

Klagenævnet for Udbud

Årsberetning 2013

INDHOLDSFORTEGNELSE

Forord.....	5
1. Klagenævnet for Udbud	6
1.1 Lovgrundlag og etablering	6
1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning.....	7
1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat	8
1.4 Klagenævnet for Udbuds opgaver, herunder klagenævnets reaktions- og sanktions- muligheder	8
1.5 Nævns- og formandsafgørelser.....	11
1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning	11
1.7 Sagens forberedelse og afgørelse. Sagsomkostninger	13
1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven	14
2. Kendelser på udvalgte områder	16
2.1 Udvalgte kendelser	16
2.1.1 Udbudspligt	16
Kendelse af 21. august 2013, Bandagist-Centeret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl.....	16
2.1.2 Prækvalifikation af virksomheder	17
Kendelse af 15. januar 2013, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Vejen Kommune ..	17
Kendelse af 20. juni 2013, Bombardier Transportations Denmark A/S og Balfour Beatty Rail Danmark A/S mod Aarhus Letbane I/S	18
2.1.3 Tilbuds konditionsmæssighed og tilbudsforbehold	19
Kendelse af 16. januar 2013, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune	19
Kendelse af 26. august 2013, Krüger A/S mod Horsens Bioenergi ApS	20
EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 - præjudiciel forelæggelse i en sag mellem Manova A/S mod Undervisningsministeriet (nu Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser), jf. klagenævnets kendelse af 10. marts 2010 mellem samme parter	21
2.1.4 Indhentelse af yderligere oplysninger fra tilbudsgivere.....	24
Kendelse af 13. marts 2013, ABB A/S mod L90.....	24
2.1.5 Øvrige procedureregler m.v.	25
Kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen	25
Kendelse af 8. april 2013, Dojo Software ApS mod Region Nordjylland	26
Kendelse af 6. maj 2013, Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening	26
Kendelse af 24. oktober 2013, DUBA B8 A/S mod Region Hovedstaden	27
Kendelse af 20. december 2013, Augusta Westland Limited mod Forsvarets Materieltjeneste	28
2.1.6 Udbudsbetingelsers indhold og lovlighed.....	30
Kendelse af 19. marts 2013, Fresenius Medical Care Danmark A/S mod Region Midtjylland.....	30
2.1.7 Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel.....	31
Kendelse af 8. januar 2013, MET 4 JV Cityringen Tender Office mod Metroselskabet I/S	31
Kendelse af 18. juli 2013, Calundan Høreteknik ApS mod Gentofte Kommune m.fl.	32
Kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark	33
2.1.8 Begrundelseskrav ved kontrakttildeling.....	34
Kendelse af 15. marts 2013, Cowi A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S (SKI).....	34

2.1.9	Håndhævelsesloven, herunder klagenævnets sanktioner.....	35
	Kendelse af 27. september 2013 om opsættende virkning, BSN Medical AB mod Region Sjælland	35
	Kendelse af 29. november 2013, Kinnarps A/S' anmodning om genoptagelse og tilladelse til intervention i klagenævnets sag EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden.....	36
2.1.10	Sagsomkostninger.....	38
	Kendelse af 9. oktober 2013, Botex Five v/ Botex Gardin Nyt ApS (herefter kaldet Botex Five) mod Jysk Fællesindkøb v/ Favrskov Kommune	38
2.1.11	EUF-traktatens principper.....	39
	Kendelse af 4. februar 2013, SDI Media A/S mod DR	39
	Kendelse af 22. marts 2013 vedrørende opsættende virkning, Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS mod Region Midtjylland.....	40
3.	Danske domme	41
3.1	Domstolenes behandling af klagenævnets kendelser	41
	Højesterets dom af 4. juni 2013, (Ugeskrift for Retsvæsen 2013, side 2551), I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S, jf. klagenævnets kendelse af 19. oktober 2009 mellem samme parter	41
	Retten i Svendborgs dom af 1. november 2013, PH-Byg Faaborg A/S mod Faaborg Menighedsråd, jf. klagenævnets kendelser af 17. april 2012 og 8. maj 2012 mellem samme parter	42
	Retten i Nykøbing Falsters dom af 5. december 2013, Birket Autotransport ApS mod Lolland Kommune, jf. klagenævnets kendelse af 5. februar 2013 mellem samme parter	42
	Østre Landsrets dom af 20. december 2013, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, jf. klagenævnets kendelse af 3. november 2011 mellem samme parter	43
	Vestre Landsrets dom af 11. december 2013, (Ugeskrift for Retsvæsen 2014, s. 975 V) Aalborg Kommune mod Dansk Halbyggeri A/S, jf. klagenævnets kendelse af 5. maj 2011 mellem samme parter	45
	Østre Landsrets dom af 13. maj 2013, B 569-08, Hans Damm Research A/S mod 1) Erhvervsstyrelsen, (tidl. IT- og Telestyrelsen), 2) Moderniseringsstyrelsen (tidl. Økonomistyrelsen) og 3) Forsvarsministeriet, jf. klagenævnets kendelser af 21. december 2007, af 14. april 2008 og af 27. april 2010 mellem Hans Damm Research A/S og det tidligere Økonomistyrelsen. Sidstnævnte kendelse vedrørte en fornyet behandling af sagens påstand 16 på baggrund af en dom afsagt af Østre landsret den 29. juni 2009	46
4.	Klagenævnet for Udbuds virksomhed i 2013	47
4.1	Indkomne klager	47
4.2	Standstill-sager og andre sager vedrørende opsættende virkning	48
4.3	Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde	49
4.4	Afgjorte sager samt udfaldet heraf	50
4.5	Afsagte erstatningskendelser.....	51
4.6	Gennemsnitlig sagsbehandlingstid for kendelser	52
4.7	Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (procentvis fordeling)	52
4.8	Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt).....	53
4.9	Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (procentvis fordeling)	54
4.10	Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist procentvist kumulativt).....	55
5.	Høringer og andre aktiviteter i klagenævnet	56

FORORD

Klagenævnet for Udbud har ikke tidligere udgivet en årsberetning. Med indsættelsen i 2013 af § 11, stk. 2, i klagenævnsbekendtgørelsen blev det imidlertid fastsat, at klagenævnet skal offentliggøre en årsberetning, der formidler indholdet af klagenævnets principielle kendelser. Ændringen var forudsat ved lov nr. 511 af 27. maj 2013 om ændring af håndhævelsesloven og er udtryk for interesse for klagenævnets virksomhed.

Årsberetningens kapitel 1 indeholder en redegørelse for klagenævnets lovgrundlag og etablering og for klagenævnets sammensætning, herunder formandskabet, der består af 6 landsdommere og 3 byretsdommere, klagenævnets sagkyndige og sekretariat. Der er særlig grund til at fremhæve, at klagenævnets sekretærfunktion fra den 1. maj 2014 er blevet varetaget af Joan Bach, der som klagenævnets sekretær fra 1992 til 2012 har et indgående kendskab til klagenævnet. Klagenævnets sekretariat er hermed yderligere styrket også udadtil.

Kriterierne for udvælgelsen af de kendelser, der behandles i årsberetningens kapitel 2, er, om kendelsen må anses for principiel eller i øvrigt af særlig interesse. Det er ved omtalen af de enkelte kendelser tilstræbt at tilkendegive, hvilke aspekter klagenævnet har fundet særligt interessante. Klagenævnet fortsætter i øvrigt sin hidtidige praksis med løbende at offentliggøre afsagte kendelser på nævnets hjemmeside, www.klfu.dk.

Årsberetningen indeholder endelig i kapitel 3 statistiske oplysninger for klagenævnets virksomhed og kommentarer hertil. Der er sket et bemærkelsesværdigt fald i antallet af modtagne klager fra 182 klager i 2010 til 107 klager i 2013. Faldet må kædes sammen med ændringerne af regelsættet i 2013, der bl.a. indebærer en væsentlig forhøjelse af klagegebyret til 20.000 kr. i sager om udbudsdirektiverne og også herudover en væsentlig forøgelse af klagernes procesrisiko, idet en klager, der taber sagen, nu kan pålægges at betale sagsomkostninger til den indklagede myndighed. Om sagsbehandlingstiden i klagenævnet kan fremhæves som positivt, at 29 % af alle sager sluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen. I løbet af de 2 første måneder sluttet 42 % af alle sager, medens ca. halvdelen af alle sager sluttet i løbet af 3 måneder. Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid for 2013 er opgjort til 7 måneder, men i en meget stor del af klagenævnets sager vil klageren og den indklagede myndighed således opleve endnu kortere sagsbehandlingstid.

Navnlig arbejdet i regeringens Udbudslovsudvalg med at forberede en ny dansk udbudslov og implementeringen af de nye udbudsdirektiver vil påkalde sig opmærksomhed i 2014, og klagenævnet følger naturligvis dette arbejde med særlig interesse.

Michael Ellehauge

Klagenævnet for Udbud, formand

København, maj 2014

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/EØF) til kontroldirektiverne. Ændringsdirektivet blev implementeret i 2010 med vedtagelsen af håndhævelsesloven (lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.). Håndhævelsesloven er efterfølgende ændret ved lov nr. 1556 af 21. december 2010, lov nr. 618 af 14. juni 2011, lov nr. 1231 af 18. december 2012 og lov nr. 511 af 27. maj 2013. Det blev i 2011 endvidere fastsat, at håndhævelsesloven også skal anvendes i forhold til sager vedrørende forsvars- og sikkerhedsdirektivet, jf. bekendtgørelse nr. 892 af 17. august 2011.

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

I lovforslaget til ændringsloven fra 2013 (lovforslag nr. L 153 af 27. februar 2013) er anført, at hovedformålet med ændringen var at understøtte en mere effektiv håndhævelse af udbudsreglerne ved at begrænse et stigende antal klagesager, herunder særligt åbenlyst ubegrundede klager, og sikre en kortere sagsbehandlingstid. Det var endvidere anført, at det var tilsigtet, at omkostningerne i udbudsklagesager skulle fordeles mere ligeligt mellem parterne end efter de hidtil gældende regler.

Lovændringen i 2013 indebar:

- ▶ Forkortelse af klagefrister ved klager over overtrædelser af EU-udbudsdirektiverne
- ▶ Indførelse af klagefrister ved klager over overtrædelser af tilbudsloven
- ▶ Hjemmel for klagenævnet til afvisning af udsigtsløse eller åbenlyst ubegrundede klager og påstande
- ▶ Begrænsning af anvendelsen af sanktionen uden virkning for kontrakter, der er tildelt på basis af en indkøbscentrals rammeaftale
- ▶ Begrænsning af anvendelsen af sanktionen uden virkning til alene at omfatte fremtidige leverancer

Ændringen af klagenævnsbekendtgørelsen indebar:

- ▶ Forhøjelse af klagegebyret til 20.000 kr. for klager over overtrædelser af EU's udbudsdirektiver
- ▶ Ændring af omkostningsreglen, således at den tabende part kan pålægges at betale et beløb til modparten til hel eller delvis dækning af dennes sagsomkostninger ved klagesagen
- ▶ Indførelse af et loft for sagsomkostninger på 75.000 kr. med den modifikation, at indklagede kan pålægges at betale mere end 75.000 kr. i sagsomkostninger til klageren i større sager defineret efter kontraktstørrelse, eller hvis særlige omstændigheder i øvrigt taler for det
- ▶ Klagenævnet skal fremover offentliggøre en årsberetning, der formidler indholdet af principielle kendelser

1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning

Klagenævnet for Udbuds organisation er fastlagt i håndhævelseslovens § 9 og klagenævnsbekendtgørelsens § 1.

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

Formandskabet består 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 bl.a. bygge- og anlægsvirksomhed, offentlig indkøbsvirksomhed, transportvirksomhed, forsyningsvirksomhed eller har juridisk sagkundskab. Klagenævnets 20 sagkyndige medlemmer er udpeget efter indstilling fra de ministerier og organisationer, der er tillagt indstillingsret i klagenævnsbekendtgørelsen. De sagkyndige medlemmer er uafhængige i deres hverv som sagkyndige i klagenævnet og er således hverken undergivet instruktionsbeføjelse eller tilsyn fra den myndighed eller organisation, hvor de har deres hovedbeskæftigelse, eller fra den indstillingsberettigede myndighed eller organisation.

Klagenævnets formandskab har i 2013 været sammensat af følgende dommere:

Formand for Klagenævnet for Udbud:

Landsdommer, ph.d. Michael Ellehauge

Klagenævnets øvrige formandskab:

- ▶ Landsdommer Kirsten Thorup
- ▶ Landsdommer Michael Kistrup
- ▶ Byretsdommer Niels Feilberg Jørgensen
- ▶ Landsdommer Erik P. Bentzen
- ▶ Landsdommer Nikolaj Aarø-Hansen
- ▶ Landsdommer Katja Høegh
- ▶ Byretsdommer Poul Holm
- ▶ Byretsdommer Mette Langborg

Klagenævnets sagkyndige medlemmer var i 2013:

- ▶ Kontorchef Helle Bøjen Larsen
- ▶ Afdelingsleder Trine Heidemann Garde
- ▶ Adm. direktør Knud Erik Busk
- ▶ Chefkonsulent Michael Jacobsen
- ▶ Chefkonsulent Vibeke Steenberg
- ▶ Indkøbschef Allan Åge Christensen
- ▶ Head of Legal Competition & Tender Law, Senior Manager Pernille Hollerup
- ▶ Juridisk chef Anne-Mette Udsen

- ▶ Chefkonsulent Erik Bøgward Christiansen
- ▶ Direktør Erik Stensig Poulsen
- ▶ Projektdirektør Henrik Fausing
- ▶ Underdirektør Jan Eske Schmidt
- ▶ Adm. direktør, advokat Kirsten Thøgersen
- ▶ Bygherrerådgiver, cand. jur., mediator Lene Ravnholt
- ▶ Chefjurist Preben Dahl
- ▶ Politisk-økonomisk konsulent Sidse Buch
- ▶ Professor, ph.d. Steen Treumer
- ▶ Advokat Stephan Falsner
- ▶ Adm. direktør Birgitte Dam Kræmmersgaard
- ▶ Advokat Gitte Holtsø (indtil 1. september 2013)
- ▶ Advokat Helle Carlsen (fra 1. september 2013)

Blandt de sagkyndige, hvis beskikkelse udløb den 15. april 2012, færdiggjorde følgende deres verserende sager i 2013:

- ▶ Chefkonsulent, advokat Mogens Hansen
- ▶ Civilingeniør, cand. jur. Jørgen Egholm
- ▶ Kontorchef Erik Hammer
- ▶ Manager Kent Petersen
- ▶ Chef for rammeaftaleadministrationssektionen, Forsvarets Materieltjeneste, Melitta Keldebæk

1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat

Klagenævnets sekretariat er placeret i Erhvervsstyrelsen under Erhvervs- og Vækstministeriet. Klagenævnets formand er faglig leder af sekretariatet, der består af 3 juridiske fuldmægtige, 1 sekretær og 1 student.

Klagenævnets fuldmægtige forbereder sagerne og bistår i udvalgte sager den pågældende formand med at udarbejde kendelsesudkast. Herudover bistår fuldmægtigene klagenævnets formand med løsning af en række administrative opgaver. Klagenævnets sekretær deltager i sagsforberedelsen og udarbejder åbningsskrivelsen i de enkelte sager. Derudover varetager sekretæren en række administrative opgaver og yder telefonisk klagevejledning.

Sekretariatet bestod i 2013 af følgende medarbejdere:

- ▶ Fuldmægtig Nancy Elbouridi (advokatuddannet)
- ▶ Fuldmægtig, cand. jur. Christina Kønig Mejl
- ▶ Fuldmægtig Kristian Aagaard Bach Mortensen (advokatuddannet)
- ▶ Sekretær Thomas Schapiro
- ▶ Studerende Asta-Marie Wellejus

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

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

Klagenævnet behandler således primært klager over overtrædelser af:

- ▶ EU's udbudsdirektiver og lovgivningen om direktivernes gennemførelse i dansk ret
- ▶ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (EUF-traktaten) og de heraf afledte principper om ligebehandling og gennemsigtighed m.v. i relation til indgåelse af offentlige kontrakter
- ▶ Tilbudsloven

Klagenævnet er endvidere efter offentlighedslovens § 37 klageinstans for andre myndigheders afgørelser om aktindsigt i udbudssager. Der henvises til afsnit 1.8 for en kortfattet beskrivelse af denne del af klagenævnets opgaver.

Hovedparten af de sager, der behandles af klagenævnet, angår EU-udbudsreglerne, mens der alene behandles et mindre antal sager vedrørende tilbudsloven.

Klagenævnets hovedopgave er at træffe konkrete afgørelser i konkrete klagesager. Når klagenævnet undertiden afsiger principielle kendelser, kommer dette ofte til udtryk på den måde, at klagenævnet fremkommer med nogle generelle udtalelser om retsreglernes nærmere indhold. Der kan være grund til at advare imod overfortolkning af klagenævnets kendelser og imod, at disse tages som udtryk for at være af vidererækkende betydning, uden at der er dækning herfor 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 siden 1992 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 2013 på 7 måneder, hvortil kommer bl.a., at ca. halvdelen af sagerne færdigbehandles i løbet af de første 3 måneder, efter at klagen er modtaget. Der henvises til årsberetningens kapitel 4.

Klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder

Klagenævnet er i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. §§ 12-14 og §§ 16-19 tillagt en række sanktionsbeføjelser for at kunne sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne.

Opsættende virkning

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

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

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

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

Når klagenævnet vurderer, om en klage skal tillægges opsættende virkning, er der tale om en foreløbig vurdering på skriftligt grundlag af, om de 3 betingelser er opfyldt. De anførte betingelser er kumulative, og der vil således ikke blive truffet bestemmelse om opsættende virkning, såfremt en af betingelserne ikke er opfyldt. Afgørelsen af spørgsmålet om opsættende virkning præjudicerer ikke den endelige afgørelse i sagen.

I klagenævnets praksis er der en lang række eksempler på, at der gives en udførlig begrundelse i relation til den første betingelse om »fumus boni juris«. Formålet er at give klageren og indklagede en tilkendegivelse om, at der på det foreliggende grundlag 1) ikke er begået kvalificerede overtrædelser af udbudsreglerne, og at klageren ikke har udsigt til at få medhold, medmindre der fremlægges væsentlige nye oplysninger, eller 2) er begået overtrædelser, som efter omstændighederne medfører, at indklagede kan/bør overveje at annullere udbudsforretningen eller 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 i klagenævnets senere materielle kendelse i sagen. Årsberetningen indeholder i kapitel 4 oplysning om antallet af delkendelser vedrørende opsættende virkning afsagt i 2013.

I sagen BSN Medical AB mod Region Sjælland, hvor klagenævnet har afsagt kendelse den 27. september 2013, har klagenævnet tillagt en klage (delvist) opsættende virkning. Kendelsen er omtalt i kapitel 2 under emneordet »Håndhævelsesloven, herunder klagenævnets sanktioner«.

Det forekommer af og til, at der anmodes om opsættende virkning på trods af, at der er indgået kontrakt, og udbuddet derfor må anses for afsluttet. I disse tilfælde savner en anmodning om opsættende virkning mening, medmindre der er spørgsmål om at erklære den indgåede kontrakt for uden virkning.

Øvrige sanktionsmuligheder

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

- ▶ suspendere ordregiverens udbudsprocedure eller beslutninger i forbindelse med en udbudsforretning, herunder tildelingsbeslutninger
- ▶ 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 økonomisk sanktion
- ▶ pålægge ordregiveren at betale erstatning

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

Er ordregiveren ikke en del af den offentlige forvaltning og dermed ikke omfattet af lovens § 19, stk. 1, pålægger klagenævnet ikke en økonomisk sanktion. I stedet indgiver klagenævnet politianmeldelse, når ordregiveren i medfør af lovens § 18, stk. 3, skal pålægges en alternativ sanktion i form af bøde. Der henvises herved til klagenævnets kendelse af 20. august 2012, Intego A/S mod NRGi Net A/S, hvor klagenævnet indgav politianmeldelse.

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

1.5 Nævns- og formandsafgørelser

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

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 2013 er muligheden for en udvidet besætning anvendt i 3 sager, der alle angår kontraktværdier på flere mia. kr. og er af vidtrækkende samfundsmæssig betydning: Inden for området for offentlig transport sagerne, hvor der er afsagt kendelse henholdsvis den 20. juni 2013, Bombardier Transportation Denmark A/S og Balfour Beatty Rail Danmark A/S mod Aarhus Letbane I/S, og den 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark, og inden for området for militære anskaffelser sagen, hvor der er afsagt kendelse den 20. december 2013, Agusta Westland Limited mod Forsvarets Materieltjeneste.

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 2013 er der således kun afsagt 3 materielle kendelser uden deltagelse af et sagkyndigt medlem: Kendelse af 17. januar 2013, Joca A/S mod Gladsaxe Kommune, kendelse af 31. januar 2013, Easy-Climb ApS mod Trafikselskabet Movia og kendelse af 25. oktober 2013, Merrild Professional ApS mod Region Sjælland.

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 håndhævelseslovens §§ 6-7 og § 10 samt i klagenævnsbekendtgørelsens §§ 4-5.

Det er sekretariatets opgave i samarbejde med formanden i den enkelte sag at påse, at klageren opfylder de formelle krav 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 klager, der

ikke er repræsenteret ved advokat eller anden professionel rådgiver. Derudover yder sekretariatet telefonisk vejledning om indgivelse af klager.

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

Ved klage over overtrædelser af EU's udbudsdirektiver skal der betales et gebyr på 20.000 kr., mens der ved klage 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 (håndhævelseslovens § 10, stk. 1). Klagenævnet kan derfor ikke bistå med formulering af brugbare påstande, men klagenævnet kan vejlede klageren herom. Hvis påstandene efter en sådan vejledning fortsat er uegnede som grundlag for behandling af sagen, afviser klagenævnet de pågældende påstande eller klagen i sin helhed.

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

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

Klageren skal endvidere overholde de klagefrister, der er fastsat i håndhævelsesloven. I 2013 blev de eksisterende klagefrister for klager over EU-udbud væsentlig afkortet, og som noget nyt blev der indført klagefrister for klager over overtrædelser af tilbudsloven. Klagefristerne for klager omfattet af tilbudsloven begynder dog kun at løbe, såfremt underretningen fra ordregiveren indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.

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

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 håndhævelsesloven 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. Sagsomkostninger

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

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

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

Klagenævnet kan tillade, at en tredjemand indtræder (intervenerer) i sagen til fordel for klageren eller ordregiveren (håndhævelseslovens § 6, stk. 3). Det er en betingelse for intervention, at sagen har væsentlig betydning for den, der ønsker at intervenere. Intervention efter håndhævelsesloven svarer til biintervention efter retsplejelovens regler, og intervenienten kan således ikke nedlægge selvstændige påstande og fremføre egne anbringender. Spørgsmålet om intervention indgik i kendelse af 29. november 2013, Kinnarp A/S' anmodning om genoptagelse og tilladelse til intervention i sagen EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden. Kendelsen er behandlet i årsberetningens kapitel 2 under emneordet »Håndhævelsesloven, herunder klagenævnets sanktioner«.

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 (håndhævelseslovens § 10, stk. 1).

Når skriftvekslingen er afsluttet, er det udgangspunktet, at sagen afgøres på skriftligt grundlag, medmindre formanden i sagen beslutter at afholde mundtlig forhandling, hvilket kun sker i et mindre antal sager. En mundtlig forhandling forløber typisk 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 sagens optages til afgørelse. Voteringen påbegyndes normalt umiddelbart derefter. I nogle tilfælde anser klagenævnet den indledende præsentation af sagens dokumenter mv. for unødvendig. Klagenævnet vil i så fald meddele, at klage-

nævnet 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 er 1-2 dage. Der har i 2013 været afholdt møde i 13 sager, mens 64 sager er afgjort på skriftligt grundlag. Der henvises i øvrigt til oversigten over nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller møde i kapitel 4.

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 efter de nugældende regler 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.

Med ændringen af klagenævnsbekendtgørelsen i 2013 blev den hidtidige omkostningsmodel, hvorefter en ordregiver, der ikke havde overtrådt udbudsreglerne, altid måtte afholde sine egne omkostninger, ændret, således at en klager, der ikke får medhold, kan pålægges at betale sagsomkostninger til ordregiveren.

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.

Som eksempel kan nævnes, at klagenævnet i en materiel kendelse af 9. oktober 2013, Botex Five v/ Botex Gardin Nyt ApS mod Jysk Fællesindkøb v/ Favrskov Kommune, har pålagt klageren at betale 15.000 kr. i sagsomkostninger til indklagede. Der henvises til kapitel 2 under emneordet »Sagsomkostninger«, hvor sagen er omtalt.

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

Sagens parter modtager den afsagte kendelse to dage før, at den offentliggøres på www.klfu.dk.

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 for 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 håndhævelsesloven skal afgøres af klagenævnet. Der er således typisk tale om afgørelser af sagsbehandlingsmæssig karakter, og sagerne afgøres derfor normalt uden afsigelse af kendelse, men slutes med en afgørelse i brevform. Der medvirker ikke sagkyndige ved disse afgørelser. Afgørelsen vil ofte blive truffet af en juridisk fuldmægtig i klagenævnets sekretariat efter bemyndigelse fra klagenævnets formand.

2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER

Alle materielle kendelser og erstatningskendelser offentliggøres på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk. Endvidere offentliggøres delkendelser vedrørende opsættende virkning, hvis de har almen interesse. I det følgende omtales en række kendelser fra 2013, som alle er offentliggjort på www.klfu.dk. Dertil kommer en enkelt kendelse fra 2010 i »Manova-sagen«, hvor EU-Domstolen i oktober 2013 afsagde dom. 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 udvalgte emneord:

- ▶ Udbudspligt
- ▶ Prækvalifikation af virksomheder
- ▶ Tilbuds konditions-mæssighed og tilbudsforbehold
- ▶ Indhentelse af yderligere oplysninger fra tilbudsgivere
- ▶ Øvrige procedureregler m.v. (emneordet vedrører navnlig procedureregler i udbudsdirektiverne)
- ▶ Udbudsbetingelsers indhold og lovlighed
- ▶ Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel
- ▶ Begrundelseskrav ved kontraktstildeling
- ▶ Håndhævelsesloven, herunder klagenævnets sanktioner
- ▶ Sagsomkostninger
- ▶ EUF-traktatens principper

2.1 Udvalgte kendelser

2.1.1 Udbudspligt

Kendelse af 21. august 2013, Bandagist-Centeret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl.

Sagen angik tre sønderjyske kommuners sagsbehandling vedrørende støtte til køb af arm- og benproteser omfattet af den såkaldte »fritvalgsordning«. Kommunerne havde ikke udnyttet muligheden i den sociale servicelov til at indgå generelle leverandøraftaler, men overladt det til borgeren selv at indkøbe det ønskede hjælpemiddel. Efter serviceloven § 112, stk. 3, yder kommunerne støtte til borgerens anskaffelse »efter regning, dog højst med et beløb svarende til prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel«.

En del af sagsbehandlingen af borgernes ansøgninger om støtte blev varetaget af et særligt center (CHK), som en af kommunerne drev, hvorimod den endelige beslutning om at tildele eller nægte støtte samt størrelsen heraf blev truffet af den kommune, der skulle yde støtten (hjemkommunen). Der skulle indhentes to tilbud på den aktuelle protese fra tilbudsgivere efter borgerens eget valg. CHK vurderede de modtagne tilbud i forhold til borgerens forventede behov og funktionsniveau, samt om tilbuddene var sammenlignelige. På denne baggrund traf hjemkommunen afgørelse.

Størrelsen af en eventuel bevilling blev fastsat af kommunen under hensyn til de indhentede tilbud og CHK's vurderinger på grundlag af »det bedst egnede og billigste hjælpemiddel«. Borgeren indgik herefter aftale med en leverandør efter eget valg. Det stod herved borgeren frit for at vælge en anden leverandør end den, hvis tilbud lå til grund for beregning af bevillingen, mod betaling af eventuel merpris. Afregning blev foretaget direkte mellem leverandøren og kommunen, dog således, at en

eventuel merpris skulle afregnes af borgeren overfor leverandøren. Produktionen af de speciallavede hjælpemidler blev først sat i gang, efter at bevillingen var blevet givet, og leveringen skete direkte til borgeren. Kommunerne afholdt ingen udbud eller tilbudsindhentning efter tilbudsloven.

Tre leverandører af arm- og benproteser nedlagde over for klagenævnet påstand om, at kommunernes indkøb var udbudspligtige, subsidiært annonceringspligtige efter tilbudslovens afsnit II. Klagerne havde via brancheorganisationen Danske Bandagist Virksomheder tidligere klaget til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen over den anvendte procedure. Styrelsen gav i sin udtalelse af 12. juli 2012 ikke klagerne medhold.

Klagenævnet tog heller ikke klagernes påstand til følge.

Klagenævnet afviste indledningsvis klageres synspunkt om, at den anvendte fremgangsmåde skulle indebære, at kommunerne i hvert enkelt tilfælde indgik en »engangs«-rammeaftale med den leverandør, som blev anset for bedst og billigst, og som dermed dannede grundlag for kommunens afgørelse om størrelsen af det bevilligede tilskud.

Klagenævnet udtalte endvidere, at det er en betingelse for, at der kan være tale om en gensidigt bebyrdende aftale i henhold til udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, at den ordregivende myndighed får leveret en ydelse, som myndigheden har en direkte økonomisk interesse i, mod at betale et vederlag. Klagenævnet henviste herved til EU-Domstolens dom af 25. marts 2010 i sag C-451/08, Helmut Müller GmbH mod Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, og EU-Domstolens dom af 15. juli 2010 i sag C-271/08, Kommissionen mod Tyskland.

Efter en gennemgang af hjælpemiddelbekendtgørelsens regler lagde klagenævnet til grund, at kommunens støtte til indkøb af arm- og benproteser ikke medførte, at kommunen blev ejer af proteserne. Det kunne heller ikke lægges til grund, at kommunen på anden måde opnåede en økonomisk fordel ved at støtte indkøb af proteser, fordi kommunerne efter den sociale servicelovgivning ikke kunne kræve proteser udleveret efter endt brug, og fordi kommunerne ikke ved den ydede støtte blev frigjort fra nogen anden forpligtelse. Kommunens forpligtelse til at betale et beløb til leverandørerne hvilede ikke på de aftaler, som borgerne indgik med leverandørerne, men derimod på kommunens forudgående beslutning om bevilling af støtte i henhold til den sociale servicelovgivning. Klagenævnet fandt derfor, at der ikke var tale om betaling af en modydelse, men derimod tale om (indirekte) udbetaling af den bevilligede støtte. Der var endvidere ikke andre forhold, der talte for, at der reelt blev indgået en aftale direkte mellem kommunerne og leverandørerne – heller ikke ved at bemyndige borgeren til at indgå aftalen på kommunens vegne.

Klagenævnet vurderede på den baggrund, at indkøbene ikke i forhold til kommunerne havde karakter af »gensidigt bebyrdende aftaler«, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a. Som følge heraf var de pågældende indkøb hverken omfattet af udbudsdirektivet eller tilbudsloven.

2.1.2 Prækvalifikation af virksomheder

Kendelse af 15. januar 2013, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Vejen Kommune

Denne klagesag drejede sig om et begrænset udbud efter udbudsdirektivet om en tjenesteydelsesaftale opdelt på 8 delaftaler. Der var i sagen spørgsmål om, hvorvidt nogle fastsatte udvælgelseskriterier var objektive og ikke diskriminerende i den betydning, hvori disse begreber anvendes i udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, om vægtning af udvælgelseskriterierne og om den konkrete udvælgelse af virksomhederne.

I udbudsbekendtgørelsen var det anført, at 5-7 ansøgere ville blive udvalgt til at afgive tilbud, og at tilbudsgiverne ville blive prækvalificeret på grundlag af »Egenkapitalens størrelse« og »Referencer«. Der blev modtaget ansøgninger fra 14 virksomheder.

Kongsvang Rengøringservice A/S anførte, at de fastsatte kriterier for udvælgelse af tilbudsgivere ikke var objektive og målbare, særligt fordi kriterierne ikke var vægtet i udbudsbekendtgørelsen. Vejen Kommune anførte, at de fastsatte kriterier og den konkrete anvendelse heraf var objektiv og på forhånd kendt af ansøgerne og dermed i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3.

Klagenævnet udtalte, at kriterierne »Egenkapitalens størrelse« og »Referencer« som udgangspunkt var såvel objektive som ikke diskriminerende i den betydning, hvori disse begreber anvendes i udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3. Med henvisning til udbudsdirektivets betragtning 40 udtalte klagenævnet videre, at en ordregiver ikke har pligt til på forhånd at fastlægge en vægtning eller prioritering af udvælgelseskriterier.

Efter formuleringen af udvælgelseskriterierne i udbudsbekendtgørelsen måtte det efter klagenævnets vurdering stå ansøgerne klart, at et eventuelt valg mellem dem skulle træffes efter en samlet vurdering af ansøgernes egenkapital og oplysningerne om og fra de referencekunder, som ansøgerne havde anført. Klagenævnet udtalte herefter, at ordregiverne har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere blandt de egnede og ikke-udelukkede der efter de fastsatte kriterier er bedst egnede og derfor skal prækvalificeres, og at der ikke var grundlag for at tilsidesætte dette skøn. Klagen blev derfor ikke taget til følge.

At der ikke er krav om vægtning eller prioritering af udvælgelseskriterier, og at ordregiveren i tilfælde, hvor udvælgelseskriterierne ikke på forhånd er vægtet, skal foretage en samlet vurdering baseret på de fastsatte kriterier, fremgår af flere kendelser fra klagenævnet, jf. bl.a. kendelse af 16. januar 2012, Lettershop Mailservice A/S mod Økonomistyrelsen, ad påstand 2.

Kendelse af 20. juni 2013, Bombardier Transportations Denmark A/S og Balfour Beatty Rail Danmark A/S mod Aarhus Letbane I/S

Aarhus Letbane udbød som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt vedrørende konstruktion af en ny letbane i Aarhus samt indkøb af rullende materiel hertil. Kontraktens værdi var anslået til mellem 1,6 mia. kr. og 2,0 mia. kr. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

7 konsortier, heriblandt Bombardier Transportation Denmark A/S i konsortium med Balfour Beatty Rail Danmark A/S (Bombardier og Balfour Beatty), anmodede om prækvalifikation. Aarhus Letbane prækvalificerede 4 konsortier, men ikke Bombardier og Balfour Beatty, der i ansøgningen havde baseret sig på den økonomiske og tekniske formåen fra moder- og søsterselskaber og havde vedlagt ansøgningen om prækvalifikation to støtteerklæringer fra henholdsvis Balfour Beatty Group Limited og Bombardier Inc. Aarhus Letbane anså ikke disse erklæringer som tilstrækkelige til at dokumentere, at Bombardier og Balfour Beatty rådede over tiltrækkelige økonomiske og tekniske ressourcer til at opnå prækvalifikation.

Bombardier og Balfour Beatty indbragte sagen for klagenævnet med påstand bl.a. om, at Aarhus Letbane havde handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og artikel 54, stk. 5 og 6, ved at bortse fra de tredjemandsressourcer, der var stillet til rådighed for konsortiet. Desuden nedlagde Bombardier og Balfour Beatty påstand om forskellige overtrædelser i forbindelse med bedømmelsen af de øvrige ansøgers anmodninger om prækvalifikation og om uklarheder i forbindelse med udbudsbekendtgørelsen.

Allerede i sin kendelse af 11. februar 2013 vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning (der gengives i kendelsen af 20. juni 2013) tog klagenævnet stilling til, om Aarhus Letbane med urette havde set bort fra de nævnte støtteerklæringer. Efter erklæringernes ordlyd, der ikke indeholdt nogen juridisk forpligtelse i relation til klagerens økonomiske forpligtelser, fandt klagenævnet, at der ikke var udsigt til, at Bombardier og Balfour Beatty ville få medhold i påstanden herom. Klagenævnet henviste til, at det efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 54, stk. 6, er ansøgeren om prækvalifikation, der skal godtgøre at råde over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse. Klagenævnet tillagde således ikke klagen opsættende virkning.

Ved den endelige afgørelse af 20. juni 2013 opretholdt klagenævnet sin foreløbige vurdering af påstanden om Bombardier og Balfour Beattys egnethed og tog heller ikke påstandene om de øvrige ansøgers manglende egnethed til følge.

Bombardier og Balfour Beatty havde desuden nedlagt påstand om, at Aarhus Letbane havde handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og artikel 44, stk. 1, bl.a. ved som optioner at fastsætte "Possible additional options related to both tender solutions will be defined in the course of negotiation process with the tenderes". Klagenævnet tog påstanden til følge, idet omfanget og indholdet af de optioner, der indgik i udbuddet, således ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen. En yderligere påstand om, at klagenævnet skulle konstatere, at Aarhus Letbane ikke ville have afløftet sin udbudspligt i relation til sådanne optioner, og at kontrakter på grundlag heraf derfor ville kunne erklæres for uden virkning i medfør af håndhævelseslovens § 17, blev afvist med den bemærkning, at klagenævnet var enig heri, men at konstateringen ikke vedrørte en konkret tildeling og ikke fjede noget til den retstilstand, der gælder på området.

Forskellige annullationspåstande blev ikke taget til følge.

2.1.3 Tilbuds konditionsmæssighed og tilbudsforbehold

Kendelse af 16. januar 2013, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune

Klagenævnet havde forud for erstatningssagen, hvori der blev afsagt kendelse den 16. januar 2013, ved kendelse af 27. juni 2012 annulleret Guldborgsund Kommunes tildelingsbeslutning. Denne sag angik en licitation efter tilbudslovens afsnit I om totalentreprise vedrørende et til- og ombygningsarbejde med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Ved kendelsen af 27. juni 2012 konstaterede klagenævnet, at kommunen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage et tilbud (det vindende tilbud) i betragtning, uanset at tilbuddet ikke opfyldte et mindstekrav i licitationsbetingelserne om placering indenfor et nærmere angivet byggefelt. Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S havde under sagen anmodet om, at klagen blev tillagt opsættende virkning, men klagenævnet havde ikke taget anmodningen til følge, jf. nævnets kendelse af 2. marts 2012, hvor betingelsen om uopsættelighed ikke blev anset for opfyldt.

Den efterfølgende erstatningssag angik et erstatningskrav fra Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S, som i forbindelse med licitationen var blevet vurderet til at have afgivet det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud. Virksomheden nedlagde under sagen principalt påstand om erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse med ca. 3,9 mio. kr., subsidiært påstand om negativ kontraktinteresse med ca. 450.000 kr. Guldborgsund Kommune påstod frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.

Kommunen gjorde i første række gældende, at der ved en licitation efter tilbudsloven ikke gælder samme strenge ansvarsnorm som inden for EU's udbudsregler. I anden række gjorde kommunen gældende, at den ville have annulleret udbuddet, hvis ikke den vindende tilbudsgivers tilbud var blevet taget i betragtning, idet de tre øvrige tilbud væsentligt overskred projektets budgetramme.

Klagenævnet fastslog, at der forelå et ansvarsgrundlag som følge af de overtrædelser, der var konstateret ved kendelsen af 27. juni 2012. Klagenævnet gav dermed ikke Guldborgsund Kommune medhold i, at ansvarsnormen efter tilbudsloven er lempeligere end ansvarsnormen inden for EU-udbud. Med henvisning til Højesterets dom af 15. juni 2012 i sagen Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet (trykt i Ugeskrift for Retsvæsen 2012, side 2952) udtalte klagenævnet herefter, at det var Guldborgsund Kommune, der havde bevisbyrden for, at kommunen ville have annulleret udbuddet, hvis tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver var blevet afvist.

Klagenævnet fremhævede, at flere forhold, herunder formuleringer i forbindelse med kommunens besvarelse af spørgsmål, tidspres under licitationen og kommunens forudgående overvejelser om, hvorvidt den valgte tilbudsgivers tilbud var ukonditionsmæssigt, talte imod at antage, at kommunen ville have annulleret udbuddet. Guldborgsund Kommune havde herefter ikke løftet bevisbyrden for, at kommunen ville have annulleret udbuddet, hvis den vindende tilbudsgivers tilbud var blevet afvist. Klagenævnet tilkendte herefter Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Da klagerens krav størrelsesmæssigt ikke var tilstrækkelig dokumenteret, blev erstatningen fastsat skønsmæssigt til 1,2 mio. kr.

Kendelse af 26. august 2013, Krüger A/S mod Horsens Bioenergi ApS

Sagen drejede sig om en offentlig licitation efter tilbudslovens afsnit I vedrørende et biogasprojekt. Licitationen blev iværksat af et privat anpartsselskab, Horsens Bioenergi ApS.

Selskabet Bigadan A/S, som var koncernforbundet med Horsens Bioenergi ApS, havde foretaget den indledende forprojektering og indhentet VVM-undersøgelse vedrørende biogasprojektet. Da der var givet offentlig støtte til projektet, skulle projektet i licitation, jf. tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2, jf. § 2.

Biogasprojektet blev herefter »flyttet over i« og udbudt i licitation af Horsens Bioenergi ApS som ordregiver i stedet for af Bigadan A/S, der under licitationen deltog som tilbudsgiver. Under licitationen anmodede Krüger A/S om licitationsmaterialet og stillede også en række spørgsmål, herunder om koncernrelationen.

Krüger A/S afgav ikke tilbud, og ordren blev tildelt Bigadan A/S, der var den eneste tilbudsgiver.

Krüger A/S' klage drejede sig overordnet om følgende:

1. Opgaven skulle have været udbudt efter forsyningsvirksomhedsdirektivet og ikke efter tilbudsloven.
2. Horsens Bioenergi ApS skulle have afvist tilbuddet fra Bigadan A/S, som ifølge Krüger A/S på grund af koncernforbindelsen havde fået en utilbørlig konkurrencefordel. (Det som populært kaldes »inhabilitet«, selvom inhabilitet i sædvanlig forvaltningsretlig sammenhæng drejer sig om krav om uvildighed hos den, der bedømmer sagen, og ikke om ansøgerens (tilbudsgiverens) forhold).

Krüger A/S gjorde vedrørende påstand 2) for det første i) gældende, at det helt generelt er udelukket, at en ordregiver kan modtage et tilbud fra et koncernforbundet selskab.

Herudover anførte Krüger A/S forskellige synspunkter om, hvorfor Bigadan A/S angiveligt havde særlige fordele set i forhold til andre tilbudsgivere. Det drejede sig dels om ii) den særlige indsigt, som Bigadan A/S havde fået ved oprindeligt at have udarbejdet forprojektering og miljøgodkendelse, dels iii) om forskellige andre forhold (særlig indsigt i ordregiverselskabets økonomiske forhold, adgang til noget yderligere tegningsmateriale i ansøgningen om miljøgodkendelse og den omstændighed, at

direktøren for Bigadan A/S havde været til et møde om projektet sammen med ordregiverselskabets repræsentanter m.v.).

Krüger A/S påstod desuden, at tildelingsbeslutningen skulle annulleres.

Horsens Bioenergi ApS påstod klagen afvist. Selskabet gjorde gældende, at Krüger A/S, som ikke havde afgivet tilbud, og som efter Horsens Bioenergi ApS' opfattelse ikke ville have kunnet opfylde egnethedskravene om forudgående dokumenteret erfaring med lignende anlæg, ikke havde »retlig interesse«. Selskabet bestred herudover, at der skulle have været foretaget udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, og at Bigadan A/S skulle have været udelukket fra at afgive tilbud.

Klagenævnet vurderede, at Krüger A/S havde retlig interesse, men klagen blev ikke taget til følge.

For så vidt angik »inhabilitets«-påstanden udtalte klagenævnet vedrørende Krüger A/S første indsigelse i) om, at en ordregiver ikke må modtage tilbud fra et koncernforbundet selskab, at en virksomhed ikke automatisk er udelukket fra at afgive tilbud ved et udbud, der iværksættes af et koncernforbundet selskab. Klagenævnet henviste til EU-Domstolens dom af 23. december 2009 i sag C-376/08, Serrantoni Srl mod Comune di Milano (hvorefter en italiensk lov, som ubetinget udelukkede visse selskaber i samme koncern som ordregiver, var i strid med EU-retten).

Det var endvidere klagenævnets vurdering, at den konkurrencefordel, som Bigadan A/S havde haft ved at have udarbejdet forprojekt og miljøgodkendelse, var udlignet i tilstrækkeligt omfang. Dette var sket blandt andet ved, at licitationsbetingelserne indeholdt oplysninger fra forprojekt og miljøgodkendelse, og at der i det ordregivende anpartsselskab var indsat en af ejerkredsen uafhængig direktør. Indsigelse ii) blev derfor heller ikke taget til følge.

Heller ikke de forskellige andre indsigelser iii), Krüger A/S var kommet med, blev fulgt af klagenævnet.

For så vidt angik spørgsmålet om anvendelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet i stedet for tilbudsloven vurderede klagenævnet, at det var med rette, at tilbudsloven var anvendt.

Klagenævnets udtalelse om, at en koncernrelation mellem ordregiveren og en tilbudsgiver ikke i sig selv betyder, at tilbudsgiveren har en utilbørlig konkurrencefordel og derfor skal udelukkes fra at afgive tilbud, er af generel betydning. Kendelsen er udtryk for klagenævnets praksis på området efter EU-Domstolens afgivelse i 2009 af Serrantoni-dommen. Se også som eksempel klagenævnets kendelse af 6. august 2010, HedeDanmark A/S mod Greve Spildevand A/S.

EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 - præjudiciel forelæggelse i en sag mellem Manova A/S mod Undervisningsministeriet (nu Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser), jf. klagenævnets kendelse af 10. marts 2010 mellem samme parter

Ved annonce af 12. september 2008 iværksatte Undervisningsministeriet som et »begrænset udbud med forhandling« indhentning af tilbud på ydelser forbundet med driften af syv regionale vejledningscentre. Ydelserne bestod navnlig i vejledning af uddannelsessøgende om valg af videregående uddannelse og erhverv. Tilbudsindhentningen blev gennemført efter tilbudslovens afsnit II, da ydelserne var omfattet af bilag II B til udbudsdirektivet.

I annoncen, som citeres i EU-Domstolens dom, fastsatte Undervisningsministeriet bl.a. følgende mindstekrav:

»Tilbudsgivere, som ønsker at komme i betragtning, skal som grundlag for en vurdering af deres økonomiske og faglige kvalifikationer afgive følgende oplysninger og opfylde de nævnte mindstekrav: ... 2) Fremlæggelse af ansøgers seneste balance såfremt ansøgeren er forpligtet til at udarbejde balance. ...«

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation var der modtaget ansøgning fra flere uddannelsesinstitutioner, herunder Syddansk Universitet (SDU) og Københavns Universitet (KU), og fra Manova A/S og Schultz Information A/S. Manova og Schultz Information havde som de eneste ansøgt om prækvalifikation på alle syv vejledningscentre. Inden fristen for afgivelse af tilbud tillod Undervisningsministeriet, at Schultz Information deltog som underleverandør til Manova, og selskabet afgav derfor ikke tilbud.

Hverken SDU eller KU indleverede seneste balance, selv om de var udarbejdet. Da Undervisningsministeriet erfarede, at balancerne ikke var indleveret sammen med ansøgningen om prækvalifikation, rettede ministeriet henvendelse til universiteterne, som henholdsvis samme dag og dagen efter indleverede balancerne.

Undervisningsministeriet besluttede at tildele kontrakten for det fynske vejledningscenter til SDU og kontrakten for det københavnske til KU, da tilbuddene fra disse tilbudsgivere blev vurderet til at være økonomisk mere fordelagtige end tilbuddene fra Manova, der var den eneste anden ansøger og tilbudsgiver på disse vejledningscentre.

Manova klagede til Klagenævnet for Udbud og nedlagde bl.a. påstand om, at Undervisningsministeriet havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved ikke at have afvist anmodningerne om prækvalifikation fra SDU og KU, idet ingen af disse universiteter havde indleveret seneste balance sammen med ansøgningerne (påstand 1 og 2).

Klagenævnet gav ved kendelsen af 10. marts 2010 Manova medhold med følgende begrundelse:

»Da hverken Syddansk Universitet eller Københavns Universitet ... indleverede seneste balancer, som indklagede havde krævet af alle ansøgere, skulle indklagede have afvist anmodningerne om prækvalifikation fra de to universiteter. Indklagede rettede i stedet henvendelse til universiteterne og foranledigede, at de indleverede de manglende oplysninger, og indklagede handlede dermed i strid med princippet om ligebehandling«.

Påstandene blev således taget til følge, og beslutningen om at tildele kontrakterne til SDU og KU blev annulleret. Manova blev ved en senere kendelse tilkendt 50.000 kr. i erstatning (negativ kontraktinteresse).

Undervisningsministeriet indbragte afgørelsen for domstolene, og efter at have fået sagen henvist besluttede Østre Landsret at forelægge følgende spørgsmål for EU-Domstolen:

»Indebærer det EU-retlige ligebehandlingsprincip, at en ordregivende myndighed efter udløb af frist for anmodning om deltagelse i et udbud ikke er berettiget til at rekvirere en i udbudsannoncen krævet oplysning om en ansøgers seneste offentliggjorte balance, når den pågældende ansøger ikke har medsendt en sådan balance i sin ansøgning om prækvalifikation?«

EU-Domstolen har afsagt dom den 10. oktober 2013. Domstolen har bl.a. udtalt:

»39 Den ordregivende myndighed kan [...] anmode om, at de oplysninger, der fremgår af en sådan ansøgning [om prækvalifikation], i enkelttilfælde berigtiges eller suppleres, for så vidt

som en sådan anmodning vedrører forhold eller oplysninger, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud.

40 Det skal imidlertid præciseres, at dette ikke ville være tilfældet, hvis udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. Det påhviler således den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat (jf. i denne retning dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 115).

41 I det foreliggende tilfælde synes betingelserne nævnt i denne doms præmis 39 og 40 at være opfyldt. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at foretage de nødvendige vurderinger i denne henseende.

42 Henset til ovenstående bemærkninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud, for så vidt som udbudsmaterialet ikke udtrykkeligt krævede fremsendelse af disse oplysninger, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. En sådan anmodning må ikke uberettiget begunstige eller forskelsbehandle den eller de ansøgere, som den pågældende anmodning er rettet til.«

Domstolen besvarede herefter spørgsmålet i overensstemmelse med præmis 42.

SDU og KU var forpligtet til at udarbejde balancer, som blev offentliggjort, og da Undervisningsministeriet henledte universiteternes opmærksomhed på, at balancerne ikke var indleveret sammen med ansøgningerne, blev de straks fremsendt. Forudsætningen i dommens præmis 39 var derfor opfyldt.

Det fremgår imidlertid af dommens præmis 40 og med henvisning til Succhi di Frutta-dommen, at en ordregivende myndighed *strengt* skal overholde de kriterier, *den selv har fastsat*. Det er netop, hvad klagenævnet fastslog i sin kendelse af 10. marts 2010.

EU-Domstolen anfører i præmis 41 indledningsvis, at betingelserne i præmis 39 og 40 i det foreliggende tilfælde synes at være opfyldt. Denne sætning har tilsyneladende givet anledning til meget forskellige læsninger af domstolens dom. I næste sætning anføres imidlertid, at det tilkommer den forelæggende ret at foretage de nødvendige vurderinger i den henseende. Domstolen har således klart overladt det til de nationale domstole at vurdere, hvad der ligger i begrebet "mindstekrav".

Østre Landsret får ikke lejlighed til at foretage en sådan vurdering, idet Manova og Undervisningsministeriet efter det oplyste indgik forlig i sagen, efter at EU-Domstolen havde afsagt dom under den præjudicielle forelæggelse.

Dommen er bl.a. behandlet af advokaterne Rass Holdgaard og Anni Noes Westergaard i artiklen »EU-Domstolen korrigerer Klagenævnet for Udbud«, trykt i Advokaten 01/14, s. 36.

Kommitteret Nina Holst-Christensen, Justitsministeriet, anførte i EU-Ret & Menneskeret, nr. 6, december 2013, side 305, efter en gennemgang af dommen:

»6.3 Afsluttende bemærkninger

Manova-dommen vil utvivlsomt få stor praktisk betydning fremover inden for det udbudsretlige område. EUD har nu endeligt fastslået, at det følger af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, at i de tilfælde, hvor et udbud har en klar grænseoverskridende interesse, er en ordregivende myndighed således ikke blot berettiget, men forpligtet til at afvise anmodninger om deltagelse i en udbudsprocedure i de tilfælde, hvor en ansøger eller tilbudsgiver ikke har vedlagt de oplysninger, der kræves efter det offentliggjorte udbud. Det er dog herved en forudsætning, at det af det offentliggjorte udbud udtrykkeligt fremgår, at en ansøger vil blive udelukket, hvis sådanne oplysninger ikke er vedlagt.

Klagenævnet for Udbuds praksis blev således bekræftet af Domstolen med den præcisering, at ligebehandlingsprincippet inden for udbudsretten finder anvendelse med henblik på at sikre dels den fri bevægelighed for tjenesteydelser dels adgangen til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater. Det finder således ikke anvendelse i de tilfælde, hvor der ikke er nogen klar grænseoverskridende interesse i forhold til det pågældende udbud.«

2.1.4 Indhentelse af yderligere oplysninger fra tilbudsgivere

Kendelse af 13. marts 2013, ABB A/S mod L90

Det fælleskommunale affaldsselskab L90, der forbrænder affald for 13 jyske kommuner, havde iværksat et offentligt udbud efter udbudsdirektivet af levering og installation af hardware og software i forbindelse med udskiftning af et kontrolanlæg. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne 1. Pris (50 %), 2. Service (25 %) og 3. Programmeringsfleksibilitet (25 %).

L90 modtog tilbud fra 3 tilbudsgivere, heriblandt ABB A/S og Siemens A/S.

L90 gennemførte herefter en teknisk afklaring med begge disse tilbudsgivere, hvorefter L90 meddelte, at der »arbejdes videre« med Siemens A/S. På et møde den 5. oktober 2012 opfordrede L90 nu Siemens A/S til at komme med et revideret tilbud, og Siemens A/S afgav revideret tilbud den 16. oktober 2012. Ændringerne gik bl.a. ud på, at betalingsplanens procentvise ratefordeling blev bragt i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og at konventionalbøden blev hævet til 1 %. Desuden skete der ændringer vedrørende leveringsomfanget.

ABB A/S klagede den 31. oktober 2012 til klagenævnet og nedlagde en række påstande om overtrædelser, herunder bl.a. om uoverensstemmelser mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, om evaluering ved inddragelse af samme element under forskellige underkriterier og om, at tilbuddet fra Siemens A/S skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet tog i vidt omfang påstandene til følge, men undlod dog at tage stilling til påstandene om, at tilbuddet fra Siemens A/S var ukonditionsmæssigt.

ABB A/S nedlagde desuden påstand om, at L90 havde overtrådt forhandlingsforbuddet og ligebehandlingsprincippet ved den anvendte fremgangsmåde.

Klagenævnet tog også denne påstand til følge og udtalte, at L90 ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at de særskilte drøftelser med Siemens A/S, der fandt sted på mødet den 5. oktober 2012, efter at der var gennemført en teknisk afklaring med flere tilbudsgivere, og forinden beslutning om tildeling af kontrakten skulle træffes, ikke udgjorde en overtrædelse af forhandlingsforbuddet. L90 havde såle-

des handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved inden kontrakttildelingen at forhandle med én tilbudsgiver om forhold, der påvirkede den samlede tilbudssum, ved at tillade, at betalingsplanen i tilbuddet blev justeret, så den stemte overens med udbudsbetingelserne, og ved at tillade væsentlige ændringer i omfanget af den oprindeligt tilbudte leverance.

I overensstemmelse med ABB A/S' påstand annullerede klagenævnet udbuddet.

2.1.5 Øvrige procedureregler m.v.

Kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen

Sagen vedrører et begrænset udbud foretaget af Moderniseringsstyrelsen af en rammeaftale med flere aktører om flytteopgaver. Klagen drejede sig om, at styrelsen havde afvist et tilbud fra NFB Transport System A/S som »unormalt lavt«.

Moderniseringsstyrelsen havde fulgt proceduren i udbudsdirektivets artikel 55 med at indhente en udtalelse fra NFB Transport Systems A/S, som styrelsen umiddelbart syntes havde givet et mistænkeligt lavt tilbud. NFB Transport Systems A/S' udtalelse indeholdt nogle forudsætninger om, hvordan sammensætningen af de forskellige ydelser under aftalen ville være. Ifølge virksomheden betød dette, at tab på de ydelser, som virksomheden havde prissat til 0 kr., ville være af begrænset omfang og blive kompenseret af indtjening på andre ydelser med en højere pris. Desuden oplyste virksomheden, som var et nyetableret datterselskab af en stor svensk flyttevirksomhed, at koncernen ønskede at positionere sig på det danske marked ved at vinde denne kontrakt.

Moderniseringsstyrelsen gjorde NFB Transport Systems A/S opmærksom på, at de forudsætninger, virksomheden havde oplyst at have lagt til grund vedrørende sammensætningen af ydelserne, ikke var rigtige. Herefter kom NFB Transport Systems A/S med en ny udtalelse, hvori virksomheden oplyste, at det, som var anført i den første udtalelse om virksomhedens forudsætninger, ikke havde nogen reel betydning for prissætningen.

Moderniseringsstyrelsen afviste herefter tilbuddet som unormalt lavt. Styrelsen lagde vægt på den første udtalelse og på det forhold, at den samlede pris var 60 % lavere end den gennemsnitlige samlede tilbudspris for alle delaftalerne og mere end 50 % lavere end den næstlaveste samlede pris for alle delaftalerne.

Under klagesagen gjorde NFB Transport Systems A/S en række synspunkter gældende til støtte for, at tilbuddet ikke kunne afvises som unormalt lavt.

I en kendelse vedrørende opsættende virkning anførte klagenævnet, at der umiddelbart bedømt ikke var udsigt til, at NFB Transport Systems A/S ville få medhold i klagen. Klagenævnet henviste til, at indklagede havde fulgt proceduren i udbudsdirektivets artikel 55, at brugerne af rammeaftalen ville kunne rekvirere visse ydelser gratis, og at NFB Transport Systems A/S ville være forpligtet til at levere disse ydelser i ubegrænset omfang. Klagenævnet fandt, at der ikke var grundlag for at betvivle Moderniseringsstyrelsens oplysning om, at der måtte forventes et ikke ubetydeligt træk på de gratis ydelser, og at NFB Transport Systems A/S ikke ville kunne indvinde sit tab på de flytninger, hvor virksomhedens priser var høje. Hertil kom, at NFB Transport Systems A/S i sin første redegørelse til Moderniseringsstyrelsen havde givet udtryk for at have haft nogle klart urigtige forudsætninger om, hvordan udbudsbetingelserne skulle forstås, og hvilket træk der i konsekvens heraf ville være på de forskellige ydelser. Den efterfølgende fragåelse af disse forudsætninger var ikke overbevisende, og Moderniseringsstyrelsen var berettiget til at lægge vægt på den første udtalelse. Samlet set var der dermed en sådan tvivl om, hvorvidt NFB Transport Systems A/S ville kunne udføre ydelserne uden

direkte tab, at Moderniseringsstyrelsen umiddelbart bedømt havde været berettiget til at afvise tilbuddet. At NFB Transport Systems A/S og selskabets svenske moderselskab havde en strategisk interesse i kontrakten kunne ikke føre til et andet resultat.

NFB Transport Systems A/S trak efterfølgende klagen tilbage.

Kendelsen viser, at en ordregiver, der følger proceduren i artikel 55 og argumenterer overbevisende for, hvorfor et tilbud er »unormalt lavt«, har et vist skøn, som klagenævnet ikke erstatter med sit eget skøn. Samtidig viser kendelsen, at en tilbudsgiver, som anmodes om en udtalelse om holdbarheden af de tilbudte priser, typisk vil blive fanget af en uholdbar forklaring, og tilbudsgiveren kan ikke efterfølgende hverken i forhold til ordregiveren eller klagenævnet »bortforklare« den første forklaring.

Kendelsen er desuden et blandt mange eksempler på, at klagenævnets »fumus«-kendelser kan føre til en hurtig løsning af sagen.

Kendelse af 8. april 2013, Dojo Software ApS mod Region Nordjylland

Region Nordjylland havde indgået aftale med en virksomhed om service, support og udvikling af et it-system til medicinhåndtering i regionen. Virksomheden gik konkurs i november 2011. Herefter blev opgaverne udført af et med virksomheden koncernforbundet selskab, der forgæves forsøgte at overtage medarbejderne fra den konkursramte virksomhed.

I december 2011 indgik regionen en »Service- and developing agreement« vedrørende medicinsystemet med nøglearbejderne fra den konkursramte virksomhed, der i januar 2012 stiftede virksomheden Dojo Software ApS. I januar 2012 indgik regionen en ny midlertidig aftale om it-ydelserne med en anden virksomhed, CSC Scandihealth, som udførte tilsvarende opgaver for andre regioner.

Dojo Software nedlagde under klagesagen påstand om, at regionen efter at have indgået aftale med nøglemedarbejderne ikke havde været berettiget til at indgå aftalen med CSC Scandihealth uden udbud. Virksomheden nedlagde endvidere påstand om, at kontrakten skulle erklæres for uden virkning, subsidiært at klagenævnet skulle annullere kontrakten.

Dojo Software fik ikke medhold. Klagenævnet fandt, at regionen havde befundet sig i en force majeure-situation, og at det var berettiget at anvende proceduren efter udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra c, om udbud uden udbudsbekendtgørelse, indtil et nyt udbud kunne afholdes. Klagenævnet fandt det godtgjort, at det var usikkert, om Dojo Software var i stand til at vedligeholde og servicere medicinhåndteringssystemet, indtil et nyt udbud kunne iværksættes.

Kendelse af 6. maj 2013, Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening

Kommunernes Landsforening udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet rammeaftaler opdelt i 32 delaftaler om levering af høreapparater. Den samlede anslåede værdi var mellem 210 og 315 mio. kr. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Widex DK A/S havde fået tildelt nogle af rammeaftalerne.

Klagesagen vedrørte i det væsentlige spørgsmålet om, hvorvidt Kommunernes Landsforening under overholdelse af fredningsreglen i artikel 39, stk. 2, havde været berettiget til i et rettelsesblad for nogle af delaftalerne at frafalde et bestemt krav om »RITE (Receiver in the ear)«, eller om man i stedet havde været forpligtet til at annullere tilbuddet og foranstalte nyt udbud (påstand 1-2).

Med henvisning til EU-Domstolens dom af 10. maj 2012 i sag C-368/10 (»Max Havelaar-dommen«) udtalte klagenævnet bl.a.:

Det forhold, at kravet var blevet frafaldet, havde givet Widex DK A/S mulighed for at afgive tilbud på 2 yderligere delaftaler. Endvidere måtte det antages, at kredsen af tilbudsgivere var blevet udvidet. En ændring som den foretagne, som indebar en udvidelse af kredsen af mulige tilbudsgivere, ændrede ikke »rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet«. Det var heller ikke på nogen måde sandsynliggjort, at kravet om »RITE« havde haft indvirkning på potentielle tilbudsgivers beslutning om deltagelse i udbuddet.

Påstandene blev derfor ikke taget til følge.

En række påstande (påstand 3-10) om, at forskellige tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelserne, og en række annullationspåstande (påstand 11-36) blev heller ikke taget til følge.

Kendelse af 24. oktober 2013, DUBA B8 A/S mod Region Hovedstaden

Klagen i denne sag vedrørte et udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse (oprindeligt et begrænset udbud uden konditionsmæssige tilbud) om en rammeaftale om levering af møbler til Region Hovedstaden. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne pris (40 %), kvalitet og funktionalitet (30 %) og sortiment (30 %).

Ifølge udbudsbetingelserne ville der ved tildeling af ordrer i visse tilfælde blive anvendt miniudbud, jf. udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4. I så fald fremgik det af udbudsbetingelserne:

»Ved miniudbud vil tildelingskriteriet økonomisk mest fordelagtige på grundlag af kriterierne pris og kvalitet i denne prioriterede rækkefølge blive anvendt ved vurdering af den konkrete efterfølgende ordreplacering«.

En af de tilbudsgivere, som ikke fik tildelt kontrakt, DUBA B8 A/S, klagede blandt andet over, at det ikke i udbudsbetingelserne var angivet, hvordan underkriterierne ville blive vægtet ved miniudbud.

Der var herudover blandt andet påstande om, at den anvendte evalueringsmodel var uegnet, om at Region Hovedstaden havde baseret evalueringen af dele af tilbuddet på vareprøver fra andre tilbudsgivere, om anvendelse af et uklart mindstekrav og et uklart konkurrencegrundlag og om annullation af udbuddet, subsidiært tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtalte om spørgsmålet om vægtning af de underkriterier, som anvendes ved miniudbud, at det ikke fremgår udtrykkeligt af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, om kravet i artikel 53, stk. 2, om vægtning af underkriterier også gælder tildeling af ordrer ved miniudbud.

Efter ordlyden af bestemmelserne, herunder ordlyden i andre sprogversioner end den danske, formålet med artikel 53 og det generelle princip om gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, fandt klagenævnet, at det ved udbud af en rammeaftale, der giver mulighed for miniudbud med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige udbud«, i overensstemmelse med udgangspunkt i artikel 53, stk. 2, 1. pkt., skal angives i udbudsbekendtgørelsen og/eller udbudsbetingelserne, hvordan underkriterierne til tildelingskriteriet vil blive vægtet ved miniudbud.

Samtidig udtalte klagenævnet, at der antagelig i en del tilfælde ikke allerede ved udbuddet af rammeaftalen kan foretages en vægtning af underkriterierne, da de konkrete ordrer, som skal være genstand for miniudbud, ofte ikke vil være kendte på dette tidspunkt. Undtagelsen i udbudsdirektivets

artikel 53, stk. 2, sidste pkt., kan i så fald anvendes, således at der alene angives en prioritering af underkriterierne. Klagenævnet bemærkede, at betænkelighederne herved forekom begrænsede, hvis ordregiveren har forpligtet sig til ved konsultationen efter artikel 32, stk. 4, litra d, om de enkelte miniudbud på forhånd at oplyse leverandørerne om den nærmere vægtning af underkriterierne ved tildelingen af den pågældende ordre. Klagenævnet henviste i den forbindelse til, at formålet med kravet om oplysning om tildelingskriterier og deres vægtning ifølge præambelens betragtning 46 er, at tilbudsgiverne har disse oplysninger på det tidspunkt, hvor de udarbejder deres tilbud.

I den konkrete sag fandt klagenævnet, at Region Hovedstaden havde været berettiget til at nøjes med at angive de underkriterier, som ville blive anvendt ved miniudbud, i prioriteret rækkefølge, jf. artikel 53, stk. 2, sidste pkt.

Klagenævnet tog derfor ikke påstanden vedrørende vægtning af underkriterierne ved miniudbud til følge.

Klagenævnet tog – med konkrete begrundelser for resultatet – heller ikke klagerens øvrige påstande til følge.

Klagenævnet udtalte i sin delkendelse om afslag på opsættende virkning af 21. maj 2013 om betingelsen om uopsættelighed, at det forhold, at der var tale om en rammeaftale med tre leverandører, og at det derfor kunne være vanskeligt at opgøre klagerens præcise tab ved ikke at have fået kontrakt tildelt, ikke indebar, at det kunne anses for udelukket at opgøre en erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Der ville således blandt andet kunne inddrages oplysninger om de leverancer, der har fundet sted, efter kontrakten er indgået, og det i udbudsbekendtgørelsen oplyste om rammeaftalens forventede omfang.

Det bemærkes, at udbudsdirektivet ikke indeholder en klar regulering af samspillet mellem artikel 32, stk. 4, og udbudsdirektivets øvrige procedureregler. En autoritativ fortolkning af det spørgsmål, som kendelsen vedrører – og de øvrige tvivlsspørgsmål, som artikel 32, stk. 4, giver anledning til – vil kræve en eller flere forelæggelser for EU-Domstolen.

Kendelse af 20. december 2013, Agusta Westland Limited mod Forsvarets Materieltjeneste

Denne klagesag drejer sig om berettigelsen af at unklade udbud efter udbudsdirektivet i medfør af en undtagelsesbestemmelse i EUF-traktatens artikel 346, stk. 1, litra b, om beskyttelse af væsentlige sikkerhedsinteresser. Sagen blev behandlet af to dommere og to sagkyndige efter reglen i håndhævelseslovens § 10, stk. 4, 2. og 3. pkt., om særlige tilfælde.

Forsvarets Materieltjeneste havde i stedet for at foretage udbud efter udbudsdirektivet af et planlagt indkøb af militære skibsbaserede helikoptere iværksat en indkøbsprocedure med forhandling med potentielle leverandører af helikopterne uden offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse og altså »uden for« direktivets rammer. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med nærmere oplyste underkriterier. Vægtningen af underkriterierne var ikke oplyst over for tilbudsgiverne og blev først fastsat til slut under evalueringen.

Klageren, Agusta Westland Limited, havde deltaget i indkøbsproceduren, som var sat i gang i 2007. Til slut i forhandlingsfasen var Agusta Westland Limited og US Navy de eneste tilbageværende tilbudsgivere. I efteråret 2011 valgte Forsvarets Materieltjeneste tilbuddet fra US Navy som det økonomisk mest fordelagtige og indgik efterfølgende kontrakt med US Navy. Agusta Westland Limited indgav kort efter at have modtaget tildelingsbeslutningen klage til klagenævnet. En begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge, jf. nævnets kendelse af 4. januar 2013.

Agusta Westland Limiteds hovedsynspunkt var, at Forsvarets Materieltjeneste ikke var berettiget til at undlade udbud efter udbudsdirektivet, idet betingelserne for at anvende undtagelsesbestemmelsen i EUF-traktatens artikel 346, stk. 1, litra b, ikke var opfyldt. I så fald ville der være tale om direkte tildeling, og det betød ifølge Agusta Westland Limited, at kontrakten skulle erklæres for »uden virkning«.

Agusta Westland Limited anførte i anden række, at Forsvarets Materieltjeneste havde handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at give tilstrækkelige oplysninger om beslutningsgrundlaget for den gennemførte evaluering og tildeling af kontrakten samt ved at forskelsbehandle tilbudsgiverne på en række punkter. Tildelingsbeslutningen skulle ifølge Agusta Westland Limited annulleres som følge af denne overtrædelse.

Forsvarets Materieltjeneste gjorde gældende, at undtagelsesbestemmelsen i traktaten var anvendt med rette, og at dette, jf. en tidligere klagenævnskendelse af 16. februar 2009, Saab mod Forsvarets Materieltjeneste, betød, at klagen i sin helhed skulle afvises. Forsvarets Materieltjeneste bestred desuden, at der var handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Forsvarets Materieltjeneste anførte endeligt, at Agusta Westland Limited under alle omstændigheder havde mistet adgangen til at gøre indsigelse mod den valgte procedure som følge af passivitet.

Klagenævnet gav Forsvarets Materieltjeneste medhold i, at forsvaret ikke skulle følge procedurene i udbudsdirektivet ved indkøbet af helikopterne.

Klagenævnet vurderede således, at betingelserne for at bruge undtagelsesbestemmelsen i EUF-traktatens artikel 346, stk. 1, litra b, som er:

- (i) at anskaffelsen havde karakter af våben, ammunition og krigsmateriel,
- (ii) at det var nødvendigt at fravige udbudsreglerne for at beskytte væsentlige sikkerhedsinteresser, og
- (iii) at der ikke måtte ske forringelse af konkurrencevilkårene i EU på markedet for civile varer,

var opfyldt. Dette gjaldt, selvom klagenævnet lagde til grund, at helikopterne i et vist (begrænset) omfang skulle bruges til civile eller delvist civile formål i form af civile eftersøgning- og redningsoperationer og bistand til fiskeriinspektion i Nordatlanten ved Færøerne og Grønland.

Forsvarets Materieltjeneste var dermed berettiget til at undlade at foretage udbud efter udbudsdirektivet.

Da Agusta Westland ikke fik medhold i, at der skulle have været afholdt et udbud efter procedurereglerne i udbudsdirektivet, fik selskabet heller ikke medhold i, at den kontrakt, forsvaret har indgået med US Navy om helikopterkøbet, skulle erklæres for »uden virkning«.

Agusta Westland havde anmodet om, at der blev stillet præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen om forståelsen af artikel 346, stk. 1, litra b. Klagenævnet vurderede, at EU-Domstolens praksis var så klar, at der ikke var behov for at stille spørgsmål.

Klagenævnet udtalte vedrørende spørgsmålet om afvisning, at klagenævnet har kompetence til at tage stilling til, om betingelserne for at undlade udbud i henhold til EUF-traktatens artikel 346, stk. 1, litra b, er opfyldt. Hvis det er tilfældet, er klagenævnet også kompetent til at tage stilling til, om ordregiveren har overholdt de grundlæggende traktatprincipper, sml.m. kendelse af 4. februar 2013 omtalt i afsnit 2.1.11.

Klagenævnet gav heller ikke Augusta Westland medhold i den del af klagen, som drejede sig om overtrædelse af de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Klagenævnet udtalte blandt andet, at Forsvarets Materieltjeneste havde gennemført en åben og transparent forhandlingsproces i så vidt et omfang, som de sikkerhedsinteresser, der har begrundet anvendelsen af EUF-traktatens artikel 346, stk. 1, litra b, havde tilladt det.

Forsvarets Materieltjeneste havde heller ikke på en række nærmere angivne punkter, som Augusta Westland havde anfægtet, tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Klagenævnet fastslog i øvrigt, at de hensyn, der begrundede anvendelse af EUF-traktatens artikel 346, stk. 1, litra b, ikke blot kan begrunde, at udbudsdirektivet ikke anvendes, men også kan begrunde en fravigelse af de generelle EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Den generelle betydning af klagenævnets kendelse er formentlig begrænset, da indkøb af militære og sikkerhedsmæssigt følsomme varer nu kan finde sted efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet, som i langt højere grad end udbudsdirektivet giver mulighed for at varetage særlige sikkerhedsmæssigt begrundede hensyn under udbudsproceduren.

Udtalelsen om, at klagenævnet, også i et tilfælde, hvor undtagelsesbestemmelsen i artikel 346, stk. 1, litra b, finder anvendelse, er kompetent til at tage stilling til, om ordregiveren har overholdt de grundlæggende traktatprincipper, er i overensstemmelse med ordlyden af håndhævelseslovens § 1, stk. 2, nr. 1, og nyere EU-praksis, og er derfor ikke overraskende.

Afgørelsen er indbragt for Retten i Glostrup med anmodning om henvisning til Østre Landsret. Der er i stævningen anmodet om, at der stilles præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen.

2.1.6 Udbudsbetingelsers indhold og lovlighed

Kendelse af 19. marts 2013, Fresenius Medical Care Danmark A/S mod Region Midtjylland

Region Midtjylland afholdt et offentligt udbud efter udbudsdirektivet om levering af dialysemaskiner og af en rammeaftale om levering af »leverandørafhængige« forbrugsvarer til dialysemaskinerne.

Tildelingskriteriet var det »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne 1) den samlede økonomiske konsekvens (50 %), 2) funktionalitet/brugervenlighed (20 %), 3) IT/software (10 %), 4) service/driftseffektivitet (10 %) og 5) arbejdsmiljø/miljøhensyn (10 %).

En af tilbudsgiverne, Fresenius Medical Care Danmark A/S (herefter Fresenius), klagede, efter at have modtaget regionens meddelelse om at have besluttet at tildele kontrakten til Gambro Danmark A/S. Klagen indeholdt bl.a. følgende påstand:

»Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet) ved ikke at inddrage kendte omkostninger til forbrug af saltvand ved evalueringen af Gambro Danmark A/S' tilbud efter underkriteriet »den samlede økonomiske konsekvens«.

Det var Fresenius' synspunkt, at regionen skulle have indregnet omkostninger til saltvand, som skulle bruges til at gennemskylle ledninger på de dialysemaskiner, som vinderen havde tilbudt, ved fastlæggelsen af den samlede pris for vinderens tilbud.

Klagenævnet tog ikke påstanden til følge.

Klagenævnet anførte i begrundelsen, at udbuddet vedrørte »Hæmodialysemaskiner med tilhørende leverandørafhængige forbrugsvarer til Region Midtjylland«. Det saltvand, som skulle anvendes til gennemskylning af slanger ved brug af de maskiner, som vinderen havde tilbudt, kunne leveres af andre end vinderen, og var således ikke »leverandørafhængigt«.

Klagenævnet anførte videre, at saltvand heller ikke var blandt de forbrugsvarer, som var omfattet af den udbudte rammeaftale, som også kun vedrørte »leverandørafhængige« forbrugsvarer. Efter indholdet af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne skulle regionen dermed ikke indregne omkostninger til forbrug af saltvand ved evalueringen af tilbuddene.

Der var efter klagenævnets vurdering heller ikke grundlag for at antage, at regionen åbenbart havde overskredet det vide skøn, som regionen som ordregiver havde ved fastlæggelsen af udbuddets omfang og ved fastlæggelsen af, hvilke forbrugsvarer der skulle indgå ved beregningen af de årlige driftsomkostninger i relation til underkriteriet om den samlede økonomiske konsekvens. Endelig var der ikke grundlag for at antage, at regionen havde fastlagt afgrænsningen af forbrugsvarerne ud fra usaglige hensyn. Klagenævnet tog derfor ikke påstand 3 til følge.

Kendelsen illustrerer, at ordregiveren efter klagenævnets praksis har et meget betydeligt skøn ved fastlæggelsen af, hvordan udbuddet afgrænses, og tilbud bedømmes, og at der herunder ikke nødvendigvis er krav om, at ordregiveren skal indregne alle følgeomkostninger, der er forbundet med et tilbud.

2.1.7 Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel

Kendelse af 8. januar 2013, MET 4 JV Cityringen Tender Office mod Metroselskabet I/S

Metroselskabet udbød som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en bygge- og anlægskontrakt om etablering af metroens cityring i København. Kontrakten omfatter bl.a. etablering af ca. 16 km dobbelttunnel og 17 stationer med et samlet anlægsbudget på 21,3 mia. kr. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne pris (60 %) og teknisk kvalitet (40 %) med en række delkriterier med angivet vægtning.

3 konsortier, bl.a. MET 4 JV og Copenhagen Metro Team, afgav tilbud. Den 24. november 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Copenhagen Metro Team. MET 4 JV klagede til klagenævnet, som den 2. januar 2011 besluttede ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Kontrakt blev herefter indgået den 7. januar 2011.

Under klagesagen nedlagde MET 4 JV påstande om, at Copenhagen Metro Teams ansøgning om prækvalifikation skulle have været afvist, fordi den manglede krævet dokumentation for personlige, økonomiske og finansielle forhold og teknisk kapacitet. Endvidere nedlagde konsortiet påstand om, at Metroselskabet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 havde evalueret tilbuddene i relation til underkriteriet teknisk kvalitet ved at sammenligne tilbuddene i stedet for at foretage en individuel evaluering af hvert enkelt tilbud. Disse påstande blev ikke taget til følge.

MET 4 JV nedlagde desuden påstand om, at den pointmodel, som Metroselskabet havde anvendt ved evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet pris, indebar en forrykkelse af vægtningen af kriterierne for tildeling af kontrakten, således som de var fastlagt i udbudsbetingelserne.

Pointmodellen var bl.a. fastsat med udgangspunkt i, at et tilbud, der var mindst 30 % dyrere end Metroselskabets forudgående prisestimat på 1.400 mio. euro, skulle tildeles 0 point, mens det billigste tilbud ville blive tildelt de maksimale 60 point, og point mellem disse positioner ville blive tildelt ved lineær interpolation. I praksis medførte tilbudspriserne, der alle oversteg det nævnte estimat, at et tilbud, der var mindst 25,5 % dyrere end det billigste tilbud – tilbuddet fra Copenhagen Metro Team – ville have fået 0 point. MET 4 JV's tilbud var 100.564.000 euro dyrere end tilbuddet fra Copenhagen Metro Team, svarende til en prisforskel på 6,1 %. Copenhagen Metro Team fik tildelt 60 point, mens MET 4 JV fik tildelt 45,6 point. Hvis MET 4 JV havde fået 6,1 % færre point end Copenhagen Metro Team, ville det svare til 56,3 point.

MET 4 JV gjorde bl.a. gældende, at den indbyrdes vægtning på henholdsvis 60 % og 40 % af de to underkriterier burde indebære, at en forskel på tilbudspriserne på 1 % burde kunne opvejes af en 1,5 % højere score for teknisk kvalitet.

Klagenævnet tog ikke påstanden til følge og anførte bl.a., at synspunktet ville indebære, at en ordregiver altid ville skulle fordele de point, der er til rådighed i forbindelse med evalueringen af de tilbudte priser, ved lineær interpolation mellem den pris, der gav det maksimale antal prispoint (her: den laveste tilbudte pris) og en pris, der er dobbelt så høj som den pris, der gav det maksimale antal prispoint (her: den laveste tilbudte pris). Allerede fordi kvalitetsskalaen ikke entydigt kan fastlægges med samme objektive sikkerhed som prisskalaen, tiltrådte klagenævnet således ikke, at der skulle foreligge en sådan entydig sammenhæng mellem et tilbuds pris og det antal point, som tilbuddet tildeles for teknisk kvalitet.

Klagenævnet anførte dog tillige, at en så stejl kurve som den anvendte i mange udbud kunne risikere at forrykke den fastsatte vægtning af priskriteriet. Det var imidlertid ikke tilfældet her. Priserne på de to tilbud, der var dyrere end det billigste tilbud, afveg – i øvrigt i overensstemmelse med de skøn, som Metroselskabet på forhånd havde foretaget herom og med det, der som udgangspunkt var forventeligt i betragtning af entrepriseopgavens langvarige og komplicerede karakter samt betydelige omfang – på den ene side forholdsmæssigt begrænset fra prisen på det billigste tilbud. På den anden side udgjorde den konstaterede prismæssige spredning mellem de modtagne tilbud i absolutte tal mere end 151 mio. euro og dermed mere end 1,1 mia. kr. Den anvendte model, hvorefter 1 point svarede til en prisforskel på ca. 52 mio. kr., indebar, at der kunne gives point til et tilbud, der var op til ca. 3 mia. kr. dyrere end det billigste, og modellen var således i stand til at afspejle de konstaterede store beløbsmæssige forskelle i de tilbudte priser. Klagenævnet fandt på den baggrund, at modellen herefter – inden for det skøn, som en ordregiver har i et udbud af denne karakter, og uanset den fastsatte kurves stejlhed – konkret var egnet til at bidrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at den ikke havde ændret den fastsatte indbyrdes vægtning af underkriterierne.

Kendelse af 18. juli 2013, Calundan Høreteknik ApS mod Gentofte Kommune m.fl.

Kendelsen vedrører et offentligt udbud efter udbudsdirektivet af høretekniske hjælpemidler. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne 1) pris (50 %), 2) kvalitet (30 %) og service (20 %).

En tilbudsgiver, Calundan Høreteknik ApS, klagede over udbuddet. Selskabets påstande drejede sig om den evalueringsmodel, som Gentofte Kommune havde benyttet til at evaluere i relation til priskriteriet.

I den anvendte model blev der evalueret dels på priserne for de tilbudte høretekniske hjælpemidler og dels på priser for installation m.v. Pristilbuddet skulle være en samlet pris pr. år for levering af produkterne ud fra det af kommunen oplyste forventelige årlige indkøb. Gentofte Kommune tildelte

under evalueringen point for pris efter en formel, hvor tilbuddet med den laveste samlede tilbudspris fik 8 point og de øvrige tilbud fik point i forhold til den laveste tilbudspris. Tilbud med en pris, som var 100 % eller mere over den laveste tilbudspris, fik det lavest mulige pointantal på 1.

Calundan Høreteknik ApS' synspunkt var, at den anvendte evalueringsmodel var uegnet, fordi den førte til, at pris kom til at vægte mindre end de 50 %, som pris skulle vægte ifølge udbudsbetingelserne.

Klagenævnet gav Calundan Høreteknik ApS medhold i klagen og annullerede tildelingsbeslutningen.

Afgørelsen var begrundet i de konkrete oplysninger om prisdannelsen på markedet for de pågældende høretekniske hjælpemidler. Det fremgik af de oplysninger, som klagenævnet indhentede under sagen, at markedet i vidt omfang var præget af standardpriser (listepriser). De tilbudte priser for hjælpemidlerne måtte – henset til den ved udbuddet skabte konkurrencesituation – antages at ligge under disse listepriser.

Den prismodel, der blev anvendt, betød under disse omstændigheder, at medmindre det billigste tilbud lå meget langt under listepriserne (50 % under), ville en betydelig del af pointskalaen aldrig i praksis blive udnyttet (den del af skalaen som forudsatte, at der blev givet tilbud med en pris som lå over listepriserne).

De konkrete tilbudspriser lå langt fra så lavt som 50 % under listepriserne, og efter de oplysninger, klagenævnet modtog, var det også urealistisk at forvente så lavt et tilbud. Under disse konkrete omstændigheder betød pointmodellen, at tilbudspriserne ikke fik den betydning, som tilbudsgiverne kunne forvente på grundlag af 50 %-vægtningen af priskriteriet. Pointmodellen var derfor uegnet.

Kendelsen er begrundet i de konkrete omstændigheder i sagen, men den understreger betydningen af, at ordregivere, når de vælger evalueringsmodel for pris (og andre underkriterier), overvejer, om modellen er egnet i lige præcis det konkrete marked, som udbuddet vedrører. Desuden viser kendelsen betydningen af – når tilbuddene er modtaget – at overveje, om den model, som ordregiveren eventuelt på forhånd har planlagt at anvende, nu også er den rette. Det kan således, når priserne er modtaget, vise sig, at ordregiverens forhåndsantagelser om prisdannelsen i det pågældende marked har været forkert. Det kan i så fald være nødvendigt at anvende en anden model end den oprindeligt planlagte, eller, hvis modellen har været offentliggjort, at annullere udbuddet.

Kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark

Klagen i denne sag vedrører et stort og teknisk komplekst udbud efter forhandling af to milliardkontrakter om signalanlæg til jernbanenettet i den østlige og vestlige del af Danmark. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne pris (40 %), teknisk løsning (30 %) og projekt og vedligeholdelse (30 %).

Ansaldo STS S.p.A (Ansaldo) havde indgivet det billigste tilbud og klagede blandt andet over, at den sproglige evalueringsmodel, Banedanmark havde anvendt, og en pointmodel, der blev anvendt til at støtte resultatet af den sproglige evaluering, var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og sikre den fastsatte vægtning af underkriterierne. Reelt drejede denne påstand sig om, at Ansaldo mente, at den lave pris, virksomheden havde tilbudt, ikke fik fornøden vægt.

Den kritiserede sproglige evalueringsmodel gik for så vidt angik priskriteriet ud på, at priserne blev indbyrdes sammenlignet og holdt op mod resultatet af bedømmelsen af de to kvalitative kriterier. Den pointmodel, der blev anvendt som støtte, og som indeholdt den egentlige forklaring på priseva-

lueringen, var en i praksis almindeligt anvendt model, hvor tilbuddet med den laveste pris fik maksimumpoint (5 point), og tilbud med en tilbudspris mere end en bestemt procentandel over laveste tilbudspris (her 50 %) fik laveste point (1 point). Øvrige tilbud fik point efter en lineær interpolation.

Ansaldo gjorde i øvrigt overordnet gældende, at der var sket magtfordrejning/politisk indblanding med det formål at undgå at tildele kontrakten til Ansaldo. Årsagen var ifølge Ansaldo, at det ville være politisk ubekvemt at tildele kontrakt til et selskab, der er koncernforbundet med det selskab, som har leveret IC4-togene. Desuden påstod Ansaldo, at der på en række punkter ikke var sket en korrekt bedømmelse af Ansaldo's tilbud i relation til underkriteriet teknisk løsning, at kravene om en »kort redegørelse« (begrundelseskravet) i håndhævelseslovens § 2 ikke var overholdt, og at tildelingsbeslutningen skulle annulleres.

Klagenævnet blev sat med »dobbelt besætning«, 2 dommere og 2 sagkyndige, i henhold til håndhævelseslovens § 10, stk. 4, om »særlige tilfælde«.

Klagen blev ikke på noget punkt taget til følge af klagenævnet i den mere end 200 sider lange kendelse.

Nævnet foretog i kendelsen side 181-183 en gennemgang af nogle tidligere kendelser om bedømmelse af pris. Desuden kom klagenævnet med flere yderligere udtalelser af principiel karakter om, hvordan klagenævnet bedømmer valg af prisevalueringsmodeller og evaluering af pris.

Det fremgår blandt andet:

- ▶ Ordregiveren har som udgangspunkt en vid skønsmargen ved både fastlæggelsen af en evalueringsmodel og ved den konkrete evaluering.
- ▶ Hvis ordregiverens redegørelse for valget af evalueringsmodel eller for evalueringen er ufuldstændig og/eller uklar, har ordregiveren bevisbyrden for, at kontrakten er tildelt i overensstemmelse med de fastsatte underkriterier og vægtningen af disse.
- ▶ Ordregiveren kan ved valg mellem flere lovlige evalueringsmodeller vælge den model, der efter ordregiverens opfattelse er den sagligt mest velegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det forhold, at modelvalget først er truffet efter modtagelsen af tilbud, ændrer ikke herpå, men kravene til ordregiverens begrundelse for valget skærpes.

Klagenævnet fandt, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte valget af evalueringsmodel eller den foretagne evaluering. Det gjaldt, selvom Banedanmark først havde fastlagt evalueringsmodellen efter modtagelsen af tilbuddene. (Se kendelsen side 197-201).

Klagenævnet kom også med en række udtalelser af mere generel interesse i relation til påstanden om fejl i evalueringen efter det kvalitative underkriterium om teknisk løsning (side 184-197).

2.1.8 Begrundelseskrav ved kontrakttildeling

Kendelse af 15. marts 2013, Cowi A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S (SKI)

SKI udbød som begrænset udbud efter udbudsdirektivet rammeaftale om bygherrerådgivning, opdelt i 6 delaftaler fordelt på 3 geografiske områder og 2 ydelsesområder til en anslået værdi af 550 mio. kr. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne kvalitet (60 %) og pris (40 %).

Klagesagen vedrørte ydelsesområde 1, delaftale 1A, 1B og 1C. Cowi A/S afgav tilbud på alle 3 delaftaler, men var ikke blandt de 7 tilbudsgivere, som SKI besluttede at indgå kontrakt med pr. delaftale.

Cowi A/S begærede ved klagens indgivelse klagen tillagt opsættende virkning. Begæringen blev ikke taget til følge med henvisning til, at kravet om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Under sagen udsendte SKI en berigtiget begrundelse for pointtildelingen og meddelte samtidig tilbudsgiverne, at der løb en ny standstill-periode fra den nye begrundelse. Cowi A/S indgav derefter ny klage og begærede den tillagt opsættende virkning.

Klagenævnet udtalte imidlertid, at den standstill-periode, som ordregivere i medfør af håndhævelseslovens § 3 skal iagttage, igangsættes af underretningen om tildelingsbeslutningen. Underretningen skal begrundes, jf. lovens § 2. I modsætning til, hvad der gælder i lovens § 7, stk. 1, om fristen ved klager over manglende prækvalifikation, hænger begrundelseskravet ikke sammen med kravet om standstill-perioden. Begrundelseskravet er et selvstændigt krav, der kan overtrædes uafhængigt af, om kravet om overholdelse af en standstill-periode er overtrådt. SKI's nye begrundelse for tildelingsbeslutningen udløste derfor ikke en ny standstill-periode, hvor klagenævnet inden 30 dage skal træffe afgørelse, jf. lovens § 12, stk. 3.

Cowi A/S' påstande vedrørte i det væsentlige en række overtrædelser af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, navnlig for så vidt angår evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet kvalitet, der blev bedømt på grundlag af en udarbejdet »case«, som var udarbejdet af en person, der tillige havde deltaget i udarbejdelsen af udbudsbetingelserne. Samme person havde herefter foretaget en »test«, udarbejdet en besvarelsesvejledning (»facitliste«) og sluttelig evalueret tilbudsgivernes besvarelser.

Klagenævnet tog i vidt omfang påstandene til følge. Klagenævnet fastslog således, at SKI havde handlet i strid med artikel 2 ved ikke at følge den pointmodel, der var opstillet i udbudsbetingelserne for evaluering af kvalitet, men i stedet en ikke offentliggjort »individuel standardmodel«. SKI havde tillige lagt vægt på en række forhold, der ikke fremgik af de delkriterier og vægtninger, der fremgik af udbudsbetingelserne, og havde således foretaget en åbenbart urigtig bedømmelse af tilbuddene. På den baggrund og med henvisning til, at udbuddet vedrørte rammeaftaler med et stort praktisk anvendelsesområde, som alle landets kommuner og statslige institutioner havde mulighed for at trække på, tog klagenævnet ligeledes en påstand om, at SKI ved evalueringen af underkriteriet kvalitet, der vægtede 60 %, havde anvendt en evalueringsprocedure, der ikke sikrede tilstrækkelig kompetence- og kvalitetskontrol, til følge.

Klagenævnet annullerede SKI's tildelingsbeslutning.

Kendelsen er omtalt i afsnit 1 i artiklen »Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler«, der er trykt i Ugeskrift for Retsvæsen 2013, tillæg B, side 241. I artiklens afsnit 4 er desuden omtalt det nævnte forhold mellem begrundelsespligten i håndhævelseslovens § 2 og standstill-reglen i lovens § 3, stk. 1.

2.1.9 Håndhævelsesloven, herunder klagenævnets sanktioner

Kendelse af 27. september 2013 om opsættende virkning, BSN Medical AB mod Region Sjælland

Region Sjælland udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet en rammeaftale om levering af produkter til sårbehandling. Rammeaftalen var opdelt i 55 delaftaler, og klagen vedrørte to af delaftalerne (delaftale 5 og 53). 8 virksomheder afgav tilbud på delaftale 5 (»Skumbandage med og uden

klæbekant med silikonlignende klæber«), herunder BSN Medical AB (BSN), mens der på delaftale 53 (»Gipsbind« – kalkgips og letvægtsgips) kun var to virksomheder, der afgav tilbud. BSN Medical AB afgav ikke tilbud på denne delaftale.

Regionen afviste BSN's tilbud på delaftale 5 om skumbandage med den begrundelse, at tilbuddet ikke opfyldte et fastsat mindstekrav om, at tilbuddene skulle omfatte mindst 85 % af de produkter, som var opregnet i en tilbudsliste i udbudsbetingelserne. Ved nogle af produkterne i tilbudslisten var angivet betegnelsen »lite«, uden at der var en nærmere definition heraf. Tilbuddet fra BSN indeholdt efter regionens vurdering kun tilbud på 78,44 % af de opregnede produkter, idet BSN havde anført produkter nogle af de steder i tilbudslisten, som indeholdt kravet om »lite«, men disse produkter var efter regionens vurdering ikke »lite«.

BSN, der anmodede om, at klagen blev tillagt opsættende virkning, var af den opfattelse, at regionen uberettiget havde afvist tilbuddet. Klagenævnet fandt, at klagen havde noget på sig (»fumus boni juris«), men at betingelsen om uopsættelighed (opsættende virkning er nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren) ikke var opfyldt. Klagen blev derfor ikke tillagt opsættende virkning vedrørende delaftale 5.

Delaftale 53 om gipsbind vedrørte bind med to forskellige typer gips – kalkgips og letvægtsgips. Under udbuddet blev der stillet spørgsmål til regionen, idet spørgsmålsstilleren var af den opfattelse, at der reelt ikke var nogen – eller i hvert fald kun meget få – virksomheder, der kunne levere begge gipstyper. Regionen blev derfor opfordret til at opdele delaftalen i to delaftaler for hver sin type gips. Dette afviste regionen, ligesom regionen afviste en opfordring til at tillade, at to virksomheder afgav tilbud på hver sin gipstype, selv om det i udbudsbetingelserne var fastsat, at hver delaftale skulle indgås med en enkelt aktør.

BSN afgav ikke tilbud på delaftalen, fordi virksomheden ikke kunne levere begge typer gipsbind. Regionen modtog tilbud fra to virksomheder. Ingen af tilbuddene var konditionsmæssige, idet begge tilbudsgivere kun afgav tilbud på den ene af delaftalens to type gipsbind – den ene på kalkgips og den anden på letvægtsgips.

Region Sjælland valgte at indlede forhandling med de to tilbudsgivere i medfør af udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a, og resultatet af forhandlingerne blev, at regionen valgte at indgå rammeaftaler med begge tilbudsgivere om levering af hver sin type gipsbind.

BSN gjorde gældende, at regionen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have indgået delaftalen med to aktører.

Klagenævnet fandt, at betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning vedrørende delaftale 53 var opfyldt, hvorfor klagen blev tillagt opsættende virkning for så vidt angår denne delaftale. Vedrørende kravet om »fumus boni juris« udtalte klagenævnet, at der i udbudsbetingelserne var fastsat krav om, at der ville blive indgået kontrakt med én leverandør pr. delaftale, og ved at tildele delaftalen til to virksomheder, hvor den ene skulle levere kalkgips og den anden letvægtsgips, var forudsætningen i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a, om, at de oprindelige aftalevilkår ikke måtte ændres væsentligt, ikke opfyldt. Efter de svar, som regionen havde givet på de stillede spørgsmål under udbuddet, havde BSN med rette undladt at afgive tilbud, og BSN's manglende tilbud kunne derfor ikke føre til, at betingelsen om uopsættelighed var til hinder for opsættende virkning. En afvejning af parternes interesser talte også for opsættende virkning.

Kendelse af 29. november 2013, Kinnarps A/S' anmodning om genoptagelse og tilladelse til intervention i klagenævnets sag EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden

Afgørelsen drejer sig om intervention efter håndhævelseslovens § 6, stk. 3, og hvilke rammer der gælder for en sådan intervention.

Ved kendelse af 24. oktober 2013 i klagesagen, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden, annullerede klagenævnet en kontrakttildeling til Kinnarps A/S som leverandør nr. 3 i en rammeaftale om levering af møbler med flere aktører (3 i alt). Kontrakten var tildelt efter udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse. Klagenævnet konstaterede blandt andet, at tilbuddet fra EFG Bondo A/S var økonomisk mere fordelagtigt end tilbuddet fra Kinnarps A/S.

Region Hovedstaden meddelte herefter Kinnarps A/S, at regionen havde til hensigt at udnytte bestemmelsen i parternes kontrakt om opsigelsesadgang i tilfælde af, at klagenævnet annullerede den tildelingsbeslutning, der lå til grund for kontrakten.

Kinnarps A/S mente, at klagenævnet, hvis der for klagenævnet havde været fremført påstande/anbringender om konditionsmæssigheden af EFG Bondo A/S' tilbud, ikke ville have annulleret beslutningen om at tildele kontrakt til Kinnarps A/S. Selskabet indgav derfor anmodning til klagenævnet om at få genoptaget sagen. I den forbindelse ønskede Kinnarps A/S at få tilladelse til at intervenere i den genoptagne sag med henblik på at gøre gældende, at tilbuddet fra EFG Bondo A/S ikke skulle have været taget i betragtning af Region Hovedstaden, blandt andet fordi det på flere punkter var ukonditionsmæssigt, og at tildelingsbeslutningen til fordel for Kinnarps A/S derfor ikke skulle have været annulleret.

Region Hovedstaden havde på intet tidspunkt under klagesagen selv gjort gældende, at tilbuddet fra EFG Bondo A/S skulle have været afvist, og bestred under skriftvekslingen om genoptagelse Kinnarps A/S' synspunkter om ukonditionsmæssighed mv.

Region Hovedstaden anmodede alligevel klagenævnet om at tage stilling til spørgsmålet om ukonditionsmæssighed. Efter Region Hovedstadens opfattelse var det nemlig hensigtsmæssigt at få afklaret, om der var grundlag for Kinnarps A/S' indsigelse om, at EFG Bondo A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet besluttede ikke at genoptage sagen og afslog dermed også begæringen om tilladelse til intervention. Klagenævnet begrundede dette med, at en intervenient efter håndhævelseslovens § 6, stk. 3, ikke kan nedlægge selvstændige påstande og fremkomme med selvstændige anbringender, der således går ud over de påstande og anbringender, som den part, som intervenienten støtter, har anført. Dette støttede klagenævnet på forarbejderne til og ordlyden af § 6, stk. 3, som viser, at intervention efter § 6, stk. 3, svarer til biintervention i retssager efter retsplejelovens regler. Da Region Hovedstaden ikke havde fremført påstande/anbringender om ukonditionsmæssighed af EFG Bondo A/S' tilbud, ville klagenævnet følgelig ikke kunne tage sådanne påstande/anbringender i betragtning, hvis de blev fremført af Kinnarps A/S som intervenient. Der var dermed ikke grundlag for genoptagelse og tilladelse til intervention.

For så vidt angik Region Hovedstadens synspunkter om det hensigtsmæssige i en stillingtagen fra klagenævnets side, anførte klagenævnet, at nævnet er et domstolslignende organ, som ikke afgiver vejledende udtalelser, og som ikke af egen drift kan udtale sig om mulige overtrædelser.

Med denne kendelse er det slået fast, at intervention efter håndhævelseslovens § 6, stk. 3, kun kan bruges til at støtte de påstande og anbringender, der er anført af den oprindelige part, som intervenienten er indtrådt til støtte for. Dette udgør »rammerne« for intervenienten, der således ikke kan nedlægge egne selvstændige påstande og fremføre egne selvstændige anbringender. Ønsker en virksomhed at fremføre »egne« påstande og anbringender, må virksomheden indgive en selvstændig

klage. I givet fald skal virksomheden opfylde håndhævelseslovens krav vedrørende klageadgang (krævet om »retlig interesse«), overholde klagefristerne og betale klagegebyr.

Kendelse af 16. januar 2013, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune (se afsnit 2.1.3 ovenfor).

2.1.10 Sagsomkostninger

Kendelse af 9. oktober 2013, Botex Five v/ Botex Gardin Nyt ApS (herefter kaldet Botex Five) mod Jysk Fællesindkøb v/ Favrskov Kommune

Sagen drejede sig om et offentligt udbud efter udbudsdirektivet vedrørende en rammeaftale om levering af produkter til solafskærmning.

Botex Five, der havde afgivet tilbud, gjorde gældende, at den vindende tilbudsgivers tilbud skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, idet tilbuddet ikke var vedlagt en kopi af tilbudsgiverens gyldige erhvervs- og produktansvarsforsikring, således som det skulle efter udbudsbetingelserne. Endvidere indeholdt policen ikke oplysninger om policens geografiske dækningsområde. Tilbudsgiveren havde vedlagt kopi af sin erhvervs- og produktansvarsforsikring, der var tegnet mere end et år, før tilbuddet blev afgivet, men havde ikke vedlagt dokumentation for, at forsikringen stadig var i kraft.

Klagenævnet gav ikke Botex Five medhold, idet policen ikke var tidsbegrænset, og idet tilbudsgiveren efter udbudsbetingelserne ikke skulle dokumentere nærmere om policens geografiske dækning eller gyldighedsperiode.

Botex Five klagede også over, at Jysk Fællesindkøb efter udløbet af fristen for at afgive tilbud rettede henvendelse til tilbudsgiveren, der herefter fremviste dokumentation for, at forsikringen var gyldig. Botex Five gjorde gældende, at Jysk Fællesindkøb herved havde overtrådt forhandlingsforbuddet.

Klagenævnet udtalte, at Jysk Fællesindkøb ved henvendelsen ikke havde genåbnet udbudsforretningen, idet tilbudsgiveren ikke havde fået lejlighed til at revidere sit tilbud, ligesom der ikke var foretaget en ny tilbudsevaluering.

Klagen angik endvidere spørgsmålet om, hvorvidt den vindende tilbudsgivers produkter var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og om der af tilbudsgiveren var givet urigtige oplysninger om produkterne. Klagenævnet udtalte, at tilbudsgiverne efter udbudsbetingelserne ikke skulle dokumentere rigtigheden af oplysningerne om de tilbudte produkter, og at Jysk Fællesindkøb kunne gå ud fra, at oplysningerne var rigtige uden at foretage nærmere undersøgelser af tilbudsgiverens oplysninger i tilbuddet.

Botex Fives annullationspåstand blev på denne baggrund heller ikke taget til følge.

En påstand om, at klagenævnet skulle tildele kontrakten til Botex Five, blev afvist, idet klagenævnet ikke har hjemmel til at behandle denne påstand.

Botex Five blev efter den nye bestemmelse om sagsomkostninger i bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 4, pålagt at betale Jysk Fællesindkøb 15.000 kr. i sagsomkostninger. Klagenævnet lagde ved denne afgørelse vægt på sagsgenstandens størrelse, at der var behandlet en påstand om opsættende virkning og sagens resultat.

2.1.11 EUF-traktatens principper

Kendelse af 4. februar 2013, SDI Media A/S mod DR

Danmarks Radio iværksatte og gennemførte i 2012 en »frivillig konkurrenceudsættelse« i form af en forhandlingsprocedure vedrørende fremmedsprogstekstning og TTV-tekstning af DR's programmer. Proceduren blev hverken afholdt i henhold til reglerne i udbudsdirektivet eller tilbudsloven. Klagen blev indgivet af en forbigået deltager i konkurrencen, som tidligere havde leveret tilsvarende ydelser til DR.

Klagenævnet konstaterede indledningsvis, at TV-tekstning er omfattet af undtagelsen i udbudsdirektivets artikel 16, litra b, om »radio- og tv-selskabers indkøb, udvikling, produktion eller samproduktion af programmateriale, der er beregnet til udsendelse, og aftaler om sendetid«. Dermed fandt hverken reglerne i udbudsdirektivet eller tilbudslovens afsnit II anvendelse.

Klageren påstod blandt andet, at DR havde overtrådt de grundlæggende principper om den fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser i EUF-traktaten, idet aftalerne var indgået uden forudgående offentliggørelse af indkøbet.

Klagenævnet udtalte på baggrund af en række afgørelser fra EU-Domstolen, at offentlige myndigheder også ved indgåelse af aftaler, der er undtaget fra udbudsdirektivets regler, er forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende bestemmelser om blandt andet den frie etableringsret og retten til tjenesteydernes frie bevægelighed, jf. EUF-traktaten artikel 49 og 56, samt de deraf udledte principper om ligebehandling af tilbudsgivere, forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og gennemsigtighed. Tildeling af en kontrakt, der kan have interesse for virksomheder uden for det medlemsland, hvori kontrakten skal udføres, uden gennemsigtighed, kan udgøre en indirekte forskelsbehandling af virksomheder fra andre medlemslande ved at udelukke alle virksomheder, der ligger i en anden medlemsstat. En sådan indirekte forskelsbehandling på baggrund af nationalitet er forbudt i henhold til EUF-traktaten artikel 49 og 56, medmindre den er begrundet ud fra objektive omstændigheder. Uden at det nødvendigvis indebærer en forpligtelse til at iværksætte et udbud, følger det således af kravet om gennemsigtighed, at den udstedende myndighed skal sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet vedrørende tjenesteydelser for konkurrence og at kontrollere, at procedurerne er upartiske.

Klagenævnet vurderede, at ordren konkret havde en sådan grænseoverskridende interesse, at de nævnte principper skulle overholdes, blandt andet fordi der var flere ikke-danske tekstervirksomheder blandt tilbudsgiverne. Uanset om de kulturelle og samfundsmæssige hensyn, der efter betragtning 25 i udbudsdirektivets præambel ligger bag undtagelsen i direktivets artikel 16, efter omstændighederne måtte kunne begrunde fravigelse af kravet om en passende grad af offentlighed, var der ikke grundlag for dette i den konkrete sag. DR var herefter forpligtet til at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gjorde det muligt at åbne markedet vedrørende tjenesteydelsesaftalerne for konkurrence og at kontrollere, at procedurerne var upartiske. Klagenævnet fandt endvidere efter en konkret vurdering af de oplysninger, som DR havde offentliggjort på sin hjemmeside, at denne betingelse i tilstrækkelig grad var opfyldt.

Klagenævnet tog derfor ikke denne del af klagen til følge.

Klageren havde endvidere nedlagt påstand om, at bestemmelserne i EUF-traktaten om den frie etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser var krænkede ved, at DR afviste klagerens tilbud som unormalt/urealistisk lavt uden at have gennemført en kontradiktorisk procedure, jf. herved EU-Domstolens dom af 15. maj 2008 i sagerne C-147/06 og C-148/06, SECAP og Santorso, præmis 26-29.

Klagenævnet tog heller ikke denne påstand til følge, allerede fordi DR, således som forhandlingerne blev gennemført, havde været i stand til at vurdere soliditeten og pålideligheden af klagerens tilbud. Klagenævnet udtalte endvidere, at de nævnte traktatbestemmelser ikke kan udstrækkes til at indeholde et krav om, at en ordregivende myndighed på forhånd skal oplyse tilbudsgiverne om, at urealistisk/unormalt lave tilbud vil blive afvist.

Kendelse af 22. marts 2013 vedrørende opsættende virkning, Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS mod Region Midtjylland

Region Midtjylland annoncerede den 16. oktober 2012 en tilbudsindhentning om vikarer til hjemmerespirationsområdet. Vikarerne skulle arbejde med respiratorisk udstyr og yde generel pasning og pleje til patienter med funktionsnedsættelse/handicap ved bl.a. akut behov, som udgangspunkt for en periode på 3-6 måneder. Aftalerne angik Region Midtjylland med option på Region Nordjylland og havde en varighed på tre år med option på forlængelse i op til 2 år. Ydelsen var omfattet af udbudsdirektivets bilag II B, og tilbudsindhentningen skete derfor i henhold til tilbudslovens afsnit II, jf. den dagældende bestemmelse i lovens § 15 a, stk. 1, nr. 3.

7 danske selskaber blev prækvalificeret og afgav tilbud den 20. december 2012. Regionen meddelte den 30. januar 2013 sin tildelingsbeslutning. Den 8. februar klagede Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at regionen havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet under evalueringen af de indkomne tilbud.

Klagenævnet tog ikke en anmodning om at tillægge klagen opsættende virkning til følge, blandt andet fordi betingelsen om, at klagen skal have noget på sig (*»fumus boni juris«*), ikke var opfyldt. Klagenævnet anførte, at udbudsdirektivets bestemmelser kun i meget begrænset omfang finder anvendelse på bilag II B-ydelser, jf. direktivets artikel 21, der ikke henviser til artikel 2 om ligebehandlingsprincippet. Dertil kom, at ændringen af tilbudsloven, der fandt sted med lov nr. 1234 af 18. december 2012, ophævede bestemmelsen i tilbudslovens § 15 a, stk. 1, nr. 3, således at bilag II B-ydelser ikke længere er omfattet af tilbudslovens afsnit II. Der var ikke fastsat andre overgangsregler end, at loven trådte i kraft den 1. januar 2013. Tilbudslovens ligebehandlingsprincip gjaldt derfor fra 1. januar 2013 ikke længere for den påklagede tilbudsindhentning – og dermed heller ikke under den påklagede evaluering, der først blev afsluttet den 30. januar 2013.

Klagenævnet anførte endelig, at hvis de udbudte aftaler har en klar grænseoverskridende interesse, skal det EU-retlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip, der efter EU-Domstolens praksis udledes af EUF-traktatens bestemmelser om tjenesteydelsernes fri bevægelighed og den frie etableringsret, respekteres. Klagenævnet fandt efter det foreløbigt foreliggende imidlertid efter en samlet vurdering – herunder navnlig henset til opgavens karakter og udførelsessted – ikke, at der var oplysninger, som understøttede, at der forelå en sådan grænseoverskridende interesse.

3. DANSKE DOMME

3.1 Domstolenes behandling af klagenævnets kendelser

Højesterets dom af 4. juni 2013, (Ugeskrift for Retsvæsen 2013, side 2551), I/S Vestforbrænding mod DSV Transport A/S, jf. klagenævnets kendelse af 19. oktober 2009 mellem samme parter

Ved et EU-udbud af transport af containere afholdt i 2009 af I/S Vestforbrænding (Vestforbrænding) blev et tilbud fra DSV Transport A/S (DSV) udelukket med henvisning til udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d. Bestemmelsen giver mulighed for at udelukke en virksomhed, der i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som ordregiveren bevisligt har konstateret. Det forhold, der efter Vestforbrændings opfattelse gav grundlag for at udelukke DSV efter artikel 45, stk. 2, litra d, var, at DSV havde ophævet en tidligere indgået kontrakt mellem parterne, og at det ved en voldgiftskendelse var konstateret, at ophævelsen var uberettiget.

DSV klagede herefter til Klagenævnet for Udbud. Der forelå ikke praksis, herunder fra EU-Domstolen, til nærmere belysning af betingelserne for udelukkelse af en virksomhed efter artikel 45, stk. 2, litra d, idet EU-Domstolens dom i Forposta-sagen først blev afsagt i 2012 og således efter, at Østre Landsrets dom i sagen var blevet indbragt for Højesteret. Klagenævnet udtalte med henvisning til reglens ordlyd, formål og placering i udbudsdirektivet, at det måtte antages, at den begåede fejl skulle vedrøre virksomhedens erhverv og være af en vis betydelig grovhed, ligesom fejlen efter en saglig vurdering skulle være af væsentlig betydning for virksomhedens egnethed som kontraktpart. Endelig antog klagenævnet, at beføjelsen efter artikel 45, stk. 2, litra d, skulle udøves under iagttagelse af det EU-retlige proportionalitetsprincip. Klagenævnet fandt efter en vurdering af sagens konkrete omstændigheder, at betingelserne for at udelukke DSV ikke havde været opfyldt.

Ved Østre Landsrets dom af 22. marts 2011 blev klagenævnets kendelse stadfæstet. Landsrettens dom blev indbragt for Højesteret, der med deltagelse af 7 dommere nåede til samme resultat. I Højesterets præmisser hedder det:

»...

EU-Domstolen har i dom af 13. december 2012 i sag C-465/11, Forposta SA, fastslået, at udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende virksomheds faglige troværdighed, og at en virksomheds manglende overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser i princippet kan betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelse af erhverv. Begrebet »alvorlig fejl« henviser i almindelighed til en adfærd hos virksomheden, som må karakteriseres som misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor. Afgørelsen af, om der foreligger en alvorlig fejl, beror på en konkret og individuel vurdering.

...

Ved voldgiftskendelsen af 16. marts 2009 fastslog voldgiftsretten, at ophævelsen af kontrakten var uberettiget. DSV Transport begik således en fejl ved at ophæve kontrakten. Ved vurderingen af, om fejlen er alvorlig i udbudsdirektivets forstand, må der foretages en samlet vurdering af parternes kontraktvist og forløbet ved ophævelsen.

Højesteret finder, at den fejl, som DSV Transport begik ved at ophæve kontrakten, ikke kan betegnes som en så alvorlig fejl, at den berettiger til udelukkelse fra fremtidige udbud. Højesteret har herved navnlig lagt vægt på, at der forelå en reel tvist om forståelsen af kontrakten, og at DSV Transport fortsatte med at udføre sine transportopgaver efter ophævelsen af kontrakten.«

Retten i Svendborgs dom af 1. november 2013, PH-Byg Faaborg A/S mod Faaborg Menighedsråd, jf. klagenævnets kendelser af 17. april 2012 og 8. maj 2012 mellem samme parter

Sagen drejede sig om en murerentreprise bestående i restaurering af et klokketårn. Entreprisen blev gennemført som en begrænset licitation uden prækvalifikation efter tilbudslovens afsnit 1. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

I kendelsen af 17. april 2012 identificerede klagenævnet på den ene side nogle overtrædelser, som klagenævnet dog ikke lod indgå i sin afgørelse, fordi klageren ikke havde nedlagt påstand herom, jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 1, 2. pkt. Efter denne bestemmelse kan klagenævnet kun tage stilling til de påstande, som parterne har nedlagt, og de argumenter, som parterne har gjort gældende. På den anden side fandt klagenævnet, at der ikke var grundlag for at give medhold i de påstande, som klageren havde nedlagt, og som vedrørte andre forhold i sagen.

Ved kendelsen af 8. maj 2012 afslog klagenævnet at genoptage sagen med henblik på at tage stilling til nye påstande, der angik de forhold, som klagenævnet havde omtalt, men ikke truffet afgørelse om. (Særligt om denne problemstilling kan henvises til Michael Ellehauge: Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler (Ugeskrift for Retsvæsen 2013B, side 241, afsnit 4, ved note 33)).

PH-Byg Faaborg A/S indbragte kendelsen for Retten i Svendborg. Retten fastslog, at en række af de overtrædelser af udbudsreglerne, som klagenævnet havde omtalt, men ikke taget stilling til, i kendelsen af 17. april 2012, var begået. Retten konstaterede således bl.a., at menighedsrådet havde overtrådt tilbudslovens § 8 ved ikke at foretage en evaluering af tilbuddene efter de fastsatte underkriterier. Menighedsrådet havde også overtrådt tilbudslovens § 11, stk. 2, ved ikke at have fastsat en procedure for forhandlingerne og ved at forhandle med de tre tilbudsgivere, hvis tilbud havde de laveste tilbudspriser, i stedet for at forhandle med de tre tilbudsgivere, der havde afgivet de bedste tilbud bedømt efter tildelingskriteriet i betingelserne for tilbudsindhentningen (det mest økonomisk fordelagtige tilbud). Flere af overtrædelserne var erkendt af menighedsrådet.

Retten fandt herefter, at menighedsrådet havde handlet ansvarspådragende over for PH-Byg Faaborg A/S. Uanset omfanget og karakteren af de konstaterede fejl i grundlaget for kontrakttildelingen og i den fulgte procedure nåede byretten frem til, at virksomheden havde bevist, at betingelserne for erstatning udmålt efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse var opfyldt. Erstatningen blev skønsmæssigt fastsat til 800.000 kr. (mistet fortjeneste).

Dommen er anket til Østre Landsret.

Retten i Nykøbing Falsters dom af 5. december 2013, Birket Autotransport ApS mod Lolland Kommune, jf. klagenævnets kendelse af 5. februar 2013 mellem samme parter

I denne sag var der tale om en tilbudsindhentning efter tilbudslovens afsnit II vedrørende udførelse af glatførebekæmpelse og snerydning. Klageren, Birket Autotransport ApS, anførte, at indklagede, Lolland Kommune, skulle have afvist de to antagne tilbud som ukonditionsmæssige.

Klagenævnet udtalte i sin kendelse, at kontrakten var af begrænset værdi, og at den var blevet annonceret efter tilbudslovens afsnit II. Der gjaldt dermed ikke samme strenge procedurekrav som efter udbudsdirektivet.

Klagenævnet tog herefter konkret stilling til, om de antagne tilbud opfyldte de omhandlede mindstekrav i udbudsbetingelserne. Klagenævnet udtalte bl.a. i forhold til tilbuddet afgivet af John Maj A/S, at ordregiverens formål med at stille et absolut krav om dokumentation for tilladelse til godskørsel

måtte være, at tilladelsen skulle foreligge ved kontraktens begyndelse, og da det var dokumenteret, at betingelserne for at opnå tilladelsen var opfyldt, måtte tilbuddet anses for konditionsmæssigt. Det blev endvidere udtalt i kendelsen, at uanset formuleringen af kravet i udbudsbetingelserne kunne formålet ikke være, at tilbudsgiverne skulle belastes med at indhente tilladelser, som de – hvis de ikke fik kontrakten tildelt – ikke ville have behov for. Heller ikke på dette punkt var det vindende tilbud således ukonditionsmæssigt. Ligeledes fandtes et skriftligt tilsagn om forsikring, som Lolland Kommune havde fået telefonisk bekræftet af tilbudsgiverens forsikringsselskab, at opfylde et mindstekrav i udbudsbetingelserne om vedlæggelse af en forsikringspolice.

Klageren indbragte klagenævnets kendelse for domstolene. Klagerens anerkendelsespåstande var stort set identiske med de påstande, der var nedlagt i sagen for klagenævnet. Byretten stadfæstede klagenævnets kendelse og frifandt som en konsekvens heraf Lolland Kommune for de nedlagte erstatningspåstande.

Østre Landsrets dom af 20. december 2013, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, jf. klagenævnets kendelse af 3. november 2011 mellem samme parter

Sagen vedrørte en kontrakt om kontrolrumssoftware med tilknyttede ydelser indgået i 2008. Efter at indehaveren af kontrakten, Terma A/S, i længere tid havde haft problemer med at opfylde kontrakten, påberåbte Rigspolitiets SINE-sekretariat sig, at der forelå hævebegrundende misligholdelse fra Terma A/S' side, hvilket Terma A/S bestred. Efter forhandlinger mellem parterne besluttede SINE-sekretariat den 14. oktober 2010 at indgå en tillægsaftale/forligsaftale med virksomheden (Forligsaftalen). Denne beslutning blev den 19. oktober 2010 offentliggjort ved »Bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed«. Kontrakten mellem parterne blev herefter indgået den 17. december 2010.

Finn Frogne A/S (Finn Frogne), en leverandør af trafikstyringssystemer til hyrevognsbranchen, indgav klage til klagenævnet.

Ved sin kendelse i sagen henviste klagenævnet indledningsvis til EU-Domstolens praksis om, hvornår en ændring af en kontrakt skal konkurrenceudsættes ved udbud, jf. EU-Domstolens domme af henholdsvis 19. juni 2008 i sag C-454/06 (Pressetext Nachrichtenagentur GmbH) og 13. april 2010 i sag C-91/08 (Wall AG). Klagenævnet udtalte herefter:

»I den foreliggende sag har indklagede indgået en forligsaftale uden udbud i en situation, hvor der forelå langvarige og omfattende leveringsvanskeligheder. Efter ordregiverens opfattelse havde den virksomhed, der skulle levere ydelserne, væsentligt misligholdt kontrakten. Virksomheden bestred dog at have misligholdt kontrakten. Forligsaftalen tog overordnet sigte på ekstraordinært at bringe Kontrolrumskontrakten til ophør og vedrørte således en *ophørende nødlidende kontrakt*. Sådanne omstændigheder forelå ikke i de to nævnte domme. Disse domme angår derimod spørgsmålet om ændring af en *fortsættende ikke nødlidende kontrakt* med det sigte, at kontrakten skal løbe videre blot med et ændret indhold.

...

Klagenævnet bemærker, at udbudsretten ikke regulerer parternes retsstilling i relation til kontraktretlige spørgsmål. Dette gælder også spørgsmålet om misligholdelsesbeføjelser, herunder spørgsmålet om hævebeføjelse og et dertil knyttet hæveopgør. Disse spørgsmål reguleres derimod dels af almindelige obligationsretlige regler, dvs. aftaleretten og kontraktretten, dels af selve den indgåede kontrakt.

En ordregivende myndighed kan - når en kontrakt er nødlidende og muligvis væsentligt misligholdt - forligsmæssigt og med henblik på at bringe kontrakten til ophør aftale, at ydelserne i kontrakten skal leveres i mindre omfang og over en kortere periode end oprindeligt aftalt, og at det oprindelige vederlag følgelig også reduceres. Tilsvarende kan en ordregiver uden at overtræde udbudsreglerne indgå sådanne accessoriske aftaler med virksomheden, som har til formål at bringe kontrakten til ophør inden for en passende kort periode. På den ene side er sådanne aftaler et relevant alternativ - et surrogat - i forhold til at bringe kontrakten til ophør ved ophævelse. På den anden side ville det savne mening at pålægge ordregiveren at udbyde aftaler som de nævnte, som er uløseligt knyttet både til den oprindelige aftale og til denne aftales parter, og som derfor ikke eller kun med uforholdsmæssigt værdispild vil kunne opfyldes af andre virksomheder.

...«

Klagenævnet vurderede herefter konkret, at indklagedes køb hos Terma af nye ydelser i form af servere for 50 mio. kr. ikke kunne anses for et surrogat for hel eller delvis ophævelse af kontrakten, men var køb af nye ydelser, som også efter væsentlighedskriteriet i EU-Domstolens praksis forudsatte et nyt udbud, jf. Preetext-sagen præmis 35-37 og Wall-sagen præmis 37-39. Derimod vurderede klagenævnet, at der ikke havde været pligt til at udbyde den del af Forligsaftalen, der angik køb af en radiodispatch for 35 mio. kr. Med henvisning til, at indklagede havde offentliggjort en bekendtgørelse, der opfyldte kravene i håndhævelseslovens § 4, fandt flertallet imidlertid, at betingelserne for at erklære Forligsaftalen for uden virkning ikke var opfyldt. Et mindretal ville erklære kontrakten for uden virkning.

Sagen blev efterfølgende indbragt for domstolene, og Østre Landsret afsagde den 20. december 2013 dom i sagen. I landsrettens præmisser hedder det bl.a.:

»Landsretten bemærker, at begge domme [dommene i Preetext-sagen og Wall-sagen] ubestridt angår fortsættende, ikke nødlidende kontraktforhold. Det fremgår af dommene (navnlig henholdsvis præmis 34-37 og præmis 37-39, som også klagenævnet henviser til), at der ved vurdering af, om principperne for gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere er iagttaget, skal lægges vægt på, om der i aftaleperioden er sket ændringer, der er afgørende forskellige fra den oprindelige aftale, og som derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer. Det fremgår endvidere, at en ændring må anses for væsentlig, såfremt den ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage i udbuddet, eller ville have gjort det muligt for tilbudsgiver at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.

Landsretten lægger dette til grund ved vurderingen af Forligsaftalens indhold i forhold til Kontrolrumskontrakten.

...

Landsretten finder, at hensynet til udbudsreglernes effektivitet tilsiger, at der i forbindelse med den væsentlige ændring af Kontrolrumskontraktens indhold, som Forligsaftalen indebar, må være en nær sammenhæng mellem den oprindelige og den fortsættende del af aftaleforholdet. Et krav om en sådan sammenhæng findes ikke at være til hinder for en tilpasning eller en vis udvikling af det fortsættende element i aftaleforholdet. ...«

Efter en konkret vurdering, som landsretten indgående redegjorde for, fandt landsretten ligesom klagenævnet, at den del af Forligsaftalen, der angik radiodispatchen, ikke skulle have været udbudt, hvorimod den del, der angik overdragelse af serverfarme, skulle have været konkurrenceudsat ved udbud. Landsretten tiltrådte endvidere, at betingelserne for at erklære Forligsaftalen for uden virkning ikke var opfyldt.

Landsrettens dom er efter det oplyste anket til Højesteret.

Vestre Landsrets dom af 11. december 2013, (Ugeskrift for Retsvæsen 2014, s. 975 V) Aalborg Kommune mod Dansk Halbyggeri A/S, jf. klagenævnets kendelse af 5. maj 2011 mellem samme parter

Sagen drejede sig om opførelse af en annekshal og en multibane. Der blev gennemført en totalentreprise som en begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation efter tilbudslovens afsnit I. Til-delingskriteriet var »laveste pris«.

I klagen til klagenævnet var det anført, at Aalborg Kommunes afvisning af Dansk Halbyggeris tilbud havde været uberettiget. Afvisningen var begrundet med, at klagerens tilbud ikke som krævet i licitationsbetingelserne indeholdt en beskrivelse af udførelsen af opgaven og derfor var ukonditions-mæssigt. Klagenævnet gav klageren medhold og udtalte:

»...

Klagerens tilbud indeholdt vedrørende multibanen den beskrivelse, som indklagede havde fortrykt som bilag 1 til tilbudslisten og ikke en beskrivelse af de arbejder, der skulle udføres vedrørende etableringen af multibanen. Imidlertid var kravet om beskrivelse af tilbuddet anført i tilknytning til »bygnings og installationsarbejder« og omfattede således ikke multibanen, som er et anlægsarbejde.

Selv om man skulle komme til det resultat, at kravet om beskrivelse naturligt måtte være gældende også for det senere tilkommende anlægsarbejde, må den uklare beskrivelse af kravet komme udbyderen til skade og kan således ikke medføre ukonditions-mæssighed for så vidt angår klagerens tilbud.

...«

Aalborg Kommune indbragte sagen for domstolene. Kommunen, der ikke fik medhold ved byretten, ankede sagen til landsretten.

Det fremgik af sagen, at tilbudsgiverne ifølge licitationsbetingelserne i tilbudslisten skulle oplyse en særskilt pris for genopførelsen af multibanen, som desuden skulle indgå i den samlede tilbudspris. Det var i sagen omtvistet, om Dansk Halbyggeris tilbud var formuleret i overensstemmelse hermed.

Landsrettens gav ved dommen i sagen Aalborg Kommune medhold i, at Dansk Halbyggeris tilbud med rette var afvist som ukonditions-mæssigt, og kommunen blev frifundet for et krav om erstatning. Landsretten anførte i begrundelsen, at kommunen med tilstrækkelig klarhed havde anvist, hvorledes den ønskede den samlede tilbudssum specificeret i henholdsvis prisen for multibanen og øvrige arbejder, og at den samlede tilbudssum på tilbudslistens side 1 skulle indeholde prisen for multibanen. Landsretten redegjorde endvidere for, at kommunen ved åbningen af tilbuddene konstaterede, at der var fejl i Dansk Halbyggeries angivelse af prisen, og at virksomheden ikke som først antaget var lavestbydende. Det blev endvidere konstateret af kommunen, at et tilbud fra en anden virksomhed, der herefter som udgangspunkt var lavestbydende, var ukonditions-mæssigt. Landsretten udtalte dernæst:

»Efter det anførte var det ikke klart og tydeligt for kommunen eller de øvrige tilbudsgivere, at der i [Dansk Halbyggeris] tilbud var en fejl i tilbudssummen. Fejlen indebar derfor en risiko for, at ligebehandlingsprincippet kunne tilsidesættes, idet selskabet ved åbningen af tilbuddene havde mulighed for at vælge, hvorvidt prisen på multibanen skulle indgå i den samlede tilbudssum eller tillægges denne. Der er derfor ikke tale om en åbenbar fejl, som undtagelsesvist kunne berigtiges. Da prisen på multibanen herefter ikke var indeholdt i tilbudssummen, inde-

holdt tilbuddet en tillægspris for multibanen og var dermed ikke konditionsmæssigt. Kommunen var som følge heraf berettiget til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Selv om kommunen ikke påberåbte sig anbringendet under sagens behandling i Klagenævnet for Udbud, har kommunen ikke afskåret sig fra at gøre det gældende under sagens behandling ved domstolene.«

Østre Landsrets dom af 13. maj 2013, B 569-08, Hans Damm Research A/S mod 1) Erhvervsstyrelsen, (tidl. IT- og Telestyrelsen), 2) Moderniseringsstyrelsen (tidl. Økonomistyrelsen) og 3) Forsvarsministeriet, jf. klagenævnets kendelser af 21. december 2007, af 14. april 2008 og af 27. april 2010 mellem Hans Damm Research A/S og det tidligere Økonomistyrelsen. Sidstnævnte kendelse vedrørte en fornyet behandling af sagens påstand 16 på baggrund af en dom afsagt af Østre landsret den 29. juni 2009

Sagen drejede sig om det såkaldte SINE-udbud, som Økonomistyrelsen gennemførte i 2006 og 2007 vedrørende indkøbet af adgang til et fælles radiokommunikationsnet for alle dele af beredskabet.

Klagenævnets flertal – bestående af de to sagkyndige – fandt ved kendelsen afsagt i 2010, at indklagede havde handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, ved at gennemføre udbuddet som konkurrencepræget dialog, idet flertallet fandt, at betingelserne herfor ikke var opfyldt.

I sagen for Østre Landsret nedlagde sagsøgeren, Hans Damm Research A/S, 3 påstande, herunder en påstand om erstatning på principalt 362.354.426 kr., subsidiært et mindre beløb fastsat efter rettens skøn. Herudover nedlagde Moderniseringsstyrelsen følgende selvstændige påstand i relation til valget af udbudsform (konkurrencepræget dialog):

»Hans Damm Research A/S tilpligtes at anerkende, at Moderniseringsstyrelsen i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, har været berettiget til at gennemføre udbuddet om samordning af nød- og beredskabskommunikation (SINE-udbuddet, jf. udbudsbekendtgørelse nr. 2006/S109-116975) ved anvendelse af udbudsproceduren konkurrencepræget dialog.«

Landsretten udtalte om berettigelsen af udbudsformen konkurrencepræget dialog bl.a.:

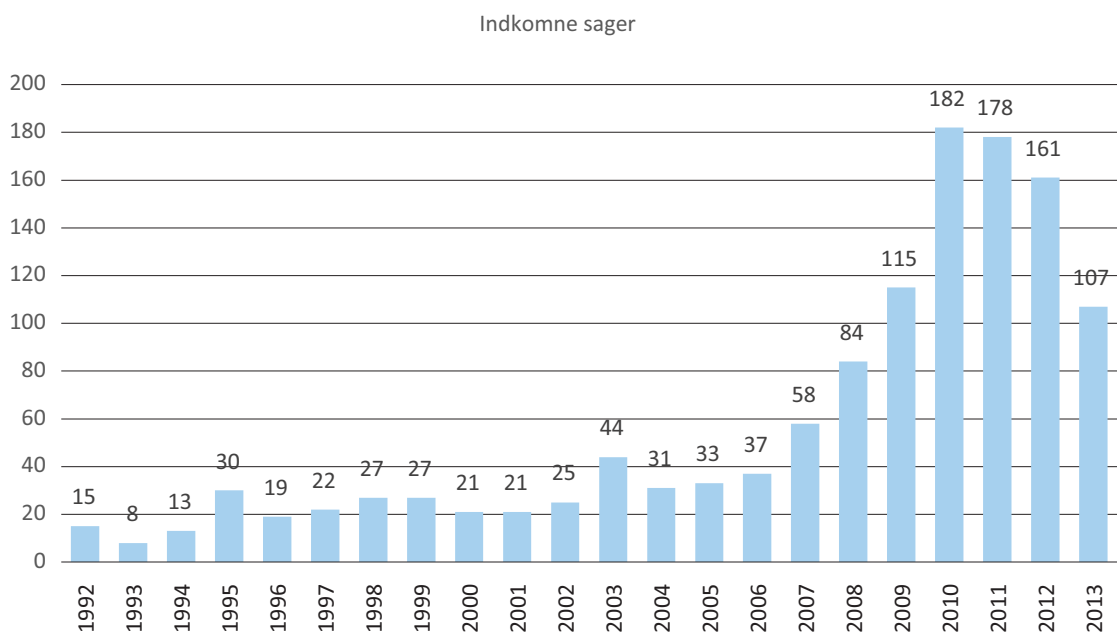
»Det var herefter fuldt berettiget og i overensstemmelse med udbudsdirektivet, når udbudsformen konkurrencepræget dialog blev taget i anvendelse med henblik på, at de deltagere, der blev udvalgt ved prækvalifikationen, i en dialog med myndighederne kunne udvikle en eller flere løsninger, der kunne opfylde behovet for et landsdækkende kommunikationsnet på beredskabsområdet, og danne grundlag for den endelig tilbudsgivning. Der er intet grundlag for at antage, at der herved blev forfulgt ulovlige hensyn, herunder varetaget en præference for en bestemt deltager eller løsning.«

Landsretten fandt således ligesom klagenævnets mindretal, at betingelserne for konkurrencepræget dialog var opfyldt. Der henvises herved til mindretallets votum i klagenævnets kendelse af 27. april 2010, der kan ses på www.klfu.dk, samt til den fulde ordlyd af landsrettens præmisser, der kan ses på Østre Landsrets hjemmeside, hvor hele dommen findes.

4. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2013

4.1 Indkomne klager

I 2013 modtog klagenævnet 107 klager. Oversigten nedenfor viser udviklingen i antallet af indkomne klager i årene 1992-2013.



Kilde: Klagenævnets egen årsstatistik

Klagenævnet har i 2013 med 107 indkomne klager oplevet et markant fald i antallet af klagesager i forhold til 2010-2012. Sagstilgangen er i 2013 faldet til et niveau, der ligger på linje med 2009.

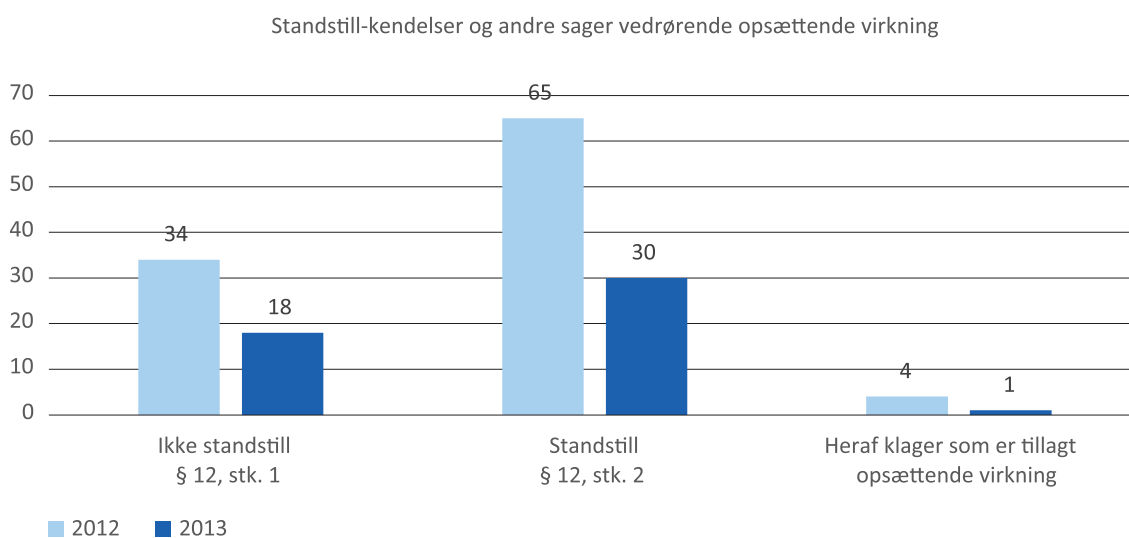
Den faldende sagstilgang skal ses i lyset af ændringerne i håndhævelsesloven og klagenævnsbekendtgørelsen i 2013, der netop havde til formål at begrænse et stigende antal klagesager. Navnlig forhøjelsen af klagegebyret til 20.000 kr. i sager om overtrædelse af udbudsdirektivet (de fleste sager) samt klagerens risiko for at blive pålagt at betale sagsomkostninger til den indklagede ordregiver må antages at have været udslagsgivende faktorer.

Det bemærkes, at klagenævnet konstaterede et fald i sagstilgangen allerede i løbet af foråret 2013, og dermed inden ændringerne trådte i kraft den 1. juni 2013. Det kan ikke afvises, at den debat, som forslagene om ændrede regler medførte, sammenholdt med ændringer i aktivitetsniveauet på udbudsområdet hos de ordregivende myndigheder kan have bidraget til faldet allerede i foråret 2013.

4.2 Standstill-sager og andre sager vedrørende opsættende virkning

Klagenævnet afsagde i 2013 delkendelse i 18 sager, hvor der var anmodet om opsættende virkning efter håndhævelseslovens § 12, stk. 1, og delkendelse i 30 sager modtaget i standstill-perioden efter håndhævelseslovens § 12, stk. 2, hvor klagenævnet har en lovbunden frist på 30 dage til at træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning. I 2013 er der i 1 sag truffet afgørelse om at tillægge en klage opsættende virkning. Det drejer sig om kendelse af 27. september 2013, BSN Medical AB mod Region Sjælland, hvor klagen blev tillagt opsættende virkning med hensyn til en af delaftalerne jf. ovenfor afsnit 2.1.9.

Nedenfor ses antallet af afsagte standstill-kendelser og andre kendelser vedrørende opsættende virkning både for 2012 og 2013.

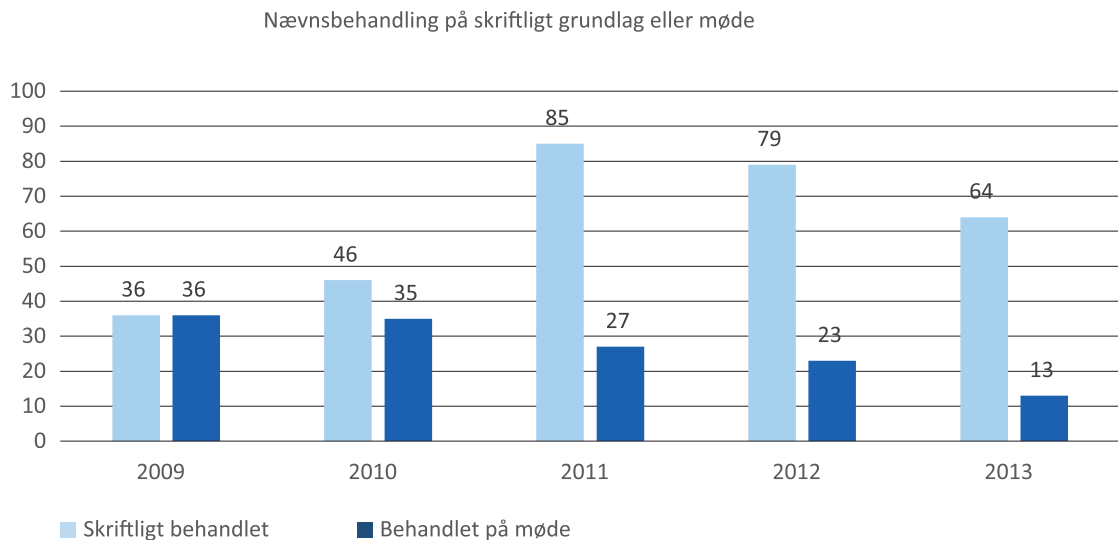


Kilde: Tallene er baseret på en manuel optælling af klagenævnets kendelser afsagt efter håndhævelseslovens § 12, stk. 1 og 2.

4.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde

I 2013 blev 64 sager behandlet på skriftligt grundlag, mens 13 sager blev behandlet mundtligt.

Nedenfor ses en opgørelse over antallet af sager, der er blevet behandlet på skriftligt grundlag, og antallet af sager, hvor der er blevet afholdt mundtlig forhandling, i årene 2009-2013.



Note: De viste tal indeholder også afviste sager

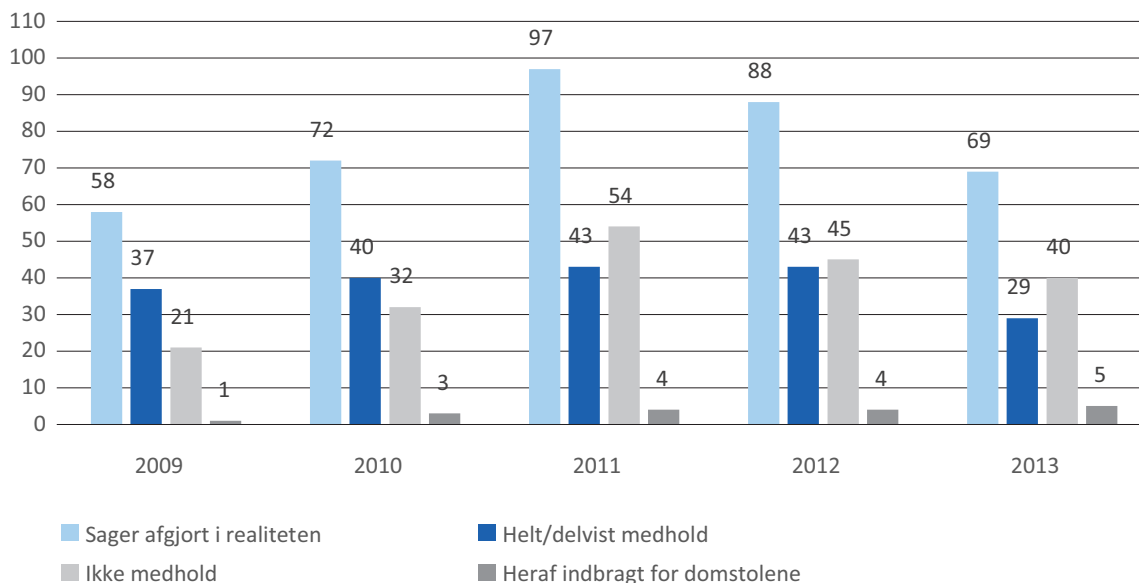
Kilde: Klagenævnets egen årsstatistik

Anskues hele perioden fra 2009, hvor der var en ligelig fordeling af mundtlig/skriftlig behandling, til og med udgangen af 2013, ses det, at stadigt færre sager undergives mundtlig behandling. Dette fald er i overensstemmelse med lovgivers intention, idet det i 2010 med ikrafttrædelsen af håndhævelsesloven i lovens § 11, stk. 1, blev 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 modsætning hertil gjaldt tidligere den regel, at sagen blev forberedt ved udveksling af skriftlige indlæg og derefter forhandlet mundtligt, medmindre formanden bestemte andet.

4.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf

I 2013 afgjorde klagenævnet 69 sager i realiteten. Heraf fik 29 klagere helt eller delvist medhold, mens 40 klagere ikke fik medhold. Af de 69 sager blev 5 indbragt for domstolene.

Afgjorte sager samt udfaldet heraf



Kilde: Klagenævnets egen årsstatistik.

Note: I forhold til opgørelsen over antallet af sager indbragt for domstolene er disse baseret på optælling af antallet af stævninger, som klagenævnet har modtaget til orientering. Der tages i den forbindelse forbehold for eventuelle fejl, idet klagenævnet ikke har sikkerhed for, at alle indgivne stævninger er sendt til klagenævnet.

Anskues hele perioden fra 2009-2013, kan det fra 2011 konstateres, at antallet af sager, hvor der gives helt eller delvist medhold, er blevet mindre end antallet af sager, hvor der ikke gives medhold. I 2009 og 2010 var forholdet omvendt, således at antallet af sager, hvori der blev givet medhold, var større end antallet af sager uden medhold. Som yderpunkter kan nævnes, at 64 % af klagerne fik helt eller delvist medhold i deres klage i 2009, mens 42 % fik helt eller delvist medhold i 2013, jf. tabellen nedenfor, der viser den procentandel af sagerne afgjort i realiteten, hvor der gives helt/delvist medhold eller ikke medhold.

Klagenævnet har således siden 2011 givet medhold i færre klager og har således ved de afsagte kendelser konstateret færre fejl end tidligere. Det kan naturligvis skyldes, at ordregiverne begår færre fejl end tidligere. En yderligere også nærliggende forklaring er, at lovgiver i 2011 ophævede klagenævnets mulighed for af egen drift at tage spørgsmål op til behandling og afgørelse. Ved lov nr. 618 af 14. juni 2011 indførtes således bestemmelsen i håndhævelseslovens § 10, stk. 1, hvorefter klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af den pågældende. Klagenævnet kan heller ikke på samme måde som tidligere bistå en klager med at formulere påstande.

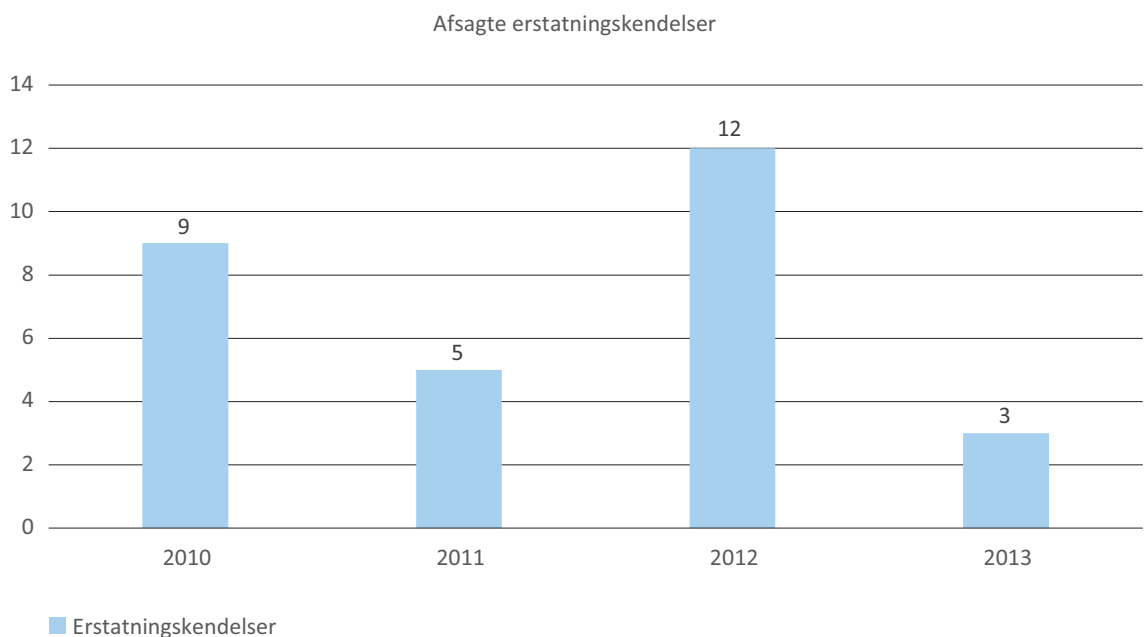
Det er klagenævnets erfaring, at ikke alle klagere er opmærksomme på alle de overtrædelser, der er begået, og at ikke alle klagere formår at få de relevante forhold fremdraget og formuleret i klare og

dækkende påstande. Problemstillingen er yderligere omtalt i artiklen i Ugeskrift for Retsvæsen 2013 B, side 241 ff. (U.2013B.241, Michael Ellehauge: Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler, punkt 4) med omtale af klagenævnets kendelse af 17. april 2012, PH-Byg Faaborg A/S mod Faaborg Menighedsråd. Se om dommen ovenfor afsnit 3.1.

År	Helt/delvist medhold	Ikke medhold
2009	64 %	36 %
2010	56 %	44 %
2011	44 %	56 %
2012	49 %	51 %
2013	42 %	58 %

4.5 Afsagte erstatningskendelser

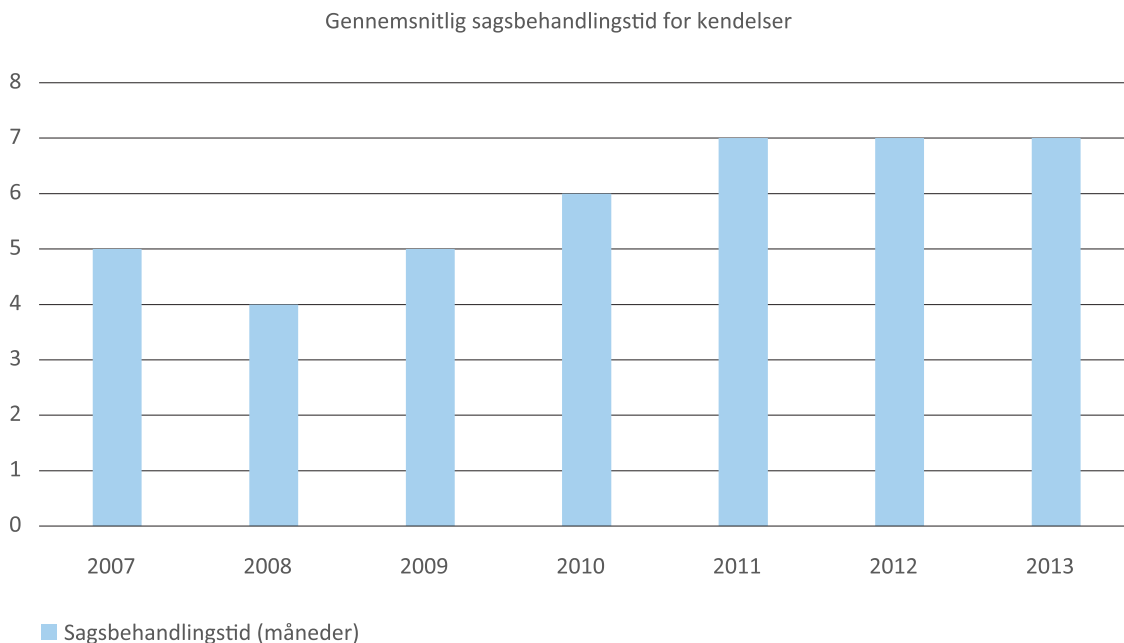
I 2013 afsagde klagenævnet 3 kendelser om erstatning.



Set over perioden fra 2010-2013 kulminerede antallet af afsagte erstatningskendelser i 2012 med 12 afsagte kendelser. I 2013 var antallet faldet til 3, som imidlertid er på niveau med antallet af afsagte erstatningskendelser i 2011. Det er erfaringen, at erstatningsspørgsmålet i mange af de sager, hvor klageren har fået helt eller delvist medhold ved klagenævnets materielle kendelse, løses uden om klagenævnet, således at parterne indgår forlig i stedet for at afvente klagenævnets erstatningskendelse.

4.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid for kendelser

I 2013 havde klagenævnet en gennemsnitlig sagsbehandlingstid på 7 måneder. Nedenfor ses en opgørelse over udviklingen i den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for materielle kendelser opgjort i måneder i årene 2007-2013.

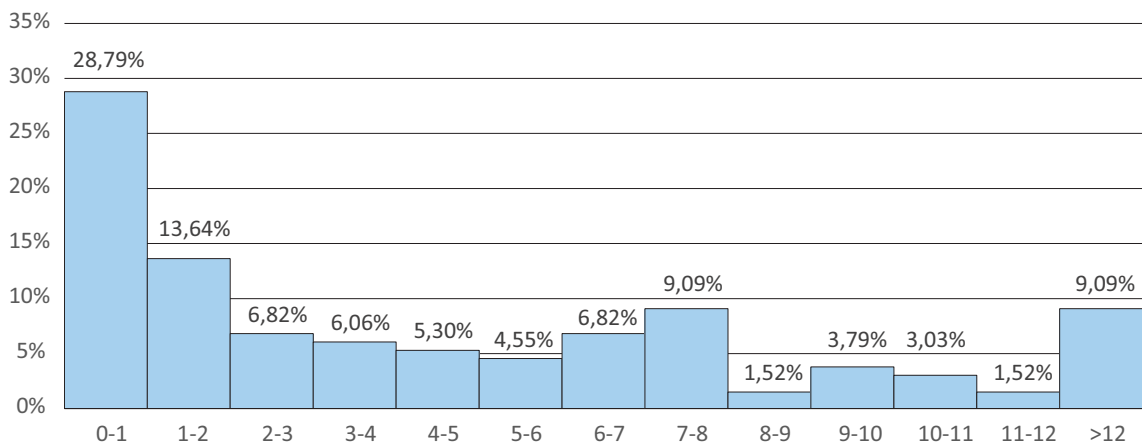


Sagsbehandlingstiden har de seneste tre år ligget på et gennemsnit på 7 måneder. At sagsbehandlingstiden, uanset det lavere antal modtagne klager, ikke er faldet i 2013, har flere årsager. For det første må det antages, at lovændringen i 2013 medførte, at antallet af grundløse klager, der kan behandles med anvendelse af få resurser, blev stærkt reduceret, således at de klager, som klagenævnet herefter modtog, næsten alle har krævet indgående sagsbehandling. Klagenævnet havde i 2013 et stort antal verserende sager, hvoraf mange var modtaget i 2012. Dertil kommer, at der i 2013 har verseret flere meget omfattende sager for klagenævnet, som hver for sig har haft en sagsgenstand på flere milliarder kroner, og hvor skriftvekslingen og de endelige kendelser har haft et meget betydeligt omfang. Som eksempler kan nævnes kendelse af 20. juni 2013, Bombardier Transportation Denmark A/S og Balfour Beatty Rail Danmark A/S mod Aarhus Letbane I/S, kendelse af 8. januar 2013, MET 4 JV Cityringen Tender Office mod Metroselskabet I/S, kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark, og kendelse af 20. december 2013, Augusta Westland Limited mod Forsvarets Materieltjeneste.

4.7 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2013 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 den efterfølgende tabel, hvor sagsbehandlingstiden i antal måneder for klagesager er opgjort procentvist kumulativt.

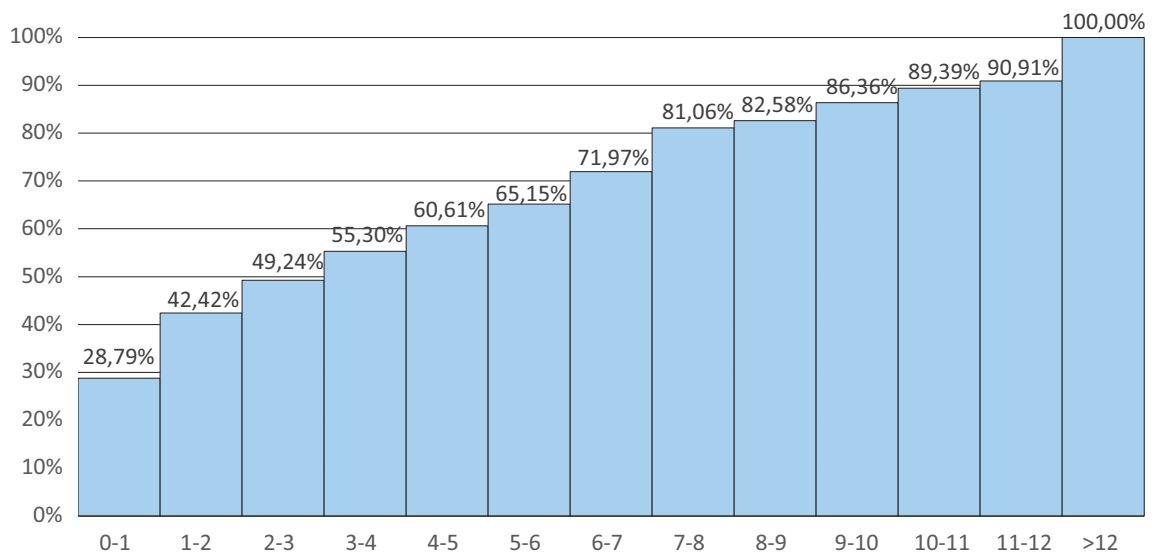
Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager
(procentvis fordeling)



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for 2013 vist procentvist kumulativt.

Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager
(vist procentvist kumulativt)

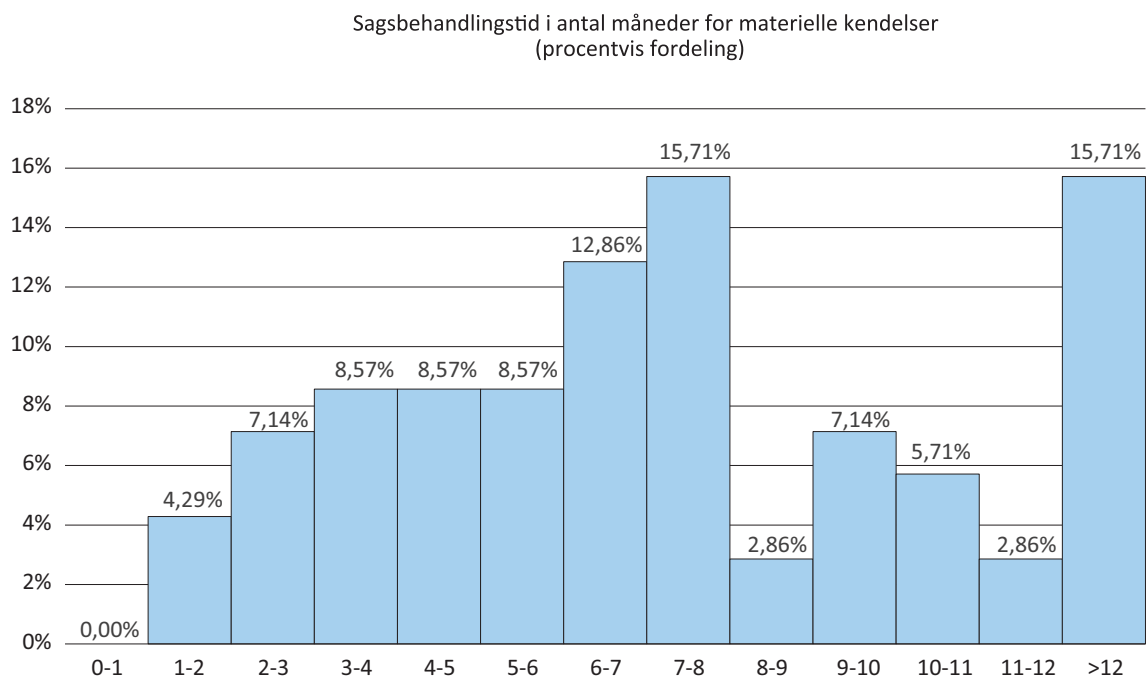


Som det fremgår, afsluttes 29 % af sagerne i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen. 42 % af sagerne sluttes i løbet af de første 2 måneder efter klagens modtagelse. Det fremgår videre, at ca. 50 % af alle modtagne sager sluttes i løbet af 3 måneder. I opgørelsen indgår blandt andet 54 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. Sådanne kendelser er meget resursekrævende for klagenævnet, da kendelsen i de fleste tilfælde skal udarbejdes og afsiges inden for en frist på 30 dage og således under et betydeligt tidspres, og da kendelserne ofte indeholder en omfattende sagsfremstilling og indgående præmisser. Det ses endvidere, at 65 % af sagerne sluttes i løbet af 5-6 måneder efter klagens modtagelse, og at 86 % af sagerne færdigbehandles i løbet af 9-10 måneder.

Klagenævnet har således ikke generelt lange sagsbehandlingstider, men afslutter en væsentlig andel af sagerne i løbet af relativt kort tid.

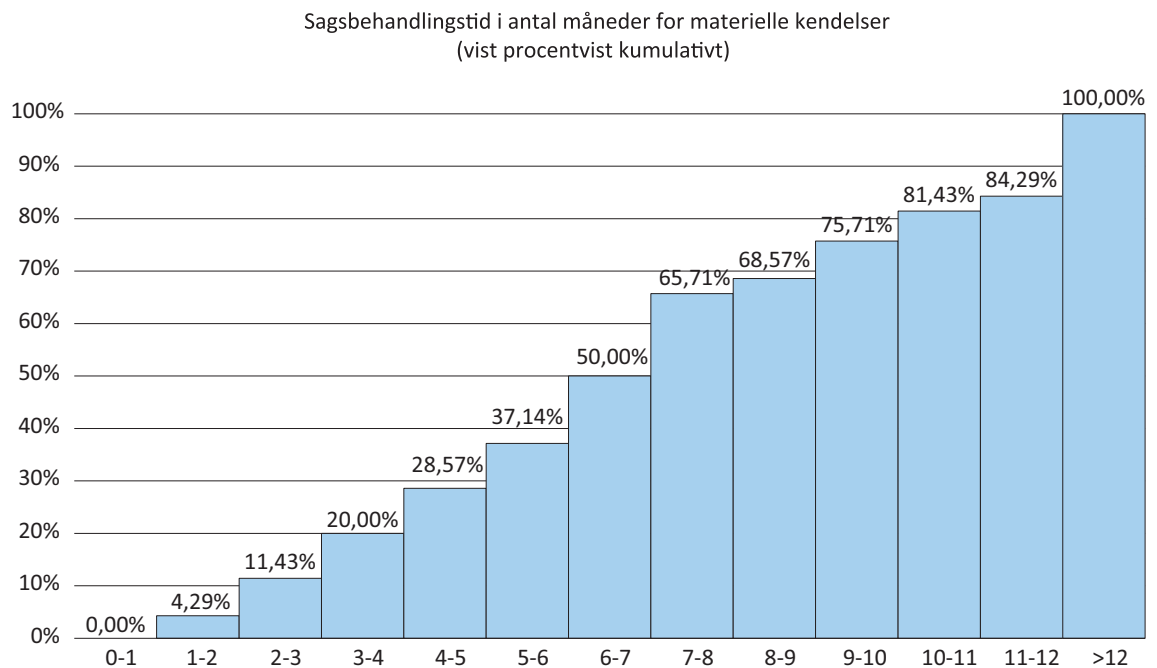
4.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2013 opgjort den procentvise andel af alle materielle kendelser, der afsluttes med en sagsbehandlingstid på 1-2 måneder, 2-3 måneder osv. og med en sagsbehandlingstid på mere end 12 måneder.



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for materielle kendelser i 2013 vist procentvist kumulativt.



Tabellen illustrerer, at der er afsagt materiel kendelse i 20 % af sagerne allerede efter 3-4 måneder og i halvdelen af sagerne efter 6-7 måneder. Videre ses det, at efter 11-12 måneder er der afsagt materiel kendelse i 84 % af sagerne. De resterende 16 % af sagerne, hvis sagsbehandlingstid strækker sig over mere end 12 måneder, hører erfaringsmæssigt ofte til i kategorien af store og juridisk/teknisk meget komplicerede sager, der nødvendigvis har en længere sagsbehandlingstid. Det er samtidigt 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 resurser på at træffe afgørelse(r) om aktindsigt efter forvaltningsloven.

5. HØRINGER OG ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET

Klagenævnet havde foruden behandlingen af klagesager en række udadrettede aktiviteter i 2013:

Klagenævnets høringssvar

Klagenævnet afgav høringssvar vedrørende de ændringer af håndhævelsesloven, der blev gennemført i 2013:

- ▶ Klagenævnets høringssvar af 21. januar 2013 vedrørende udkast til forslag om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.
- ▶ Klagenævnets høringssvar af 3. maj 2013 vedrørende udkast til forslag om ændring af bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud

Begge høringssvar kan ses på klagenævnets hjemmeside.

Udsendelse af pressemeddelelser m.v.

Klagenævnet traf i 2013 beslutning om, at afsigelse af kendelser, som der på forhånd må forventes at være offentlig interesse for, skal ledsages af en pressemeddelelse på klagenævnets hjemmeside. Det vil navnlig gælde sager, der angår særligt store værdier, men efter en konkret vurdering også i andre vigtige sager. Pressemeddelelser offentliggøres på afsigelsesdagen normalt kl. 15.00.

Michael Ellehauge: »Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler« (trykt i Ugeskrift for Retsvæsen 2013 tillæg B, side 241 ff.) Artiklen bygger på et foredrag holdt under en konference på Christiansborg den 9. april 2013, jf. herom nedenfor.

Deltagelse ved konferencer m.v.

Klagenævnets formand deltog som oplægsholder ved følgende konferencer og arrangementer:

- ▶ Konference på Christiansborg den 9. april 2013 vedrørende »Håndhævelsen af udbudsreglerne« arrangeret af Dansk Forening for Udbudsret i samarbejde med medlem af Folketinget Brian Mikkelsen (Det konservative Folkeparti) og medlem af Folketinget Benny Engelbrecht (Socialdemokratiet)
- ▶ Udbudskonference den 29. og 30. maj 2013 om »Fleksibilitet i offentlige indkøb – eksisterende muligheder« arrangeret af JUC
- ▶ Konference i Oslo den 4. september 2013, hvori indgik et oplæg om »Erfaringer fra det danske Klagenævnet for Udbud« arrangeret af Næringslivets forum for offentlige anskaffelser
- ▶ Møde i udbudslovsudvalget den 19. november 2013 om »Status på udbudsområdet set i lyset af den forestående implementering af de nye udbudsdirektiver«

Næstformand i klagenævnet, landsdommer Katja Høegh, deltog som oplægsholder ved følgende arrangementer:

- ▶ EU-Udbudskonference den 17. og 18. april 2013 samt den 5. og 6. november 2013 vedrørende »De juridiske udfordringer ved håndhævelse« arrangeret af IBC
- ▶ IT Jura konference den 5. september 2013 vedrørende »Klagenævnets anvendelse af håndhævelsesloven – et kondensat af retsdannelsen og er målsætningen om en mere effektiv håndhævelse af udbudsreglerne blevet indfriet?« arrangeret af Dansk IT