

Klagenævnet for Udbud

Årsberetning 2018

INDHOLDFORTEGNELSE

FORORD.....	4
1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD	5
1.1 Lovgrundlag og etablering	5
1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning	5
1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat.....	6
1.4 Klagenævnet for Udbuds opgaver, herunder klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder	7
1.5 Nævns- og formandsafgørelser	10
1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning	11
1.7 Sagens forberedelse og afgørelse, herunder sagsomkostninger.....	13
1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven	15
2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER	16
2.1 Indledning.....	16
2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser	16
2.2.1. Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse	16
Kendelse af 17. januar 2018, Opel Danmark A/S mod Dansk Politi v/Rigspolitiet	16
Kendelse af 22. februar 2018, Axxess A/S mod Region Hovedstaden	17
Delkendelse af 27. juni 2018, Abena A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S	17
Kendelse af 17. september 2018, New Printtex of Denmark ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse	20
2.2.2. Prækvalifikation	21
Kendelse af 26. marts 2018, Idemia Identity & Security France SAS mod Digitaliseringsstyrelsen.....	21
Kendelse af 20. juni 2018, Icomera AB mod DSB	22
Kendelse af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune	23
Delkendelse af 12. december 2018, KMD A/S mod Københavns Kommune	25
2.2.3 Udelukkelsesgrunde	26
Kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark	26
2.2.4 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel	27
Delkendelse af 25. januar 2018, CSC Danmark A/S mod Rigspolitiet	27
Kendelser af 23. februar og 5. september 2018, Sigmax Law Enforcement B.V. mod Rejsekort A/S	28
Kendelse af 18. april 2018, A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse	29
Kendelse af 23. maj 2018, Coloplast Danmark A/S mod Region Hovedstaden	30
Kendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund	30
Kendelse af 25. oktober 2018, Dommerby Stål A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ..	32
2.2.5 Sortimentssudbud	33
Kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S	33
Kendelser af 12. april og 13. juli 2018, Lekolar Leika A/S mod Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune	35

2.2.6 Horisontale samarbejdsaftaler	36
Kendelser af 22. januar og 22. marts 2018, Det Danske Madhus A/S mod Norddjurs Kommune.	36
2.2.7 Opdeling af kontrakter	38
Kendelse af 28. maj 2018, Danske Slagtemestre A/S som mandatar for Gert Nielsen A/S mod Høje-Taastrup Kommune.	38
2.2.8 Klagenævnsloven, herunder (foreløbig) opsættende virkning og klagenævnets sanktioner	40
Delkendelse af 10. januar 2018 og kendelse af 5. oktober 2018, Næstved Sprog- og Integrationscenter mod Næstved Kommune	40
Kendelse af 26. januar 2018, Icomera AB mod DSB	42
Afgørelse af 28. juni 2018, Egons A/S mod Trafikselskabet Movia.....	43
Kendelse af 11. oktober 2018, Konsortiet Sprogpartner mod Rigspolitiet m.fl. og omkostningsafgørelse i samme sag	43
3. UDVALGTE AFGØRELSER OM AKTINDSIGT	46
3.1 Indledning	46
3.2 Klageberettigelse	46
3.3 Klagenævnets kompetence i rekursager efter offentlighedsloven	46
3.4 Undtagelse af fortrolige erhvervsoplysninger fra aktindsigt	48
Prisoplysninger	49
Andre tilbudsoplysninger	50
4. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER.....	51
Retten i Hernings dom af 5. juli 2018, Den Selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal mod Ringkøbing-Skjern Kommune, jf. klagenævnets kendelser af 21. april og 18. august 2017	51
Østre Landsrets dom af 3. maj 2018, Direktoratet for Kriminalforsorgen mod Kai Andersen A/S, jf. klagenævnets kendelser af 18. maj og 19. november 2015.....	51
Vestre Landsrets dom af 1. marts 2018, Kemp og Lauritzen A/S mod Region Midtjylland, jf. klagenævnets kendelse af 17. august 2015.	52
5. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2018	53
5.1 Indkomne klager	53
5.2 Standstill-sager og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning	54
5.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde	55
5.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf.....	55
5.5 Afsagte erstatningskendelser	57
5.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid	58
5.7 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist som procentvis fordeling)	58
5.8 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt)	59
5.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling)	60
5.10 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist procentvist kumulativt)	60
6. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET	62

FORORD

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

Kapitel 1 indeholder en redegørelse for nævnets lovgrundlag, etablering og sammensætning, herunder formandskabet, nævnets sagkyndige og sekretariat.

I kapitel 2 er der anført referater af en række af nævnets kendelser fra 2018, som må anses for principielle eller i øvrigt af særlig interesse. Der er herunder afsagt en del kendelser om forståelsen af centrale bestemmelser i udbudsloven. Det er ved omtalen tilstræbt at fokusere på de aspekter, klagenævnet har fundet særligt interessante. Klagenævnets kendelser offentliggøres løbende på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk. Det gælder både kendelser om udbudsreglerne og kendelser om erstatning samt et udvalg af kendelser vedrørende opsættende virkning. Klagenævnets praksis i sager om aktindsigt offentliggøres mindre systematisk, og nævnet har på den baggrund igen i år med udgangspunkt i afgørelser fra 2018 valgt at beskrive visse dele heraf, jf. kapitel 3.

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

Kapitel 5 indeholder statistiske oplysninger om klagenævnets virksomhed og kommentarer hertil. Klagenævnet modtog i 2018 106 klager, hvilket ligger lidt over antallet i 2016 og 2017. Ved nævnets afgørelser blev der givet klageren helt eller delvis medhold i ca. 34 % af tilfældene, hvilket er lidt højere end i 2017 og på niveau med 2016. Hertil kommer, at klagenævnet i ca. 26 % af nævnets kendelser om opsættende virkning, hvor nævnet tog stilling til betingelsen om fumus boni juris (om klagen har noget på sig), fandt, at denne betingelse var opfyldt, hvilket typisk førte til, at parterne fandt en løsning, som indebar, at klagen blev tilbagekaldt.

Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid faldt i 2018 til 5 måneder mod 7 måneder i 2017 og 6 måneder i 2016.

EU-Domstolens righoldige praksis på udbudsområdet er retningsgivende for blandt andre for Klagenævnet for Udbud. Det er derfor af afgørende betydning, at nævnet vedligeholder og udbygger et indgående kendskab til EU-Domstolens praksis. Klagenævnets dommere og jurister var på den baggrund i efteråret 2018 på besøg ved EU-Domstolen i Luxembourg. Der var tilrettelagt et særdeles imponerende program, som blandt andet indebar oplæg om de nyeste udbudsretlige domme samt lærerige og inspirerende drøftelser med flere af Domstolens dommere og generaladvokater om blandt andet udbudsretlige emner.

Nikolaj Aarø-Hansen, formand

Viborg, juli 2019

1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD

1.1 Lovgrundlag og etablering

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

1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning

Klagenævnets organisation er fastlagt i klagenævnetslovens § 9 og klagenævnsbekendtgørelsens § 1.

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

Formandskabet består af 6 landsdommere og 4 byretsdommere.

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

Klagenævnets sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til blandt andet bygge- og anlægsvirksomhed, offentlig indkøbsvirksomhed, transportvirksomhed, forsyningsvirksomhed eller har juridisk sagkundskab. Klagenævnets 20 sagkyndige medlemmer er udpeget efter indstilling fra de ministerier og organisationer, der er tillagt indstillingsret i 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. Der har i årets løb været enkelte ændringer blandt nævnets sagkyndige medlemmer, jf. nedenfor.

Klagenævnets formandskab var i 2018 sammensat af følgende dommere:

Formand for Klagenævnet for Udbud:

Landsdommer Nikolaj Aarø-Hansen

Klagenævnets øvrige formandskab:

- Landsdommer Kirsten Thorup
- Landsdommer, ph.d. Michael Ellehauge
- Dommer Niels Feilberg Jørgensen
- Landsdommer Erik P. Bentzen
- Landsdommer, LL.M. Katja Høegh
- Dommer Poul Holm
- Landsdommer Hanne Aagaard
- Dommer Jesper Stage Thusholt
- Dommer Charlotte Hove Lasthein

Klagenævnets sagkyndige medlemmer var i 2018:

- Chefkonsulent Michael Jacobsen
- Chefkonsulent Vibeke Steenberg
- Head of Team Legal Competition & Tender Law, Senior Manager Pernille Hollerup
- Chefkonsulent Erik Bøgaard Christiansen (til den 3. april 2018)
- Projektdirektør Henrik Fausing
- Underdirektør Jan Eske Schmidt
- Bygherrerådgiver, cand.jur., mediator Lene Ravnholt
- Chefjurist Preben Dahl
- Professor, ph.d. Steen Treumer
- Advokat Stephan Falsner
- Advokat Helle Carlsen
- Legal Manager Palle Skaarup
- Kontorchef Anette Gothard Mikkelsen
- Indkøbs- og udbudschef Jeanet Vandling
- Professor (MSO), ph.d. Ole Helby Petersen
- Erhvervsjuridisk rådgiver, ph.d. Grith Skovgaard Ølykke
- Projektleder og specialkonsulent, cand.jur. Christina Kønig Mejl
- Jurist, cand.jur. Claus Pedersen
- Development Manager Jan Kristensen
- Kontorchef for strategisk indkøb Birgitte Nellemann
- Chefkonsulent Lise Ridderholm Husted (fra den 3. april 2018)

1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat

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

Klagenævnets formand er faglig leder af sekretariatet, som i 2018 var normeret med tre jurister og to sekretærer, ligesom der til sekretariatet var tilknyttet en kontorelev i dele af 2018. I størstedelen af året var der af forskellige grunde kun to jurister i sekretariatet.

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

Sekretariatet bestod i 2018 af følgende medarbejdere:

- Chefkonsulent, cand.jur. Jeanne Schou (til den 31. oktober 2018)
- Chefkonsulent, cand.jur. Klaus Tougaard Kristensen (1. april – 15. juni 2018)
- Specialkonsulent, cand.merc.jur. Maiken Nielsen (fra den 1. oktober 2018)
- Fuldmægtig, cand.jur. Julie Just O'Donnell
- Kontorfuldmægtig Dorthe Hylleberg
- Kontorfuldmægtig Heidi Thorsen
- Kontorelev Katrine Kirkegaard Gade (fra den 1. september 2018)

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

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

Klagenævnet behandler således primært klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af:

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

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

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

Klagenævnets hovedopgave er at træffe konkrete afgørelser i konkrete klagesager. Når klagenævnet afsiger principielle kendelser, kommer dette ofte til udtryk på den måde, at klagenævnet fremkommer med nogle generelle udtalelser om retsreglernes nærmere indhold. Der kan være grund til at

advare imod overfortolkning af klagenævnets kendelser og imod, at de tages som udtryk for at være af vidererækkende betydning, uden at der er dækning for det i den pågældende kendelse. Der henvises herved til artiklen i Ugeskrift for Retsvæsen 2013 B, side 241 ff. (U.2013B.241, Michael Ellehauge: Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler, punkt 1).

Klagenævnets kendelser er som retskilde underordnet domme fra de danske domstole og fra EU-Domstolen. Det er imidlertid alene en meget lille andel af nævnets afgørelser, der indbringes for domstolene; i 2018 skete dette således kun i 2 ud af 44 afgørelser, og klagenævnets praksis, måske navnlig kendelser afsagt inden for de seneste 10 år, må anses for en vigtig retskilde ved anvendelsen af udbudsreglerne i Danmark. Det kan endvidere nævnes, at generaladvokaten i sin udtalelse af 18. december 2014 i sag C-601/13, præmis 79, Ambisig-sagen, henviste til en af klagenævnets kendelser. Endvidere har klagenævnet den fordel at kunne agere hurtigere end domstolene. Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid for udbudssager var således i 2018 på 5 måneder, hvortil blandt andet kommer, at en meget stor del – ca. 66 % – af sagerne færdigbehandles i løbet af de første 3 måneder, efter at klagen er modtaget (i tallet indgår afgjorte og afviste sager). Der henvises til årsberetningens kapitel 5.

Klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder

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

Opsættende virkning

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

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

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

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

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

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

Uanset at en afgørelse om opsættende virkning ikke indeholder en endelig vurdering og dermed en materiel afgørelse i sagen, vil klagenævnets "fumus-kendelse" således ofte i praksis tjene til at vejlede den part, som kendelsen går imod, om, at sagen skal tilføres noget nyt, hvis parten skal have en chance for at få medhold ved klagenævnets senere materielle kendelse i sagen. I 2018 har klagenævnet i fire tilfælde tillagt en klage opsættende virkning: Ved kendelse af 10. januar 2018, Næstved Sprog- og Integrationscenter mod Næstved Kommune, ved kendelse af 26. januar 2018, Icomera AB mod DSB, ved kendelse af 11. april 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune, og ved kendelse af 12. december 2018, KMD A/S mod Københavns Kommune (kendelserne er omtalt i kapitel 2).

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

Hvis klagenævnet vurderer, at en sag kan afgøres på det foreliggende grundlag, kan klagenævnet i stedet beslutte at afgøre selve sagen, således at klagenævnet ikke træffer afgørelse om opsættende virkning. Parterne vil i så fald få lejlighed til at fremkomme med supplerende processkrifter. Der er i 2018 afsagt syv sådanne kendelser: Kendelse af 17. januar 2018, Opel Danmark A/S mod Dansk Politiv/Rigspolitiet, kendelse af 1. februar 2018, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia, kendelse af 26. marts 2018, Idemia Identity & Security mod Digitaliseringsstyrelsen, kendelse af 11. april 2018, Israel Aerospace Industries Ltd. mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, kendelse af 28. maj 2018, Danske Slagtermestre som mandatar for Gert Nielsen A/S mod Høje-Taastrup Kommune, kendelse af 20. juni 2018, Icomera AB mod DSB, og kendelse af 12. september 2018, Selex ES Inc. mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

Øvrige sanktionsmuligheder

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

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

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

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

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

Er ordregiveren ikke en del af den offentlige forvaltning og dermed ikke omfattet af lovens § 19, stk. 1, kan klagenævnet ikke pålægge ordregiveren en økonomisk sanktion. I stedet indgiver klagenævnet politianmeldelse, når ordregiveren i medfør af lovens § 18, stk. 3, skal pålægges en alternativ sanktion i form af bøde. Der henvises herved til klagenævnets kendelse af 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 klagenævnslovens sanktioner.

1.5 Nævns- og formandsafgørelser

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

Nævnsafgørelser

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

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

I 2018 er der afsagt kendelse med en sådan udvidet besætning i seks sager, nemlig delkendelse af 5. januar 2018, Salini Impregilo S.p.A mod Metroselskabet I/S, kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, kendelse af 21. februar 2018, Deloitte Statsautoriseret Revisionspartnerselskab mod Moderniseringsstyrelsen, kendelse af 26. marts 2018 Idemia Identity & Security mod Digitaliseringsstyrelsen, kendelse af 12. april 2018, Lekolar Leika A/S mod Fællesudbud Sjælland v/Køge Kommune, erstatningskendelse af 3. juli 2018 i samme sag og kendelse af 11. oktober 2018, Konsortiet Sprogpartner mod Rigspolitiet m.fl. De fem sidstnævnte omtales nedenfor i kapitel 2.

Formandsafgørelser

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

Denne mulighed er ikke ofte benyttet, da de sagkyndige medlemmers medvirken er af afgørende betydning. I 2018 er der således ikke afsagt materiel kendelse uden deltagelse af et sagkyndigt medlem.

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

1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning

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

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

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

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

Klagen, som skal være formuleret på dansk, skal indeholde påstande, der præcist beskriver de overtrædelser, som klagenævnet skal tage stilling til. Klagenævnet er bundet af parternes påstande og anbringender (argumenter) og kan således ikke tilkende en part mere, end parten har påstået, eller tage hensyn til argumenter, som ikke er anført (klagenævnslovens § 10, stk. 1). Klagenævnet kan derfor ikke bistå med formulering af brugbare påstande, men klagenævnet kan vejlede klageren herom, jf. herved kendelse af 21. marts 2018, Scientia Ltd. mod Aarhus Universitet. 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. Typisk vil klageren have ansøgt om prækvalifikation eller have afgivet tilbud, men også virksomheder, som reelt ville have kunnet ansøge om prækvalifikation eller ville have kunnet afgive tilbud (potentielle ansøgere/tilbudsgivere), kan have retlig interesse. Kan klageren ikke sandsynliggøre at have retlig interesse i sagen, afvises klagen. Klagenævnet har truffet en række afgørelser, der belyser kravet om retlig interesse. Nogle af disse afgørelser er omtalt i den praksisoversigt, der findes på klagenævnets hjemmeside i tilknytning til årsberetningen.

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

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

Klagefristerne er i hovedtræk:

Klagefristen for ikke at være blevet prækvalificeret: 20 kalenderdage.

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

Klagefristen for "almindelige kontrakter": 45 kalenderdage.

Klagefristen for rammeaftaler: 6 måneder.

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

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

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

1.7 Sagens forberedelse og afgørelse, herunder sagsomkostninger

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

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

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

Klagenævnet kan tillade, at en tredjemand indtræder (intervenere) i sagen til fordel for klageren eller ordregiveren (klagenævnslovens § 6, stk. 3). Dette sker oftest i forbindelse med sager, hvor der er nedlagt påstand om annullation af tildelingsbeslutningen. Hvis der er spørgsmål om uden virkning, har den, med hvem kontrakt er indgået, ubetinget ret til at intervenere og skal orienteres herom, jf. klagenævnslovens § 6, stk. 5. Det er efter klagenævnslovens § 6, stk. 3, en betingelse for intervention, at sagen har væsentlig betydning for den, der ønsker at intervenere. Intervention efter klagenævnsloven svarer til biintervention efter retsplejelovens regler. Intervenienten kan således ikke nedlægge selvstændige påstande og fremføre egne anbringender og tillægges af samme grund ikke sagsomkostninger, jf. herved omkostningsafgørelse af 30. oktober 2018 i klagesagen Konsortiet Sprogpartner mod Rigspolitiet m.fl. (omtalt under kapitel 2)

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

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

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

En mundtlig forhandling foregår i Nævnenes Hus i Viborg og forløber som udgangspunkt således, at parternes påstande og sagens centrale dokumenter gennemgås. Det er muligt at supplere oplysningsgrundlaget med forklaringer, der afgives under mødet, men det vil som regel være mest hensigtsmæssigt, at der i stedet på forhånd afgives skriftlige erklæringer til klagenævnet og modparten. I nogle tilfælde anser klagenævnet den indledende præsentation af sagens dokumenter mv. for unødvendig, hvilket klagenævnet i så fald vil meddele. Klagenævnet kan eventuelt ønske forskellige afklarende spørgsmål besvaret. Mødet afsluttes med, at parterne eller deres advokater fremkommer med deres afsluttende bemærkninger (procedure), hvorefter sagen optages til afgørelse. Voteringen påbegyndes normalt umiddelbart derefter. De mundtlige forhandlinger i klagenævnet har typisk en varighed på 4-5 timer, mens varigheden i de største sager kan være op til 1-2 dage. Der har i 2018 været afholdt møde i en sag (i 2017 tre sager), mens 51 sager er afgjort på skriftligt grundlag (i 2017 66 sager). Der henvises i øvrigt til oversigten over nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med møde i afsnit 5.3.

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

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

Sagsomkostningerne kan som udgangspunkt maksimalt udgøre 75.000 kr. Klagenævnet kan dog pålægge den indklagede at betale et større beløb, hvis der er tale om en større sag defineret efter kontraktstørrelse, eller hvis særlige forhold måtte tale for det. I klagenævnets kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, blev omkostningerne fastsat til 100.000 til den vindende part.

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

Klagenævnets afgørelser kan indbringes for domstolene senest otte 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. Derimod er klagenævnet ikke rekursinstans i sager om afslag på aktindsigt i sagen om opfyldelsen af aftaler indgået som resultat af et udbud, jf. kapitel 3.
- Sager, hvor en tredjemand, f.eks. en journalist, anmoder om aktindsigt efter offentlighedsloven i dokumenter oprettet eller modtaget i en klagesag, der verserer eller har verseret ved klagenævnet. I disse tilfælde er det klagenævnet og ikke i første omgang den indklagede ordregiver, der træffer afgørelsen om aktindsigt. Da de pågældende dokumenter selvsagt også findes hos den indklagede myndighed, vil der normalt i stedet kunne søges om aktindsigt direkte hos denne myndighed.

Sagerne om aktindsigt efter offentlighedsloven adskiller sig væsentligt fra de sager om overtrædelser af udbudsreglerne, der efter klagenævnets loven skal afgøres af klagenævnet. Der henvises til kapitel 3 i årsberetningen for 2016 og 2017 samt kapitel 3 i denne årsberetning for en nærmere beskrivelse af klagenævnets praksis i aktindsigtssager.

2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER

2.1 Indledning

Alle materielle kendelser og erstatningskendelser offentliggøres på klagenævnets hjemmeside, www.klfu.dk, og kan tilgås direkte via <https://klfu.naevneneshus.dk/>. Endvidere offentliggøres delkendelser vedrørende opsættende virkning og aktindsigtsafgørelser, hvis de har almen interesse. I det følgende omtales en række kendelser fra 2018, som alle er offentliggjort på klagenævnets hjemmeside. Nogle af kendelserne har egentlig principiel karakter. Andre vedrører problemstillinger, som uanset deres konkrete karakter må antages at være af interesse for en bredere kreds.

Kendelserne er kategoriseret under følgende emneord:

- Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse
- Prækvalifikation
- Udelukkelsesgrunde
- Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel
- Sortimentsudbud
- Horisontale samarbejdsaftaler
- Opdeling af kontrakter
- Klagenævnetsloven, herunder (foreløbig) opsættende virkning og klagenævnets sanktioner

2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser

2.2.1. Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse

Kendelse af 17. januar 2018, Opel Danmark A/S mod Dansk Politi v/Rigspolitiet

Udbud vedrørende servicering m.v. af Opel-køretøjer. Vindende tilbudsgiver var ikke autoriseret Opel-værksted, men havde tilkendegivet at ville overholde mindstekravene. Klagenævnet lagde vægt på dette og på EU-retlig regulering, hvis formål er at give uafhængige værksteder adgang til markedet på lige fod med autoriserede forhandlere og reparatører. Tilbuddet blev herefter anset for konditionsmæssigt.

Sagen angik et offentligt udbud af 57 delaftaler efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om værkstedsydelse, reservedele og forbrugsstoffer, herunder dæk, vedrørende politiets køretøjer. Klagen angik en delaftale om værkstedsydelse mv. til politiets køretøjer af mærket Opel til Politikreds Nordjylland og var indgivet af importøren af Opel-køretøjer, som ikke havde afgivet tilbud. Klagenævnet fandt, at klageren, der var underleverandør til de Opel-værksteder, der havde afgivet tilbud på delaftalerne, men ikke var tildelt kontrakt, var klageberettiget. Klageren gjorde gældende, at en række mindstekrav ikke eller kun vanskeligt kunne overholdes af den vindende tilbudsgiver, idet denne ikke var et autoriseret Opel-værksted.

Klagenævnet redegjorde i kendelsen for, at uafhængige værksteders adgang til reparations- og vedligeholdelsesinformation er sikret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 715/2007 af

20. juni 2007, jf. forordningens præambelbetragtning 27 og artikel 6, stk. 1. Nævnet bemærkede, at den vindende tilbudsgiver ved afgivelsen af tilbuddet havde tilkendegivet at ville overholde mindstekravene, og at virksomheden også efterfølgende havde bekræftet dette over for Rigspolitiet i forbindelse med, at Rigspolitiet nærmere havde undersøgt spørgsmålet. Klagenævnet fandt efter det foreliggende, herunder den ovennævnte EU-retlige regulering – hvis formål er at give uafhængige værksteder adgang til markedet på lige fod med autoriserede forhandlere og reparatører – at klageren ikke havde godtgjort, at det vindende tilbud var ukonditionsmæssigt. Det var heller ikke godtgjort, at Rigspolitiet ikke har undersøgt dette spørgsmål tilstrækkeligt. Klagenævnet tog derfor ikke klagen til følge. Klagen var indgivet i standstill-perioden. I stedet for at tage stilling til spørgsmålet om opsættende virkning afgjorde klagenævnet sagen endeligt inden udløbet af 30-dages fristen i lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 3. Kendelsen er således et eksempel på en såkaldt ”straks-kendelse”.

Kendelse af 22. februar 2018, Axxess A/S mod Region Hovedstaden

Rammeaftale med en varighed på over 4 år i strid med udbudslovens § 95, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 1). Tildelingsbeslutningen annulleret.

Sagen angik Region Hovedstadens offentlige udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om netværkskomponenter. Aftalen var opdelt i fire dele, hvoraf to angik levering af netværksudstyr, mens de to andre dele angik support mv. på regionens eksisterende netværksudstyr. Varigheden var fastsat til 48 måneder med mulighed for forlængelse en eller flere gange med op til i alt 36 måneder, dvs. en løbetid på potentielt syv år. Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde gældende, at Region Hovedstaden ikke havde godtgjort, at der forelå et ekstraordinært tilfælde, som kunne begrunde en fravigelse af hovedreglen i udbudslovens § 95, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 1), om, at en rammeaftale maksimalt må have en varighed på 4 år, og at regionens tildelingsbeslutning derfor skulle annulleres.

Klagenævnet, der tog klagen til følge, fastslog, at regionen havde bevisbyrden for, at der forelå et ekstraordinært tilfælde, som kunne begrunde en varighed på rammeaftalen på potentielt syv år. Regionen havde ikke påvist sådanne ekstraordinære omstændigheder. Klagenævnet lagde herved navnlig vægt på, at rammeaftalen omfattede indkøb af standard netværkskomponenter, hvor regionen selv kunne sammensætte sine løsninger ud fra sit behov ved brug af hardware fra rammeaftalen. Dertil kom, at rammeaftalen afløste en tidligere kontrakt af væsentligt kortere varighed, at udformningen af udbuddet, herunder opdelingen i fire dele, syntes at forudsætte, at det var muligt at gennemføre udbud med henblik på at få andre leverandører, og at det i den forbindelse kunne sikres, at det indkøbte ville være kompatibelt med det eksisterende netværksudstyr. Da overtrædelsen af udbudslovens § 95, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 33, stk. 1), måtte anses for at være af væsentlig betydning, annullerede klagenævnet regionens tildelingsbeslutning.

Delkendelse af 27. juni 2018, Abena A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)

En klage over, at ordregiver ikke havde tilrettelagt en effektiv kontrol med nøjagtigheden af oplysningerne i tilbuddene vedrørende underkriteriet Sortimentsbredde, at ordregiver ikke havde undersøgt oplysninger i tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver, at ordregiver havde ladet et frivilligt sortiment B

indgå i udbuddet, selvom det ikke indgik i evalueringen, at der ikke var fastsat objektive og gennem-sigtige krav til det frivillige sortiment A, og at der blev foretaget ændring i udbudsbetingelsernes be-skrivelse af fremgangsmåden for tildeling, blev ikke tillagt opsættende virkning, da betingelsen om "fumus boni juris" ikke var opfyldt.

Sagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale med flere leverandø-rer om levering af bleer med mere til brug for visse borgere. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af underkriterierne Pris (60 %), Service (20 %) og Sortimentsbred-de (20 %).

I udbudsbetingelserne var det fastsat, at tilbudsgiverne for den del af tilbudslisten, der angik "obliga-torisk sortiment", skulle oplyse priser for de enkelte omfattede produkter, og at der kun måtte tilby-des ét produkt pr. varelinje. Tilbudslisten omfattede herudover et frivilligt "Sortiment A", hvor til-budsgiverne kunne – men ikke skulle – tilbyde supplerende produkter, der ikke måtte være identiske med et tilbudt produkt under det obligatoriske sortiment, og som skulle adskille sig fra et sådant produkt med hensyn til forskellige egenskaber. Produktet skulle imidlertid opfylde visse krav til det tilsvarende produkt under det obligatoriske sortiment og skulle tilbydes til samme pris. Endvidere var det fastsat, at tilbudsvurderingen efter underkriteriet Sortimentsbredde ville ske på grundlag af an-tallet af tilbudte produkter under "Sortiment A". Tilbudsgiverne kunne herudover under et frivilligt "Sortiment B" tilbyde produkter, der hverken var omfattet af tilbudslisten eller "Sortiment A". Til-budspriserne for disse produkter måtte ikke overstige tilbudsgivernes listepreiser eller producentens vejledende udsalgspris, og tilbuddene under "Sortiment B" indgik ikke i tilbudsvurderingen. Træk på rammeaftalen skulle ske enten ved direkte tildeling eller ved tildeling på grundlag af kvalitetstest i nedsat faggruppe eller tildeling på grundlag af kvalitetsafprøvning hos borgere med bevilling, og de tilsluttede ordregivere skulle på forhånd angive, hvilken af disse former for træk de ville anvende. Træk på rammeaftalen ved tildeling på grundlag af kvalitetstest i nedsat faggruppe og på grundlag af kvalitetsafprøvning hos borgere med bevilling blev i udbudsbetingelserne omtalt som "genåbning af konkurrencen". Efter at der under en spørgerunde var indkommet protester mod disse former for træk, ændrede ordregiveren betegnelsen til "tildeling af Periodekøbskontrakt på baggrund af kvali-tetstest" (i nedsat faggruppe) henholdsvis "tildeling af Periodekøbskontrakt på baggrund af kvalitets-afprøvning" (hos borgere med bevilling). Der indkom tilbud fra to virksomheder. Afgørende for tilde-lingen var, at den vindende tilbudsgivers tilbud havde opnået en væsentlig højere score for underkri-teriet Sortimentsbredde. Ordregiveren besluttede at indgå rammeaftaler med begge tilbudsgivere med angivelse af deres indbyrdes placering.

Klageren, der var den tilbudsgiver, der blev nummer to, gjorde gældende, at SKI ikke havde tilrette-lagt en effektiv kontrol med nøjagtigheden af oplysningerne i tilbuddene vedrørende underkriteriet Sortimentsbredde. Klagenævnet fastslog, at det ikke er et udbudsretligt krav, at ordregiveren tilrette-lægger udbuddet på en sådan måde, at der faktisk gennemføres en effektiv kontrol med de oplysnin-ger, der er indeholdt i en tilbudsgivers oplysninger i forhold til de enkelte under- eller delkriterier. Efter udbudslovens § 159, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3), skal en ordregiver i tvivlstilfælde foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningen eller tilbuddet. Bemærkningerne til § 159, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3), indeholder

ikke nærmere fortolkningsbidrag til bestemmelsens indhold, som skal ses i sammenhæng med den tilsvarende regel i lovens § 164, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4). Både efter disse bestemmelser og efter hidtidig praksis er udgangspunktet, at et tilbud skal evalueres på grundlag af sit eget indhold. Ordregiveren er alene forpligtet til at kontrollere oplysningerne i tilbuddet, hvis der for ordregiveren foreligger omstændigheder, som giver særlig anledning til en sådan kontrol. I disse tilfælde skal ordregiveren foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt. Klagenævnet fandt på den baggrund, at SKI ikke havde været forpligtet til at tilrettelægge udbuddet således, at der obligatorisk blev gennemført en effektiv kontrol med nøjagtigheden af de oplysninger, der var indeholdt i tilbuddene for så vidt angår underkriteriet Sortimentbredde, selv om en sådan kontrol var mulig. Nævnet bemærkede herved, at hvis det efter kontraktindgåelsen står klart, at den vindende tilbudsgiver ikke kan levere det, som den pågældende tilbudsgiver har tilbudt, vil ordregiveren efter omstændighederne kunne være forpligtet til at hæve kontrakten, fordi en accept af at modtage den ikke kontraktmæssige ydelse vil ændre kontraktens genstand i et sådant omfang, at udbudspligten ikke er afløftet ved det afholdte udbud.

Klageren havde endvidere gjort gældende, at SKI i strid med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), § 45, stk. 2, og § 161 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 1) havde ladet et frivilligt sortiment B indgå i udbuddet, selvom det ikke indgik i evalueringen. Klagenævnet udtalte herom, at det udbudsretlige udgangspunkt er, at der skal foretages en evaluering af tilbuddene i forhold til hele den udbudte kontrakt. Det følger imidlertid af udbudslovens § 45, stk. 2, at tilbudsevalueringen i medfør af lovens § 160 kan ske på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes tilbudte sortiment i forbindelse med gennemførelsen af et udbud, hvor ordregiveren henviser til specifikke produktkategorier. Ordregiveren kan således i både prismæssig og kvalitativ henseende evaluere indkomne tilbud på grundlag af et repræsentativt udsnit af tilbudsgivernes sortiment. På baggrund af udbudsbetingelsernes indhold sammenholdt med opbygningen af tilbudslisterne fandt klagenævnet endvidere, at det havde været klart for tilbudsgiverne, at produkterne, som blev tilbudt i det obligatoriske sortiment og i det frivillige sortiment A – i modsætning til sortiment B – udgjorde den del af den samlede udbudte ydelse, herunder sortiment B, som ville indgå i evalueringen af tilbuddene. Efter indholdet af kravspecifikationen og tilbudslisterne havde produkterne, der var omfattet af udbuddet, været så detaljeret beskrevet, at der heller ikke kunne have været tvivl om omfanget af den udbudte ydelse.

Klageren gjorde herudover gældende, at der ikke var fastsat objektive og gennemsigtige krav til det frivillige sortiment A. Klagenævnet fandt efter en gennemgang af udbudsbetingelserne, at det ikke var muligt at tilbyde helt identiske produkter under det obligatoriske sortiment og det frivillige sortiment A, hvilket heller ikke skete. Beskrivelsen af produkterne i det obligatoriske sortiment fandtes at indeholde en tilstrækkelig klar beskrivelse til, at det havde været muligt for tilbudsgiverne at vurdere, om de ønskede at afgive tilbud, herunder på sortiment A, samt hvilke produkter eller ydelser der kunne danne grundlag for tilbuddet på de enkelte sortimenter.

Klageren gjorde endvidere gældende, at det var i strid med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og § 100 (direktiv 2014/24/EU 33, stk. 5), jf. § 98 (direktiv 2014/24/EU artikel 33,

stk. 4), at SKI havde ændret udbudsbetingelsernes beskrivelse af fremgangsmåden for tildeling af ordrer i henhold til den udbudte rammeaftale ved ikke at give mulighed for at genåbne konkurrencen, jf. ovenfor. Klagenævnet fastslog, at det beror på en konkret vurdering, om en ændring af et bestemt forhold udgør ændring af et grundlæggende element, en væsentlig ændring eller en uvæsentlig ændring. Ved denne vurdering er det afgørende, om ændringen har haft betydning for kredsen af mulige ansøgere eller tilbudsgivere eller har fordrejet konkurrencen mellem disse. Ved de ændrede modeller for træk blev tilbudsgiverne alene opfordret til at fremsende de tilbudte produkter fra sortimentet, der blev identificeret som repræsentative, og de havde derfor ingen mulighed for at påvirke eller forbedre tilbuddet, som evalueringen blev foretaget på baggrund af. Uanset det oprindelige ordvalg var der således reelt ingen fornyet konkurrence, hvilket også måtte have stået tilbudsgiverne klart. På den baggrund fandt klagenævnet, at der med den ændrede sprogbrug alene skete en saglig præcisering, hvor terminologien blev bragt i overensstemmelse med modellens reelle indhold, og som ikke ændrede ved den fastsatte tildelingsmetode. Der var derfor ikke grundlag for at antage, at der var tale om en ændring, som var egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage eller til at fordreje konkurrencen mellem de faktiske tilbudsgivere.

Klagen blev efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen blev således klagenævnets endelige afgørelse i klagesagen.

Kendelse af 17. september 2018, New Printtex of Denmark ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

Ikke grundlag for at fastslå, at et udbud af en rammeaftale omfattede varer, som med sikkerhed ikke kunne ventes at blive indkøbt, og de anvendte vægtninger måtte efter sagens oplysninger anses for saglige.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI) udbød i marts 2018 som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om indkøb af "metalobjekter" til soldaters uniformer (afdelings- og tjenestedsmærker, distinktioner og udmærkelser til anvendelse inden for Forsvaret). Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af underkriterierne Pris og Kvalitet, der begge vægtede 50 %. Udbuddet omfattede et stort antal varer fordelt på tre varegrupper, der havde hver sin vægtning ved beregningen af tilbudspriserne. Inden for varegrupperne vægtede varerne ens.

Klageren, som ikke havde afgivet tilbud, gjorde gældende, at en del af varerne på tilbudslisten var udgåede og derfor (med stor sandsynlighed) ikke ville blive anvendt. Disse varer kunne derfor ikke anses for forbundet med kontraktens genstand, jf. udbudslovens § 163 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 3), ligesom vægtningen i evalueringsmodellen ikke var repræsentativ, da alle varerne inden for hver varekategori vægtede det samme, uanset at nogle af varerne var udgåede og derfor ikke ville blive indkøbt i samme omfang som ikke-udgåede varer. Klageren mente endvidere, at FMI skulle have oplyst, hvilke varer der var udgået. Klageren gjorde på den baggrund gældende, at FMI havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1).

FMI gjorde heroverfor gældende, at det forhold, at nogle af metalobjekterne var markeret som udgået, ikke udelukkede, at FMI ville indkøbe de pågældende metalobjekter i rammeaftalens løbetid, idet det var mere retvisende at tale om, at de pågældende metalobjekter var "sat i bero". FMI redegjorde i den forbindelse nærmere for Forsvarets praksis vedrørende berøstelse og genanvendelse af metalobjekter. FMI henviste endvidere til, at vægtningen af tilbudspriserne for de enkelte varer byggede på en konkret vurdering af det skønnede indkøbsbehov foretaget af en projektgruppe.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge og henviste i den forbindelse navnlig til, at der efter det oplyste om karakteren af de omtvistede metalobjekter og Forsvarets praksis vedrørende berøstelse og genanvendelse af metalobjekter ikke var grundlag for at fastslå, at tilbudslisten indeholdt et væsentligt antal varer, som med sikkerhed ikke ville blive indkøbt i rammeaftalens løbetid og dermed skulle have været udeladt fra udbuddet. Klagenævnet fandt endvidere ikke grundlag for at fastslå, at de oplysninger, som FMI inddrog, herunder input og erfaringer fra en nedsat projektgruppe, og som resulterede i opdelingen i de tre varegrupper, havde været usaglige. Der var heller ikke grundlag for at tilsidesætte FMI's vurdering af, at der ikke var anledning til at foretage en yderligere detaildifferentiering af vægtningen inden for de tre varegrupper. Endelig fandt klagenævnet, at FMI ikke havde handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved ikke at oplyse om, hvilke varer der i FMI's it-system var registreret som udgåede, eller om at de pågældende metalobjekter var sat i bero.

2.2.2. Prækvalifikation

Kendelse af 26. marts 2018, Idemia Identity & Security France SAS mod Digitaliseringsstyrelsen

Kriterier for prækvalifikation var objektive, ikke-diskriminerende, gennemsigtige og proportionale. Ved udvælgelsen var der i forhold til hver enkelt hovedydelse i kontrakten foretaget en vurdering "på tværs" af referencerne fra den pågældende virksomhed, således at en eller to referencer kunne trække den samlede vurdering for en hovedydelse op. Dette medførte ikke, at udvælgelsen ikke var objektiv, ikke-diskriminerende, gennemsigtig og proportional. Ikke grundlag for at antage, at hensyn til nationalitet var indgået i vurderingen af ansøgerne.

Digitaliseringsstyrelsen udbød på vegne af staten, regionerne og kommunerne som begrænset udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II en kontrakt om udvikling, drift, vedligeholdelse, support og videreudvikling af en national identitets- og autentifikationsløsning (MitID) til en anslået værdi af 900 mio. kr. MitID-løsningen vil udgøre næste generation af NemID og vil blive anvendt af virksomheder og borgere i Danmark. Ni virksomheder, herunder Idemia Identity & Security France SAS (Idemia) ansøgte om prækvalifikation. Digitaliseringsstyrelsen prækvalificerede tre virksomheder. Idemia, der ikke var blevet prækvalificeret, indgav klage til klagenævnet med påstand om, at styrelsen ikke havde fastsat klare retningslinjer for evalueringsmetoden, og at styrelsen havde forskelsbehandlet ansøgerne ved vurderingen af referencerne og ved alene at udvælge danske virksomheder til den næste udbudsfasen. Sagen blev i klagenævnet behandlet af to dommere og to sagkyndige.

Klagenævnet fastslog, at Digitaliseringsstyrelsen ved vurderingen af ansøgernes kvalifikationer havde vurderet referencerne "på tværs" af de enkelte hovedydelser, idet der blev lagt vægt på, hvor højt et

niveau virksomhedens kvalifikationer var vurderet på ud fra den eller de referencer, der scorede bedst i forhold til den pågældende hovedydelse. Det havde ikke trukket ned, at virksomhederne herudover havde referencer, der var vurderet til at være mindre gode i forhold til den pågældende hovedydelse. Klagenævnet vurderede, at de fastsatte kriterier og bestemmelser om fremgangsmåden ved udvælgelsen var objektive og ikke-diskriminerende, gennemsigtige og proportionale, og at det samme var tilfældet for Digitaliseringsstyrelsens beslutning om udvælgelse af de fire virksomheder.

Klagenævnet lagde vægt på, at det i udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at der ville blive foretaget en relevansvurdering af referencerne, ligesom kriterierne for relevansvurderingen var beskrevet. Det var også oplyst, at der ville blive lagt vægt på, hvorvidt referencerne "tilsammen" dokumenterede en høj grad af relevant erfaring. Der var ikke grundlag for at antage, at hensyn til nationalitet var indgået i styrelsens vurdering af ansøgerne. Klagenævnet vurderede således, at det med beskrivelsen i udbudsbekendtgørelsen og med svarene på de stillede spørgsmål havde været tilstrækkeligt gennemsigtigt, hvordan udvælgelsen ville finde sted, og hvilke kriterier der ville blive tillagt vægt. Det kunne ikke føre til et andet resultat, at der ved udvælgelsen var foretaget en vurdering "på tværs" af referencerne i forhold til hver enkelt hovedydelse som sket, således at fx en eller to referencer alene kunne trække den samlede vurdering for en hovedydelse op. Klagenævnet udtalte videre, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte Digitaliseringsstyrelsens saglige skøn. Klagen blev herefter ikke taget til følge.

Kendelse af 20. juni 2018, Icomera AB mod DSB

Under et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet var ordregiveren berettiget til at kræve, at en ansøger for enheder, som ansøgeren baserede sin egnethed på, skulle indlevere et separat ESPD samt en støtteerklæring. Ikke grundlag for at tilsidesætte ordregiverens beslutning om ikke at prækvalificere klageren.

DSB iværksatte et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af en kontrakt om etablering af trådløst internet i tog. Icomera AB, der ikke blev prækvalificeret, indgav klage til Klagenævnet for Udbud med anmodning om, at klagenævnet skulle tillægge klagen opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1. Klagenævnet besluttede at afgøre sagen materielt uden at træffe afgørelse om opsættende virkning. Icomera gjorde gældende, at DSB havde overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og/eller implementeringsbekendtgørelsens § 11, jf. udbudslovens § 148 (direktiv 2014/24/EU artikel 59, stk. 1, 1. afsnit) og § 152, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 60, stk. 1 og artikel 61, stk. 2), ved at afvise virksomhedens anmodning om prækvalifikation, og ved at efterspørge en støtteerklæring i form af et udfyldt kontraktbilag.

Klagenævnet udtalte, at udbudslovens § 152, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 60, stk. 1 og artikel 61, stk. 2), ikke er blevet gjort anvendelig på udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. bkg. nr. 1624 af 15. december 2015 om implementering af direktivet. Klagenævnet udtalte endvidere, at udbuddet med forhandling var et genudbud af et tidligere, annulleret udbud, hvor der alene havde deltaget syv virksomheder. DSB havde derfor et sagligt hensyn til at sikre, at proceduren, hvori indgik prækvalifikation, kunne gennemføres med de ansøgere, der var i stand til at fremlægge dokumentation for støtte. Klagenævnet udtalte videre, at støtteerklæringen nemt kunne afgives ved at udfylde

en kortfattet blanket, der indgik i udbudsbetingelserne. De deltagende virksomheder, der støttede sig på andre enheder, kunne således uden nævneværdigt besvær indhente støtteerklæringen samtidig med, at de sikrede sig nødvendig støtte fra en anden enhed, sådan som det faktisk også var sket. Det tilføjedes, at en støtteerklæring alene var forpligtende med henblik på den situation, at ansøgeren blev tildelt kontrakten. Pligten til at medsende støtteerklæringen var på gennemsigtig måde fastsat i udbudsbekendtgørelsen, og kravet om supplerende dokumentation angik alene støtte fra andre enheder. Klagenævnet fandt på den baggrund, at et hensyn til at undgå at belaste deltagende virksomheder unødigt med administrative byrder – i form af krav om at fremsende dokumentation for støtte samtidig med et ESPD – ikke havde haft nogen væsentlig betydning under det pågældende udbud, og at der ikke var grundlag for at tilsidesætte DSB's vurdering, om at det var nødvendigt at indhente den supplerende dokumentation som sket.

Klagenævnet fastslog, at afvisningen ikke skyldtes, at der var anvendt en anden blanket end den foreskrevne, men at støtteerklæringen, der var vedlagt ansøgningen, indeholdt en begrænsning i den hæftelse, som den støttende enhed havde påtaget sig. Dette gjaldt både med hensyn til forpligtelsernes omfang og deres tidsmæssige udstrækning, hvilket også måtte antages netop at have været formålet med formuleringen i støtteerklæringen. Da Icomera ikke selv kunne opfylde de økonomiske mindstekrav, og da støtteerklæringen som nævnt indeholdt væsentlige begrænsninger i den påtagne hæftelse, kunne DSB ikke prækvalificere Icomera. Der var derfor ikke grundlag for at konstatere, at DSB havde overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og/eller implementeringsbekendtgørelsens § 11, jf. udbudslovens § 148 (direktiv 2014/24/EU artikel 59, stk. 1, 1. afsnit). Nævnet bemærkede herved, at bekendtgørelsens § 11 ikke er klart formuleret med hensyn til anvendelse af § 148 (direktiv 2014/24/EU artikel 59, stk. 1, 1. afsnit).

Kendelse af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune

En ansøger, der ikke var blevet prækvalificeret, fik medhold i, at ordregiveren havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have anført, hvilke objektive og ikke-diskriminerende kriterier der tillagdes vægt i forbindelse med udvælgelsen, jf. udbudslovens 145, stk. 3, nr. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 65). Ordregiverens prækvalifikationsbeslutning blev derfor annulleret.

Sagen angik et begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II af rammeaftaler om udførelse af håndværkerydelser. Udbuddet var opdelt i delaftaler, og sagen drejede sig om en af delaftalerne, der angik tømrerarbejde. Ifølge prækvalifikationsbetingelserne ville der blive prækvalificeret op til otte ansøgere. De prækvalificerede ville blive udvalgt efter en bedømmelse af referencernes sammenlignelighed og relevans i forhold til den pågældende delkontrakt, og det ville blive tillagt positiv vægt, hvis ansøgeren havde vedlagt en positiv udtalelse fra bygherren. Udbudsbekendtgørelsen indeholdt ikke oplysninger om de krævede referencer, oplysning om hvor mange ansøgere der ville blive prækvalificeret, eller hvorledes de prækvalificerede ville blive udvalgt.

Klageren, der var en forbigået ansøger om prækvalifikation, gjorde navnlig gældende, at kommunen ikke i udbudsbekendtgørelsen havde fastsat kriterier for udvælgelsen af ansøgere.

Ved delkendelse af 11. april 2018 traf klagenævnet afgørelse om at tillægge klagen opsættende virkning. Betingelsen om fumus boni juris (at klagen har noget på sig) var opfyldt, idet der var udsigt til, at påstand 1 og en annullationspåstand ville blive taget til følge. Betingelse nr. 2 (uopsættelighed) var også opfyldt, da selskabet efter påstanden med urette ikke var blevet prækvalificeret til at deltage i udbuddet og dermed ville lide et potentielt tab, der ikke kunne kræves erstattet efter de almindelige erstatningsregler, såfremt selskabet ved en endelig afgørelse måtte få medhold i klagen. Opsættende virkning var derfor nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab. Vedrørende betingelse nr. 3 (interessevejning) bemærkede klagenævnet, at denne betingelse skulle fortolkes snævert, da betingelse nr. 1 og 2 var opfyldt. Klagenævnet fandt, at selskabets interesse i, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning, vejede tungere end Hillerød Kommunes interesse i det modsatte, hvorved klagenævnet bl.a. fandt, at der ikke forelå oplysninger om samfundsmæssige hensyn eller andre særlige forhold, der kunne føre til en anden vurdering. Kommunen havde i øvrigt ikke gjort særskilte anbringender gældende vedrørende dette punkt.

Klagenævnet udtalte, at det følger af udbudslovens § 145, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 65), at det skal angives i udbudsbekendtgørelsen for et begrænset udbud, hvilke oplysninger der lægges til grund for udvælgelsen af de prækvalificerede. Formålet med pligten til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse er at give potentielle ansøgere eller tilbudsgivere grundlag for at vurdere, om det er relevant at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning, og brugen af udbudsbekendtgørelser indebærer, at en lang række grundlæggende oplysninger stilles til rådighed på en ensartet, enkel, overskuelig og let tilgængelig måde, således at virksomhederne har mulighed for uden uforholdsmæssig brug af ressourcer løbende at holde sig orienteret om og overveje at deltage i de udbud, som måtte være relevante for dem. Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at uanset at bemærkningerne til udbudslovens § 145 (direktiv 2014/24/EU artikel 65) bruger udtrykket "udbudsmaterialet", der måtte forstås i overensstemmelse med udbudslovens § 24, nr. 36 (direktiv 2014/24/EU artikel 2), måtte det efter bestemmelsens ordlyd sammenholdt med direktivets indhold lægges til grund, at oplysningerne i udbudslovens § 145, stk. 3, nr. 1-3 (direktiv 2014/24/EU artikel 65), skal fremgå af selve udbudsbekendtgørelsen, således at ansøgere og tilbudsgivere er berettigede til alene at holde sig til udbudsbekendtgørelsens indhold, når de beslutter sig for, om de vil deltage eller ansøge om deltagelse. Den omstændighed, at alt udbudsmateriale i medfør af udbudslovens § 59, stk. 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 28, stk. 1, 2. afsnit og stk. 6, litra a), jf. § 132, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 53, stk. 1, 1. og 2. afsnit), var stillet frit til rådighed elektronisk fra datoen for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, kunne ikke føre til en anden fortolkning af udbudslovens § 145, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 65), end ordlyden og formålet med reglerne om offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser tilsagde. Det kunne ikke føre til et ændret resultat, at der i udbudsbekendtgørelsen var henvist til, at "Udvælgelseskriterier som angivet i udbudsmaterialet".

Prækvalifikationsbeslutningen blev på den baggrund annulleret, da Hillerød Kommune ikke lovligt havde kunnet anvende udvælgelseskriterierne i det øvrige udbudsmateriale, da disse ikke var anført i udbudsbekendtgørelsen. Kriterierne kunne derfor heller ikke danne grundlag for en lovlig beslutning om prækvalifikation. Hillerød Kommune havde efter karakteren af den konstaterede overtrædelse ikke godtgjort, at overtrædelsen ikke havde haft betydning for, hvem der ansøgte om prækvalifikation og dermed for udbuddets udfald.

Delkendelse af 12. december 2018, KMD A/S mod Københavns Kommune

Det fremgik ikke af udbudsbekendtgørelsen, at de bedst egnede ansøgere ville være dem, som opnåede det højeste gennemsnitlige antal point på de enkelte referenceområder, og at denne bedømmelse ville ske på baggrund af en matematisk model, der tog udgangspunkt i fem referencer, uanset om en ansøger indleverede færre referencer, samt at det ville betyde en devaluering ved den kvalitative bedømmelse, såfremt en ansøger indleverede færre end fem referencer. Københavns Kommune havde derfor på det foreliggende, foreløbige grundlag handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), jf. udbudslovens § 145, stk. 3, nr. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 65). Betingelsen om "fumus boni juris" var opfyldt. Klagen blev tillagt opsættende virkning.

Sagen angik et udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II om levering og drift m.m. af et it-system til brug inden for det social- og sundhedsfaglige område. I udbudsbekendtgørelsen efterspurgte ordregiveren referencer, der påviste erfaring inden for otte nærmere angivne referenceområder. Det var et mindstekrav, at ansøgerne om prækvalifikation påviste mindst én relevant reference inden for de seneste tre år, og der kunne maksimalt oplyses fem referencer. Der ville blive prækvalificeret fire ansøgere til at afgive tilbud ud fra de mest relevante referencer. Ordregiveren ville herved lægge størst vægt på bred erfaring inden for samtlige referenceområder. Ved vurderingen af de seks ansøgers referencer tildelte ordregiveren først ansøgerne point efter en skala fra 0 til 4 for hvert af de omtalte otte referenceområder. Disse point blev herefter lagt sammen, og summen af dem blev divideret med det maksimale antal referencer (fem), uanset hvor mange referencer der faktisk var indleveret. Resultatet udgjorde hver ansøgers pointtal for referencerne, og ordregiveren prækvalificerede de fire ansøgere, der havde fået højest pointtal. En forbigået ansøger klagede derefter til klagenævnet. Klageren havde givet oplysning om tre referencer, medens alle de andre ansøgere havde oplyst fem referencer. I brevet til ordregiverens meddelelse til klageren om, at klageren ikke var prækvalificeret, havde ordregiveren blandt andet anført, at det havde trukket ned, at klageren ikke havde kunnet påvise en bredere erfaring ved at vedlægge flere referencer.

Klagenævnet konstaterede, at det ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at de bedst egnede ansøgere ville være dem, som opnåede det højeste gennemsnitlige antal point på de enkelte referenceområder på baggrund af en matematisk model, der tog udgangspunkt i fem referencer, uanset om en ansøger indleverede færre referencer. Det fremgik heller ikke, at såfremt en ansøger indleverede færre end fem referencer, ville dette trække ned ved den kvalitative bedømmelse. Erfaringsbredden burde efter indholdet af udbudsbekendtgørelsen have været bedømt på baggrund af den pointscore, som blev givet hver enkelt relevant reference på de otte referenceområder for derved at identificere og udvælge de bedst egnede ansøgere i forhold til "de mest relevante referencer". Københavns Kommune havde på den baggrund ikke på en gennemsigtig måde beskrevet, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen af referencerne i forhold til det kvalitative underkriterium, da det ikke i udbudsbekendtgørelsen var anført, hvilke objektive og ikke-diskriminerende kriterier der tillagdes vægt i forbindelse med udvælgelsen, jf. udbudslovens 145, stk. 3, nr. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 65), hvilket var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1).

Betingelse nr. 2 (uopsættelighed) var også opfyldt, da klagen angik, at selskabet med urette ikke var blevet prækvalificeret til at deltage i udbuddet, og da KMD derfor ikke ville være tilstrækkeligt beskyttet af de almindelige erstatningsregler, såfremt KMD ved en endelig afgørelse måtte få medhold i klagen. Klagenævnet fandt på den baggrund, at der forelå uopsættelighed, da opsættende virkning var nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for KMD.

Da betingelse nr. 1 og 2 var opfyldt, og interesseafvejningen på den baggrund skulle fortolkes snævert, fandt klagenævnet, at KMD's interesse i, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning, vejede tungere end Københavns Kommunes interesse i det modsatte, herunder da der ikke forelå oplysninger om samfundsmæssige hensyn eller andre særlige forhold, der kunne begrunde en anden vurdering.

Kommunen annullerede efterfølgende udbuddet, og klagen blev tilbagekaldt. Delkendelsen blev således klagenævnets endelige afgørelse i klagesagen.

2.2.3 Udelukkelsesgrunde

Kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark

Samarbejde mellem den vindende tilbudsgiver og en anden tilbudsgiver. Ordregiveren har bevisbyrden for, at betingelserne for at anvende en af de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, stk. 1, nr. 4 og 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d og i), er opfyldt. En "mistanke" eller lignende, der ikke bevismæssigt er tilstrækkeligt underbygget for ordregiveren, giver hverken grundlag for afvisning af et tilbud efter § 137, stk. 1, nr. 4 eller nr. 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d og i). Når en frivillig udelukkelsesgrund benyttes, skal ordregiveren tillige overholde proportionalitetsprincippet. Ikke bevismæssige holdepunkter for aftale om konkurrencefordrejning eller afgivelse af vildledende oplysninger.

Den 16. januar 2018 udbød Banedanmark som offentligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt om levering af detektering, registrering og kemisk sprøjtning af ukrudt i Banedanmarks spor. Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde navnlig gældende, at den vindende tilbudsgiver, Weedfree on Track Ltd., var omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, og/eller nr. 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d og i).

Klagenævnet udtalte generelt, at det i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 1, bl.a. er fastsat, at kriterierne og reglerne for udelukkelse af økonomiske aktører kan omfatte udelukkelsesgrundene i artikel 57 i udbudsdirektivet på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri. Udbudsdirektivets artikel 57 er implementeret i dansk ret ved forskellige bestemmelser i udbudsloven, herunder lovens § 137 om frivillige udelukkelsesgrunde. Også som følge af implementeringsbekendtgørelsens § 10 finder udbudslovens § 137 tillige anvendelse for ordregivende myndigheder ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Med henvisning til bestemmelsens ordlyd og forarbejder udtalte klagenævnet, at ordregiveren har bevisbyrden for, at betingelserne for at anvende en af de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, stk. 1, nr. 4 og nr. 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d og i), er opfyldt. Hvis beviskravet i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4,

litra d) ("ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere"), henholdsvis det strengere beviskrav i § 137, stk. 1, nr. 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra i) ("ordregiveren kan påvise"), ikke er opfyldt, kan et tilbud kun afvises, hvis dette følger af andre regler. En indikation, en "mistanke" eller lignende, der ikke bevismæssigt er (tilstrækkeligt) underbygget for ordregiveren, giver hverken grundlag for at afvise et tilbud efter § 137, stk. 1, nr. 4, eller nr. 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d og i). Bestemmelsernes beviskrav modvirker vilkårlighed og usikkerhed i forhold til udelukkelse af virksomheder, men bestemmelserne giver samtidig den ordregivende myndighed hjemmel til under de fastsatte betingelser at afvise et tilbud, som ikke bør deltage i konkurrencen. Når en frivillig udelukkelsesgrund benyttes, skal ordregiveren – som også anført i forarbejderne til udbudslovens § 137 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a, b, c, d, g og i) – tillige overholde proportionalitetsprincippet.

Klagenævnet fandt, at der ikke var tilstrækkelige holdepunkter for at antage, at Weedfree on Track havde indgået aftale med en anden tilbudsgiver, G&G Növényvédelmi és Kereskedelmi Kft., med henblik på konkurrencefordrejning, eller at virksomheden groft uagtsomt havde givet vildledende oplysninger, der kunne have haft væsentlig indflydelse på Banedanmarks beslutninger ved ikke at have oplyst ordregiveren om et samarbejde med G&G. Klagenævnet fandt, at det forhold, at de to virksomheder i andre sammenhænge arbejdede sammen, sammenholdt med, at begge virksomheder deltog i det foreliggende udbud, hverken isoleret set eller sammenholdt med de oplysninger, der i øvrigt forelå, herunder de afgivne tilbud, kunne føre til, at betingelserne for udelukkelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 eller nr. 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d og i), var opfyldt. Påstanden herom blev derfor ikke taget til følge.

2.2.4 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel

Delkendelse af 25. januar 2018, CSC Danmark A/S mod Rigspolitiet

Evaluering i henhold til de fastsatte underkriterier efter en forskelsmodel udgjorde ikke en relativ evaluering af tilbuddene.

Sagen angik en konkurrencepræget dialog efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet om en rammeaftale til en anslået værdi af mellem 200 og 500 mio. kr. med en enkelt leverandør om driften m.v. af Rigspolitiets it-systemer. Den udbudte ydelse skulle afløse forskellige legacy-systemer, som i en årrække havde været drevet af CSC. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af underkriterierne Pris (30 %), Kvalitet (50 %) og Leveringssikkerhed (20 %). Ved tilbudsevalueringen benyttede Rigspolitiet en såkaldt forskelsmodel, som var beskrevet i udbudsbetingelserne. Rigspolitiet modtog tilbud fra CSC og IBM og besluttede at indgå kontrakt med IBM. I meddelelsen om tildelingsbeslutningen var det om forskelsmetoden bl.a. anført, at IBM havde opnået en kvalitetscore, der vægtet var 22,92 % bedre end CSC, og havde tilbudt en pris, der vægtet kun var 20,34 % dyrere. IBM havde derfor tilbudt det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

CSC gjorde navnlig gældende, at Rigspolitiet havde anvendt en uegnet evalueringsmetode ved at foretage en relativ vurdering af tilbuddene.

Klagenævnet udtalte, at der ikke var udsigt til, at CSC ville få medhold i påstandene. Rigspolitiet havde anvendt den såkaldte "Forskelsmodel" til at besvare spørgsmålet om, hvorvidt en bedre kvalitet i det konkrete tilfælde kunne opveje en højere pris. Den benyttede metode indebar ikke – som anført af klageren – at de to tilbud i relation til de kvalitative underkriterier var vurderet relativt. Derimod var hvert enkelt tilbud ved den anvendte metode tildelt point i forhold til, i hvilken grad tilbuddet opfyldte delkriterierne.

Da der ikke var udsigt til, at en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen ville blive taget til følge, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning.

Klagen er efterfølgende trukket tilbage, og klagenævnets kendelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning blev således den endelige kendelse i sagen.

Kendelser af 23. februar og 5. september 2018, Sigmax Law Enforcement B.V. mod Rejsekort A/S

Under et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet ændrede ordregiveren den evalueringsmetode, som var beskrevet i udbudsmaterialet. Dette indebar en ændring af et grundlæggende element, og klagenævnet annullerede tildelingsbeslutningen. Ikke erstatning, da udbudsbetingelserne ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling, og betingelsen om årsagsforbindelse derfor ikke var opfyldt.

Sagen angik et udbud af et system til brug for trafikkontrollørers kontrol af rejsekort. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet. Tilbuddene ville efter udbudsmaterialet også i relation til det kvalitative underkriterium blive bedømt relativt med tildeling af henholdsvis 20, 40, 60, 80 og 100 point, således at det bedste tilbud ville få 100 point. Der indkom fire tilbud, og ordregiveren holdt forhandlinger med to af tilbudsgiverne, herunder klageren, der herefter afgav nye tilbud. Ved tilbudsevalueringen gav ordregiveren vedrørende de kvalitative delkriterier point således, at det bedste tilbud fik 100 point og det næstbedste 0 point. Ifølge ordregiveren skyldtes det, at de retningslinjer for pointtildeling, der var fastsat i udbudsmaterialet, var uegnede i en situation, hvor der kun skulle foretages en vurdering af to tilbud.

Klageren gjorde gældende, at ordregiveren havde været uberettiget til at give tilbuddene point på den beskrevne måde. Klagenævnet tog klagen til følge og henviste herved til, at ændringen af evalueringsmetoden havde karakter af en ændring af et grundlæggende element, som ikke kunne foretages uden nyt udbud. Ændringen havde ubestridt været udslagsgivende for det endelige resultat og havde dermed fordrejet konkurrencen mellem de to tilbudsgivere. Det kunne ikke føre til andet resultat, at evalueringsmodellen, som den var beskrevet i udbudsbetingelserne, konkret viste sig uegnet, da ordregiveren bærer risikoen for udformningen af udbudsmaterialet.

Klagenævnet annullerede tillige tildelingsbeslutningen.

Ved kendelsen af 5. september 2018 blev klagerens krav om erstatning ikke taget til følge. Den evalueringsmodel, der var beskrevet i udbudsbetingelserne, forudsatte, at der indkom fem tilbud, og modellen tog således ikke højde for en situation, at færre tilbudsgivere end forudsat afgav indledende eller endelige tilbud. Det kunne ikke udledes, hvorledes evalueringen skulle finde sted, såfremt

der indkom færre end fem tilbud, og modellen var derfor ikke i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet. Desuden gav modellen ikke mulighed for at tildele samme antal point til tilbud, hvis opfyldelse af de fastsatte krav til kvalitet ækvivalerede eller ækvivalerede tilnærmelsesvist. Modellens "trin" med 20 points forskel mellem hvert af de forudsatte fem tilbud var derfor også i strid med ligebehandlingsprincippet. Da der ikke kan tilkendes erstatning, hvis det udbud, som erstatningskravet vedrører, ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, og kravet om årsagsforbindelse derfor ikke er opfyldt, blev ordregiveren frifundet for kravet.

Kendelse af 18. april 2018, A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse

Uanset en ordregiver som hovedregel er bundet af den offentliggjorte evalueringsmetode, fandt klagenævnet efter sagens konkrete omstændigheder, at en korrektion af pointskalaen vedrørende underkriteriet Pris var lovlig, og at ordregiveren derfor ikke havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og § 66, stk. 5, 2. pkt. (direktiv 2014/24/EU artikel 29, stk. 2-5).

Sagen angik et udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II af tømrentreprisen ved et byggeri. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af underkriteriet Pris, der vægtede 40 %, og tre kvalitative underkriterier, der hver vægtede 20 %.

I udbudsbetingelserne var det fastsat, at vurderingen efter underkriteriet Pris ville blive foretaget efter en lineær pointskala med maksimum fem point, og at tilbudsvurderingen efter de kvalitative underkriterier ville blive foretaget efter en skala fra 1 til 10 point. Der indkom tilbud fra tre prækvalificerede tilbudsgivere, som der blev afholdt forhandlinger med. Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse foretog derefter nogle ændringer i udbudsmaterialet. Den lineære pointskala, som tilbuddene ville blive vurderet efter i relation til underkriteriet Pris, blev i den forbindelse ændret således, at maksimumpoint i stedet blev 10. Om begrundelsen herfor oplyste Ejendomsstyrelsen, at den oprindelige oplysning om maksimum fem point skyldtes en fejl, og at ændringen havde til formål at rette denne fejl ved at bruge den samme pointskala for underkriteriet Pris og de kvalitative underkriterier. Ingen af de aktuelle tilbudsgivere gjorde indsigelse mod ændringen af pointgivningen for priskriteriet.

Klagenævnet, der ikke tog klagen til følge, udtalte, at en evaluering, der sikrer, at de respektive underkriterier i den samlede evaluering bliver givet den vægt, som er fastsat i udbudsbetingelserne, forudsætter, at det sikres, at de to skalaer er sammenlignelige. Hvis Ejendomsstyrelsen ikke havde foretaget en justering af pointskalaen for Pris, så den blev identisk med pointskalaen for de point, tilbuddene blev tildelt ved evalueringen i forhold til underkriteriet Kvalitet, ville styrelsen efterfølgende have været nødt til at omregne de afgivne point til en fælles skala, hvilket måtte have stået tilbudsgiverne klart. Klagenævnet lagde også vægt på, at korrektionen af pointskalaen ikke medførte en forrykkelse af forholdet mellem vægten af underkriterieriet Pris og vægten af de øvrige underkriterier i forhold til det, der var fastsat i udbudsbetingelserne. Korrektionen af pointskalaen var heller ikke egnet til at have haft betydning for nogen virksomheds beslutning om, hvorvidt den ønskede at deltage i udbudsproceduren, såfremt ændringen havde været kendt, ligesom det kunne lægges til grund, at korrektionen konkret ikke havde forrykket konkurrencen mellem tilbudsgiverne, der blev gjort opmærksom på ændringen. Endelig lagde klagenævnet også vægt på, at tilbudsgiverne havde

haft mulighed for at tage oplysningerne om de indledende tilbud, der fremgik af den offentliggjorte licitationsprotokol af 5. maj 2017, med i deres overvejelser ved udarbejdelsen af de endelige tilbud. Uanset en ordregiver som hovedregel er bundet af den offentliggjorte evalueringsmetode, fandt klagenævnet under disse omstændigheder, at korrektionen undtagelsesvis havde været lovlig, og at Ejendomsstyrelsen derfor ikke havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt. (direktiv 2014/24/EU artikel 29, stk. 2-2).

Klagenævnet havde tidligere ved delkendelse af 29. november 2017 truffet afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Kendelse af 23. maj 2018, Coloplast Danmark A/S mod Region Hovedstaden

Et mindstekrav var uklart formuleret og dermed uegnet som mindstekrav. Da der ikke var grundlag for at antage, at denne overtrædelse havde haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen, var der imidlertid ikke udsigt til, at beslutningen ville blive annulleret.

Sagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om levering af produkter til sårbehandling. Klagen vedrørte nærmere to delaftaler, der begge angik skumbandager til moderat væskende sår "med og uden sølv". Den ene delaftale angik sådanne bandager "uden klæb", mens den anden delaftale angik sådanne bandager "med silikonekontaktlag samt silikoneklæbekant". Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde bl.a. gældende, at et af regionens mindstekrav var uklart og skønsmæssigt formuleret, og at det således var uegnet som mindstekrav. Klageren henviste til, at der for det pågældende mindstekrav afslutningsvis var fastsat, at "... På baggrund af dette vurderer regionen, om produktet kan bydes ind". Klagenævnet fandt under henvisning hertil, at kravet var så uklart, at det var uegnet som mindstekrav, idet det ikke nærmere var fastsat, hvad der under visse nærmere omstændigheder ville være tilstrækkeligt at oplyse, for at mindstekravet var opfyldt. Dette mindstekrav var fælles for alle udbuddets delaftaler.

Efter oplysningerne om, at alle tilbudsgivere på nær én havde opfyldt det pågældende mindstekrav, og om, at den resterende tilbudsgivers tilbud også var ukonditionsmæssigt af andre grunde, var der imidlertid ikke grundlag for at antage, at overtrædelsen havde haft konkret betydning for Region Hovedstadens tildelingsbeslutning. Der var dermed ikke udsigt til, at regionens tildelingsbeslutning ville blive annulleret, og betingelsen om "fumus boni juris" var således ikke opfyldt.

Klagen blev derfor ikke tillagt opsættende virkning, og klagen blev efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen blev således klagenævnets endelige afgørelse i klagesagen.

Kendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund

Bestemmelsen i udbudslovens § 169, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 69), må fortolkes således, at den udtømmende opregner de ganske særlige omstændigheder, hvor en ordregiver har pligt til at afvise et unormalt lavt tilbud, således at den tidligere praksis på dette område ikke længere er af di-

rette betydning. Der forelå ikke oplysninger, som gav grundlag for at tilsidesætte Fjordforbindelsen Frederikssunds skøn, hvorefter tilbuddet ikke forekom unormalt lavt. Fjordforbindelsen Frederikssund havde derfor ikke været forpligtet til at indhente en redegørelse fra den vindende tilbudsgiver forud for tildelingsbeslutningen. Da betingelsen om "fumus boni juris" ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning.

Sagen angik et udbud efter udbudslovens afsnit II i form af konkurrencepræget dialog om levering og drift af et betalingsanlæg til en bro. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af et underkriterium om Pris og nogle kvalitative underkriterier. Den beregnede tilbudspris for én tilbudsgiver var væsentligt lavere end de andre tilbudsgiveres beregnede tilbudspriser. Ordregiveren foretog en gennemgang og sammenligning af tilbudspriserne og deres sammensætning, men henvendte sig ikke til tilbudsgiveren i den anledning. På grundlag af gennemgangen konkluderede ordregiveren, at tilbudsprisen ikke forekom unormalt lav. Ordregiveren besluttede desuden at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver.

Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde navnlig gældende, at tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver var unormalt lavt, at ordregiveren dermed havde været forpligtet til at følge proceduren i udbudslovens § 169 (direktiv 2014/24/EU artikel 69) om at bede tilbudsgiveren om en redegørelse, og at ordregiveren skulle have afvist det vindende tilbud.

Klagenævnet fastslog, at principperne om proportionalitet og ligebehandling i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) må inddrages ved afgørelsen af, om en ordregiver i medfør af udbudslovens § 169 (direktiv 2014/24/EU artikel 69) har pligt til at anmode om en redegørelse for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet. Også formålet med bestemmelsen må inddrages. Klagenævnet konstaterede, at der hverken efter ordlyden i udbudslovens § 169 (direktiv 2014/24/EU artikel 69), bestemmelsens forarbejder eller i det bagvedliggende udbudsdirektiv var holdepunkter for en fortolkning, hvorefter der ud over de udtrykkeligt opregnede tilfælde i § 169, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 69), skulle være en pligt for ordregiveren til at afvise tilbud, som må anses for unormalt lave. Bestemmelsen måtte herefter fortolkes således, at den udtømmende opregner de ganske særlige omstændigheder, hvor en ordregiver har pligt til at afvise et unormalt lavt tilbud. Klagenævnets tidligere praksis på dette område er herefter ikke længere af direkte betydning. Klagenævnet fandt herved, at sidste led i præmis 89 (udtalelse om, at en ordregiver skal afvise et tilbud, der er unormalt lavt) i Rettens dom af 4. juli 2017 i sag T-392/15, European Dynamics Luxembourg m.fl., ikke kunne føre til en anden fortolkning af § 169, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 69), da udtalelsen ikke var nærmere begrundet og ikke sås gentaget i anden praksis, herunder praksis fra Domstolen. Præmissens bemærkning måtte derfor ses i lyset af den særlige situation, der forelå i den konkrete sag, og der var ikke grundlag for at udstrække den ud over det anvendte regelsæt.

Der forelå ikke oplysninger, som gav grundlag for at tilsidesætte Fjordforbindelsen Frederikssunds skøn, hvorefter tilbuddet ikke forekom unormalt lavt. Fjordforbindelsen Frederikssund havde derfor ikke været forpligtet til at indhente en redegørelse fra den vindende tilbudsgiver forud for tildelingsbeslutningen.

De forhold, at der var væsentlig forskel på tilbudssummerne i de indikative tilbud under dialogrunden og i det endelige tilbud fra den vindende tilbudsgiver, og at Fjordforbindelsen Frederikssund på grund af forskellene i tilbudspriserne iværksatte en undersøgelse af, om tilbuddet fra denne tilbudsgiver "forekom" unormalt lavt, kunne ikke i sig selv føre til, at Fjordforbindelsen Frederikssund var forpligtet til at anse tilbuddet for at forekomme unormalt lavt, eller at Fjordforbindelsen Frederikssund var forpligtet til at indhente en redegørelse i medfør af udbudslovens § 169, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 69).

Klagen blev efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen blev således klagenævnets endelige afgørelse i klagesagen.

Kendelse af 25. oktober 2018, Dommerby Stål A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI)

En ordregiver var i forbindelse med tilbudsevalueringen ikke forpligtet til at foretage en kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som den vindende tilbudsgiver havde indsendt. Der var heller ikke grundlag for at fastslå, at der fra prækvalifikationstidspunktet og frem til tildelingsbeslutningen/kontraktindgåelsen var sket en formel eller reel udskiftning af den støttende enhed, eller at der var indtrådt en ny yderligere støttende enhed.

Sagen angik et udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet af en rammeaftale om levering og servicering af mobile værksteder. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af underkriterierne Pris og Kvalitet. FMI modtog tilbud fra tre prækvalificerede tilbudsgivere og besluttede at indgå kontrakt med en af dem.

Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde gældende, at den vindende tilbudsgiver havde inddraget en yderligere underleverandør end den underleverandør, hvis tekniske kapacitet var indgået i anmodningen om prækvalifikation, at det reelt var den nye underleverandør (som selv havde søgt og fået afslag på prækvalifikation), der havde udarbejdet visse dele af tilbuddet, at FMI burde have indset dette, at dette burde have ført FMI til at kontrollere rigtigheden af visse dele af tilbuddet, og at dette burde have ført til at anse det vindende tilbud for ukonditionsmæssigt. Endvidere gjorde klageren gældende, at en sådan udvidelse af kredsen af "støttende enheder" var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, da der ikke længere var identitet mellem den prækvalificerede og den bydende enhed.

Klagenævnet, der ikke tog klagen til følge, udtalte indledningsvis, at en ordregiver alene har pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de afgivne tilbud, hvis der er tvivl om, hvorvidt ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale. I så fald skal ordregiveren foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt. Ved tilbudsmodtagelsen forelå der ikke oplysninger, som gav FMI grundlag for at antage, at den virksomhed, som den valgte tilbudsgiver støttede sin tekniske formåen på fra begyndelsen i forbindelse med prækvalifikationen, ikke længere skulle være forpligtet i henhold til sine støtteerklæringer. FMI havde derfor ikke været forpligtet til at foretage en kontrol af oplysningerne i det valgte tilbud, men kunne henholde sig til

støtteerklæringerne. Den omstændighed, at der ved udformningen af det endelige tilbud måtte være inddraget en yderligere virksomhed, ændrede ikke ved støtteenhedens forpligtelser.

På baggrund af en henvendelse fra klageren indhentede FMI efter tildelingsbeslutningen imidlertid alligevel oplysninger fra den valgte tilbudsgiver og fik herved bekræftet, at tilbudsgiveren stadig kunne støtte sin tekniske formåen på den anden virksomhed. Der forelå således heller ikke på dette tidspunkt oplysninger, som kunne begrunde, at FMI havde anledning til at antage, at den støttende enhed ikke længere stillede de nødvendige ressourcer til rådighed for den vindende tilbudsgiver, eller at der var sket en reel eller formel udskiftning, jf. herved principperne i udbudslovens § 147, stk. 1. Der var heller ikke grundlag for at antage, at den støttende enhed ikke længere varetog en væsentlig rolle i kontraktopfyldelsen, eller at den vindende tilbudsgiver havde fået bistand fra en anden virksomhed på en sådan måde og i et sådant omfang, at denne kunne anses for at være en støtteenhed i udbudsretlig forstand. Klagenævnet bemærkede i den forbindelse, at en tilbudsgiver selv bestemmer, hvordan man ønsker at organisere sig, og frit kan anvende underleverandører i forbindelse med opfyldelse af kontrakten, medmindre ordregiveren har fastsat begrænsninger i adgangen til at benytte underleverandører, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 21. Der var i udbudsbekendtgørelsen ikke fastsat sådanne begrænsninger. Endvidere udtalte klagenævnet, at forsvars- og sikkerhedsdirektivet, som udbuddet var foretaget efter, ikke indeholder en bestemmelse, som svarer til udbudslovens § 144, stk. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 63). Denne bestemmelse fandt derfor ikke anvendelse. Ved en åbenbar skrivefejl havde den vindende tilbudsgiver i sit fremsendelsesbrev til det endelige tilbud henvist til, at "INDO" blev vedstået i 6 måneder. Efter indholdet af brevet, sammenhængen i dette og tilbuddet i øvrigt, og da det ville savne mening på ny at vedstå det indledende tilbud i forbindelse med fremsendelsen af det endelige tilbud, fandt klagenævnet, at tilbudsgiveren reelt måtte anses at have vedstået det endelige tilbud i 6 måneder.

2.2.5 Sortimentudbud

Kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Sortimentsudbud. Ændring under udbud med forhandling (udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2) (direktiv 2014/24/EU artikel 26, stk. 4, litra b) af mindstekrav ikke anset for ændring af et grundlæggende element. Ordregiveren var ikke forpligtet til at undersøge, om nogle tilbudte produkter levede op til produktspecifikke krav, og det vindende tilbud blev ikke anset for ukonditionsmæssigt. Evalueringsmodellen blev anset for gennemsigtig, men ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud i forhold til underkriteriet Pris. Evalueringen anset for mangelfuld i relation til underkriteriet Kvalitet, idet der i en række tilfælde var givet forskellige karakterer for ens produkter, og idet den foretagne sensoriske evaluering var i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling.

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) udbød som offentligt udbud efter udbudsloven en 4-årig rammeaftale om levering af fødevarer til offentlige køkkener. Varesortimentet omfattede ca. 4.500 varelinjer, og kontraktens anslåede værdi var ca. 1,6 mia. kr. Tre virksomheder afgav tilbud. Alle tilbud blev afvist som ukonditionsmæssige, hvorefter SKI besluttede at overgå til udbud med forhandling efter udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 26, stk. 4, litra b). En af de virksomheder, der ikke blev tildelt kontrakt, Dansk Cater A/S, indgav klage til Klagenævnet for

Udbud. Sagen blev i klagenævnet behandlet af to dommere og to sagkyndige. En fastsat *grænse for ukonditionsmæssighed* på 3 % fejl på varelinjerne blev ændret til 5 %. Ændringen fandt sted under det forudgående offentlige udbud og ikke – som forudsat i den nedlagte påstand herom – under det efterfølgende forhandlingsudbud, og klagen blev derfor ikke taget til følge på dette punkt. Udbuds-betingelserne blev under udbuddet med forhandling endvidere *ændret* således, at det accepteredes, at et tilbud kunne indeholde fejl på op til 20 kritiske varelinjer. Klagenævnet udtalte, at ændringen blev foretaget af SKI på eget initiativ, inden forhandlingerne begyndte. Allerede derfor var udbudslovens § 66, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 29, stk. 2-5), ikke overtrådt. Forholdet var endvidere ikke direkte omfattet af den situation om ”udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse”, hvorom det i de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) er antaget, at en ”ændring af mindstekrav altid [vil] udgøre en ændring af grundlæggende elementer”. Dog gjaldt der efter lovbemærkningerne et ”klart udgangspunkt” om, at sådanne ændringer vil ”kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure”. Den generelle bestemmelse i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) måtte endvidere ses i lyset af den specielle bestemmelse i udbudslovens § 66, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 29, stk. 2-5), hvorefter ordregiveren ikke må ”foretage ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindeligt udsendte udbudsmateriale.” Klagenævnet anførte herefter, at den omtvistede ændring udelukkende angik antallet af fejl i tilbudslisterne, som var af en sådan karakter, at de efter udbudsbetingelserne ville føre til ukonditionsmæssighed. Derimod var der ikke tale om ændring af ”juridiske” eller ”funktionelle forhold” vedrørende den udbudte kontrakt, jf. lovbemærkningerne til § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), men alene om en lempelse af et formkrav til tilbuddet. Lempelsen var egnet til at undgå, at tilbud på grund af en enkeltstående fejl skulle erklæres for ukonditionsmæssige, og ændringen var dermed egnet til at øge den faktiske konkurrence. På den baggrund og henset til udbuddets karakter og omfang var det godtgjort, at ændringen ikke konkret var egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage eller egnet til at fordreje konkurrencen mellem de faktiske tilbudsgivere. Ændringen af mindstekravet var herefter ikke i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1).

Den vindende tilbudsgiver havde tilbudt fire smørprodukter, der ikke opfyldte nogle krav til fedtsammensætningen, og spørgsmålet var, om tilbuddet af den grund var *ukonditionsmæssigt*. Klagenævnet fandt med henvisning til udbudsbetingelserne, udbudslovens § 159, stk. 3 og 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 1 og 3), § 164 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4), og tilbuddets indhold, at SKI som udgangspunkt ikke var forpligtet til at undersøge, om de pågældende tilbudte produkter levede op til de stillede krav, og at der ikke for SKI var anledning til tvivl om overholdelsen af kravene. I relation til et andet tilbudt produkt udtalte klagenævnet, at der ikke på baggrund af tilbuddet og testen af vareprøven var anledning til at tvivle på, at det levede op til kravet i tilbudslisten, ligesom produktet ikke var klart defineret af SKI. Tilbuddet var derfor ikke ukonditionsmæssigt.

Vedrørende *evalueringen efter underkriteriet Pris* (45 %) udtalte klagenævnet, at det i forhold til dette underkriterium er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved et sortimentsudbud som det omhandlede at undlade at foretage en evaluering, som er repræsentativ i forhold til forventede indkøb. Dette kan typisk ske ved at inddrage et skønnet indkøbsbehov/-volumen

eller at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje. Klagenævnet udtalte endvidere, at spørgsmålet om, hvorvidt SKI ved foretagelsen af de pågældende estimater havde taget fejl med hensyn til, i hvilket omfang der er mulighed for substitution blandt de udbudte varer, som altovervejende hovedregel ikke var et udbudsretligt spørgsmål. Klagenævnet fandt, at "vigtighed for SKI's Kunder", der indgik som et element i prisevalueringsmodellen, efter sin ordlyd var uden betydning for prisen på den udbudte ydelse, og at elementet derfor var uegnet til at indgå i evalueringen efter underkriteriet Pris. Klagenævnet fandt det endvidere godtgjort, at varelinjernes indirekte vægtning på produktundergruppeniveau ikke var egnet til at reflektere det forventede indkøb. Evalueringsmodellen var således ikke egnet til at bidrage til at identificere tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet, og modellen var derfor, selvom den fremgik udtrykkeligt af udbudsbetingelserne, i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1).

Endelig tog klagenævnet stilling til *evalueringen efter underkriteriet Kvalitet*. Klagenævnet fandt, at der ved evalueringen blev givet forskellige karakterer for ens produkter i ca. 47 % af de tilfælde, hvor det var muligt at sammenligne karaktergivningen for ens produkter. Der var således ikke nogen nævneværdig forskel på, hvor ofte ens varer blev givet samme eller forskellige point. Dertil kom, at både klageren og den vindende tilbudsgiver i en væsentlig andel af tilfældene fik færre point for en vareprøve, end den anden tilbudsgiver fik for den tilsvarende vareprøve. Klagenævnet fandt på den baggrund, at det måtte anses for usandsynligt, at disse forhold i væsentlig grad skyldtes tilbudsgivernes ukorrekte behandling af deres egne varer i perioden indtil levering af vareprøverne. Derimod blev det lagt til grund, at de forskellige bedømmelser skyldtes mangelfulde forhold ved evalueringssituationen. Klagenævnet fandt endvidere, at det var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), at SKI i strid med udbudsbetingelserne ved evalueringen så bort fra varelinjer, hvor alle tre tilbudsgivere havde tilbudt den samme vare. Klagenævnet udtalte videre efter en gennemgang af evalueringen, at det – uanset det relativt store antal vareprøver, der blev gennemført – var godtgjort, at SKI ikke ved den kvalitative evaluering (sensoriske test) havde foretaget et repræsentativt udsnit af de tilbudte varer, således som dette blev fastsat i udbudsbetingelserne. Da den kvalitetsmæssige evaluering herefter ikke var foretaget på grundlag af et repræsentativt udvalg af vareprøver, kunne det ikke lægges til grund, at den havde været egnet til at bidrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Under hensyn til de konstaterede overtrædelser tog klagenævnet påstanden om annullation til følge.

Klagenævnets kendelse i sagen er indbragt for domstolene.

Kendelser af 12. april og 13. juli 2018, Lekolar Leika A/S mod Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune.

Udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om levering af møbler til daginstitutioner (sortimentsudbud). Fejlagtig anvendelse af udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2. Undladt afholdelse af standstill-periode. Kontrakten erklæret for uden virkning og økonomisk sanktion pålagt. Erstatning.

Køge Kommune iværksatte et sortimentsudbud af indkøb af daginstitutionsmøbler som udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet. Det kvalitative kriterium, der vægtede 50 %, var formuleret "Case 1-4/Implementering/Opretholdelse af kvalitet". Der indkom tre tilbud, hvorefter kommunen meddelte Lekolar, at denne virksomhed havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og ville blive tildelt kontrakten efter en standstill-periode. Kommunen anmodede i standstill-perioden Lekolar om dokumentation for, at de tilbudte produkter opfyldte kravspecifikationen. Efter udløbet af standstill-perioden oplyste kommunen, at alle tre tilbud var ukonditionsmæssige, og at man derfor ville overgå til udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse, jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 26, stk. 4, litra b). Det fremgik af meddelelsen, at tilbudsgiverne alene havde mulighed for at revidere de linjer på tilbudslisten, som var fundet ukonditionsmæssige.

Efter indgivelse af reviderede tilbud meddelte Køge Kommune sin fornyede tildelingsbeslutning. Det fremgik heraf endvidere, at Lekolars tilbud fortsat var ukonditionsmæssigt på fem produktlinjer, og at der ikke gjaldt en standstill-periode, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 3, nr. 1. Samme dag indgik kommunen kontrakt med den vindende tilbudsgiver.

Klagen blev behandlet på et møde. Klagenævnet fastslog, at evalueringsmetoden med hensyn til det kvalitative underkriterium var uigennemsigtig og uegnet, idet det bl.a. ikke fremgik, hvad udbyderen ville lægge vægt på, og idet der var lagt vægt på ydelser, som ikke var omfattet af udbuddet. Der kunne ikke lægges vægt på, om kommunen under forhandlingsmøderne skulle have oplyst nærmere om delkriterier til underkriteriet. Klagenævnet fastslog endvidere, at ordregiveren havde været uberettiget til at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt. Derimod fik klageren ikke medhold i, at det vindende tilbud var ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet fastslog endvidere, at ordregiveren havde været uberettiget til at anvende udbudslovens § 61, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 26, stk. 4, litra a og b), da bestemmelsen ikke omfatter en situation, der opstår under et udbud med forhandling, og betingelserne ikke var opfyldt. Da ordregiveren som konsekvens havde undladt at afholde standstill-periode, som der var krav om, da forhandlingsudbuddet rettelig måtte bedømmes som det oprindeligt iværksatte forhandlingsudbud, og da ordregiveren samtidig havde overtrådt udbudsreglerne på en måde, der havde påvirket klagerens mulighed for at få kontrakten, blev kontrakten med den valgte tilbudsgiver erklæret for uden virkning, jf. klagenævnsløven § 17, stk. 1, nr. 2. Klagenævnet pålagde desuden ordregiveren en økonomisk sanktion på 50.000 kr., jf. lovens § 18, stk. 2, nr. 3, og § 19.

Ved kendelsen af 3. juli 2018 blev Lekolar tillagt en erstatning på 60.000 kr. opgjort efter reglerne om negativ kontraktinteresse. Beløbet var væsentligt lavere end det påståede, da store dele af kravet var udokumenteret.

2.2.6 Horisontale samarbejdsaftaler

Kendelser af 22. januar og 22. marts 2018, Det Danske Madhus A/S mod Norddjurs Kommune.

Betingelserne for at anvende den undtagelse fra udbud, som følger af udbudslovens § 15 (direktiv 2014/24/EU artikel 12, stk. 4) om aftaler, der opretter et samarbejde mellem offentlige enheder med

det formål at sikre gennemførelsen af en fælles public serviceopgaver – såkaldte ”horisontale aftaler” eller ”udvidede in-house aftaler” – var opfyldt.

Norddjurs Kommune besluttede, at den madservice, som kommunen efter § 83, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 2, i den sociale servicelov er forpligtet til at tilbyde til visse personer, fremover skulle udføres i et tværkommunalt samarbejde med én eller flere andre kommuner, og kommunen indgik herefter uden udbud en samarbejdsaftale med Randers Kommune herom.

Knap en måned inden aftalens ikrafttræden klagede Det Danske Madhus til klagenævnet over, at aftalen var indgået uden forudgående udbud efter udbudslovens afsnit III (direktiv 2014/24/EU artikel 74 - 76), og klageren anmodede om, at klagen blev tillagt opsættende virkning. Det Danske Madhus nedlagde endvidere påstand om, at aftalen skulle erklæres for uden virkning.

Klagenævnet traf inden aftalens ikrafttræden under medvirken af et sagkyndigt medlem afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Ved nævnets realitetskendelse af 22. marts 2018 nåede nævnet frem til samme resultat, nemlig at betingelserne for at anvende undtagelsen om horisontale samarbejdsaftaler var opfyldt.

Klagenævnet udtalte i kendelserne, at EU-Domstolens praksis i navnlig sag C-480/06 (Hamburgdommen), og sag C-386/11, Piepenbrock, i det væsentlige er kodificeret i udbudsdirektivets artikel 12, stk. 4, og i udbudslovens § 15, som må fortolkes i overensstemmelse med denne retspraksis. Dog indeholder udbudslovens § 15, stk. 1, nr. 3, jf. § 16, og direktivets artikel 12, stk. 4, litra c, jf. stk. 5, en markedsandelsbegrænsning, som ikke kan genfindes direkte i Domstolens retspraksis. Klagenævnet udtalte om forståelsen af denne begrænsning, at den efter de specielle bemærkninger til udbudslovens § 15, nr. 3, og betragtning 31 og 32 i præambelen til udbudsdirektivet har til formål at forhindre konkurrenceforvriddning f.eks. ved, at fordelene ved samarbejdet mellem de ordregivende myndigheder anvendes til at underbyde konkurrenter på det åbne marked igennem krydssubsidiering mellem de aktiviteter, der udgør den offentlige tjeneste, og eventuelle relaterede tjenester, der udføres på det åbne marked. Bestemmelsen må i lyset heraf og efter sin ordlyd forstås sådan, at den sigter mod de tilfælde, hvor ordregivende myndigheder har aktiviteter på det åbne marked – med leverance til andre end dem selv – som er i konkurrence med private aktører. Den heraf følgende risiko for krydssubsidiering fra in-house public serviceydelsen til aktiviteten på det åbne marked imødegås i disse tilfælde ved begrænsningen i, hvor stor aktiviteten på det åbne marked kan være (en grænse på 20 %), hvis myndighederne samtidig ønsker at indgå i et ikke-udbudspligtigt horisontalt samarbejde. Bestemmelsen kan derimod ikke forstås som en begrænsning i myndighedernes adgang til – i den udvidede form for in-house, som et horisontalt samarbejde efter udbudslovens § 15 (direktiv 2014/24/EU artikel 12, stk. 4) udgør – til sig selv at producere og levere ydelser af almen interesse. Dette gælder, uanset om sådanne ydelser også ville kunne købes hos en privat leverandør.

Klagenævnet fastslog endvidere, at aftalen var indgået for at opfylde Norddjurs og Randers kommuners forpligtelser efter den sociale servicelovs § 83, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 2, til at tilbyde madservice til visse personer og efter § 91, stk. 1, til at skabe grundlag for, at modtagerne af hjælp efter § 83 fik valg mellem to eller flere leverandører, hvoraf den ene leverandør skal være kommunal. Samarbejdet indebar ikke, at kommunerne opnåede overskud, og det havde heller ikke på anden vis forret-

ningsmæssig karakter. Der indgik desuden ikke private aktører, som igennem samarbejdet ville kunne blive stillet mere fordelagtigt end konkurrenterne. Klagenævnet antog herefter, at den lovpligtige madservice efter den sociale servicelovs § 83, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 2, som alene blev leveret til de to kommuners egne borgere, der var visiteret til ydelsen, var en ydelse af almen interesse. Betingelserne i udbudslovens § 15, nr. 2 og 3, samt i nr. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 12, stk. 4), om et formål om at sikre levering af offentlige tjenester, som de to kommuner skal levere, måtte dermed anses for opfyldt. Klagenævnet bemærkede i realitetskendelsen særligt, at der efter EU-Domstolens praksis, jf. f.eks. præmis 48 i sag C-26/03, Stadt Halle, og artikel 1 i protokol nr. 26 til Lissabon-traktaten om tjenesteydelser af almen interesse, ikke var grundlag for en snæver forståelse af begrebet offentlige tjenester af almen interesse (public serviceopgaver). Der var herunder heller ikke grundlag for, at offentlige myndigheder – i tilfælde hvor private aktører agerer på et privat åbent marked og ville kunne levere public serviceydelser som f.eks. madsservice eller affaldsbortskaffelse – er forpligtede til at udbyde sådanne ydelser i stedet for selv at udføre dem in-house.

For så vidt angår betingelsen i udbudslovens § 15, nr. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 12, stk. 4, litra a), om "samarbejde" om "fælles" målsætninger, eller med andre ord, at der skal være tale om et reelt samarbejde, henviste klagenævnet til betragtning 33 til udbudsdirektivet, som svarer til Hamburgdommen. Heraf følger, at det ikke er et krav, at alle de deltagende myndigheder påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse. Selvom Randers Kommune utvivlsomt leverede hovedydelsen (madproduktion) mod en omkostningsgodtgørelse, fandt klagenævnet, at kommunerne efter det, som i øvrigt er anført i aftalen, måtte anses for at have indgået et gensidigt forpligtende samarbejde i almen interesse om ikke blot at producere, men også at udvikle madservice efter den sociale servicelovs § 83, og at Norddjurs Kommune ved aftalen havde påtaget sig forpligtelser, der lå udover den rene betaling for Randers Kommunes madproduktion, og som havde en anden karakter end de styrings- og samarbejds mekanismer, der vil kunne findes i en almindelig udbudspligtig tjenesteydelseskontrakt.

I udbudslovens § 15, nr. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 12, stk. 4, litra c), kræves, at de offentlige myndigheder på det åbne marked udfører mindre end 20 % af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet. Klagenævnet anså den lovpligtige mad-service til de borgere, som er visiteret hertil i de to kommuner, for en (udvidet) in-house-ydelse, som ikke leveres på et åbent marked. Nogle såkaldte "ekstratilbud" til borgerne (ekstra mad/tilbehør) måtte anses for at være marginale set i forhold til hovedydelsen. Tærsklen på mindre end 20 % i udbudslovens § 15, nr. 3 (direktiv 2014/24/EU artikel 12, stk. 4, litra c), var dermed ikke overskredet.

Kendelsen er den første, hvori klagenævnet har forholdt sig til den nye markedsandelstærskel i udbudsloven og udbudsdirektivet.

2.2.7 Opdeling af kontrakter

Kendelse af 28. maj 2018, Danske Slagtemestre A/S som mandatar for Gert Nielsen A/S mod Høje-Taastrup Kommune.

Bestemmelsen i udbudslovens § 49, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 46, stk. 1), om pligt til at oplyse om baggrunden for ikke at udbyde særskilte delkontrakter (her om f.eks. kødvarer). Ikke pligt til at opdele i delkontrakter. Efterfølgende begrundelse, jf. udbudslovens § 134 (direktiv 2014/24/EU artikel 53, stk. 2, 1. pkt.).

Høje-Taastrup Kommune udbød som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II en rammeaftale om levering af fødevarer. Danske Slagtemestre klagede som mandatar for Gert Nielsen A/S og gjorde gældende, at kommunen på ikke "sagligt grundlag" havde undladt at overholde udbudslovens § 49, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 46, stk. 1), om pligt til at oplyse om baggrunden for ikke at udbyde særskilte delkontrakter, at kommunen dermed havde overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), og at det skulle føre til annullation af udbuddet.

Om forståelsen af udbudslovens § 49 (direktiv 2014/24/EU artikel 46, stk. 1 - 3) bemærkede klagenævnet, at lovgiver ikke har udnyttet adgangen efter udbudsdirektivets artikel 46, stk. 4, til at gøre det obligatorisk at tildele delkontrakter. Efter udbudslovens § 49, som gennemfører direktivets artikel 46, stk. 1-3, gælder alene en mulighed for at opdele kontrakter i delkontrakter, jf. udbudslovens § 49, stk. 1, og udbudsdirektivets artikel 46, stk. 1, 1. pkt. Hvis muligheden for at opdele ikke udnyttes, gælder der en pligt til at forklare, hvorfor kontrakten ikke er blevet opdelt, jf. udbudslovens § 49, stk. 2, og direktivets artikel 46, stk. 1, 2. pkt. Der gælder derimod ikke en pligt til at opdele kontrakter. Der kan dog, jf. de specielle bemærkninger til udbudslovens § 49, foreligge en selvstændig overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), hvis f.eks. ordregiveren bevidst har opdelt en kontrakt i delkontrakter eller undladt at foretage en sådan opdeling i den hensigt at omgå udbudspligt, tilgodese bestemte leverandører eller lignende. Begrundelseskravet i udbudslovens § 49, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 46, stk. 1), må – i mangel på nærmere bidrag til forståelsen i direktiv og forarbejder – forstås sådan, at der kræves en begrundelse, hvis kontrakten efter sit indhold og omfang fremstår som mulig at opdele. Hvis ordregiveren (som tilfældet var i den konkrete sag) – i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale, som skal offentliggøres i forbindelse med udbudsbekendtgørelsen – har undladt at begrunde opdelingen, og der herefter under udbuddet stilles spørgsmål om opdeling, kan ordregiveren begrunde den manglende opdeling som en supplerende oplysning, jf. udbudslovens § 134, som gennemfører udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. pkt. Da hverken udbudsloven eller udbudsdirektivet indeholder bestemmelser, som sanktionerer manglende overholdelse af begrundelsespligten, kan det ikke antages, at en overtrædelse af begrundelsespligten under normale omstændigheder kan eller skal medføre annullation af udbuddet eller ordregiverens tildelingsbeslutning.

Klagenævnet fastslog herefter, at den konkrete kontrakt efter sit omfang og indhold fremstod som mulig at opdele, f.eks. efter fødevarerarter eller geografisk. Der havde herefter været pligt for kommunen til at begrunde den manglende opdeling. Den omstændighed, at en opdeling efter kommunens vurdering ville være stærkt uhensigtsmæssig, kunne ikke ændre på begrundelsespligten. Kommunens svar på Gert Nielsen A/S' spørgsmål under udbuddet, hvorefter den manglende opdeling af kontrakten var begrundet i hensyn til nem bestilling og logistik og med, at brug af delaftaler med flere leverandører vil medføre større miljøbelastning til transport, måtte antages at være den reelle

begrundelse for ikke at opdele. Hensynene til bestilling, logistik og miljø kunne heller ikke anses for usaglige, og varetagelse af sådanne hensyn kunne ikke anses for selvstændigt at være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1). Da kommunen under udbudsprocessen som en supplerende oplysning (som svar på Gert Nielsen A/S' spørgsmål) var kommet med den begrundelse, som manglede i udbudsbekendtgørelsen og det oprindelige udbudsmateriale, havde kommunen opfyldt begrundelsespligten.

Klagen blev herefter ikke taget til følge.

Kendelsen er den første om forståelsen af udbudslovens § 49, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 46, stk. 1), som er en ny bestemmelse også i udbudsdirektivet.

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

Delkendelse af 10. januar 2018 og kendelse af 5. oktober 2018, Næstved Sprog- og Integrationscenter mod Næstved Kommune

En tildelingsbeslutning blev tilbagekaldt som følge af en klage. Da kommunen traf en fornyet tildelingsbeslutning med samme vinder, blev en klage over mangler ved denne evaluering tillagt opsættende virkning. Beslutningen herom bortfaldt imidlertid, da ordregiveren på ny tilbagekaldte tildelingsbeslutningen og traf en ny tildelingsbeslutning, igen med samme vinder. Klage over den tredje tildelingsbeslutning fremkom først efter udløbet af i standstill-perioden, og der blev ikke anmodet om opsættende virkning. Der var allerede derfor ikke grundlag for uden virkning, i forhold til den endelige kontrakt. Der var efter en nærmere vurdering ikke grundlag for at fastslå, at kommunen havde været styret af en usaglig og uberettiget interesse i at antage det pågældende tilbud. Det forhold, at kommunen under klagesagen indgik en midlertidig kontrakt med den vindende leverandør, gav ikke denne en utilbørlig fordel.

Næstved Kommune udbød i september 2017 efter udbudslovens afsnit III (direktiv 2014/24/EU artikel 74 - 76) en kontrakt om udførelse af danskundervisning af voksne udlændinge, idet kommunerne har en lovbestemt pligt til at stille en sådan undervisning til rådighed. Tre tilbudsgivere blev udvalgt til at deltage i en forhandlingsrunde. Den 27. oktober 2017 meddelte kommunen, at den agtede at indgå kontrakt med Lærdansk. Den hidtidige leverandør, Næstved Sprog- og Integrationscenter (NSI), der også havde afgivet tilbud, indgav den 6. november 2017 klage til klagenævnet med anmodning om at tillægge klagen opsættende virkning. Den 17. november 2017 annullerede kommunen tildelingsbeslutningen med henblik på at foretage en fornyet tildeling. Den 30. november 2017 meddelte kommunen, at den efter en fornyet tilbudsevaluering af de tre tilbud havde besluttet på ny at tildele kontrakten til Lærdansk. NSI indgav den 11. december 2017 igen klage til klagenævnet og anmodede igen om, at klagen blev tillagt opsættende virkning. Kommunen indgik den 19. december 2017 uden udbud og med henvisning til udbudslovens § 193 en midlertidig kontrakt med Lærdansk om danskundervisning af voksne udlændinge.

Ved delkendelse af 10. januar 2018 bestemte klagenævnet, at klagen skulle tillægges opsættende virkning, idet der foreløbigt vurderet var udsigt til, at klagenævnet ville finde, at Næstved Kommune havde overtrådt udbudsreglerne ved under evalueringen uberettiget at fravige evalueringsmetoden

fastsat i udbudsbetingelserne og derved at have handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1). Der var herefter udsigt til, at påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen ville blive taget til følge. Klagenævnet konstaterede, at NSI var en selvejende institution, som alene oppebar et beskedent dækningsbidrag, hvorfor det måtte antages, at institutionen ville blive hårdt og kritisk ramt, hvis der blev indgået kontrakt med en anden tilbudsgiver. Betingelsen om uopsættelighed var derfor opfyldt. Klagenævnet fandt endelig, at NSI's interesse i, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning, vejede tungere end kommunens interesse i at indgå aftale med en anden tilbudsgiver.

Næstved Kommune annullerede den 18. januar 2018 tildelingsbeslutningen af 30. november 2017. NSI fastholdt sin klage og nedlagde ud over de allerede nedlagte påstande yderligere påstande, herunder en påstand om annullation af udbuddet, idet NSI gjorde gældende, at den opsættende virkning, som klagenævnet den 10. januar 2018 havde tillagt klagen, stadig var gældende.

Den 23. marts 2018 meddelte Næstved Kommune, at kommunen på ny havde besluttet at tildele kontrakten til Lærdansk. NSI indgav ikke inden for standstill-fristen på 10 dage klage til klagenævnet over denne tildelingsbeslutning med heraf følgende automatisk opsættende virkning. Der blev heller ikke i øvrigt anmodet om opsættende virkning, inden kommunen indgik kontrakt med Lærdansk.

Klagenævnet gav – i overensstemmelse med nævnets delkendelse af 10. januar 2018 – klageren medhold i en række klager over kommunens tildelingsbeslutning af 30. november 2017. Da denne tildelingsbeslutning som nævnt var blevet annulleret af kommunen, fik dette imidlertid ikke betydning for den endelige kendelse. Klagenævnet undlod i medfør af klagenævnslovens § 10 at tage stilling til et yderligere klagepunkt, der også angik tildelingsbeslutningen af 30. november 2017 samt nogle spørgsmål om begrundelsesmangler vedrørende de to første tildelingsbeslutninger. Et klagepunkt om begrundelsesmangler i forhold til den endelige tildelingsbeslutning af 23. marts 2018 blev ikke taget til følge.

NSI havde endvidere gjort gældende, at klagenævnet skulle erklære kontrakten mellem kommunen og Lærdansk for uden virkning, idet kontrakten blev indgået i en periode, hvor klagenævnet havde bestemt, at klagen skulle have opsættende virkning. Klagenævnet bemærkede, at NSI først efter afsigelsen af delkendelsen af 10. januar 2018 havde nedlagt påstand om annullation af udbuddet. Klagenævnet konstaterede, at beslutningen om at tillægge klagen opsættende virkning angik tildelingsbeslutningen af 30. november 2017, og at kommunen havde annulleret denne tildelingsbeslutning den 18. januar 2018, hvorfor den opsættende virkning ophørte samme dag. Kommunen traf den 23. marts 2018 en ny tildelingsbeslutning og underrettede tilbudsgiverne herom samt afholdt en standstill-periode på 10 dage. Der fremkom ikke nogen klage inden for fristen, og der blev heller ikke senere anmodet om opsættende virkning, inden kontrakten blev indgået med Lærdansk. Klagenævnet fandt derfor ikke grundlag for at erklære kontrakten mellem kommunen og Lærdansk for uden virkning.

NSI gjorde herudover navnlig gældende, at kommunen ved alle tre tildelingsbeslutninger havde været styret af en usaglig og uberettiget interesse i at antage Lærdansks tilbud og dermed et bestemt resultat af udbuddet, og at kommunen havde tildelt Lærdansk kontrakten efter, at denne virksomhed

gennem den midlertidige kontrakt havde opnået en uberettiget konkurrencefordel. NSI henviste som "bevismateriale" til en mailkorrespondance mellem kommunen og Lærdansk vedrørende udbuddet, til udtalelser fra kommunen til den lokale presse, til en verserende tilsynssag, og til at evalueringen vedrørende "kvalitet" endte på samme cifre ved den tredje evaluering som under anden evaluering. Klagenævnet fandt det ikke med fornøden sikkerhed dokumenteret, at kommunen havde en usaglig interesse i at antage tilbuddet fra Lærdansk. Klagenævnet bemærkede, at kommunen havde pligt til at stille danskundervisning til rådighed for voksne udlændinge. Som følge af klagesagen var kommunen berettiget til at indgå en midlertidig kontrakt herom. Der gælder ikke en forpligtelse til at indgå en midlertidig kontrakt med den hidtidige leverandør, og en midlertidig kontrakt kan derfor indgås med en anden leverandør, blot der ikke derved gives denne leverandør en utilbørlig fordel. Der var ikke grundlag for at antage, at Lærdansk havde opnået en sådan fordel, og klagenævnet bemærkede, at den midlertidige kontrakt blev indgået efter, at Lærdansk havde afgivet sit tilbud i det påklagede udbud. Klagenævnet fandt heller ikke, at det forhold, at kommunen havde afholdt møder med Lærdansk om undervisningens tilrettelæggelse, i sig selv bevirkede, at Lærdansk fik en utilbørlig fordel. Nogle yderlige påstande om andre evalueringsmangler, annullation af tildelingsbeslutningen, om annullation af udbuddet og om, at kommunen skulle pålægges en økonomisk sanktion, blev heller ikke taget til følge.

Kendelse af 26. januar 2018, Icomera AB mod DSB

Klage fra potentiel ansøger over uklare egnethedskrav, som havde afholdt klageren fra at ansøge om prækvalifikation, tillagt opsættende virkning. Ordregiveren annullerede herefter udbuddet.

DSB udbød som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt om levering af wi-fi til tog. I udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at ansøgerne om prækvalifikation skulle oplyse maksimum tre referencer for udførelse af forskellige ydelser. I et såkaldt prækvalifikationsbrev, der indgik i udbudsmaterialet, var dette gentaget, men som følge af en skrivefejl uden angivelsen "maksimum". Klageren, der havde været anført som underleverandør for en prækvalificeret virksomhed, og som herudover havde afstået fra selv at afgive tilbud, gjorde bl.a. gældende, at DSB havde overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at have anvendt uigennemsigtige udvælgelseskriterier. Klageren henviste i den forbindelse til, at virksomheden som følge af det nævnte indhold i prækvalifikationsbrevet ikke havde ansøgt om prækvalifikation, da virksomheden kun kunne oplyse to referencer og ikke havde forstået, at der kun var krav om maksimum tre referencer.

Klagenævnet fastslog indledningsvis, at klageren som potentiel ansøger om prækvalifikation var klageberettiget. Klagenævnet bemærkede endvidere, at en ordregiver har det fulde ansvar for, at udbudsbetingelserne er klare og utvetydige, herunder at udbudsmaterialet ikke indeholder forskellige beskrivelser af samme krav, således at der kan opstå berettiget tvivl om indholdet af kravene. Klagenævnet fandt foreløbigt vurderet, at der var tale om en uklarhed, der kunne have afholdt potentielle ansøgere, herunder klageren, fra at ansøge om prækvalifikation, og at ordregiveren som følge heraf havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Der var endvidere udsigt til, at klagerens påstand om annullation af tildelingsbeslutningen ville blive taget til følge. Betingelsen om "fumus boni juris" var dermed opfyldt. Betingelsen om uopsættelighed var også opfyldt, da uklarhe-

den havde afholdt klageren – og eventuelt andre potentielle ansøgere – fra at ansøge om prækvalifikation, hvorfor krænkelsen ikke ville kunne repareres med erstatning. Da en interesseafvejning også talte for opsættende virkning, tog klagenævnet påstanden herom til følge. DSB meddelte efterfølgende, at tildelingsbeslutningen og udbuddet blev annulleret, hvorefter klagen blev tilbagekaldt.

Delkendelsen blev således klagenævnets endelige afgørelse i klagesagen.

Afgørelse af 28. juni 2018, Egons A/S mod Trafikselskabet Movia

Klage over et udbud blev på standstill-fristens sidste dag efter kontortids ophør indgivet til ordregiveren, som fremsendte den til klagenævnet næste formiddag. Klagen blev – uanset at den også indeholdt en klage over ordregiverens afslag på aktindsigt, der efter remonstrationsreglerne i offentlighedslovens § 37, skulle indgives til ordregiveren – ikke anset for indgivet i standstill-perioden, jf. klagenævnenslovens § 12, stk. 2.

Sagen angik et offentligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af flere delkontrakter om specialkørsel af borgere fra beskyttede værksteder, dagtilbud og lignende, hvor der foreligger et fast kørselsmønster. Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, havde efter modtagelsen af tildelingsbeslutningen indledningsvis søgt om aktindsigt hos ordregiveren. Ordregiveren havde givet delvist afslag på aktindsigtsanmodningen og i den forbindelse givet klagevejledning i overensstemmelse med den lovpligtige remonstrationsregel i offentlighedslovens § 37. Klageren skrev én klage, som blev modtaget hos ordregiveren på den sidste dag i standstill-perioden efter kontortids ophør. Denne klage indeholdt imidlertid både en klage over aktindsigtsafgørelsen og en klage over tildelingsbeslutningen. Klageren anmodede i den forbindelse indklagede om at bekræfte, at klagen var modtaget inden udløbet af standstill-perioden. Det var ordregiveren ikke enig i, men ordregiveren sendte klagen til klagenævnet allerede den efterfølgende formiddag. I afgørelsen slog nævnet fast, at remonstrationsordningen i offentlighedslovens § 37, stk. 2, vedrørende klager over beslutninger om aktindsigt ikke finder anvendelse for klager over udbudsreglerne. Det forhold, at klagen tillige angik en klage over en afgørelse om aktindsigt i overensstemmelse med indklagedes klagevejledning i aktindsigtsafgørelsen, og var blevet indgivet til indklagede inden standstill-periodens udløb, kunne allerede derfor ikke føre til, at bestemmelsen i klagenævnenslovens § 12, stk. 2, om automatisk opsættende virkning fandt anvendelse. På den anførte baggrund opfattede klagenævnet klagen som en subsidieret anmodning om, at klagen blev tillagt opsættende virkning. Da uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning. Klagen blev efterfølgende afvist, og der blev således ikke truffet en egentlig kendelse i sagen.

Kendelse af 11. oktober 2018, Konsortiet Sprogpartner mod Rigspolitiet m.fl. og omkostningsafgørelse i samme sag

Der var ikke grundlag for at anse den vindende tilbudsgivers tilbud for ukonditionsmæssigt, og ordregiveren havde derfor ikke været forpligtet til at afvise tilbuddet. Der var heller ikke grundlag for at tilsidesætte ordregiverens skøn ved evalueringen af, om kvalitative under- og delkriterier var opfyldt. Efter udbudslovens § 160 er det ikke et krav, at ordregiveren giver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen efter de kvalitative kriterier. Rigspolitiet havde været berettiget til at evaluere, hvordan tilbuddene opfyldte et mindstekrav, idet de forskellige

metoder og værktøjer til sikkerhed for opfyldelsen af mindstekravet kunne være af større eller mindre kvalitet for Rigspolitiet. Da betingelsen om "fumus boni juris" ikke var opfyldt, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning.

Sagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om udførelse af fremmedsprogstolkning. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af underkriterierne Pris (30 %) og Kvalitet (70 %). Til det sidstnævnte underkriterium var knyttet nogle delkriterier, og udbudsbetingelserne indeholdt forskellige beskrivelser om, hvad de sigtede til.

Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde navnlig gældende, at det vindende tilbud var ukonditionsmæssigt som følge af manglende overholdelse af en række mindstekrav, og at Rigspolitiet i strid med udbudsbetingelserne kvalitativt havde vurderet det vindende tilbud positivt og klagerens tilbud negativt.

Klagenævnet udtalte, at Rigspolitiet, foreløbigt vurderet, havde været berettiget til at antage det valgte tilbud, da tilbudsgiveren havde bekræftet opfyldelsen af et krav vedrørende videotolkning uden forbehold, og da der ikke i øvrigt var grundlag for at antage, at den vindende tilbudsgiver ikke ville opfylde udbudsmaterialets krav til videoløsninger, eller at det ikke var muligt at leve op til rammeaftalens bestemmelser om uanmeldt tilsyn. Tilbuddet indeholdt endvidere tilstrækkelige oplysninger til, at Rigspolitiet kunne vurdere, om tilbuddet opfyldte nogle krav til implementeringsfasen, som indgik i evalueringen efter delkriteriet Implementering, og derfor ikke var et mindstekrav.

Vedrørende klagepunkterne om kvalitative fejlvurderinger udtalte nævnet indledningsvis, at det ikke er et krav, at ordregiveren giver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative kriterier. Hvis en ordregiver ved tildelingsbeslutningen lægger afgørende vægt på, at den tilbudte ydelse har en bestemt egenskab, skal ordregiveren imidlertid oplyse herom i udbudsmaterialet. Klagenævnet kan efter fast praksis alene tilsidesætte ordregiverens skøn ved bedømmelsen af tilbuddenes opfyldelse af kvalitative under- og delkriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse for sit evalueringsskøn, og klagenævnet erstatter ikke herved ordregiverens skøn med sit eget. Efter en gennemgang af udbudsmaterialet sammenholdt med tilbuddene fra henholdsvis den vindende tilbudsgiver og klageren samt indholdet af Rigspolitiets evalueringsnotat fandt klagenævnet, at der foreløbigt vurderet ikke var grundlag for at tilsidesætte Rigspolitiets skøn ved evalueringen.

Endvidere udtalt, at Rigspolitiet havde været berettiget til at evaluere, hvordan tilbuddene opfyldte et mindstekrav, idet de forskellige metoder og værktøjer til sikkerhed for opfyldelsen af mindstekravet kunne være af større eller mindre kvalitet for Rigspolitiet. Den kvalitative bedømmelse, som Rigspolitiet foretog, angik herved ikke selve konstateringen af, at mindstekravet var opfyldt, men kvaliteten af den måde, hvorpå mindstekravet blev tilbudt opfyldt.

Klagen blev efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen blev således klagenævnets endelige afgørelse i sagen.

Ved omkostningsafgørelse af 30. oktober 2018 besluttede klagenævnet, at klageren efter sagens omfang, karakter og forløb skulle betale 25.000 kr. i sagsomkostninger til Rigspolitiet. Klageren skulle

derimod ikke betale sagsomkostninger til intervenienten, der havde indleveret to processkrifter, da intervenienten ikke var part under klagesagen, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 4 (se herom afsnit 1.7).

3. UDVALGTE AFGØRELSE ER OM AKTINDSIGT

3.1 Indledning

Klagenævnet har i årsberetningen for 2016, kapitel 3, foretaget en gennemgang af regelgrundlaget for nævnets behandling af afgørelser vedrørende aktindsigt. Der er ikke siden foretaget ændringer heri, og der henvises derfor indledningsvis hertil. Endvidere er praksis omtalt i kapitel 3 i årsberetningen for 2017.

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

3.2 Klageberettigelse

Det følger af offentlighedslovens § 37, stk. 1, at afgørelser om aktindsigt kan påklages særskilt og direkte til den myndighed, der er øverste klageinstans i forhold til afgørelsen eller behandlingen i øvrigt af den sag, anmodningen om aktindsigt vedrører.

Det er imidlertid i almindelighed kun den, der søger om aktindsigt i en sag eller et dokument, der kan påklage et eventuelt afslag på aktindsigt. Den fysiske eller juridiske person, som oplysningerne angår, kan således efter nævnets praksis ikke påklage en afgørelse om, at aktindsigt er givet.

Klagenævnets afgørelse af 19. juni 2018 (j.nr. 18/02544): Odense Kommune havde meddelt en virksomhed aktindsigt i tilbudslisten til det vindende tilbud under et udbud af nogle tekniske anlæg, hvor seks ud af syv tilbud var blevet anset for ukonditionsmæssige. Udbuddet var efterfølgende blevet annulleret. Aktindsigten omfattede bl.a. oplysning om de tilbudte varers varenavn, producent og producentvarenummer. Den virksomhed, der havde afgivet tilbuddet, klagede over dette til Klagenævnet for Udbud, idet det navnlig blev gjort gældende, at aktindsigt ville kunne hjælpe en konkurrerende virksomhed med at afgive et konditionsmæssigt tilbud under et senere genudbud af kontrakten. Klagenævnet afviste ved afgørelsen klagen, idet den klagende virksomhed ikke kunne anses for part i aktindsigtssagen og derfor ikke var klageberettiget.

3.3 Klagenævnets kompetence i rekursager efter offentlighedsloven

Klagenævnets kompetence i klager over aktindsigtsafgørelser hviler som nævnt på bestemmelsen i offentlighedslovens § 37 eller – i det omfang det måtte være relevant – den tilsvarende bestemmelse i forvaltningslovens § 16, stk. 4. Det er herved en forudsætning, at den afgørelse, der klages over, er truffet i medfør af offentlighedsloven (forvaltningsloven).

Klagenævnets afgørelse af 16. november 2018 (j.nr. 18/07120): Hovedstadens Letbane havde bl.a. givet fuld aktindsigt i nogle rapporter om boreprøver og herunder i nogle bilag med geotekniske rapporter. Hovedstadens Letbane meddelte samtidig den aktindsigtsøgende påbud om, at materialet ikke ”på nogen måde må gøres til genstand for kommerciel udnyttelse, hver-

ken af [klageren] eller nogen, [klageren] måtte give adgang til materialet". Klagenævnet bemærkede, at klagen ikke angik spørgsmålet om ret til aktindsigt, men et spørgsmål om en begrænsning i retten til at anvende det materiale, der var meddelt aktindsigt i. Hovedstadens Letbane oplyste efter nævnets høring ikke en specifik hjemmel i lovgivningen for påbuddet. Klagenævnet afviste på den baggrund at tage stilling til denne del af klagen.

Af de specielle bemærkninger til offentlighedslovens § 37, stk. 1, jf. lovforslag nr. L 144 af 7. februar 2013, fremgår blandt andet: *"I tilfælde, hvor klageadgangen i forhold til den materielle afgørelse er særligt reguleret, f.eks. ved oprettelse af en særlig klageinstans, følger det af stk. 1, at aktindsigtsafgørelser også skal påklages til den særlige klageinstans."* Som nævnt i årsberetningen for 2017 følger det af offentlighedslovens § 37, at klagenævnets kompetence i rekursager følger nævnets materielle kompetence, der er afgrænset i klagenævnets lov. Efter denne lov har nævnet kompetence til at behandle klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af udbudsretlige regler. Klagenævnet har derimod ikke kompetence til at behandle klager over forhold, som ikke angår gennemførelsen af udbuddet, herunder i almindelighed spørgsmål om den efterfølgende opfyldelse af en kontrakt, der har været genstand for udbud. Det samme gælder imidlertid også indledende overvejelser om, hvorvidt udbud skal foretages.

Klagenævnets afgørelse af 2. juli 2018 (j.nr. 18/02619): Uddannelses- og Forskningsministeriet havde meddelt Omnibus – universitetsavisen på Aarhus Universitet delvist afslag på aktindsigt i regeringens beslutninger om konkurrenceudsættelse af den forskningsbaserede myndighedsbetjening, "dels eksterne dels interne dokumenter (inklusive ministerbetjeningsdokumenter)...". Klagenævnet afviste klagen. Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at nævnet ikke har kompetence til at behandle klager over forhold, som vedrører beslutninger truffet forud for de handlinger, som de udbudsretlige regler regulerer. De udbudsretlige regler forpligter ikke i sig selv medlemsstaterne til "at outsource eller eksternalisere levering af tjenesteydelser, som de selv ønsker at levere eller at organisere på anden måde end ved hjælp af offentlige kontrakter", jf. f.eks. den 5. præambelbetragtning til udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU). Nævnet fandt på den baggrund, at regeringens forudgående politiske beslutninger om konkurrenceudsættelse af den forskningsbaserede myndighedsbetjening ikke i sig selv var omfattet af de udbudsretlige regler, men at der var tale om beslutninger, der kunne lede frem til, at der skulle gennemføres et indkøb, som efter omstændighederne kunne være omfattet af udbudsreglerne. Nævnet bemærkede herved, at udbudslovens regler kun i begrænset omfang finder anvendelse på visse tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling, jf. herved lovens § 22 (direktiv 2014/24/EU artikel 14).

Klagenævnets afgørelse af 16. november 2018 (j.nr. 18/07120) (jf. tillige ovf.): Hovedstadens Letbane havde bl.a. meddelt delvist afslag på aktindsigt i nogle fakturaer, som Hovedstadens Letbane havde modtaget fra virksomheden COWI i perioden 2010 og til den 3. april 2018, og bestyrelsesreferater fra perioden 2014 til 3. april 2018. Klagenævnet afviste klagen vedrørende fakturaer, da det måtte lægges til grund, at disse relaterede sig til opfyldelse af en aftale mellem Hovedstadens Letbane og COWI, og da klagenævnet ikke har kompetence til at behandle sager vedrørende gennemførelsen af en sådan aftale. Det fremgik af referaterne, at bestyrel-

sesmøderne bl.a. omfattede orienteringspunkter om flere udbud af arbejder vedrørende letbanen forud for, under og efter gennemførelsen af udbuddene. Klagenævnet bemærkede, at nævnet ikke har kompetence til at behandle klager over forhold, som vedrører forhold eller beslutninger truffet forud for de handlinger, som de udbudsretlige regler regulerer, og nævnet afviste derfor at tage stilling til referater herom. Nævnet tog derimod stilling til klagen vedrørende referater om beslutninger truffet som led i gennemførelsen af udbuddene, idet nævnet stadfæstede, at der var meddelt afslag på indsigt heri i medfør af offentlighedslovens § 23, stk. 1. nr. 1, om interne dokumenter.

Spørgsmålet om, hvorvidt klagenævnet kan anses for en "særlig klageinstans" i forhold til en sag, har i en konkret sag givet anledning nærmere overvejelser:

Klagenævnets afgørelse af 28. september 2018 (j.nr. 18/02618): Miljø- og Fødevareministeriet havde meddelt Omnibus – universitetsavisen på Aarhus Universitet delvist afslag på aktindsigt i bl.a. de besvarelser, der var indkommet fra universiteter og øvrige aktører i forbindelse med Miljø- og Fødevareministeriets informationsindhentning som led i en markedsanalyse forud for konkurrenceudsættelse af den forskningsbaserede myndighedsbetjening. Af betydning for spørgsmålet om klagenævnets kompetence bemærkede nævnet, at Miljø- og Fødevareministeriet havde offentliggjort en forhåndsmeddelelse vedrørende en del af den planlagte konkurrenceudsættelse, og ministeriet havde i den forbindelse anført, at den blev anset for omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 22 (direktiv 2014/24/EU artikel 14). Dertil kom, at klagenævnet ved kendelse af 27. marts 2018 havde fastslået, at "udførelse af forskningsbaseret myndighedsunderstøttelse" var omfattet af en tilsvarende undtagelsesbestemmelse i det dagældende udbudsdirektiv (2004/18/EF artikel 16, litra f, der genfindes i det nugældende udbudsdirektiv (2014/24/EU artikel 1), som er implementeret i dansk ret ved udbudslovens § 22. Klagenævnet afviste på den baggrund klagen under henvisning til, at nævnet ikke kunne anses for særligt klageorgan i relation til den påtænkte konkurrenceudsættelse, idet ydelserne efter udbudslovens § 22 (direktiv 2014/24/EU artikel 14) som udgangspunkt måtte antages ikke at være omfattet af udbudsloven – og dermed heller ikke bestemmelsen i lovens § 39 (direktiv 2014/24/EU artikel 40) om markedsanalyser. Det forhold, at klagenævnet i forbindelse med en eventuel klage over tilsidesættelse af materielle udbudsretlige regler ville kunne tage stilling til, om en konkurrenceudsættelse konkret er omfattet af bestemmelsen i udbudslovens § 22 (direktiv 2014/24/EU artikel 14), således som dette var sket i den nævnte kendelse, kunne ikke føre til et andet resultat.

3.4 Undtagelse af fortrolige erhvervsoplysninger fra aktindsigt

Som nævnt i årsberetningerne for 2016 og 2017 indeholder den vindende tilbudsgivers tilbud i mange tilfælde oplysninger, der angår tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller drifts- eller erhvervsforhold, som omfattes af undtagelsesbestemmelserne i offentlighedslovens § 30, nr. 2, og/eller forvaltningslovens § 15 b, nr. 5. I klagenævnets praksis viser det sig imidlertid ofte, at en ikke uvæsentlig del af det vindende tilbuds beskrivelser af den tilbudte løsning ikke har en sådan fortrolig

karakter, at det kan undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, eller forvaltningslovens § 15 b.

Det gælder således bl.a. om mere generelle beskrivelser og anprisninger af den tilbudte løsningsfunktionalitet og fordele, som ikke nærmere beskriver, hvordan disse forhold opnås. Sådanne oplysninger, der må anses for tiltænkt en bredere kreds af potentielle kunder og brugere, har ikke karakter af forretningshemmeligheder, der kan undtages efter de nævnte bestemmelser. Tilsvarende vil heller ikke oplysninger om, hvorvidt tilbuddet overholder et bestemt krav, som ordregiveren har stillet i udbudsbetingelserne, kunne undtages fra aktindsigt. Det skyldes, at sådanne oplysninger er knyttet til det konkrete udbud og det konkrete tilbud og således ikke direkte kan anses for af betydning for andre udbud.

Prisoplysninger

Efter klagenævnets faste praksis vil oplysninger om tilbudsgivers del- eller enhedspriser ofte kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2. Det skyldes, at der i almindelighed er tale om fortrolige erhvervsoplysninger, og at en konkurrerende virksomheds kendskab til tilbudsgivers konkrete prissætning ofte efter omstændighederne vil kunne indebære en nærliggende risiko for, at tilbudsgivernes konkurrenceevne skades i forhold til fremtidige udbud eller andre aftaler med et væsentligt økonomisk tab til følge. Fritvalgsordningen, som følger af bestemmelsen i den sociale servicelovs § 112, stk. 3, vil imidlertid kunne indebære, at de berørte borgere og valgte leverandører får kendskab til den vindende tilbudsgivers priser på de af leverandøraftalen omfattede produkter, jf. herved klagenævnets afgørelse af 13. december 2012 i sagen ReaMed (Tødin A/S) mod Gribskov Kommune. Som nævnt i årsberetningen for 2016 finder den sædvanlige praksis derimod anvendelse, hvis fritvalgsordningen ikke fører til, at de pågældende prisoplysninger offentliggøres. Klagenævnet har i en række afgørelser fra 2018 haft lejlighed til at behandle spørgsmål vedrørende priser omfattet af fritvalgsordningen.

Klagenævnets afgørelse af 21. november 2018, j.nr. 18/08113. Klagenævnet stadfæstede Kolding Kommunes afslag på aktindsigt i delpriser vedrørende bl.a. vindende tilbudsgiver under et udbud af diabeteshjælpemidler. Klagenævnet lagde til grund, at udbuddet ikke havde ført til kontraktindgåelse, idet det var blevet annulleret. I modsætning til situationen i kendelsen fra 13. december 2012 var der således ikke indgået en aftale på baggrund af det omhandlede udbud, som ville medføre, at delpriserne fra en vindende tilbudsgiver vil blive gjort offentligt tilgængelige i medfør af servicelovens § 112, stk. 3. De omtvistede prisoplysninger måtte herefter fortsat anses for at være forretningshemmeligheder omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Klagenævnets afgørelse af 26. november 2018 (j.nr. 18/08668): Klagenævnet stadfæstede Sydjysk Kommuneindkøbs afgørelse om afslag på aktindsigt i bl.a. delpriser i forbindelse med et udbud af diabetesprodukter. Udbuddet var blevet påklaget til Klagenævnet for Udbud, og Sydjysk Kommuneindkøb havde på afgørelsestidspunktet ikke indgået kontrakt, da man afventede nævnets afgørelse af, om klagen skulle tillægges opsættende virkning. Klagenævnet udtalte, at

der – i modsætning til situationen i kendelsen af 13. december 2012 – ikke på daværende tidspunkt var indgået en aftale på baggrund af det omhandlende udbud, som medfører, at delpriserne fra en vindende tilbudsgiver ville blive gjort offentlig tilgængelige i medfør af den sociale servicelovs § 112, stk. 3. De omtvistede prisoplysninger måtte herefter fortsat anses for at være forretningshemmeligheder omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Klagenævnets afgørelse af 4. december 2018 (j.nr. 18/08116): Klagenævnet stadfæstede Aalborg Kommunes afslag på aktindsigt i delpriser fra samtlige tilbudsgivere under et udbud om diabeteshjælpemidler. Klagenævnet fastslog i den forbindelse, at fritvalgsordningen ikke indebærer, at borgere eller virksomheder får mulighed for at få kendskab til de tabende tilbudsgivers delpriser. Det samme gjaldt i relation til den vindende tilbudsgiver, da det efter oplysninger fra kommunen om administrationen af fritvalgsordningen måtte lægges til grund, at oplysninger om konkrete delpriser ikke ville blive oplyst til de berørte borgere, heller ikke selvom disse måtte ønske at benytte sig af retten til frit valg af leverandør. De omtvistede prisoplysninger måtte herefter fortsat anses for at være forretningshemmeligheder omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Andre tilbudsoplysninger

Ved f.eks. større byggerier eller it-projekter kan en detaljeret *tidsplan* indeholde oplysninger om tilbudsgiverens fremgangsmåder, som ikke kun er specifikt knyttet til den konkrete leverance. Sådanne oplysninger vil derfor efter omstændighederne kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2, eller forvaltningslovens § 15 b. Det gælder dog ikke generelle og overordnede oplysninger om, at leverancen opdeles i forskellige dele, eller fremgangsmåder for f.eks. projektsamarbejde, som må anses for almindeligt kendte, eller tilbudsgiverens anprisende bemærkninger om de relative fordele herved. Det gælder endvidere ikke oplysninger om milepæle og tidsfrister etc., som ordregiveren har beskrevet i udbudsbetingelserne. Ofte vil der således skulle meddeles aktindsigt i store dele af sådanne tidsplaner.

Klagenævnet har endvidere i flere tilfælde fundet, at oplysninger om en *tilbudt samarbejds- og projektorganisation* og om denne organisations konkrete styrker og fordele ikke kan anses for forretningshemmeligheder omfattet af offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Der henvises herved til klagenævnets afgørelse af 6. juli 2018 (j. nr. 17/01856).

4. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER

Afsnittet indeholder en gengivelse af endelige domme fra 2018 afsagt i sager, som klagenævnet har afsagt kendelse om. Klagenævnet anmoder ved en kendelses afsigelse parterne om at få at vide, hvis sagen indbringes for domstolene og om at blive orienteret om dommens udfald. Det er dog ikke sikkert, at nævnet herved får oplysning om alle sådanne sager. Domme, som ikke er blevet endelige i 2018, fordi de er anket til en højere instans, er ikke medtaget i oversigten.

Retten i Hernings dom af 5. juli 2018, Den Selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal mod Ringkøbing-Skjern Kommune, jf. klagenævnets kendelser af 21. april og 18. august 2017 (Årsberetningen 2017, s. 32).

Sagen vedrørte et kommunalt udbud efter udbudslovens afsnit III (light-regimet) (direktiv 2014/24/EU artikel 74 - 76) om drift af en svømmehal. Klageren, der hidtil havde forestået driften, blev ikke tildelt kontrakten. Klagenævnet tillagde ved delkendelsen af 21. april 2017 ikke klagen opsættende virkning, da betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt. Ved den endelige kendelse af 18. august 2017 fik klageren alene medhold i en påstand, som ikke kunne antages at have haft betydning for klagerens udformning af sit tilbud eller for udbuddets forløb og resultat. Tildelingsbeslutningen blev derfor ikke annulleret.

Klageren indbragte sagen for Retten i Herning og gjorde bl.a. gældende, at den overtrædelse, som var konstateret, havde indebåret en favorisering af den valgte tilbudsgiver i strid med udbudsloven. Desuden gjorde klageren gældende, at kommunen havde overtrådt udbudsloven ved at ændre et grundlæggende element i udbudsmaterialet i forbindelse med indgåelse af kontrakten, som klageren påstod skulle erklæres for uden virkning. Klageren nedlagde desuden en erstatningspåstand.

Kommunen påstod sagen afvist, da klagerens formål ifølge vedtægterne var at drive svømmehallen, og der derfor ikke længere var grundlag for klagerens eksistens.

Ved dom af 5. juli 2018 opretholdt retten klagenævnets kendelse af 18. august 2017. Kommunens påstand om afvisning blev ikke taget til følge, da klageren havde deltaget i udbuddet og havde parts-evne i en efterfølgende tvist om, hvorvidt udbudsreglerne havde været overholdt.

Østre Landsrets dom af 3. maj 2018, Direktoratet for Kriminalforsorgen mod Kai Andersen A/S, jf. klagenævnets kendelser af 18. maj og 19. november 2015.

Sagen vedrørte et begrænset udbud efter udbudsdirektivet (2004/18/EF) om 12 fagentrepriser til brug for opførelsen af Statsfængslet på Nordfalster. Tildelingskriteriet var laveste pris. Ved klagenævnets kendelse af 18. maj 2015 blev det fastslået, at direktoratet havde handlet ulovligt ved at tage det vindende tilbud i betragtning, da tilbuddet indeholdt et forbehold, som ikke kunne prissættes.

Klagerens tilbud var næstbilligst, og klageren havde derfor krav på erstatning i form af positiv opfyldelse. Klagerens påstand lød på betaling af 8.750.603 kr. Ved klagenævnets kendelse af 19. november 2015 blev erstatningen fastsat til 6 mio. kr, idet der bl.a. måtte tages hensyn til usikkerheden

med hensyn til, om klageren faktisk kunne have realiseret det forventede dækningsbidrag, og en vis usikkerhed med hensyn til, i hvilket omfang opgaven havde nødvendiggjort en kapacitetsudvidelse og dermed en forhøjelse af de faste omkostninger, ligesom den sparede procesrisiko måtte indgå.

Direktoratet indbragte sagen for Retten i Lyngby med påstand om, at tildelingsbeslutningen ikke skulle annulleres, og at direktoratet ikke var erstatningsansvarligt eller skulle betale en mindre erstatning end 6 mio. kr. Ved dom af 6. januar 2017 opretholdt retten begge klagenævnets kendelser, men forhøjede erstatningen til 8.750.603 kr. som påstået.

Direktoratet ankede til Østre Landsret, der ved dom af 3. maj 2018 stadfæstede byrettens dom, dog med nedsættelse af erstatningen til 4 mio. kr. med henvisning til usikkerheden om, hvorvidt klageren faktisk kunne have realiseret det forventede dækningsbidrag, og med hensyn til, i hvilket omfang opgaven havde nødvendiggjort en kapacitetsudvidelse og dermed en forhøjelse af de faste omkostninger.

Vestre Landsrets dom af 1. marts 2018, Kemp og Lauritzen A/S mod Region Midtjylland, jf. klagenævnets kendelse af 17. august 2015.

Region Midtjylland udbød som konkurrencepræget dialog efter udbudsdirektivet (2004/18/EF) en OPP-kontrakt om etablering af Nyt Psykiatrisk Center i Skejby. Klageren var TEAM OPP v/DEAS A/S. Kendelsen – som er en af flere i klagesagen – drejede sig om en udskilt påstand om hel eller delvis afvisning som følge af ændring af klagerens identitet og sammensætning og således nærmere, hvilke virksomheder der kunne anses at indgå i TEAM OPP, som oprindeligt havde indgivet klagen. Klagenævnet fastslog, at Kemp & Lauritzen A/S som underleverandør ikke var en del af det klagende konsortium, og selskabets klage blev derfor afvist.

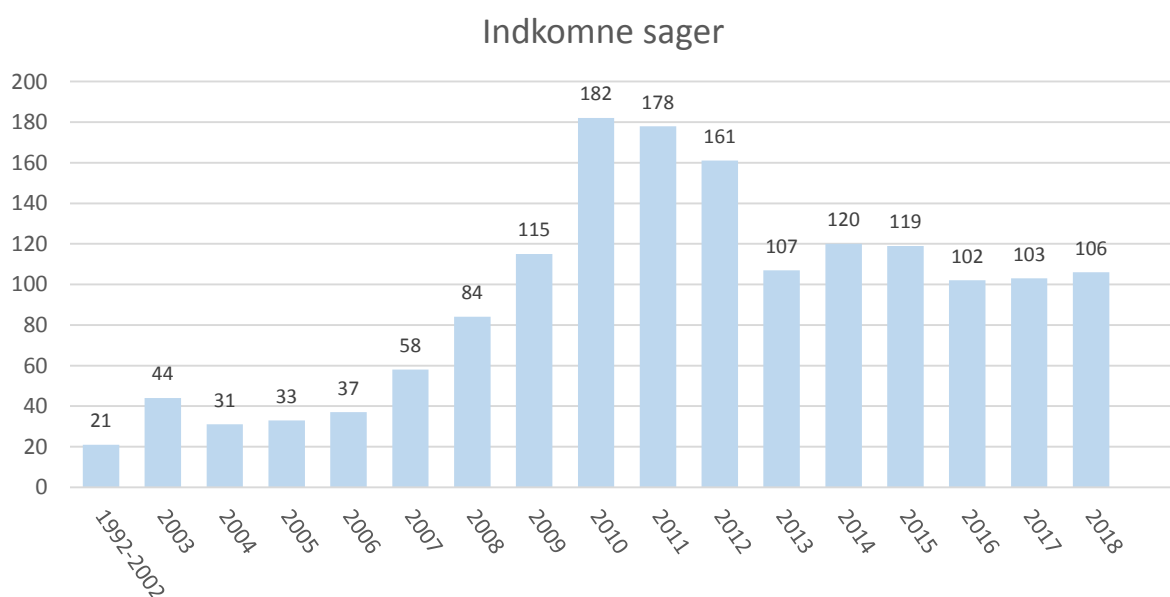
Ved domme af henholdsvis 10. marts 2017 og 1. marts 2018 nåede Retten i Viborg og Vestre Landsret til samme resultat.

5. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2018

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

5.1 Indkomne klager

I 2018 modtog klagenævnet 106 klager. Oversigten nedenfor viser udviklingen i antallet af indkomne klager i årene 1992-2018.



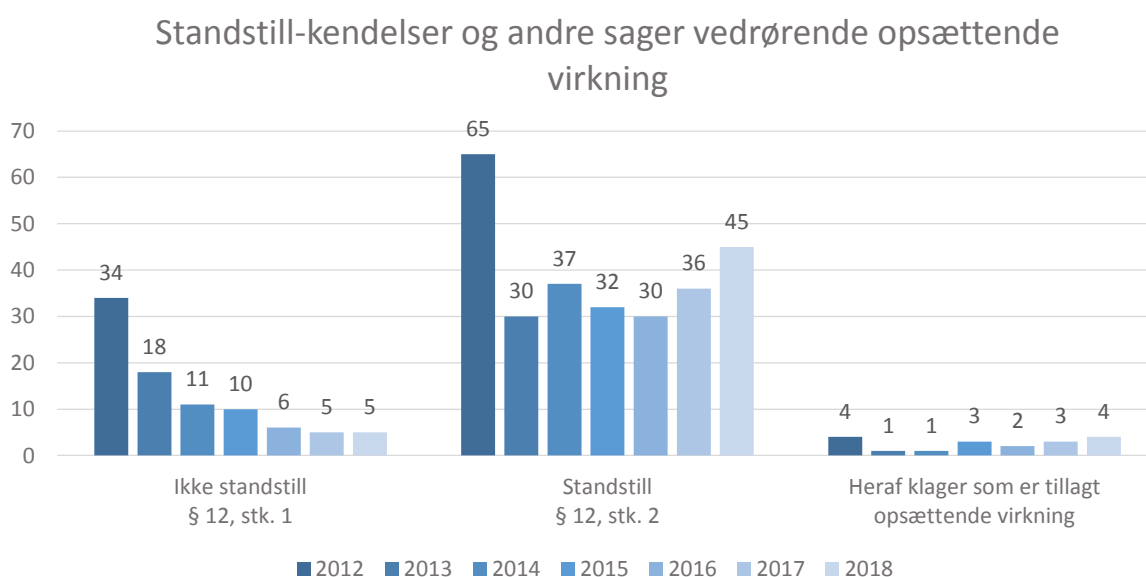
Antallet af modtagne klager i 2018 er nogenlunde på niveau med 2017 og 2016, lidt mindre end 2014-2015 og svarer til niveauet i 2013. Dermed er antallet af klagesager fortsat markant lavere end i 2010-2012.

Som anført i afsnit 4.1 i årsberetningen for 2013 skal det markante fald i sagstilgangen ses i lyset af ændringerne i håndhævelsesloven (nu klagenævnsloven) og klagenævnsbekendtgørelsen i 2013, som netop havde til formål at begrænse et stigende antal klagesager. Navnlig forhøjelsen af klagegebyret til 20.000 kr. i sager om overtrædelse af udbudsdirektivet (de fleste sager) og klagerens risiko for at blive pålagt at betale sagsomkostninger til den indklagede ordregiver må antages at have været udslagsgivende faktorer. At der er sket et mindre fald i antallet af klagesager i 2016 - 2018 kan muligvis forklares med, at potentielle klagerere i lyset af gennemførelsen af de omfattende ændringer i de materielle udbudsregler har været mere tilbageholdende, samt med, at klagenævnet ikke længere er kompetent til at træffe afgørelser i sager om indkøb under tærskelværdierne uden en klar grænseoverskridende interesse, jf. nu udbudslovens afsnit V.

5.2 Standstill-sager og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning

Som det fremgår nedenfor, afsagde klagenævnet i 2018 delkendelse i fem sager, hvor der var anmodet om opsættende virkning efter klagenævnslovens § 12, stk. 1, og delkendelse i 45 sager modtaget i standstill-perioden efter lovens § 12, stk. 2, hvor klagenævnet har en lovbunden frist på 30 dage til at træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning. I 2018 er der i fire sager truffet afgørelse om at tillægge en klage opsættende virkning, se herom afsnit 1.4 ovenfor og omtale af kendelserne i kapitel 2. I nogle tilfælde træffer klagenævnet afgørelser om, hvorvidt en klage skal tillægges opsættende virkning, i brevform – og ikke som en egentlig kendelse. Sådanne afgørelser i brevform er også medregnet i opgørelsen.

Nedenfor ses antallet af afsagte standstill-kendelser og andre kendelser m.v. vedrørende opsættende virkning for 2012-2018.



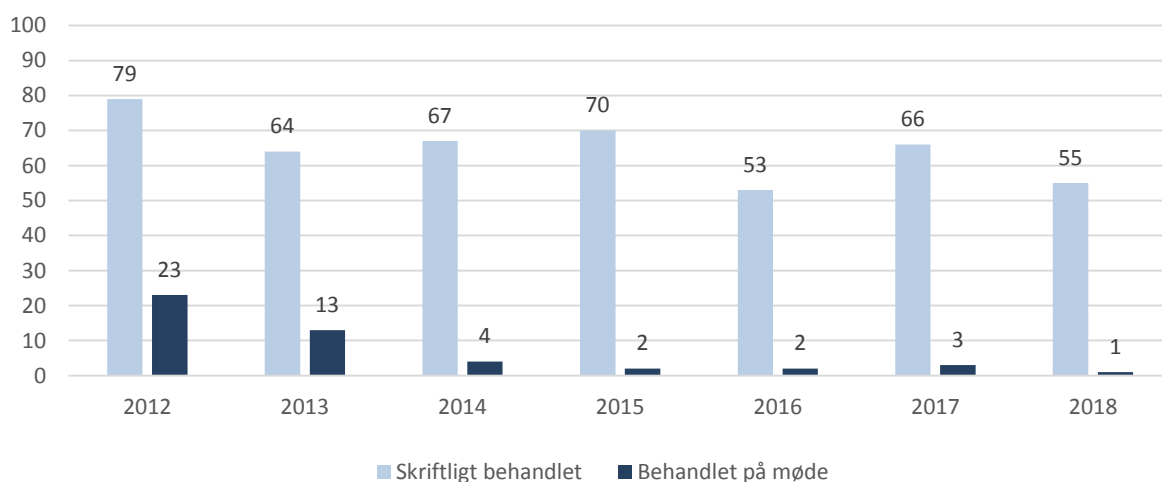
Klagenævnets kendelser m.v. vedrørende opsættende virkning fører – også i tilfælde, hvor klagen ikke tillægges opsættende virkning – i en række sager til, at klagen tilbagekaldes som følge af klagenævnets "fumus-kendelser", hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt, og om der er grundlag for annullation. I 2017 drejede det sig om 72,7 % af nævnets afgørelser om opsættende virkning, mens tallet i 2018 var steget til 76,1 %. Sådanne fumus-kendelser er meget ressourcekrævende for klagenævnet, da kendelsen i de fleste tilfælde skal udarbejdes og afsiges inden for en frist på 30 dage og således under et betydeligt tidspres, og da kendelserne, trods deres foreløbige karakter, ofte indeholder en omfattende sagsfremstilling og detaljerede præmisser. Generelt medfører standstill-reglerne og reglerne om opsættende virkning, at klagenævnet i en meget betydelig del af alle sager skal træffe to afgørelser, nemlig en afgørelse vedrørende opsættende virkning og en materiel afgørelse vedrørende de påståede overtrædelser. Hertil kommer en eventuel erstatningskendelse samt under sagens forløb eventuelt tillige afgørelse(r) om aktindsigt.

5.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde

Af de 44 sager, klagenævnet afsagde realitetskendelser i i 2018 (se afsnit 5.4), blev 43 sager behandlet på skriftligt grundlag, mens én sag blev behandlet med mundtlig forhandling.

Nedenfor ses en opgørelse over sager behandlet henholdsvis på skriftligt grundlag og med mundtlig forhandling i årene 2012-2018.

Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller møde



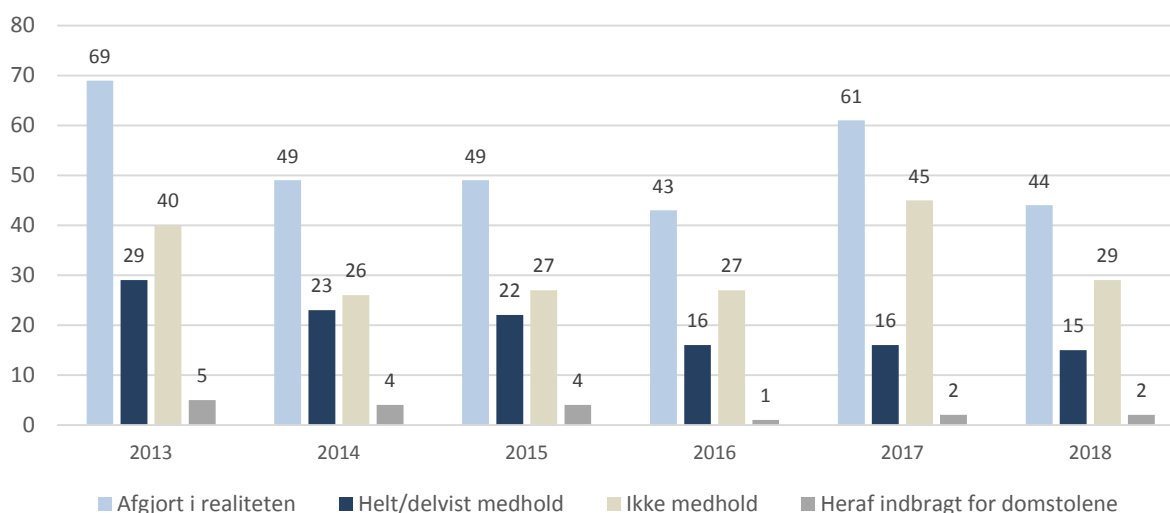
Note: De viste tal indeholder også afviste sager

Fordelingen af skriftligt behandlede sager/sager med mundtlig forhandling i 2018 viser, at kun ganske få sager behandles mundtligt. Som også anført i afsnit 4.3 i årsberetningen for 2013 er dette fald i overensstemmelse med lovgivers intention. I 2010 blev det således med håndhævelseslovens (nu klagenævnslovens) § 11, stk. 1, bestemt, at en sag forberedes ved udveksling af skriftlige indlæg og afgøres på dette grundlag, medmindre formanden i sagen beslutter, at der skal ske mundtlig forhandling. I 2009 – året før ikrafttrædelsen af bestemmelsen i § 11, stk. 1, – var der en ligelig fordeling af skriftligt behandlede sager og sager med mundtlig forhandling. Parterne har under sagens forberedelse mulighed for at fremsætte ønske om mundtlig behandling af sagen, men erfaringsmæssigt sker dette kun i ganske få sager.

5.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf

I 2018 afgjorde klagenævnet 44 sager i realiteten. Heraf fik 15 klagere helt eller delvist medhold, mens 29 klagere ikke fik medhold. Klagenævnets kendelser er i langt de fleste tilfælde den endelige afgørelse af sagen. Af de 44 kendelser blev således kun to indbragt for domstolene. Antallet af kendelser, der er indbragt for domstolene, er på samme niveau som 2017.

Afgjorte sager samt udfaldet heraf



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

Tabellen nedenfor viser, at medholdsprocenten i 2018 var på 34 % og dermed højere end i 2017, men lavere end den gennemsnitlige medholdsprocent for årene 2011-2017, som var 41,4 %.

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

Opgørelsen i grafen og nedenstående tabel indeholder ikke de "fumus-kendelser", som bliver den endelige afgørelse i klagesagen. Klagenævnet har i 2018 afsagt 35 "fumus-kendelser". I 9 af disse vurderede nævnet, at betingelsen om fumus boni juris var opfyldt. Dette førte i et flertal af sagerne til, at ordregiveren annullerede udbuddet eller sin beslutning om tildeling/prækvalifikationen, hvorefter klagen blev tilbagekaldt, og delkendelsen således blev nævnets endelige afgørelse i sagen.

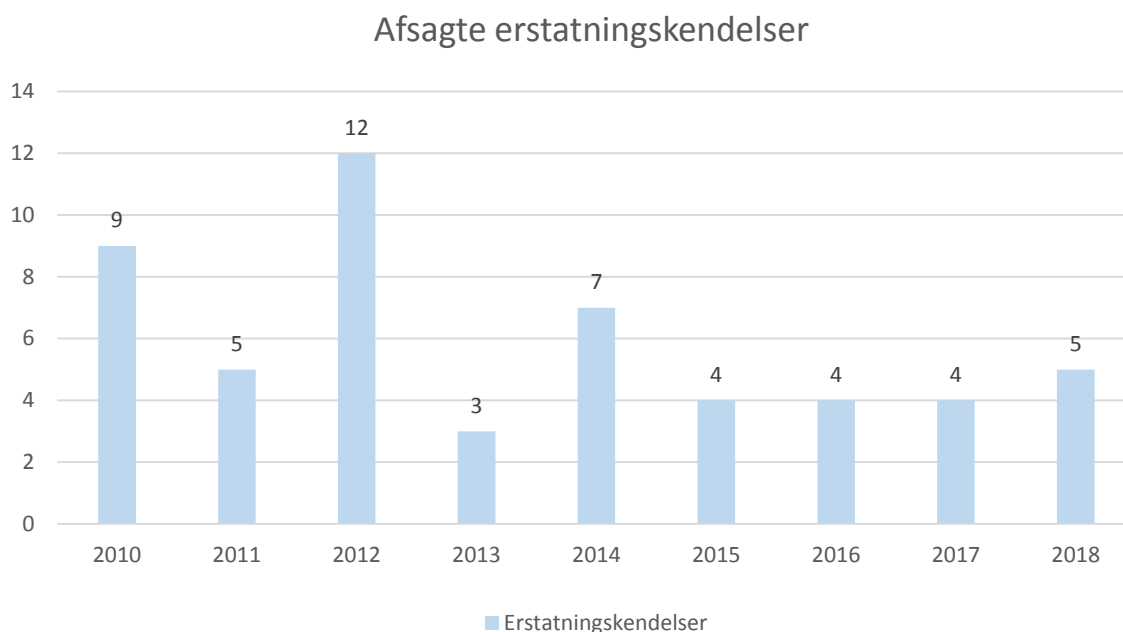
I de resterende 26 "fumuskendelser" vurderede klagenævnet, at betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt, hvilket i 12 tilfælde førte til, at klagen blev tilbagekaldt, og delkendelsen blev således også i disse tilfælde nævnets endelige afgørelse i sagen.

År	Helt/delvist medhold	Ikke medhold
2011	44 %	56 %
2012	49 %	51 %
2013	42 %	58 %
2014	47 %	53 %
2015	45 %	55 %
2016	37 %	63 %
2017	26 %	74 %
2018	34 %	66 %

5.5 Afsagte erstatningskendelser

I 2018 afsagde klagenævnet fem kendelser om erstatning.

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



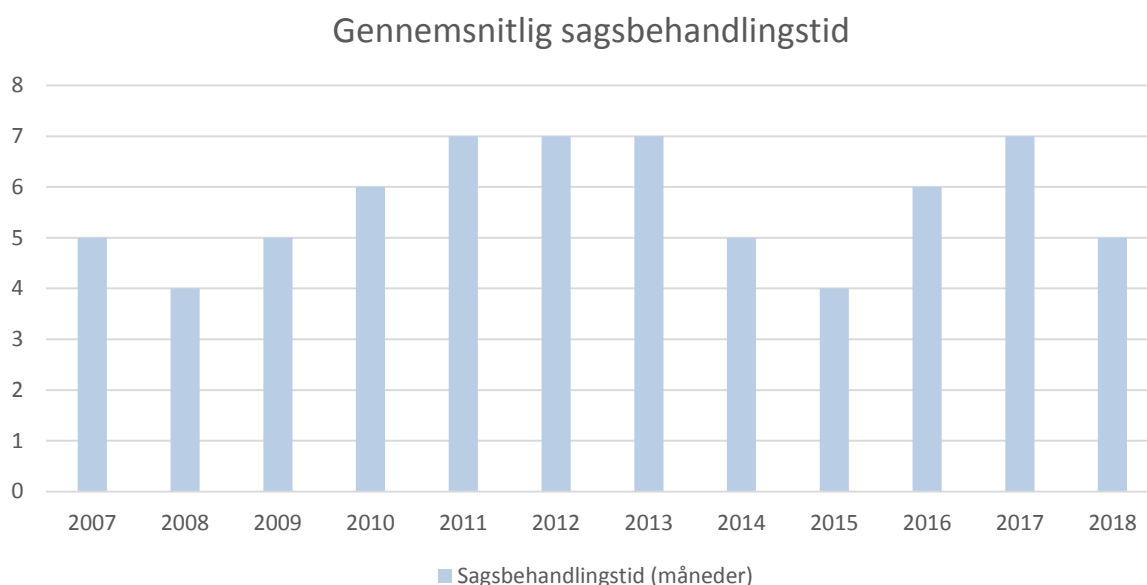
Som omtalt i afsnit 4.5 i årsberetningen for 2013 er det erfaringen, at erstatningsspørgsmålet i mange af de sager, hvor klageren har fået helt eller delvist medhold ved klagenævnets materielle kendelse, løses uden om klagenævnet, således at parterne indgår forlig i stedet for at afvente klagenævnets erstatningskendelse. Sagsbehandlingstiden for erstatningskendelserne må ses i lyset af, at der også i disse sager har været ført forhandlinger mellem parterne, men at disse ikke har ført til en forligsmæssig løsning. Antallet af erstatningskendelser i 2012 må sammenholdes med et stort antal modtagne klager i 2010 og 2011 (henholdsvis 182 og 178 klager).

5.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid

I 2018 havde klagenævnet en gennemsnitlig sagsbehandlingstid på 5 måneder.

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

Nedenfor ses en opgørelse over udviklingen i den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for afviste sager og materielle kendelser opgjort i måneder i årene 2007-2018.



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

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid er faldet til fem måneder i 2018 svarende til niveauet i 2007, 2009 og 2014. Antallet af indkomne klager i 2018 var 106 mod 58 i 2007, 115 i 2009 og 120 i 2014. Om antallet af indkomne klager i de øvrige år henvises til afsnit 5.1.

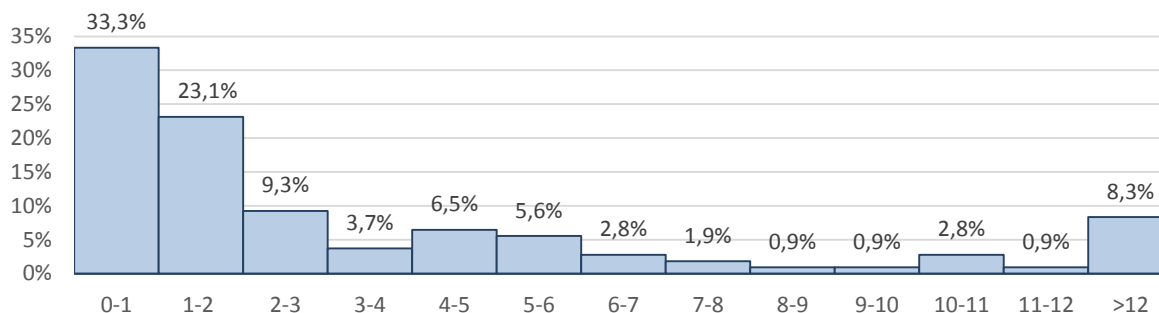
Antallet af verserende sager ultimo 2018 er opgjort til 39 sager, hvilket er lidt under 2017 og 2016, hvor der ved udgangen var henholdsvis 43 og 42 sager.

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

Nedenfor er for 2018 opgjort den procentvise andel af alle sager, der afsluttes med en sagsbehandlingstid på 0-1 måned, 1-2 måneder osv. og med en sagsbehandlingstid på mere end 12 måneder. I opgørelsen indgår alle klagesager, herunder sager, hvor klagen er afvist, og sager, hvor klagen er tilbagekaldt, herunder tilbagekaldt efter at klagenævnet har afsagt en "fumus-kendelse". Erstatningskendelser, som der kun afsiges ganske få af, er ikke medregnet. For yderligere bemærkninger

henvises til afsnit 5.8 nedenfor, hvor sagsbehandlingstiden i antal måneder for klagesager er opgjort procentvist kumulativt.

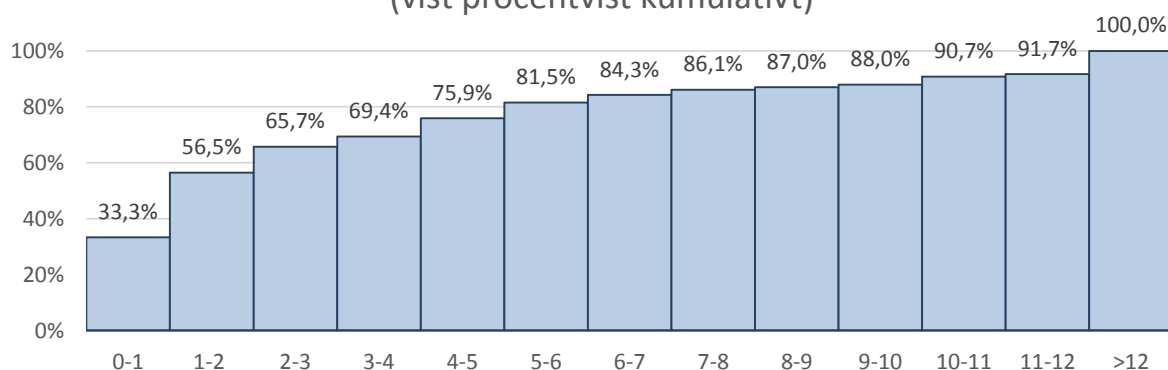
Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager
(procentvis fordeling)



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for 2018 vist procentvist kumulativt.

Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager
(vist procentvist kumulativt)

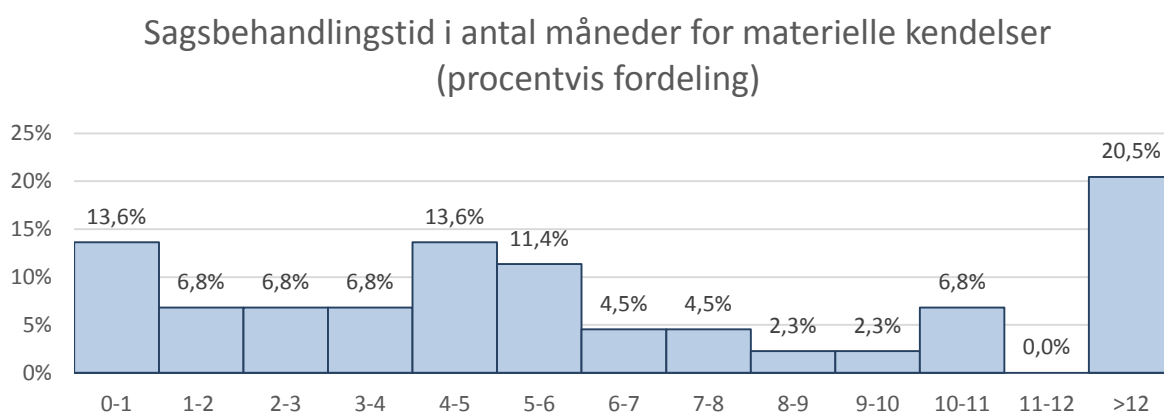


Ca. 33 % af sagerne er i 2018 sluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen mod 29 % i 2013, 33 % i 2014, 47 % i 2015, ca. 39 % i 2016 og ca. 27 % i 2017. Ca. 56 % af sagerne er i 2018 sluttet i løbet af de første to måneder efter klagens modtagelse mod 42 % i 2013, 54 % i 2014, 62 % i 2015, 53 % i 2016 og ca. 41 % i 2017. Det fremgår videre, at ca. 66 % af alle modtagne sager i 2018 blev sluttet i løbet af tre måneder mod 49 % i 2013, 60 % i 2014, 69 % i 2015, 61 % i 2016 og ca. 49 % i 2017. I opgørelsen for 2018 indgår blandt andet 52 sager, hvor klagen er tilbagekaldt. I ca. halvdelen af disse sager er klagen tilbagekaldt som følge af klagenævnets "fumus-kendelser", hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt. Det ses endvidere, at ca. 81 % af sagerne i 2018 blev sluttet i løbet af fem-seks måneder efter klagens modtagelse mod 37 % i 2013, 62 % i 2014, 65 % i 2015, 74 % i 2016 og ca. 77 % i 2017, og at 88 % af sagerne færdigbehandles i løbet af ni-ti måneder mod 86 % i 2013, ca. 87 % i 2014, 92 % i 2015, 87 % i 2016 og svarende til niveauet i 2017.

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

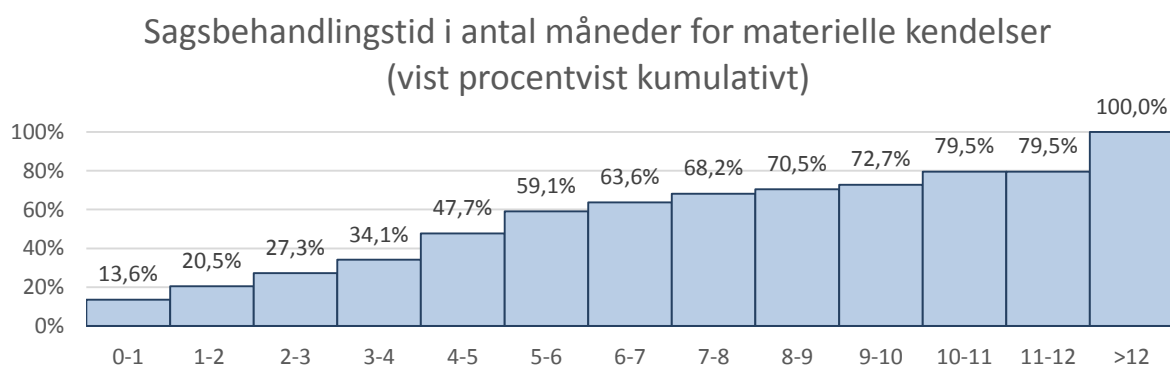
5.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2018 opgjort den procentvise andel af alle materielle kendelser, der afsluttes med en sagsbehandlingstid på 0-1 måneder, 1-2 måneder, 2-3 måneder osv. og med en sagsbehandlingstid på mere end 12 måneder.



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for materielle kendelser i 2018 vist procentvist kumulativt.



Tabellen viser, at der i 2018 var afsagt materiel kendelse i ca. 34 % af sagerne i løbet af tre-fire måneder mod 20 % i 2013, 30 % i 2014, 41 % i 2015, 44 % i 2016 og 38 % i 2017. I 2018 var der endvidere afsagt kendelse i ca. 59 % af sagerne i løbet af fem-seks måneder mod 37 % i 2013, 62 % i 2014, 65 % i 2015, 54 % i 2016 og svarende til niveauet i 2017. Videre ses det, at der i 2018 efter otte-ni måneder var afsagt materiel kendelse i ca. 70 % af sagerne mod ca. 69 % i 2013, 87 % i 2014, 90 % i

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

6. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET

Klagenævnet havde foruden behandlingen af klagesager en række udadrettede aktiviteter i 2018:

Hørings svar

Klagenævnets afgav den 5. november 2018 høringssvar vedrørende udkast til lovforslag om ændring af udbudsloven.

Statistiske oplysninger

Klagenævnet bidrog i 2018 med statistiske oplysninger og oplysninger om klagenævnets organisation og virksomhed til "Network of first instance procurement review bodies", et netværk initieret af Kommissionen.

Deltagelse i konferencer mv.

Medlemmer af formandskabet har også i 2018 deltaget som oplægsholdere ved konferencer og andre arrangementer vedrørende udbudsretlige emner.

Et medlem af formandsskabet deltog den 22.-23. marts 2018 i "Annual Conference on European Public Procurement Law 2018", afholdt af Europäische Rechtsakademie (ERA), Trier.

Derudover deltog et medlem af formandsskabet i et møde i "Network of first instance procurement review bodies", som blev afholdt på Malta den 4. maj 2018.

I oktober 2018 aflagde klagenævnets formandsskab og sekretariats jurister et 3-dages besøg ved EU-Domstolen og Retten. Programmet var specialtilrettelagt og indebar – ud over deltagelse i retsmøder – bl.a. inspirerende og lærerige drøftelser om såvel generelle som udbudsretlige emner med den danske dommer ved EU-Domstolen, Lars Bay Larsen, den danske generaladvokat, Henrik Saugmandsgaard Øe, og de to danske dommere ved Retten, Sten Frimodt Nielsen og Jesper Svenningsen. Endvidere var der oplæg og drøftelser ved generaladvokat Michal Bobek samt en række af Domstolens specialister.