til styrelsens ophævelse af kontrakten med BNS. Der verserede en sag for Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed mellem parterne om den tidligere kontrakt, og de havde blandt andet fremsat store erstatningskrav mod hinanden.

Klagenævnet udtalte, at Bygningsstyrelsens udelukkelse af BNS var berettiget, og klagenævnet tog herefter ikke klagen til følge. Klagenævnet anførte, at en ordregiver har bevisbyrden for, at betingelserne efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 1, litra g), er opfyldt, og bevisbyrden kan blandt andet løftes ved en endelig dom eller en voldgiftskendelse. Efter bestemmelsens forarbejder kan dokumentation fra egne eller andres erfaringer imidlertid efter omstændighederne begrunde udelukkelse efter bestemmelsen. Det var således ikke et krav i sagen, at der f.eks. skulle foreligge en endelig dom eller en voldgiftskendelse, idet styrelsens egen erfaring med BNS kunne være tilstrækkelig begrundelse for at udelukke virksomheden. Klagenævnet skulle ikke foretage en fuldstændig prøvelse af, om styrelsen var berettiget til at ophæve den tidligere kontrakt med BNS. Efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger om parternes tvist om det tidligere byggeri og forløbet op til Bygningsstyrelsens ophævelse af den tidligere kontrakt fandt klagenævnet imidlertid, at udbyderen havde påvist, at kontrakten var ophævet på grund af forhold, der efter styrelsens skøn kunne kvalificeres som væsentlig misligholdelse, og at styrelsen dermed i tilstrækkeligt omfang havde dokumenteret, at udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 1, litra g), var opfyldt. Der var endvidere ikke grundlag for at konstatere, at Bygningsstyrelsen ved udelukkelsen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, og styrelsen havde før udelukkelsen givet klageren mulighed for at dokumentere pålidelighed ("self cleaning"), jf. udbudsloven § 138 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6 og 7).

Kendelse af 29. juni 2016, Johs. Gram-Hanssen A/S, Hauschildt Marine A/S og Western Marine Shipyard Ltd. mod Thyborøn-Agger Færgeoverfart.

Da det ikke kunne afvises, at ordregivers begrundelse for manglende prækvalifikation til at afgive tilbud på levering af en færge byggede på forhold, der ikke kunne inddrages i vurderingen, blev klagen taget til følge.

Thyborøn-Agger Færgeoverfart udbød som begrænset udbud efter det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF) en kontrakt om levering af en ny færge til Thyborøn - Agger overfarten. En virksomhed, der forgæves havde søgt om prækvalifikation, klagede over afslaget og gjorde gældende, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed var overtrådt, idet ordregiveren ikke havde foretaget en objektiv bedømmelse af klagerens referencer.

Da færgeoverfarten ikke havde fastsat begrænsninger i, hvor mange referencer der kunne vedlægges, regler om hvordan de skulle beskrives, eller hvor lange beskrivelserne måtte være, kunne det ikke tillægges betydning til skade for ansøgeren, at denne ikke havde ønsket at medvirke til at "udvælge relevante referencer". Ved evalueringen af referencerne havde Thyborøn-Agger Færgeoverfart benyttet sagkyndig bistand. Af den sagkyndiges indstilling fremgik blandt andet: "Vi har vurderet alle ansøgere så objektivt som muligt, dels ud fra det modtagne materiale, og dels ud fra det kendskab vi har til de enkelte ansøgere". Klagenævnet har tidligere flere gange, jf. f.eks. kendelse af 20. april 2016, Backbone Aviation mod DMI, udtalt, at en ordregivers evaluering af ansøgninger om prækvalifikation skal ske på grundlag af ansøgningernes indhold, og at ordregiveren som udgangspunkt ikke kan inddrage tidligere erfaringer med en konkret ansøger til fordel for denne, hvis der ikke er konkret grundlag herfor i ansøgningen. I en erklæring til brug for sagen blev det anført, at "Det var en uheldig formulering", men det fremgik imidlertid ikke, hvordan evalueringen af de konkrete referencer var sket, herunder hvilke forhold der havde ført til, at klagerens referencer var vurderet væsentlig ringere end referencer fra de ansøgere, der var blevet prækvalificeret. Da det efter en konkret vurdering ikke kunne udelukkes, at der ved udvælgelsen af de prækvalificerede blandt andet var blevet lagt vægt på rådgiverens kendskab til ansøgerne, tog klagenævnet klagen til følge og annullerede beslutningen om prækvalifikation.

2.2.5 Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel

Kendelse af 13. september 2016, Forenede Service A/S mod SKAT

Udtalt at pligten efter udbudslovens § 160 til at offentliggøre evalueringsmetoden i udbudsmaterialet ikke gælder ved miniudbud i henhold til en rammeaftale, der har været udbudt før udbudslovens ikrafttræden den 1. januar 2016. Med henvisning til klagenævnens lovens § 10, stk. 1, afviste klagenævnet at tage stilling til klagers synspunkter, som ikke var dækket af formuleringen af påstanden.

SKAT foretog i 2016 et miniudbud om rengøring i henhold til en rammeaftale, der havde været udbudt i 2015. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagen var indgivet af en virksomhed, der havde afgivet tilbud ved miniudbuddet uden at få ordren. Klageren gjorde gældende, at ordregiveren havde handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og proportionalitet i

udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved først at fastsætte den endelige vægtning af underkriteriet "samlet pris", efter at ordregiver havde gjort sig bekendt med indholdet af tilbuddene.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge. Nævnet udtalte herved, at pligten efter udbudslovens § 160 til at offentliggøre evalueringsmetoden i udbudsmaterialet ikke gælder for miniudbud i henhold til en rammeaftale, der har været i udbud før udbudslovens ikrafttræden 1. januar 2016. Klagenævnet udtalte endvidere, at der efter klagenævnets hidtidige praksis ikke var pligt til at offentliggøre evalueringsmetoden i udbudsmaterialet, medmindre der anvendtes en helt usædvanlig og upåregnelig bedømmelsesmetode. En forpligtelse til at offentliggøre evalueringsmetoden i udbudsmaterialet kunne heller ikke antages at følge af EU-retten, jf. herved EU-Domstolens dom af 14. juli 2016, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest. Klagenævnet tiltrådte herved i det væsentlige den retsopfattelse, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tidligere havde givet udtryk for i en udtalelse af 1. juli 2016, idet klagenævnet dog fastslog, at det afgørende skæringstidspunkt er tidspunktet for udbuddet af rammeaftalen. Med henvisning til klagenævnslovens § 10, stk. 1, afviste klagenævnet i øvrigt at tage stilling til klagers synspunkter, i det omfang de ikke var dækket af formuleringen af påstanden. Klagenævnet kunne således ikke tage stilling til, om evalueringsmodellen på nærmere angivne punkter var i strid med principperne om gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1).

Kendelse af 22. november 2016, Abigo Medical AB mod Region Syddanmark, Region Nordjylland og Region Sjælland

En lineær evalueringsmodel vedrørende priskriteriet, der var fastsat efter tilbudsåbning som laveste bud + 1000 % tilsidesat, selvom alle indkomne tilbud kunne rummes i modellen, idet ordregiveren ikke havde løftet bevisbyrden for, at modellen kunne afspejle en relativt set betydelig forskel i prisen på det laveste og næstlaveste tilbud. Modellen var derfor ikke egnet til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

Regionerne udbød efter det tidligere udbudsdirektiv 2004/18/EF en rammeaftale om levering af klinisk ernæring med tilhørende udstyr. Sagen angik en af rammeaftalens delaftaler om modernermælkserstatning til spædbørn. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af underkriterierne økonomi (55 %) og kvalitet (45 %). Tre virksomheder (A, B og C) afgav tilbud, og de tilbød priser, der beregnedes på grundlag af angivne priser og det estimerede forbrug, udgjorde for A ca. 3.000 kr., for B ca. 8.000 kr. og for C 96.000 kr. Tilbuddene fra A og B var således endog meget lavere end udbyders hidtidige indkøbspriser, mens den beregnede tilbudssum for C oversteg regionernes samlede udgifter for 2015 på ca. 91.000 kr. Ved evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet Økonomi anvendte regionerne en skala fra 0 til 5. Point blev tildelt efter en lineær pointmodel, hvorefter den laveste pris fik maksimumpoint, og et tilbud med en tilbudssum på mere end 1000 % derover fik minimumpoint. Som følge heraf fik A 5 point, B 4,73 point og C 0,17 point. Disse pointtildelinger sammenholdt med pointtildelingen for det kvalitative underkriterium førte til, at B fik et lidt højere samlet pointtal end A, og ordregiveren tildelte herefter ordren til B.

Klagenævnet anførte, at fastsættelsen af det nedre yderpunkt i den lineære funktion (til mere end 1000 % højere end laveste pris) indebar, at der blev tale om en meget flad kurve. En så flad kurve vil – medmindre helt særlige forhold gør sig gældende på det pågældende marked – være usædvanlig og ligeledes uforudsigelig for tilbudsgiverne, og den vil være egnet til at forrykke forholdet mellem underkriteriet økonomi og det kvalitative underkriterium. Bevisbyrden for, at sådanne helt særlige forhold gør sig gældende, påhviler udbyderen, og bevisbyrden var i sagen skærpet, da det måtte lægges til grund, at evalueringsmodellen blev fastsat efter modtagelsen af tilbuddene. Klagenævnet fandt, at evalueringsmodellen var blevet fastlagt på en måde, der reelt ikke gav mulighed for at afspejle den prisforskel på mere end 50 %, der var mellem laveste og næstlaveste tilbud. Klagenævnet fandt herefter, at udbyder ikke havde løftet bevisbyrden for, at den anvendte evalueringsmodel havde kunnet afspejle en relativt set betydelig forskel i prisen på det laveste og næstlaveste tilbud, og for, at modellen havde været egnet til at bidrage til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud." Klagenævnet annullerede derfor tildelingsbeslutningen. Bestemmelsen i udbudslovens § 160 fandt ikke anvendelse, da udbudsbekendtgørelsen var offentliggjort før udbudsloven trådte i kraft den 1. januar 2016.

Kendelse af 17. august 2016, Holmris + Flexform A/S mod Professionshøjskolen UCC, University College Capital

En lineær evalueringsmodel vedrørende priskriteriet, der var fastsat efter tilbudsåbning som laveste bud + ca. 10 % tilsidesat, selvom alle indkomne tilbud kunne rummes i modellen, idet ordregiveren ikke – heller ikke efter en ensidigt indhentet faglig erklæring – havde løftet bevisbyrden for, at sådanne helt særlige forhold gjorde sig gældende på det pågældende marked, at modellen kunne anses for forudseelig.

University College Capital (UCC) udbød som begrænset udbud efter det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF) en rammekontrakt om køb af løst inventar (møbler) til den nybyggede Campus Carlsberg på 56.000 kvadratmeter. Der indkom tilbud fra fem virksomheder. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" med underkriterierne "Økonomi" (40 %) og "Design og kvalitet" (60 %). Efter UCC havde truffet beslutning om tildeling, klagede en forbigået tilbudsgiver over navnlig evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet "Økonomi", der blev foretaget efter en ikke offentliggjort lineær model, hvor maksimumpoint blev tildelt den lavest tilbudte pris, mens der ikke blev givet point til priser, der oversteg denne med 2 mio. kr., hvilket svarede til den billigste pris + lidt over 10 %. Den anvendte pointmodel medførte en 10-dobling af forskellen i point for pris i forhold til forskellen i de tilbudte tilbudssummer. Klagenævnet udtalte, at en så stejl kurve – hvis den ikke er offentliggjort som led i udbudsbetingelserne, og med mindre helt særlige forhold gør sig gældende på det pågældende marked – vil være uforudsigelig for tilbudsgiverne og egnet til at forrykke forholdet mellem underkriteriet "Økonomi" og underkriteriet "Design og kvalitet". Bevisbyrden for, at sådanne særlige forhold gør sig gældende, påhviler den ordregivende myndighed. Denne bevisbyrde skærpes yderligere af, at den konkrete anvendte model først blev fastsat efter modtagelsen og åbningen af tilbuddene. UCC gjorde under sagen gældende, at det udbudte inventar af den pågældende kvalitet havde karakter af standardvarer, og at der erfaringsmæssigt er et meget begrænset prisspænd for sådanne varer, hvilket fandt en vis støtte i, at de priser, som UCC modtog som led i ud-

buddet, kun varierede med op til 6 %. Under klagesagen indhentede UCC endvidere ensidigt en sagkyndig erklæring, som vurderede, at et realistisk prisspænd i udbuddet ville være omkring 15 %. Klagenævnet fandt efter en konkret bevisvurdering, at UCC ikke havde løftet bevisbyrden for, at modellen var forudsigelig og ikke forrykkede forholdet mellem underkriterierne "Økonomi" og "Design og kvalitet". Det usædvanligt snævre prisspænd på lidt over 10 % var endvidere reelt afgørende for, hvilken tilbudsgiver der vandt udbuddet. Selv en pointmodel med en så stejl kurve som laveste pris + 20 % ville således efter UCC's egne beregninger have medført, at klageren havde vundet udbuddet. Klagenævnet fandt, at UCC i forbindelse med fastlæggelsen af evalueringsmodellen reelt havde haft et frit valg med hensyn til, hvilken tilbudsgiver der skulle vinde udbuddet. Klagenævnet annullerede blandt andet på baggrund af denne overtrædelse UCC's tildelingsbeslutning. Bestemmelsen i udbudslovens § 160 fandt ikke anvendelse, da udbudsbekendtgørelsen var offentliggjort før udbudsloven trådte i kraft den 1. januar 2016.

Kendelse af 5. juli 2016, Lekolar LEIKA A/S mod KomUdbud v/Randers Kommune – tilsidesættelse af evalueringsmodel i sortimentsudbud

Evalueringsmodel i sortimentsudbud, der ikke tog højde for det forventede forbrug, som indebar, at der kun blev inddraget en mindre del af de tilbudte priser i evalueringen, og som ændrede hældningen ved lineær prisevaluering for hvert enkelt evalueret produkt afhængigt af de konkret tilbudte priser, blev tilsidesat som uigennemsigtig. Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.2.6.

2.2.6 Sortimentsudbud

Kendelse af 5. juli 2016, Lekolar LEIKA A/S mod KomUdbud v/Randers Kommune – tilsidesættelse af evalueringsmodel i sortimentsudbud

Evalueringsmodel i sortimentsudbud, der ikke tog højde for det forventede forbrug, som indebar, at der kun blev inddraget en mindre del af de tilbudte priser i evalueringen, og som ændrede hældningen ved lineær prisevaluering for hver enkelt evalueret produkt afhængigt af de konkret tilbudte priser, blev tilsidesat som uigennemsigtig.

KomUdbud v/Randers Kommune udbød som offentligt udbud efter det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF) en obligatorisk rammeaftale for 13 kommuner vedrørende levering af et sortiment af daginstitutionsmøbler. Tildelingskriteriet var fastsat til "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" med underkriterierne "Kvalitet" (30 %), "Case" (30 %), "Pris" (20 %) og "Sortimentsbredde" (20 %). Efter at have modtaget tildelingsbeslutningen klagede en forbigået tilbudsgiver over blandt andet evalueringen af de modtagne tilbud i relation til underkriteriet "Pris". Klageren gjorde i den forbindelse navnlig gældende, at indklagede havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. direktivets artikel 2 samt artikel 53, ved at have anvendt en evalueringsmodel, der var usædvanlig og ikke offentliggjort samt uegnet til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Klageren anførte til støtte herfor blandt andet, at evalueringen var sket uden inddragelse af det forventede forbrug af de prissatte produkter, hvilket gav et forkert resultat i forhold til KomUdbuds faktiske forbrug, ligesom det favoriserede tilbudsgivere, der spekulerede i den manglende vægtning af de poster, der indgik i evalueringen, hvorfor det ikke var egnet til at afspejle de reelle forskelle i de ind-

komne tilbud. Det var i udbudsbetingelserne vedrørende underkriteriet "Pris" fastsat, at tilbudsgiverne skulle udfylde en tilbudsliste med i alt 39 varelinjer, idet der skulle angives blandt andet en listepriis og en tilbudt pris pr. linje. Endvidere var det fastsat, at "nettoprisen ... indgår i evalueringen". Om baggrunden herfor var det under klagesagen blandt andet oplyst, at der i et enkelt år under den seneste fællesindkøbsaftale var blevet indkøbt flere end 2.459 forskellige produkter, og at ordregiveren ikke mente, at det var muligt at forudsige, hvilke produkter og hvor mange der skulle indkøbes under denne aftale, og at ordregiveren derfor havde besluttet at gennemføre evalueringen vedrørende 39 produktkategorier, som så skulle udgøre et repræsentativt udvalg set i forhold til de produkter, der skulle afsættes under aftalen.

Klagenævnet lagde til grund, at KomUdbud havde evalueret tilbuddene i overensstemmelse med det oplyste, og KomUdbud havde herefter ikke inddraget et forventet indkøbsvolumen ved evalueringen. KomUdbud havde endvidere for at kunne gennemføre evalueringen foretaget en gearing, "så det afspejler de indkomne og konkurrerende priser på hver enkelt varelinje". Denne indebar, at laveste pris pr. linje blev tildelt maksimumpoint, mens en pris, der var 50 % dyrere, blev givet karakteren 0, men at denne grænse blev hævet med 50 procents intervaller, indtil samtlige priser for det konkrete produkt kunne indeholdes i modellen. Det viste sig, at tilbudsgiverne tilrettelagde deres tilbud således, at de muligt opnåede det bedste tilbud samlet, hvorefter KomUdbud for at evaluere på prisen gearede tilbudspriserne, således at de kunne rummes i evalueringsmodellen. Klagenævnet fandt, at evalueringsmodellen var usædvanlig, og den burde derfor have været offentliggjort under udbuddet. Ved ikke at evaluere på de estimerede mængder og ved alene at evaluere på 39 produktkategorier samt ved at foretage den nævnte gearing havde KomUdbud skabt en helt uigennemsigtig evaluering. Klagenævnet tog herefter påstanden til følge og annullerede ordregiverens tildelingsbeslutning.

2.2.7 Begrundelseskrav ved kontrakttildeling

Kendelse af 27. juni 2016, Konsortiet QUARTZ P/S og Copenhagen Economics A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S

Begrundelsen indeholdt hovedsagelig evaluering af tilbuddet fra den virksomhed, der modtog begrundelsen, og en forklaring på, dels hvorfor den ikke var blandt dem, der blev tildelt kontrakt, dels hvorfor tilbuddet blev vurderet ringere end "den sidst tildelte", men ikke oplysninger om evalueringen af de 7 vindende tilbud (der var afgivet i alt 9 tilbud) eller af "den sidst tildelte". Begrundelsen ikke anset for tilstrækkelig.

Konsortiet QUARTZ P/S (Quartz) klagede over et begrænset udbud, som Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S (SKI) havde gennemført vedrørende en rammeaftale. SKI havde tildelt kontrakt til 7 ud af de 9 tilbudsgivere. Quartz havde klaget over både evalueringsmodellen, evalueringen og den givne begrundelse.

Alene påstanden om begrundelsesmangel blev taget til følge. Klagenævnet henviste herved til den dagældende lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 1, og bestemmelsens baggrund. Bestemmelsen er en implementering af kontroldirektivets artikel 2 a, stk. 2, (Rådets direktiv 89/665, som senest ændret ved Europaparlamentets og Rådets direktiv 2007/66), hvorefter begrundelsen

skal opfylde kravene i det tidligere udbudsdirektivs artikel 41, stk. 2 (direktiv 2004/18/EF). Efter denne regel skal navnet på den vindende tilbudsgiver oplyses og begrundelsen indeholde en redegørelse for "det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele". Det henvistes videre til, at efter implementeringen af det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU) findes en tilsvarende bestemmelse i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 55, stk. 2), "... angive det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud ...", til klagenævnets kendelse af 23. juni 2015 i sagen European Dynamics Luxembourg SA mod SKAT og til Rettens praksis, hvorefter begrundelsen klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som ordregiveren har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Herefter anførte klagenævnet, at SKI's begrundelse – foruden generelle oplysninger om evalueringen og oplysning om de tildelte point – hovedsaglig alene indeholdt en evaluering af konsortiets tilbud og en forklaring på, hvad der gjorde, at Quartz ikke var blandt de 7 ud af 9 virksomheder, der blev tildelt kontrakt. SKI havde endvidere redegjort for, på hvilke punkter Quartz' tilbud blev vurderet ringere end "den sidst tildelte". Begrundelsen indeholdt ikke herudover oplysninger om evalueringen af de vindende tilbud eller af "den sidst tildelte". Klagenævnet fandt herefter, at begrundelsen ikke var tilstrækkeligt fyldestgørende. Efter en konkret væsentlighedsvurdering tog klagenævnet ikke en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen til følge. Klagen angår det samme udbud som kendelsen af 22. august 2016, Struensee & Co mod SKI, der er omtalt under pkt. 2.2.3.

2.2.8 Klagenævnetsloven, herunder (foreløbig) opsættende virkning og klagenævnets sanktioner

Kendelse af 28. juli 2016, UCplus A/S mod Esbjerg Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune

Klage tillagt opsættende virkning, da klageren, som ikke havde afgivet tilbud, ikke ville kunne opnå erstatning, og betingelser om fumus boni juris og interesseafvejning var opfyldt. Krav til økonomisk og finansiel kapacitet forskelsbehandlede etablerede virksomheder set i forhold til nystartede virksomheder.

Denne kendelse er en af de relativt få sager, hvor klageren opnår opsættende virkning, fordi alle tre betingelser om 1) fumus boni juris (at klagen umiddelbart vurderet har "noget for sig"), 2) uopsættelighed og 3) at en interesseafvejning falder ud til klagerens fordel, er opfyldt. I lyset af klagenævnets kendelse valgte ordregiverkommunerne, Esbjerg, Vejen og Varde, at annullere udbuddet. Kendelsen blev dermed den endelige afgørelse i sagen.

Der var tale om et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit III (light-regimet, direktiv 2014/24/EU artikel 74 - 76) af danskuddannelse for kursister henvist fra Esbjerg, Vejen og Varde kommuner efter lovbekendtgørelse nr. 772 om danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl. Kommunerne havde som krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen fastsat, at tilbudsgivere, der var etablerede virksomheder, skulle have haft en omsætning i 2015 på mindst 40 mio. kr. for undervisning omfattet af lov om danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl. og stille en nærmere angiven bankgaranti. Nystartede virksomheder skulle i stedet fremlægge CV'er for de ledende medarbejdere i virksomheden, som samlet dokumenterede 4 års ledelseserfaring (forstander, afdelingsleder el. tilsvarende)

inden for lovområdet ("danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl.") samt kontraktansvar for kontrakter inden for lovområdet på minimum en værdi til 40 mio. kr. – senest i 2010. Desuden skulle de kunne stille en bankgaranti på 10 mio. kr. Klageren, UCplus A/S, var en etableret virksomhed, der efter adskillige gange forgæves at have rettet henvendelse til kommunerne for at få ændret kravet til etablerede virksomheder, havde afstået fra at afgive tilbud, fordi virksomheden ikke opfyldte kravet om en omsætning på 40 mio. kr. Efter at have modtaget kommunernes tildelingsbeslutning klagede UCplus A/S til klagenævnet med påstand om 1) at omsætningskravet var usagligt og uproportionalt og derfor i strid med ligebehandlingsprincippet, og 2) at forskellen mellem kravene til etablerede og nystartede virksomheder var usagligt og derfor også i strid med ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet bemærkede indledningsvis, at der ved udbud af "light-ydelser" efter udbudslovens afsnit III (direktiv 2014/24/EU artikel 74 -76) kan stilles samme krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle kapacitet som ved udbud efter lovens afsnit II (direktiv 2014/24/EU artikel 2 - 72). Klagenævnet fandt, at der var udsigt til, at klageren i hvert fald ville få medhold i påstand 2 om forskelsbehandling mellem etablerede og nystartede virksomheder. Klagenævnet udtalte, at selvom der i nogen grad kan stilles lempeligere krav til nyetablerede virksomheder, indebar den betydelige forskel i kravene i forhold til etablerede virksomheder en forskelsbehandling, der ikke kunne begrundes i virksomhedernes forskellige situation. Der var efter overtrædelsens karakter endvidere udsigt til, at tildelingsbeslutningen ville blive annulleret. Betingelsen om fumus boni juris var dermed opfyldt. Klagenævnet anså endvidere betingelsen om uopsættelighed for opfyldt, da klageren som følge af den nævnte overtrædelse havde været afskåret fra at afgive tilbud – og dermed ikke under klagesagen kunne få erstatning, selv hvis klageren også ved den endelige afgørelse fik medhold i klagen. Klagenævnet bemærkede i relation til uopsættelighed og interesseafvejning, at UCplus A/S under udbudsprocessen havde gjort kommunerne opmærksom på de mulige overtrædelser og uden unødigt ophold indgav klagen, da kommunerne fastholdt omsætningskravet. Klagenævnet fandt endvidere, at UCplus A/S' interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning oversteg kommunernes interesse i uden forsinkelse at kunne indgå kontrakten, som først skulle have virkning fra den 1. januar 2017. Klagenævnet tillagde herefter klagen opsættende virkning.

Kendelse af 14. september 2016, Motus A/S mod Den Danske Stat v/Moderniseringsstyrelsen

Klageren var under behandlingen af erstatningspåstand efter afsigelse af materiel kendelse afskåret fra at nedlægge nye påstande om andre følger af de konstaterede overtrædelser.

Moderniseringsstyrelsen udbød som begrænset udbud efter udbudsloven en 2-årig forpligtende rammeaftale vedrørende "servere, tilhørende storageløsninger, tilbehør og tilknyttede tjenesteydelser" på vegne af hele staten. Ved kendelse af 4. juli 2016 fandt klagenævnet, at Moderniseringsstyrelsen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at fastsætte og håndhæve ulovlige udbudsbetingelser og ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have givet tilstrækkelige oplysninger om de produkter, der skulle leveres. Klagenævnet annullerede herefter tildelingsbeslutningen.

Motus A/S, der ved klagens indlevering havde taget forbehold om at fremkomme med yderligere påstande, nedlagde den 12. august 2016 4 nye påstande. En påstand angik erstatning, mens de 3

Øvrige påstande gik på, at klagenævnet skulle konstatere, at Moderniseringsstyrelsen som følge af kendelsen af 4. juli 2016, ikke var berettiget til at foretage indkøb ved de vindende tilbudsgivere, at sådanne indkøb kunne erklæres uden virkning, subsidiært bringes til ophør i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2, at klagenævnet skulle udstede et påbud om, at Moderniseringsstyrelsen skulle lovliggøre en meddelelse til de vindende tilbudsgivere om, at rammeaftalen fortsat kunne anvendes, og at de indgåede rammeaftaler skulle erklæres for uden virkning, fordi der var foretaget grundlæggende ændringer af de indgåede rammeaftaler.

Den 14. september 2016 afsagde klagenævnet kendelse om at afvise tre af de fire påstande, idet de ikke var udtryk for anbringender til støtte for allerede nedlagte påstande og ikke angik forhold, der havde betydning for, om og i hvilket omfang Motus havde krav på erstatning. Klagenævnet lagde herved vægt på, at Moderniseringsstyrelsens udbud var afsluttet ved rammeaftalernes indgåelse. De eventuelle indkøb, der efterfølgende måtte blive foretaget på baggrund af rammeaftalen, og den meddelelse, som Moderniseringsstyrelsen havde sendt til de på rammeaftalen tilknyttede ordregivende myndigheder og til de vindende tilbudsgivere, angik derfor efterfølgende beslutninger, som der særskilt måtte klages over. Sagen blev afsluttet ved klagenævnet med afsigelse af erstatningskendelse af 31. oktober 2016. Klagenævnets afgørelser af 4. juli 2016 og 31. oktober 2016 er indbragt for domstolene.

Kendelse af 19. december 2016, Zøllner A/S mod Hundested Havn I/S og Halsnæs Kommune

Erstatning for positiv opfyldelsesinteresse fastsat under hensyn til optioner i den udbudte kontrakt og muligheden for regningsarbejder. Påstand fra kommunen om friholdelse i forholdet mellem to indklagede parter (erstatning og sagsomkostninger) og om sagsomkostninger mellem disse parter afvist på grund af manglende kompetence.

Ved kendelse af 19. april 2016 fastslog klagenævnet, at Hundested Havn I/S og Halsnæs Kommune havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise et ukonditionsmæssigt tilbud. Klagenævnet annullerede tildelingsbeslutningen og lagde under erstatningssagen til grund, at såvel havnen som kommunen efter karakteren af overtrædelserne havde handlet ansvarspådragende over for Zøllner A/S. Klagenævnet udtalte, at det påhvilede havnen og kommunen at sandsynliggøre, at man, hvis det ukonditionsmæssige tilbud var blevet afvist, ville have annulleret den begrænsede licitation i stedet for at tildele kontrakten til klageren, Zøllner A/S, som havde afgivet det laveste konditionsmæssige tilbud. Klagenævnet fandt med henvisning til en række konkrete forhold i sagen, at denne bevisbyrde ikke var løftet. Erstatningen til Zøllner A/S blev efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse skønsmæssigt fastsat til 250.000 kr.

Kommunen havde over for havnen nedlagt selvstændig påstand om, at den, hvis kommunen ikke blev frifundet, skulle friholde kommunen for betaling af erstatning og sagsomkostninger til Zøllner A/S, og at havnen skulle pålægges at betale sagsomkostninger til kommunen med samme beløb, som kommunen måtte blive pålagt at betale i sagsomkostninger til Zøllner A/S. Klagenævnet afviste påstanden, idet klagenævnet ikke har kompetence til at træffe en sådan afgørelse om henholdsvis erstatning og sagsomkostninger i det indbyrdes forhold mellem to indklagede parter, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 14, stk. 1, og bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 4.

Kendelse af 5. januar 2016, MultiLine A/S mod Aarhus Universitet

Standstill-reglerne i håndhævelsesloven (nu klagenævnsløven) gjaldt ikke for tildelingsbeslutningen ved et forhandlingsudbud uden udbudsbekendtgørelse. Klagen blev ikke tillagt opsættende virkning.

Aarhus Universitet gennemførte et udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse efter artikel 30, stk. 1, litra a, i det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF) om en rammeaftale om levering af rengøringsmidler. Forud for det udbud, som sagen angik, havde der været afholdt et offentligt udbud, som universitetet havde annulleret, da alle tilbuddene blev anset for ukonditionsmæssige. En forbigået tilbudsgiver, MultiLine, hvis tilbud universitetet også under forhandlingsudbuddet anså for ukonditionsmæssigt, klagede blandt andet over, at universitetet efter klagerens opfattelse havde angivet en forkert udløbsdato for standstill-perioden i sin tildelingsmeddelelse.

Klagenævnet bemærkede om denne påstand, at reglerne om en standstill-periode efter meddelelser om tildelingsbeslutninger ikke gælder for tildelingsbeslutninger ved udbud uden udbudsbekendtgørelse, jf. § 3, stk. 2, nr. 1, i den dagældende håndhævelseslov som affattet indtil 1. januar 2016. Dette fremgik også udtrykkeligt af bestemmelsen, som var i overensstemmelse med standstill-bestemmelserne i kontroldirektivet, som klagenævnet nøje gennemgik. Samme undtagelse fra standstill-reglerne følger nu af klagenævnsløvens § 3, stk. 3, nr. 1, som svarer til den tidligere bestemmelse i håndhævelseslovens § 3, stk. 2, nr. 1. Den omstændighed, at udbuddet var sket i fortsættelse af et udbud med forudgående udbudsbekendtgørelse, ændrede ikke på, at der var tale om et nyt udbud, og herunder et udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse, som ikke var omfattet af standstill-reglerne. Der var herefter ikke udsigt til, at MultiLine ville få medhold i påstanden om forkert vejledning om standstill-fristen. Klagenævnet tilføjede, at Aarhus Universitet ved tildelingsmeddelelsen af 27. november 2015 havde fastsat en standstill-frist med udløb den 8. december 2015, som gav de tilbudsgivere, hvis tilbud ikke blev antaget, rimelig frist til at fremsætte anmodning om opsættende virkning, jf. – for så vidt som disse afgørelser måtte have betydning i de tilfælde, hvor de i medfør af kontroldirektivet fastsatte standstill-bestemmelser ikke finder anvendelse – dommene i sag C-81/98, Alcatel, og C-212/02, Kommissionen mod Østrig. I de nævnte domme, som er afsagt før standstill-reglerne i kontroldirektivet blev gennemført, fastslog EU-Domstolen, at der gjaldt en ulovbestemt standstill-forpligtelse ved EU-udbud.

Klagenævnet udtalte i øvrigt i kendelsen, at der var udsigt til, at en påstand om, at universitetet havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i udbudsbetingelserne for udbuddet med forhandling at forbeholde sig et frit valg med hensyn til at afvise eller acceptere tilbud, der ikke opfyldte mindstekravene under udbuddet med forhandling, og at dette ville medføre annullation. Betingelsen om fumes boni juris var dermed opfyldt. Derimod blev betingelsen om uopsættelighed ikke anset for opfyldt, og klagen blev derfor ikke tillagt opsættende virkning. Kendelsen endte med at blive den endelige afgørelse i sagen, da Aarhus Universitet i lyset af kendelsen valgte at annullere udbuddet.

Kendelser af 26. februar og 15. september 2016, SIM Lægekørsel I/S mod Region Syddanmark

Klagenævnet tilsidesatte i kendelsen af 26. februar 2016 et vilkår i en rammeaftale om lægevagtskørsel udbudt med tildelingskriteriet "laveste pris" og således, at kontrakten alene kunne tildeles tilbudsgivere med limousinetilladelse, i det omfang der ikke var konditionsmæssige tilbudsgivere med taxibevilling. Klagenævnet annullerede tildelingsbeslutningen. I kendelsen af 15. september blev det fastslået, at regionen havde handlet culpøst, da det forhold, at regionen havde støttet sig på vejledninger fra de ressortansvarlige styrelser, ikke fritog den for ansvar over for den tilbudsgiver, som havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, men som på grund af det ulovlige vilkår ikke havde fået kontrakten. Klageren fik ikke erstatning, da det ulovlige vilkår fremgik af udbudsbetingelserne, og der derfor ikke var årsagsforbindelse. Kendelsen er nærmere omtalt ovenfor under pkt. 2.2.3.

Kendelse af 13. september 2016, Forenede Service A/S mod Skat

Klagenævnet afviste i medfør af klagenævnslovens § 10, stk. 1, at tage stilling til klagers synspunkter i det omfang, de ikke var dækket af formuleringen af påstanden. Kendelsen er nærmere omtalt ovenfor under pkt. 2.1.6.

Kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen

Vedrørende anvendelse af "uden virkning"-sanktionen på trods af en forudgående profylaksebekendtgørelse. Kendelsen er nærmere omtalt ovenfor under pkt. 2.1.1.

Kendelse af 26. maj 2016, Boston Scientific Nordic AB mod Region Nordjylland

Påstand om "uden virkning"-sanktionen samt en økonomisk sanktion blev taget til følge uanset, at indklagede, der erkendte overtrædelsen, havde ophævet kontrakten, idet der var tale om lovbundne reaktioner, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1. og §§ 19 og 20, jf. § 18, stk. 2, nr. 3. Kendelsen er nærmere omtalt under pkt. 2.1.1.

2.2.9 Sagsomkostninger

Kendelse af 26. maj 2016, Boston Scientific Nordic AB mod Region Nordjylland.

Klagenævnet udtalte blandt andet, at det ikke er en betingelse for tilbagebetaling af klagegebyr eller for at pålægge en part omkostninger, at klagesagen fortsættes (se afsnit 2.1.1 ovenfor).

3. KLAGENÆVNETS AFGØRELSER OM AKTINDSIGT

3.1. Indledning

Klagenævnet blev også i 2016 anmodet om at tage stilling til aktindsigtsanmodninger i en række sager.

Sådanne anmodninger kan i princippet forekomme i en række forskellige situationer, der er afgørende for, efter hvilke regler anmodningen skal afgøres. Disse situationer og nævnets behandling heraf beskrives kort i det følgende.

I forbindelse med, at en virksomhed indgiver en klage vedrørende en påstået overtrædelse af udbudsreglerne, fastsætter klagenævnet en frist for den indklagede ordregivende myndighed til at fremkomme med myndighedens redegørelse for sagen. Da klagenævnets endelige afgørelse af klagesagen er en egentlig forvaltningsretlig afgørelse, og da klageren er part i klagesagen, har klageren ret til partsaktindsigt i klagesagens dokumenter efter reglerne i forvaltningsloven. Klagenævnet meddeler på den baggrund allerede ved nævnets første brev i sagen til indklagede, at nævnet – i overensstemmelse med bestemmelsen i klagenævnsbekendtgørelsens § 7, stk. 1 – vil gøre klageren bekendt med de dokumenter, som indklagede fremsender til klagenævnet. Klagenævnet henleder i den forbindelse indklagedes opmærksomhed på, at klageren har krav på at blive bekendt med indklagedes dokumenter, medmindre en af undtagelsesbestemmelserne i forvaltningsloven finder anvendelse. Skulle der således være dokumenter eller dele af dokumenter (oplysninger), som efter indklagedes opfattelse er unddraget fra klagerens partsaktindsigt efter disse bestemmelser, skal indklagede derfor gøre klagenævnet opmærksom herpå og i den forbindelse angive sin begrundelse med henvisning til den relevante undtagelsesbestemmelse i forvaltningsloven. Indklagede sender sagens dokumenter til klagenævnet og klageren, men kan undlade at fremsende sådanne dokumenter til klageren eller – hvis kun en del af et dokument skal unddrages partsaktindsigt – alene fremsende sådanne dokumenter i ekstraheret form. Endvidere oplyser klagenævnet, at nævnet om fornødent senere vil tage stilling til, om de pågældende dokumenter eller oplysninger kan unddrages klagerens partsaktindsigt. På grund af den nære sammenhæng, der består mellem klagesagen og afgørelsen om aktindsigt, vil sådanne sager i klagenævnet oftest blive behandlet af den dommer, der er formand i den konkrete klagesag.

Offentlige myndigheders indkøb, herunder valg af leverandør ved gennemførelse af udbud, har ikke karakter af forvaltningsakter, men derimod af faktisk forvaltningsvirksomhed, jf. herved Niels Fenger, Forvaltningsloven med Kommentarer, side 94. Sager om udbud hos offentlige myndigheder er derfor ikke omfattet af forvaltningsloven, jf. lovens § 2. Spørgsmål om aktindsigt i sådanne sager ved en offentlig myndighed må derfor afgøres i medfør af offentlighedsloven. Myndighedens afgørelser om aktindsigt kan i medfør af offentlighedslovens § 37 påklages til Klagenævnet for Udbud. Afgørelser af denne type vil i mange tilfælde blive afgjort af klagenævnets formand, eventuelt af sekretariatet efter delegation.

Såfremt den, der søger om aktindsigt, ikke er part i udbudsklagesagen, træffes afgørelsen i medfør af reglerne i offentlighedsloven. Det gælder f.eks., hvis ansøgeren er journalist. Sådanne afgørelser træffes ofte af klagenævnets sekretariat efter bemyndigelse af formanden.

Uanset hvilken af de nævnte typer sager, der er tale om, er det spørgsmål, der oftest giver anledning til tvist mellem parterne, i hvilket omfang det er muligt at få, hhv. begrænse ansøgerens adgang til indsigt i den vindende tilbudsgivers tilbud. Der er store interesser knyttet til dette spørgsmål. Klageren har en legitim interesse i at kunne konstatere, om den vindende tilbudsgivers tilbud er konditions­mæssigt, og den vindende tilbudsgiver har omvendt en legitim interesse i at sikre, at virksomhedens fortrolige oplysninger ikke bliver udleveret til en konkurrent til skade for virksomhedens konkurrenceevne i fremtidige udbud. Også andre interesser kan imidlertid tænkes at være på spil: Ordregiveren kan tænkes at opleve en interesse i, at det dokument, der viser, at det vindende tilbud måske skulle have været afvist som ikke konditions­mæssigt, ikke fremlægges, og klageren kan tænkes at ønske sig oplysninger om det vindende tilbud for derved at stå bedre i konkurrencen til næste udbud eller lignende.

Det følgende vil koncentrere sig om klagenævnets praksis i disse typer af sager om aktindsigt. I sjældnere tilfælde kan der opstå spørgsmål om beskyttelse af privatpersoners oplysninger eller om undtagelse af aktindsigt begrundet i det offentliges interesse i at hemmeligholde de pågældende oplysninger.

3.2. Generelt om retsgrundlaget i relation til undtagelse af fortrolige erhvervsoplysninger fra aktindsigt

3.2.1. Udbudsloven

Efter udbudslovens § 5, stk. 1, må en ordregiver ikke – medmindre andet følger af udbudsloven eller lovgivningen i øvrigt – udlevere fortrolige oplysninger, som en ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med en udbudsprocedure har fremsendt. Bestemmelsen er en implementering af bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 21, stk. 1, hvoraf det fremgår, at bestemmelsen tager sigte på oplysninger ”som de har betegnet som fortrolige, herunder men ikke begrænset til tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud.”

Som det fremgår, ændrer bestemmelsen – i overensstemmelse med direktivets artikel 21, stk. 1 – ikke på den ret til aktindsigt, der følger af lovgivningens almindelige bestemmelser, herunder de almindelige bestemmelser i offentlighedsloven og forvaltningsloven.

Disse bestemmelser og udvalgte afgørelser fra klagenævnets praksis i 2016 gennemgås i det følgende.

3.2.2. Offentlighedsloven

Udgangspunktet efter offentlighedslovens § 7 er, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, omfatter retten til aktindsigt ikke oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningerne angår, at anmodningen ikke imødekommes. Det er ikke muligt udtømmende at fastlægge, hvilke oplysninger der er omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 30, nr. 2. Som eksempler på sådanne oplysninger kan dog blandt andet nævnes oplysninger om produktionsmetoder, produktionsforhold, forretningsforbindelser, kundelister, forretningsbetingelser, kontraktvilkår, forretningsmæssige strategier og markedsføringstiltag. Endvidere kan nævnes oplysninger om etableringsomkostninger, driftsomkostninger, salgsomkostninger samt oplysninger om en virksomheds regnskaber og økonomiske forhold i øvrigt, herunder dens skattemæssige situation. Der kan herved henvises til betænkning nr. 1510/2009, side 706, som ligger til grund for det lovforslag (L 144 af 7. februar 2013), som offentlighedsloven bygger på.

Det fremgår blandt andet af bemærkningerne til lovforslag nr. L 144 af 7. februar 2013 til lov om offentlighed i forvaltningen, at § 30, nr. 2, forudsætter, at aktindsigt i oplysningerne "må antages at indebære en nærliggende risiko for, at der – typisk af konkurrencemæssige grunde – påføres den pågældende person eller virksomhed navnlig økonomisk skade af nogen betydning". Yderligere fremgår det, at der vil "i forhold til oplysninger, der er omfattet af nr. 2, gælde en klar formodning for, at udlevering af oplysningerne vil indebære en nærliggende risiko for, at virksomheden eller den person, oplysningerne angår, vil lide skade af betydning. "I forbindelse med vurderingen heraf bør der ifølge lovbemærkningerne indhentes "en udtalelse fra den, oplysningerne angår, for at få belyst risikoen for, at en udlevering af oplysninger om forretningsforhold m.v. vil medføre den nævnte risiko for økonomisk skade".

Af offentlighedslovens § 34 følger, at hvis de hensyn, der er nævnt i §§ 30-33, kun gør sig gældende for en del af et dokument, skal der meddeles aktindsigt i dokumentets øvrige indhold. Det gælder dog ikke, hvis det vil medføre en prisgivelse af det eller de hensyn, der er nævnt i §§ 30-33, hvis det vil indebære, at der gives en klart vildledende information, eller hvis det resterende indhold i dokumentet ikke har et forståeligt eller sammenhængende meningsindhold.

3.2.3. Forvaltningsloven

Efter forvaltningslovens § 9, stk. 1 og 2, kan den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, med de undtagelser, der følger af lovens §§ 12-15 b, forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Efter forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, kan retten til aktindsigt begrænses, i det omfang partens interesse i at kunne benytte kendskab til sagens dokumenter til varetagelse af sit tarv findes at burde vige for afgørende hensyn til private eller offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet. Det fremgår af betænkning 1510/2009, side 74ff., at undtagelse efter forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, skal ske efter en konkret afvejning af på den ene side partens interesse i at kunne benytte kendskab til oplysningerne til varetagelse af sit tarv og på den anden side afgørende hensyn til blandt andet private interesser. Angående de private interesser anføres det i betænkningen, at undtagelse af virksomheders drifts- eller forretningsforhold alene kan ske, hvis

aktindsigt i oplysningerne afgørende vil kunne skade virksomhedens konkurrenceevne eller i øvrigt påføre virksomheden væsentlige skadesvirkninger.

Efter forvaltningslovens § 15 c, nr. 3, kan hele dokumenter undtages efter bestemmelserne i §§ 15-15 b, hvis det resterende indhold i dokumentet ikke har et forståeligt eller sammenhængende meningsindhold.

Der er således ikke grundlag for som hovedregel under en udbudssag at gå ud fra, at der ikke er ret til aktindsigt i sagens dokumenter. Om der er ret til aktindsigt i en udbudssag efter reglerne i offentlighedsloven eller forvaltningsloven, må således afgøres ud fra den enkelte udbudssags dokumenter og oplysninger, hvilket tilbudsgivere må tage højde for og indrette sig efter ved afgivelsen af deres tilbud.

3.3. Klagenævnets praksis i forhold til en række ofte forekommende oplysninger

3.3.1. Tilbuddets beskrivelse af den tilbudte løsning

Tilbuddenes løsningsbeskrivelse indeholder i mange tilfælde oplysninger, der angår tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller drifts- eller forretningsforhold, som omfattes af bestemmelsen i offentlighedslovens § 30, nr. 2 og/eller forvaltningslovens § 15 b, nr. 5.

I klagenævnets praksis viser det sig imidlertid ofte, at en ikke uvæsentlig del af det vindende tilbuds beskrivelser af den tilbudte løsning ikke har en sådan karakter.

Det gælder f.eks. oplysninger af en *overordnet og generel karakter*, der beskriver og anpriser løsningens *funktionalitet og fordele*, men ikke den konkrete tekniske måde, hvorpå disse opnås. Sådanne oplysninger, der må anses for tiltænkt en bredere kreds af potentielle kunder og eksterne brugere af løsningen, har i almindelighed ikke karakter af forretningshemmeligheder, der kan undtages i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2 og/eller forvaltningslovens § 15 b, nr. 5.

I det omfang virksomheden har tilbudt *almindeligt kendte produkter og løsninger*, som er sammensat på en særlig måde til brug for det konkrete udbud, vil en sådan løsning endvidere i almindelighed alene have interesse for det afsluttede udbud, og beskrivelsen heraf vil derfor ikke kunne undtages af hensyn til fremtidige udbud.

Det samme gælder som udgangspunkt for oplysninger om *producent og type* på de tilbudte produkter, f.eks. i sortimentsudbud, hvilket i 2016 har været behandlet i flere afgørelser.

Klagenævnets afgørelse af 11. juli 2016 (j.nr. 2016-1441), der angik aktindsigt i et tilbud på en rammeaftale om køb af storkøkkenudstyr, herunder delaftaler vedrørende blandt andet køleskabe og fryseskabe, hvor klagenævnet fastslog, at oplysninger om producent og type på de tilbudte køle- og fryseprodukter ikke i sig selv udgør oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 30, nr. 2, eller sådanne oplysninger om fortlørlige drifts- og forretningsforhold, der kan undtages efter bestemmelsen i forvaltningslovens § 15 b, nr. 5. Klagenævnet lagde i den forbindelse blandt andet vægt på, at oplysningerne havde en helt overordnet karakter og således f.eks. ikke angik detaljerede oplysninger om produktionsmetoder, produktionsforhold eller forretningsforbindelser. Det for-

hold, at tilbuddets udformning kunne ses som resultatet af tilbudsgiverens strategiske overvejelser, kunne herefter ikke føre til et andet resultat.

Klagenævnets afgørelse af 12. august 2016 (j.nr. 2016-2671) angik blandt andet spørgsmål om aktindsigt i den vindende tilbudsgivers tilbudsliste i et udbud vedrørende stomi- og urologiprodukter. Klagenævnet fastslog i den forbindelse, at oplysninger om underpositionsnummer pr. serie, varenavn, producent, producentvarenummer og tilbudsgivers varenummer ikke var oplysninger om forretningshemmeligheder som omhandlet i offentlighedslovens § 30, nr. 2, idet der alene var tale om overordnede oplysninger om de pågældende produkter, og således ikke angik detaljerede forhold om f.eks. produktionsmetoder, produktionsforhold, forretningsbetingelser eller salgsomkostninger m.v.

Oplysninger om tilbudte produkters dimensioner og karakteristika, ydeevne, energiforbrug og lignende kan i almindelighed ikke undtages, hvis de må antages at være *almindeligt kendt på markedet*, f.eks. fordi de pågældende egenskaber er objektivt konstaterbare, såfremt man har de pågældende produkter m.v. i hænde, idet de dermed er tilgængelige for en ubestemt bred kreds af borgere, herunder kunder og brugere. I denne kategori falder også offentliggjorte datablade over tilbudte produkter, der indgår i løsningen. Det gælder, uanset om den part, der søger aktindsigt, er konkurrent til den virksomhed, der har afgivet tilbuddet.

I den ovennævnte afgørelse af 11. juli 2016 (j.nr. 2016-1441) lagde klagenævnet endvidere vægt på, at tekniske oplysninger om tilbudte køle- og fryseskabe ifølge en EU-forordning skulle offentliggøres af producenten. Endvidere meddelte klagenævnet aktindsigt i tilbuddets oplysninger om kataloghenvisning eller link til en hjemmeside for de tilbudte produkter, der måtte anses for allerede offentliggjorte oplysninger.

Om den situation, hvor oplysningerne endnu ikke er kommet på markedet, kan henvises til følgende afgørelse:

Klagenævnets afgørelse af 9. december 2016 (j.nr. 2016-13027) angik spørgsmål om aktindsigt i et tilbud på rengørings- og forbrugsartikler med tilhørende serviceydelser. Klageren, der var en konkurrerende virksomhed, ønskede aktindsigt i tilbudslisten for det vindende tilbud. Tilbudslisten indeholdt blandt andet oplysninger om forpkningsstørrelser og doseringsforhold, som ikke (for tiden) var kendte af markedet, idet de var udviklet specifikt til brug for dette udbud. Klagenævnet lagde til grund, at doseringsforhold og forpkningsstørrelser var af konkurrencemæssig central betydning i det pågældende marked. Selvom den vindende tilbudsgiver ikke ville kunne hemmeligholde de pågældende oplysninger i nogen længere periode, fandt klagenævnet, at der på daværende tidspunkt forelå så tungtvejende hensyn til den vindende tilbudsgivers økonomiske interesser i andre allerede igangværende udbud, at disse hensyn oversteg klagerens interesse i at opnå aktindsigt i de omtvistede oplysninger til brug for udbudsklagesagen. Den omstændighed, at de pågældende udbud måtte forventes afsluttet inden for en ganske kort tidshorizont, ændrede ikke på dette. Klagenævnet bemærkede i den forbindelse, at de tilsvarende oplysninger om doseringsforhold m.v. i tilbud under disse udbud alene kunne forventes at tilgå markedet, hvis den pågældende tilbudsgiver vandt udbuddene, eller hvis ordregiveren i det påklagede udbud indgik kontrakt med virksomheden. Klagenævnet undtog på den baggrund de pågældende oplysninger i tilbudslisten, jf. forvaltningslovens § 15 b, nr. 5.

3.3.2. Prisoplysninger

Efter klagenævnets faste praksis vil oplysninger om tilbudsgiveres delpriser, herunder time- og produktpriser, under et udbud ofte kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2, idet en konkurrerende virksomheds kendskab til en tilbudsgivers prissætning ofte efter de foreliggende omstændigheder vil kunne indebære en nærliggende risiko for at skade tilbudsgiverens konkurrenceevne i forhold til fremtidige udbud eller andre aftaler.

En sådan risiko gør sig derimod ikke gældende, hvis der ønskes aktindsigt i prissætningen af en ikke helt simpel del af den tilbudte løsning, idet det ikke på baggrund heraf er muligt at udlede detaljerede oplysninger om tilbudsgiverens prissætning af betydning for andre udbud. I disse tilfælde vil prisoplysningen ikke kunne overføres til andre udbud. Der er derfor ikke grundlag for at undtage oplysningen om den samlede pris fra aktindsigt jf. offentlighedslovens § 30, nr. 2 og/eller forvaltningslovens § 15 b, nr. 5.

Den nævnte praksis er fulgt i en meget lang række sager, men der er også undtagelser og nuancer, f.eks. i sager om fritvalgsordningen efter servicelovens § 112, stk. 3, hvor den vindende tilbudsgivers delpriser i nogle tilfælde som følge af reglerne i serviceloven må forventes udbredt til potentielle brugere af produkterne, hvorfor oplysningerne ikke kan undtages fra aktindsigt, jf. klagenævnets kendelse af 13. december 2012. I klagenævnets afgørelse af 24. august 2016 (j.nr. 2016-3082) var dette ikke tilfældet, hvorfor klagenævnet tiltrådte, at der var meddelt afslag på aktindsigt.

Hvis der er tale om produktpriser på en rammeaftale, der lægges ud på internettet, eller på anden måde gøres tilgængelige for en ubestemt, bredere kreds, vil der ligeledes næppe være grundlag for at undtage oplysningerne herom.

3.3.3. CV'er og lignende

Navne på den vindende tilbudsgivers ansatte, som er indgået i tilbuddet, kan i almindelighed ikke undtages fra aktindsigt af hensyn til den vindende tilbudsgiver i medfør af bestemmelserne i offentlighedslovens § 30, nr. 2, eller forvaltningslovens § 15 b. Klagenævnet har således i en afgørelse af 12. august 2016 (j.nr. 2016-1800) fastslået, at navnet på den, der havde underskrevet tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver, hverken i sig selv eller ud fra den sammenhæng, det indgår i, kan anses for at udgøre en "oplysning om drifts- eller forretningsforhold eller lignende". Oplysningen kunne derfor ikke undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2. Oplysningen kunne – i overensstemmelse med praksis i en tidligere afgørelse af 31. oktober 2014 – i øvrigt heller ikke undtages af hensyn til den pågældende person, jf. offentlighedslovens § 30, nr. 1.

I hvilket omfang der i øvrigt kan undtages oplysninger om medarbejdere, må bero på en nærmere vurdering af forholdene i den enkelte sag. Generelle CV-oplysninger af mere overordnet karakter om uddannelse og kvalifikationer vil der som udgangspunkt blive meddelt aktindsigt i, mens mere konkrete oplysninger i særlige tilfælde efter omstændighederne vil kunne undtages.

I klagenævnets afgørelse af 12. august 2016 (j.nr. 2016-1800), der er nævnt ovenfor, fandt nævnet således, at en række undtagne oplysninger om involverede medarbejders CV'er kun delvist kunne anses for at være forretningshemmeligheder som omhandlet i offentlighedslovens § 30, nr. 2. Klagenævnet fandt således ikke, at oplysninger om de pågældende medarbejders navne, ansættelsessted, telefonnumre og e-mailadresser samt oplysninger om deres uddannelse, erfaring og karriere samt sprogkundskaber kunne undtages fra aktindsigt, og nævnet

fandt i den forbindelse, at disse oplysninger heller ikke var af en sådan karakter, at de kunne undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 1. Derimod kunne oplysninger i CV'erne, herunder om de pågældendes særligt relevante kompetencer og om særligt relevante projekter efter en nærmere vurdering af karakteren af de nævnte oplysninger, undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2, idet nævnet, ud over oplysningernes karakter, tillige lagde vægt på visse oplysninger om konkurrencesituationen på det pågældende marked.

4. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER

Retten i Hillerøds dom af 15. marts 2016, House of Waldorf ApS mod Region Hovedstaden, jf. klagenævnets kendelse af 18. februar 2015

Sagen vedrørte et udbud efter det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF) af en rammeaftale med flere leverandører om levering af parykker. Udbuddet var en såkaldt omvendt licitation, alene med kvalitative underkriterier. Klagen omfattede en række påstande om, at regionen havde begået fejl ved vurderingen af klagerens tilbud.

Ved klagenævnets kendelse af 18. februar 2015 blev klagen ikke taget til følge, bortset fra et enkelt erkendt forhold uden betydning for udbuddets udfald. Klagenævnet tog således ikke en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen til følge og pålagde klageren at betale omkostninger med 30.000 kr.

Klageren indbragte kendelsen for byretten med påstande, der svarede til dem, som klagenævnet ikke havde taget til følge. Regionen påstod frifindelse og påstod desuden klageren dømt til at betale det omkostningsbeløb, som klagenævnet havde pålagt. Klageren påstod denne påstand afvist med den begrundelse, at beløbet ikke skal betales 2 gange.

Byretten frifandt regionen i overensstemmelse med klagenævnets resultat og dømte ligeledes klageren til at betale omkostningsbeløbet for klagenævnet med henvisning til, at klagenævnets omkostningsafgørelse ikke kan tvangsfuldbyrdes efter retsplejelovens § 478.

Østre Landsrets dom af 13. september 2016, Region Midtjylland mod Medtronic Danmark A/S og Globus Medical Denmark ApS, jf. klagenævnets kendelser af 12. august 2013

Dommen stadfæster Københavns Byrets dom af 7. juni 2015 i den sag, der blev afgjort af klagenævnet ved kendelser af 12. august 2013, og som er omtalt i årsberetningen 2015, side 40.

5. EU-DOMSTOLENS DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER

EU-domstolens dom af 24. maj 2016 i sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

EU-domstolens dom er svar på en præjudiciel forelæggelse fra Klagenævnet for Udbud af 18. august 2014 om fortolkning af artikel 10 og artikel 51 i forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2004/17/EF). Klagenævnet har afsagt kendelse den 20. juni 2017.

Banedanmark iværksatte i januar 2013 et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet om anlæg af en ny jernbanelinje - TP 4 Urban Tunnel - mellem København og Ringsted. Banedanmark prækvalificerede blandt andet MTH-Züblin JV (herefter MTH) og JV Pihl-Aarsleff-TP 4 Urban Tunnel I/S.

Interessentskabet bestod af E. Pihl & Søn A/S (Pihl) og Per Aarsleff A/S (Aarsleff). Den 26. august 2013 blev der afsagt konkursdekret over Pihl. Den 27. august 2013 afleverede interessentskabet første tilbud, der dog ikke var underskrevet af kurator, og den 15. oktober 2013 tillod Banedanmark, at Aarsleff indtrådte i udbuddet i stedet for interessentskabet. Aarsleff afgav derefter 2. og 3. tilbud i eget navn. Den 20. december 2013 meddelte Banedanmark, at Aarsleff havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. MTH, hvis tilbud lå 0,8 % over tilbuddet fra Aarsleff, indgav herefter klage til klagenævnet.

Ved kendelse af 28. januar 2014 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagenævnet tilkendegav som sin foreløbige opfattelse, at der var udsigt til, at MTH ville få medhold i en påstand om, at Banedanmark havde tilsidesat forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at tillade, at Aarsleff deltog i udbuddet i stedet for det prækvalificerede interessentskab, og i en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen.

Under sagens fortsatte behandling forelagde klagenævnet ved kendelse af 18. august 2014 EU-domstolen spørgsmålet om, hvorvidt ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 skal fortolkes således, at det i en situation som den foreliggende er til hinder for, at en ordregiver tildeler ordren til en tilbudsgiver, der ikke havde ansøgt om prækvalifikation og derfor ikke var prækvalificeret. Klagenævnet anførte, at Domstolen ved besvarelsen af spørgsmålet kunne lægge til grund, at Aarsleff ville være blevet prækvalificeret, såfremt virksomheden havde ansøgt om prækvalifikation i stedet for det nu ophævede interessentskab.

EU-domstolen tog i en række indledende præmisser stilling til, at Klagenævnet for Udbud opfylder de kriterier, som er opstillet i Domstolens praksis, for at være en "ret" i den forstand, hvori begrebet er anvendt i artikel 267 TEUF.

Domstolen besvarede herefter spørgsmålet således:

"Det princip om ligebehandling af virksomheder, der fremgår af artikel 10 i [forsyningsvirksomhedsdirektivet], sammenholdt med dette direktivs artikel 51, skal fortolkes således, at en ordregiver ikke tilsidesætter dette princip, når denne tillader den ene af de to økonomiske aktører, som indgik i en sammenslutning af virksomheder, der som sådan var blevet anmodet om

at afgive tilbud af denne ordregiver, at træde i stedet for denne sammenslutning efter dennes opløsning og at deltage i sit eget navn i et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt, forudsat at det er fastslået, dels at denne økonomiske aktør selvstændigt opfylder de af vedkommende ordregiver fastsatte krav, dels at denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgivers konkurrencemæssige stilling.”

EU-domstolens dom af 7. september 2016 i sag C-549/14, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation

Den 3. november 2011 afsagde Klagenævnet for Udbud kendelse i sagen. Denne kendelse blev opretholdt ved Østre Landsrets dom af 20. december 2013, der blev indbragt for Højesteret. Ved kendelse af 27. november 2014 forelagde Højesteret et præjudicielt spørgsmål for EU-domstolen om kriterierne for en ordregivende myndigheds adgang til i nødlidende kontraktforhold at indgå forligsaftaler med henblik på at undgå anvendelsen af misligholdelsesbeføjelser og en efterfølgende retlig tvist. EU-domstolen besvarede spørgsmålet ved dom af 7. september 2016. Sagen verserer fortsat for Højesteret.

Den oprindelige kontrakt ("kontrolrumskontrakten") vedrørende en IT-ydelse om kontrolrumsservere m.v. til 527 mio. kr. var i 2008 blevet indgået med en leverandør, Terma, efter konkurrencepræget dialog, og Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (CFB) fik efterfølgende myndighedsansvaret for kontrakten. Frogne havde ikke ansøgt om prækvalifikation. I 2009 - 2010 opstod der vanskeligheder med overholdelse af leveringsfristerne, uden at parterne kunne blive enige om, hvem der var skyld heri, og der blev i 2010 indgået en "forligsaftale" med det formål at bringe kontrolrumskontrakten til ophør. Forligsaftalen havde to elementer: Dels blev kontrakten begrænset til levering af et radiokommunikationssystem til en værdi af ca. 35 mio. kr. Dels købte CFB to servere til en værdi af ca. 50 mio. kr., som Terma havde købt for at udleje dem til CFB til opfyldelse af den oprindelige kontrakt. CFB indrykkede en profylaksebekendtgørelse om forligsaftalen efter § 4 i klagenævnsloven, og Frogne klagede til klagenævnet.

Klagenævnet og Østre Landsret nåede til, at den del af forligsaftalen, der vedrørte radiodispatcherne, ikke krævede fornyet udbud. Den del af forligsaftalen, der vedrørte serverne, kunne derimod ikke være indgået uden fornyet udbud. En påstand om, at kontrakten herom skulle erklæres for uden virkning, blev ikke taget til følge, da CFB's vurdering af, at forligsaftalen med Terma var tilladt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, ikke var en åbenbart urigtig vurdering.

For Højesteret har Frogne gjort gældende, at forligsaftalen ikke kunne være indgået uden fornyet udbud. Den væsentligt reducerede kontraktværdi på 85 mio. kr. og det tilsvarende lavere krav til sikkerhedsstillelse ville have gjort det muligt for mindre virksomheder at afgive tilbud. CFB har gjort gældende, at forligsaftalen indebar en betydelig begrænsning af de ydelser, som Terma skulle levere. Der var således ikke tale om en ny aftale i udbudsdirektivets forstand. Højesteret har ifølge præmis 24 i EU-domstolens dom ønsket domstolens "oplysning om rækkevidden af artikel 2 i direktiv 2004/18 navnlig hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen indebærer, at en ordregivende myndighed ikke kan planlægge at indgå et forlig for at løse de vanskeligheder, der følger af gennemførelsen af en offentlig kontrakt, uden at der automatisk opstår en forpligtelse til at afholde en ny udbudsprocedure vedrørende forligsaftalens elementer". Højesterets spørgsmål lød:

”Skal artikel 2 i [udbudsdirektiv 2004/18/EF] sammenholdt med EU-Domstolens domme i sag C-454/06, Pressetext, og sag C-91/08, Wall AG, fortolkes således, at en forligsaftale, der indebærer indskrænkninger og ændringer af parternes oprindeligt aftalte ydelser under en tidligere udbudt kontrakt samt et gensidigt afkald på udøvelse af misligholdelsesbeføjelser med henblik på at undgå en efterfølgende retslig tvist, udgør en kontrakt, der i sig selv er udbudspligtig, hvis det må lægges til grund, at den oprindelige kontrakt er blevet nødlidende.”

Domstolen udtalte blandt andet, at det følger af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, er til hinder for, at den ordregivende myndighed og den valgte tilbudsgiver efter tildelingen af en offentlig kontrakt foretager ændringer i bestemmelserne i denne kontrakt, således at disse bestemmelser bliver afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt. (Som anført af H.P. Rosenmeier, hpros.dk, er der her tale om en oversættelsesfejl. Der skulle have stået ”væsentligt”, som også i øvrigt er den term, der anvendes.) Dette er tilfældet, når de påtænkte ændringer enten udvider kontrakten i betydeligt omfang til at omfatte elementer, der ikke var fastsat heri, eller ændrer kontraktens økonomiske balance til fordel for den valgte tilbudsgiver, eller hvis disse ændringer kan rejse tvivl om tildelingen af kontrakten, forstået på den måde, at såfremt de nævnte ændringer havde været indeholdt i det materiale, der lå til grund for indgåelsen af den oprindelige kontrakt, ville et andet tilbud kunne være blevet antaget, eller andre tilbudsgivere ville have kunnet deltage (præmis 28). Det gør efter Domstolens dom ingen forskel heri, at ændringerne ikke er udslag af omgåelse. Spørgsmålet, om en ændring skal kvalificeres som væsentlig, skal nemlig afgøres objektivt på grundlag af de kriterier, der er nævnt i præmis 28. Domstolen redegjorde herefter for, at en væsentlig ændring af en kontrakt principielt ikke kan foretages af kontraktparterne, med mindre ændringen er omhandlet i den oprindelige kontrakt. Det forhold, at de væsentlige ændringer skyldtes objektive vanskeligheder i forbindelse med kontraktens gennemførelse, som var uforudsigelige ved komplekse kontrakter om udvikling af informationssystemer som den foreliggende, kunne ikke begrunde manglende overholdelse af ligebehandlingsprincippet i forhold til enhver potentielt interesseret erhvervsdrivende. Domstolen præciserede afslutningsvis, at domstolens ”overvejelser ikke berører de potentielle følger af bekendtgørelsen med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed, der blev offentliggjort i forbindelse med den i hovedsagen omhandlede kontrakt.” Domstolen besvarede herefter spørgsmålet således:

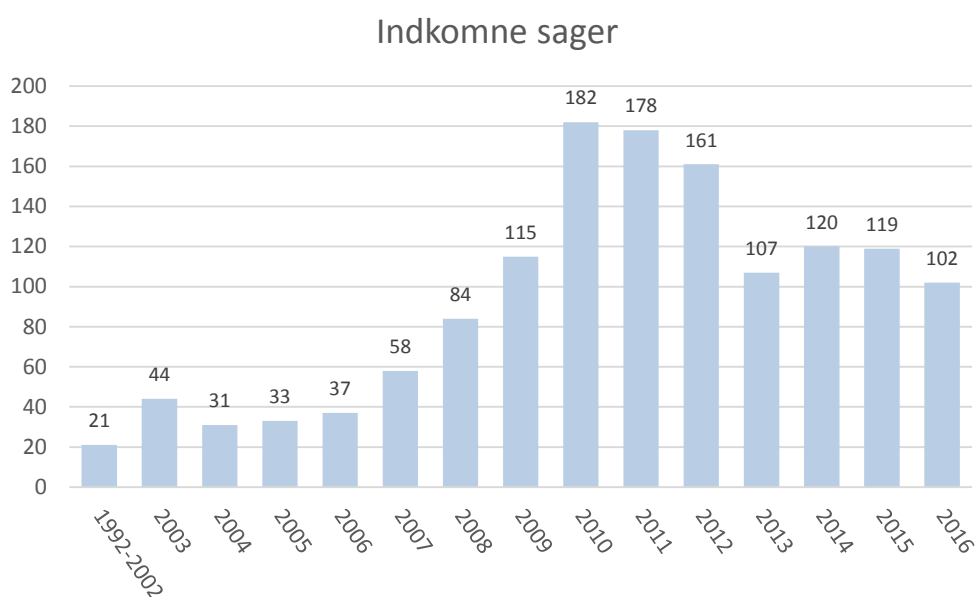
”Artikel 2 i [udbudsdirektivet] skal fortolkes således, at der efter tildelingen af en offentlig kontrakt ikke må foretages en væsentlig ændring heri uden indledning af en ny udbudsprocedure, selv når denne ændring objektivt set udgør en forligsmæssig løsning, der indebærer gensidige afkald på krav fra begge parter side med henblik på at bringe en tvist til ophør, hvis udfald er uvist, og som skyldes, at denne kontrakt er blevet nødlidende. Det forholder sig kun anderledes, hvis udbudsmaterialet indeholder bestemmelse om muligheden for at tilpasse visse betingelser, endog væsentlige, i nævnte kontrakt efter tildelingen heraf og de nærmere rammer herfor.”

6. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2016

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

6.1 Indkomne klager

I 2016 modtog klagenævnet 102 klager. Oversigten nedenfor viser udviklingen i antallet af indkomne klager i årene 1992-2016.



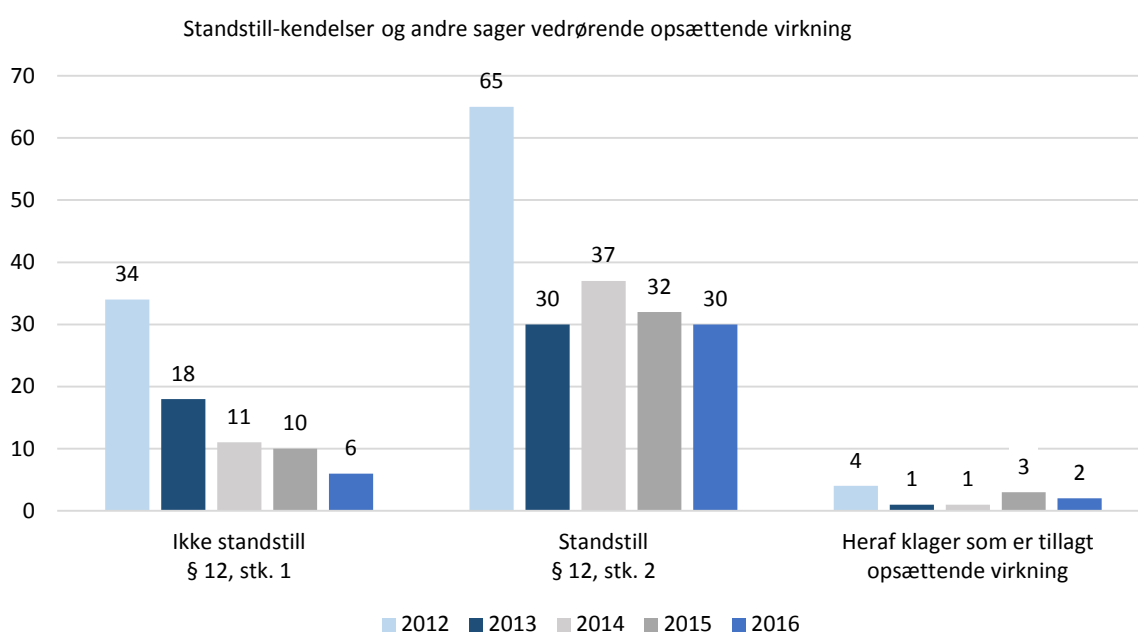
Antallet af modtagne klager i 2016 er lidt mindre end de to foregående år og nogenlunde på niveau med 2013. Dermed fortsættes den tidligere tendens om, at antallet af klagesager er markant lavere end i 2010-2012.

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

6.2 Standstill-sager og andre sager vedrørende opsættende virkning

Som det fremgår nedenfor, afsagde klagenævnet i 2016 delkendelse i 6 sager, hvor der var anmodet om opsættende virkning efter klagenævnenslovens § 12, stk. 1, og delkendelse i 30 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 2016 er der i 2 sager truffet afgørelse om at tillægge en klage opsættende virkning, se herom afsnit 1.4 ovenfor og omtale af kendelserne i kapitel 2.

Nedenfor ses antallet af afsagte standstill-kendelser og andre kendelser vedrørende opsættende virkning for 2012-2016.



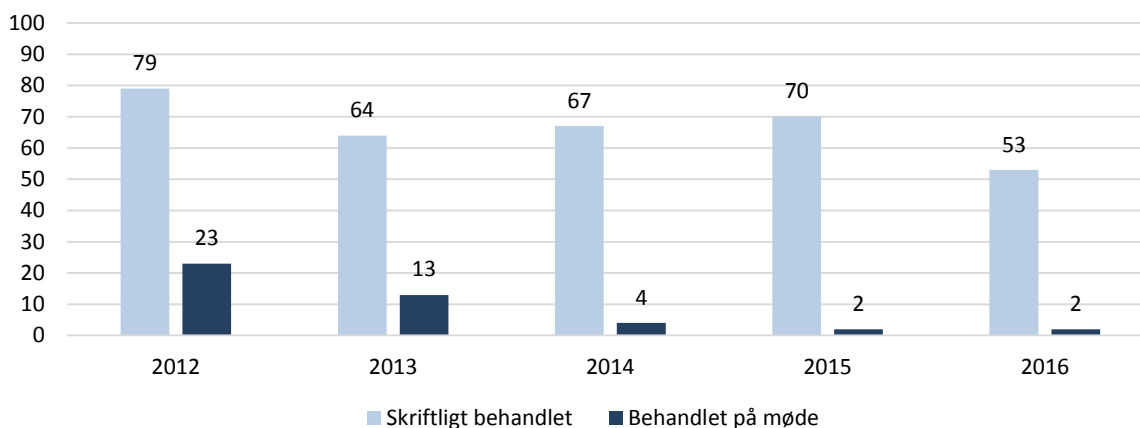
Klagenævnets kendelser vedrørende opsættende virkning fører – også i tilfælde, hvor klagen ikke tillægges opsættende virkning – i en række sager til, at klagen tilbagekaldes som følge af klagenævnets ”fumus-kendelser”, hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne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

6.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde

I 2016 blev 53 sager behandlet på skriftligt grundlag, mens 2 sager blev behandlet med mundtlig forhandling.

Nedenfor ses en opgørelse over sager behandlet henholdsvis på skriftligt grundlag og med mundtlig forhandling i årene 2012-2016.

Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller møde

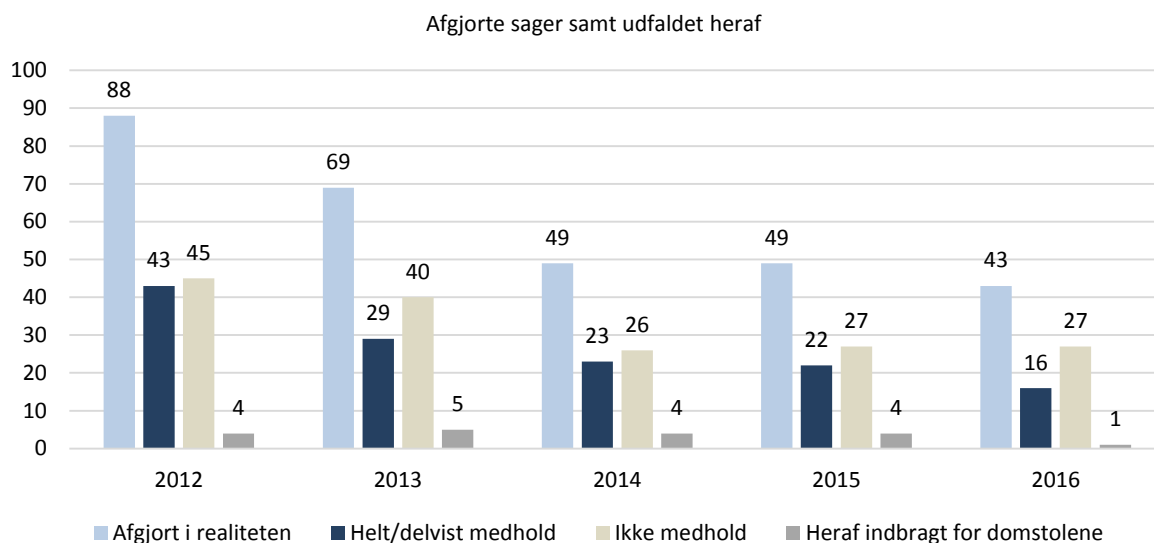


Note: De viste tal indeholder også afviste sager

Fordelingen af skriftligt behandlede sager/sager med mundtlig forhandling i 2016 viser, at kun ganske få sager behandles mundtligt. Som også anført i afsnit 4.3 i årsberetningen for 2013 er dette fald i overensstemmelse med lovgivers intention. I 2010 blev det således med håndhævelseslovens (nu klagenævnslovens) § 11, stk. 1, bestemt, at en sag forberedes ved udveksling af skriftlige indlæg og afgøres på dette grundlag, medmindre formanden i sagen beslutter, at der skal ske mundtlig forhandling. I 2009 – året før ikrafttrædelsen af bestemmelsen i § 11, stk. 1 – var der en ligelig fordeling af skriftligt behandlede sager og sager med mundtlig forhandling. Parterne har under sagens forberedelse mulighed for at fremsætte ønske om mundtlig behandling af sagen, men erfaringsmæssigt sker dette kun i ganske få sager.

6.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf

I 2016 afgjorde klagenævnet 43 sager i realiteten. Heraf fik 16 klagere helt eller delvist medhold, mens 27 klagere ikke fik medhold. Klagenævnets kendelser er i langt de fleste tilfælde den endelige afgørelse af sagen. Af de 43 kendelser blev således kun 1 indbragt for domstolene. Tallene for 2016 er nogenlunde på niveau med 2015.



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

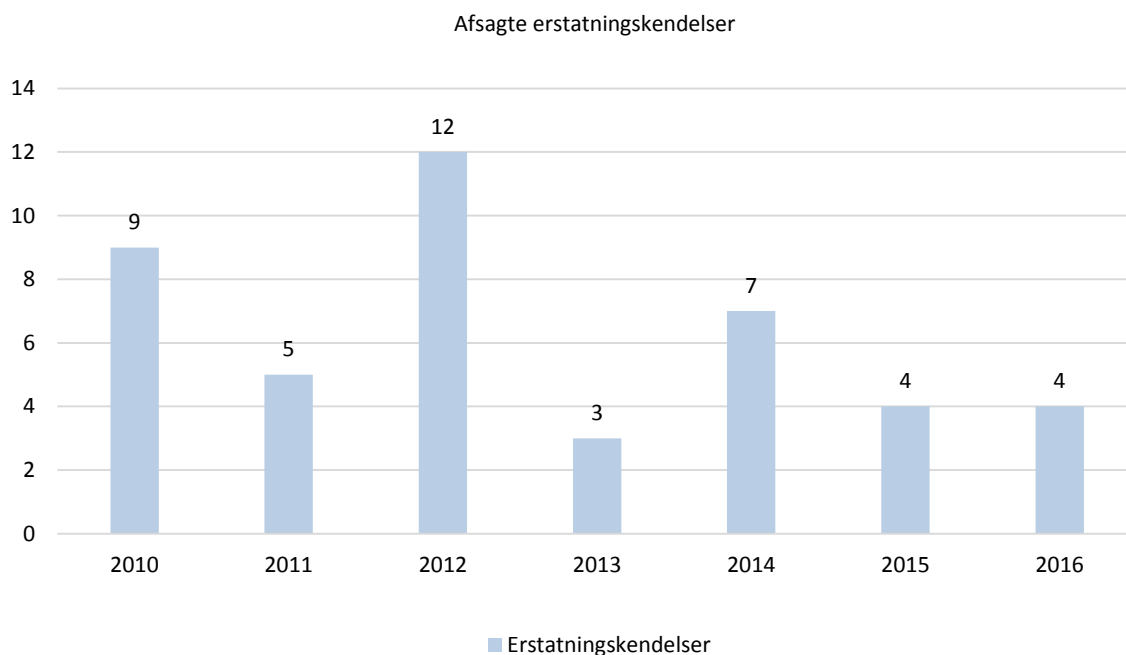
Tabellen nedenfor viser, at medholdsprocenten i 2016 var på 37 % og dermed lidt under den gennemsnitlige medholdsprocent for årene 2011-2015, som var 45,4 %.

Klagenævnet har fra 2011 givet medhold i færre klager end tidligere og har således ved de afsagte kendelser konstateret færre fejl end tidligere. Som anført i afsnit 4.4 i årsberetningen for 2013 kan det skyldes, at ordregiverne begår færre fejl end tidligere. En yderligere måske mere nærliggende forklaring er, at lovgiver i 2011 (lov nr. 618 af 14. juni 2011) indførte bestemmelsen i håndhævelseslovens (nu klagenævnslovens) § 10, stk. 1, og dermed ophævede klagenævnets mulighed for af egen drift at tage spørgsmål op til behandling og afgørelse. Der henvises herved til artiklen i Ugeskrift for Retsvæsen 2013 B, side 241 ff. (U.2013B.241, Michael Ellehauge: Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler, punkt 1 og 4) med omtale af klagenævnets kendelse af 17. april 2012, PH-Byg Faaborg A/S mod Faaborg Menighedsråd.

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

6.5 Afsagte erstatningskendelser

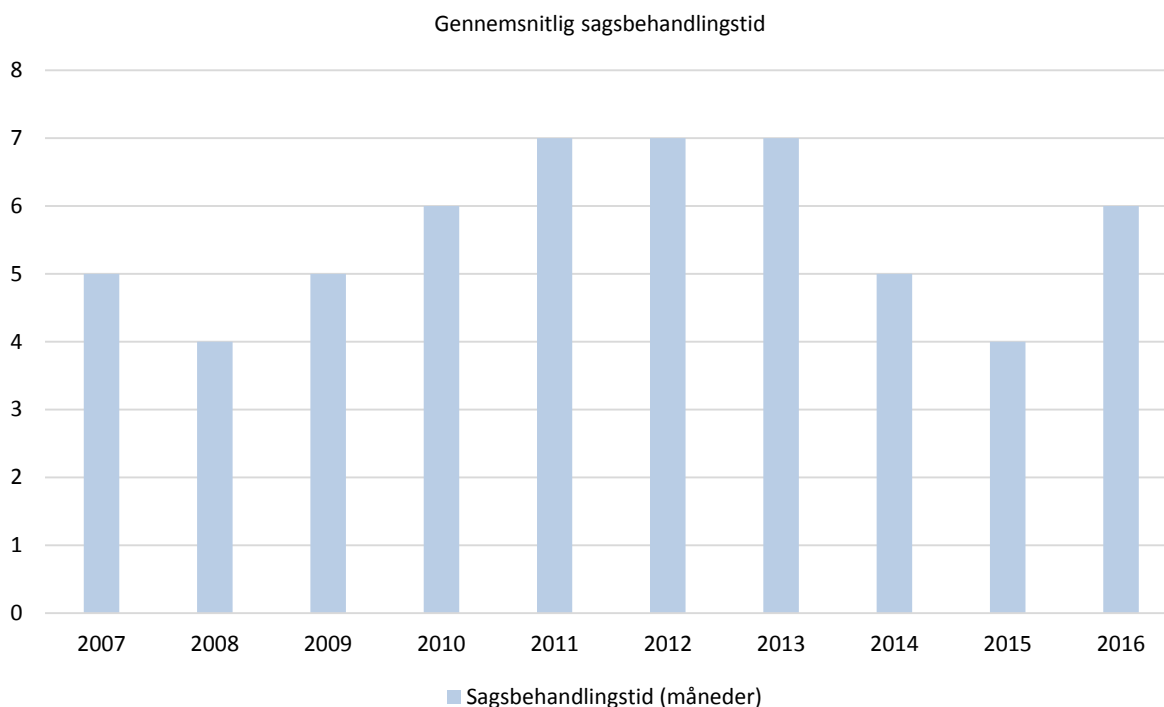
I 2016 afsagde klagenævnet 4 kendelser om erstatning.



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

6.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid

I 2016 havde klagenævnet en gennemsnitlig sagsbehandlingstid på 6 måneder. Nedenfor ses en opgørelse over udviklingen i den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for afviste sager og materielle kendelser opgjort i måneder i årene 2007-2016.

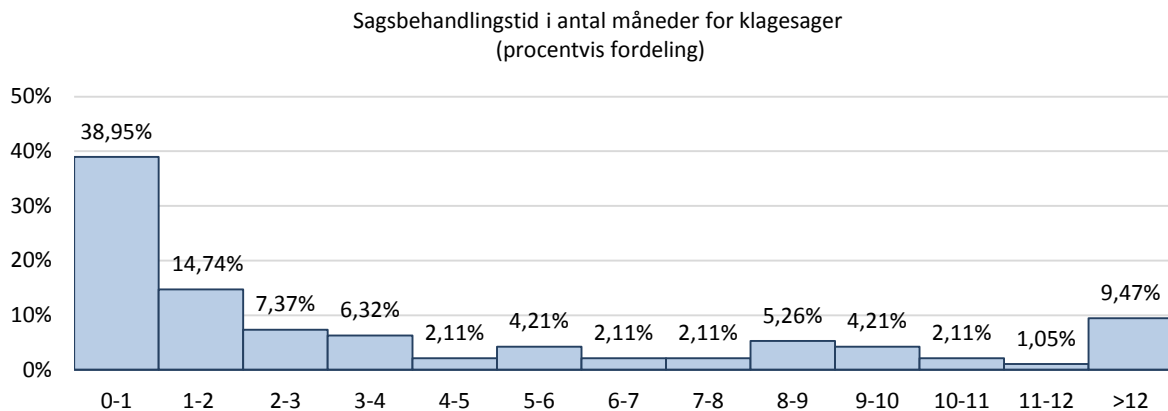


Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid, der i 2014 og 2015 viste en faldende tendens fra 7 måneder i 2011-2013 til 5 måneder i 2014 og til 4 måneder i 2015, er steget til 6 måneder i 2016, svarende til niveauet i 2010. Antallet af indkomne klager i 2010-2015 var 182, 178, 161, 107, 120 og 119 jf. ovenfor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

Som anført i årsberetningen for 2015 må det forhold, at klagenævnets sekretariat i 2015 på grund af sygdom ikke rådede over en sekretær, antages at have påvirket blandt andet sagsbehandlingstiden for de sager, der var under behandling i 2015, men først er blevet sluttet i 2016, og dermed også at have påvirket sagsbehandlingstiden for 2016. Tilsvarende stigning må i øvrigt også forventes i 2017, hvor klagenævnet forventer at afslutte en række større sager, der har strakt sig over længere tid.

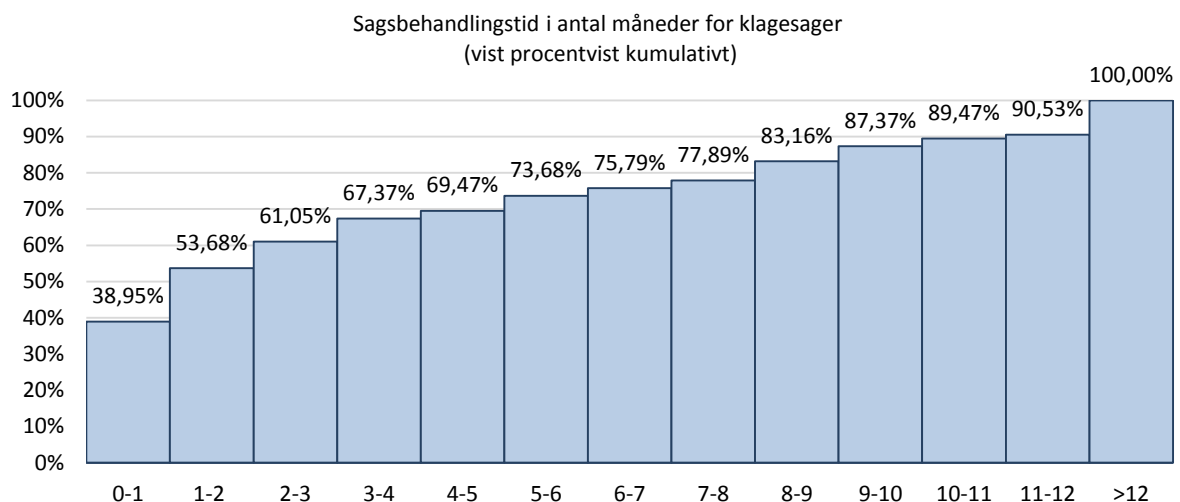
6.7 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2016 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 6.8 nedenfor, hvor sagsbehandlingstiden i antal måneder for klagesager er opgjort procentvist kumulativt.



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for 2016 vist procentvist kumulativt.

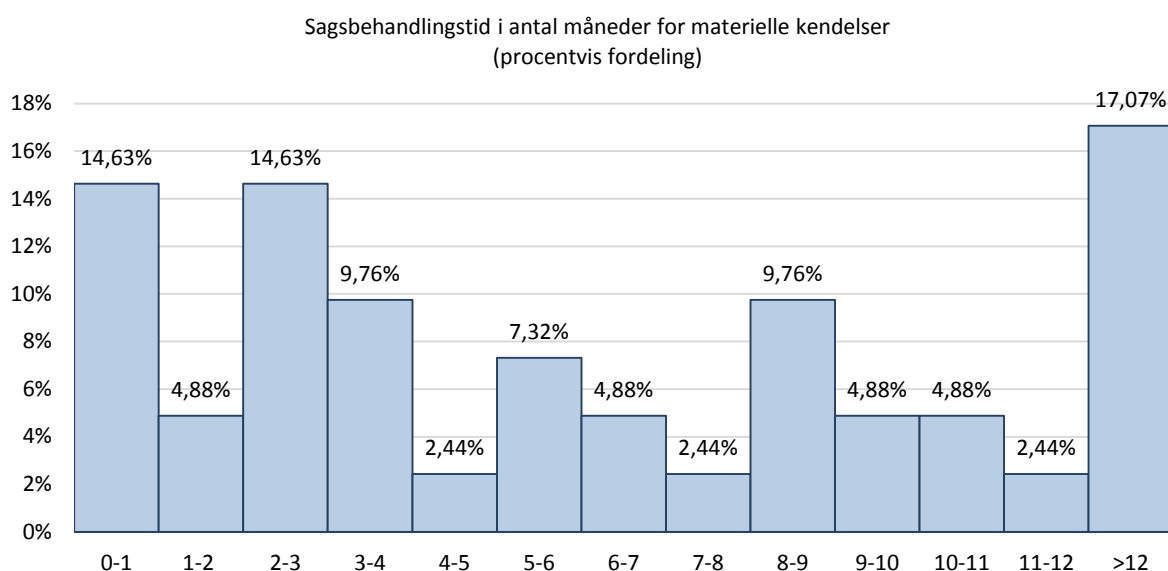


Ca. 39 % af sagerne er i 2016 sluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen mod 29 % i 2013, 33 % i 2014 og ca. 47 % i 2015. Ca. 53 % af sagerne er i 2016 sluttet i løbet af de første 2 måneder efter klagens modtagelse mod 42 % i 2013, 54 % i 2014 og 62 % i 2015. Det fremgår videre, at ca. 61 % af alle modtagne sager i 2016 blev sluttet i løbet af 3 måneder mod 49 % i 2013, 60 % i 2014 og 69 % i 2015. I opgørelsen for 2016 indgår blandt andet 39 sager, hvor klagen er tilbagekaldt. I en række af disse sager er klagen tilbagekaldt som følge af klagenævnets "fumus-kendelser", hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt. Det ses endvidere, at ca. 74 % af sagerne i 2016 blev sluttet i løbet af 5-6 måneder efter klagens modtagelse mod 37 % i 2013, 62 % i 2014 og 65 % i 2015, og at ca. 87 % af sagerne færdigbehandles i løbet af 9-10 måneder mod 86 % i 2013, ca. 87 % i 2014 og 92 % i 2015.

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

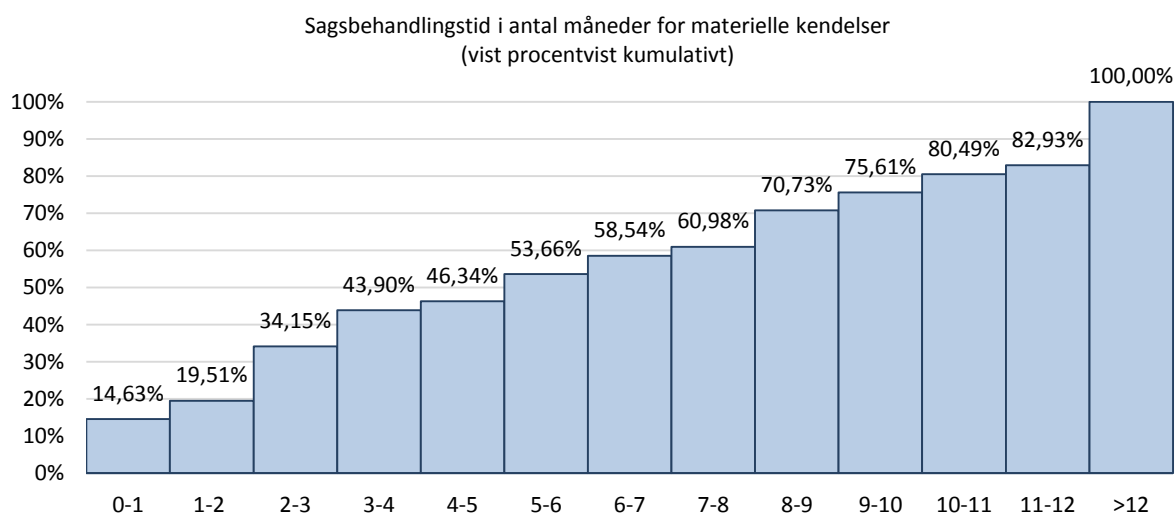
6.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2016 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.



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for materielle kendelser i 2016 vist procentvist kumulativt.



Tabellen viser, at der i 2016 var afsagt materiel kendelse i ca. 44 % af sagerne i løbet af 3-4 måneder mod 20 % i 2013, 30 % i 2014 og 41 % i 2015. I 2016 var der endvidere afsagt kendelse i ca. 54 % af sagerne i løbet af 5-6 måneder mod 37 % i 2013, 62 % i 2014 og 65 % i 2015. Videre ses det, at der i 2016 efter 8-9 måneder var afsagt materiel kendelse i ca. 71 % af sagerne mod ca. 69 % i 2013, 87 % i 2014. og 90 % i 2015 De resterende 29 % (2013: 31 %, 2014: 13 % og 2015: 10 %) af sagerne, hvis sagsbehandlingstid strakte sig over længere tid, hører erfaringsmæssigt til i kategorien af særligt store og juridisk/teknisk meget komplicerede sager, der nødvendigvis har en længere sagsbehandlingstid. Stigningen i sagsbehandlingstiden må nok navnlig tilskrives et efterslæb af ældre sager fra det foregående år, som blev færdiggjort i 2016, jf. ovf., en øget belastning af sekretariatet, herunder i forbindelse med udflytningen, jf. kapitel 1.3, samt det forhold, at såvel parterne i de enkelte sager som klagenævnets formandskab i 2016 har måttet tage højde for, at der den 1. januar 2016 skete betydelige ændringer og fornyelser i det regelgrundlag, som klagenævnet arbejder med. Det er samtidig vigtigt, når der ses på klagenævnets sagsbehandlingstid for materielle kendelser, at være opmærksom på, at arbejdet med en sag ofte ikke alene består i at udarbejde en materiel kendelse, men at der undervejs i mange af sagerne også bruges betydelige ressourcer på at træffe afgørelse(r) vedrørende opsættende virkning og aktindsigt efter forvaltningsloven, jf. også ovenfor afsnit 6.2.

7. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET

Klagenævnet havde foruden behandlingen af klagesager en række udadrettede aktiviteter i 2016:

Deltagelse i konferencer m.v.

Medlemmer af formandskabet har også i 2016 deltaget som oplægsholdere ved konferencer og andre arrangementer vedrørende udbudsretlige emner.

Udgivelser m.v.

To af nævnets næstformænd, Katja Høegh og Kirsten Thorup, har i 2016 udarbejdet artiklen *Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang*, der er publiceret i UfR 2016.B403. Kirsten Thorup har desuden bidraget med kapitlet *Udbudsloven og Klagenævnet for Udbud* til bogen *Udbudsloven (Steen Treumer, red.)*, som udkom i januar 2016. Desuden har klagenævnets formand, Michael Ellehauge, i 2016 medvirket ved udarbejdelsen af kommentaren til den nye udbudslov i Karnovs Lovsamling.