

# Klagenævnet for Udbud

Årsberetning 2019

# INDHOLDSFORTEGNELSE

FORORD.....	3
1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD .....	4
1.1 Lovgrundlag og etablering .....	4
1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning .....	4
1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat.....	5
1.4 Klagenævnet for Udbuds opgaver, herunder klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder .....	6
1.5 Nævns- og formandsafgørelser .....	9
1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning .....	10
1.7 Sagens forberedelse og afgørelse, herunder sagsomkostninger.....	12
1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven .....	14
2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER .....	15
2.1 Indledning.....	15
2.2 Udvalgte delkendelser og kendelser.....	15
2.2.1 Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse .....	15
Delkendelse af 8. januar 2019, Mølbak Landinspektører A/S mod Banedanmark.....	15
Kendelse af 15. marts 2019, Leo Nielsen Trading ApS og Glock Ges.m.b.H mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI) .....	16
Kendelse af 1. maj 2019, NetNordic Communication A/S mod Region Sjælland .....	17
Kendelse af 14. juni 2019, APCOA PARKING Danmark A/S mod Region Hovedstaden .....	18
Delkendelse af 12. juli 2019, Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden.....	19
Delkendelse af 23. juli 2019, Urbaser A/S mod Ringkøbing Skjern Kommune.....	20
Kendelse af 25. september 2019, e-Boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen.....	21
Delkendelse af 23. oktober 2019, Hydrema Danmark A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI) .....	23
2.2.2 Prækvalifikation.....	24
Kendelse af 18. januar 2019, ALSTOM Transport Danmark A/S mod DSB .....	24
Kendelse af 6. februar 2019, Brande Buslinier ApS mod Midttrafik.....	27
Kendelse af 15. maj 2019, Salini Impregilo S.P.A mod Metroselskabet I/S.....	28
2.2.3 Udelukkelsesgrunde .....	30
Delkendelse af 16. januar 2019 og kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen .....	30
Delkendelse af 12. marts 2019, edgemo a/s mod Statens og Kommunernes Indkøbscentral (SKI).....	32
2.2.4 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel .....	33
Delkendelse af 8. januar 2019, Mølbak Landinspektører A/S mod Banedanmark.....	33
Delkendelse af 9. januar 2019, Wedel Installation ApS mod Københavns Universitet .....	33
Kendelse af 13. marts 2019, N.T. Falke A/S mod Styrelsen for Undervisning og Kvalitet .....	34
Kendelse af 24. april 2019, Sagemcom Energy & Telecom SAS mod Vores Elnet A/S.....	35
Delkendelse af 2. oktober 2019, e-Boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen .....	36

2.2.5 Sortimentsudbud.....	38
Kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) .....	38
2.2.6 Klagenævnsloven, herunder (foreløbig) opsættende virkning og klagenævnets sanktioner .....	39
Afgørelse af 4. januar 2019, Apcoa Parking Danmark A/S mod Region Hovedstaden .....	39
Kendelse af 5. april 2019, Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer kommuner.....	39
Kendelse af 7. juni 2019, Pankas A/S mod Haderslev Kommune .....	40
Kendelse af 25. juni 2019, Justesen Energiteknik A/S mod SK Varme A/S .....	41
Afgørelser af 19. juli 2019 og 4. september 2019 om opsættende virkning og kendelse af 11. oktober 2019, Kinnarps A/S mod Region Hovedstaden.....	41
Delkendelse af 4. oktober 2019, VITRONIC – Dr.- Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S.....	45
Delkendelse af 2. december 2019, Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S.....	46
Delkendelse af 20. december 2019, Smith & Nephew A/S mod Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Sjælland .....	48
3. UDVALGTE AFGØRELSE OM AKTINDSIGT.....	50
3.1 Indledning.....	50
3.2 Klagenævnets kompetence i rekursager efter offentlighedsloven .....	50
3.3 Ordregiverens interne dokumenter.....	51
3.4 Undtagelse af fortrolige erhvervshemmeligheder fra aktindsigt .....	52
3.5 Andre oplysninger om konkrete tilbud .....	53
3.6 Oplysninger om klagesager ved Klagenævnet for Udbud.....	53
4. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER.....	54
5. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2019 .....	55
5.1 Indkomne klager .....	55
5.2 Standstill-sager og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning .....	56
5.3 Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde .....	57
5.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf.....	57
5.5 Afsagte erstatningskendelser .....	59
5.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid .....	59
5.7 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist som procentvis fordeling) .....	60
5.8 Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt) .....	61
5.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling) .....	62
5.10 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist procentvist kumulativt) .....	62
6. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET .....	64

## FORORD

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

Kapitel 1 indeholder en redegørelse for nævnets lovgrundlag, etablering og sammensætning, herunder formandskabet, nævnets sagkyndige og sekretariat. Fra sommeren 2019 er opgaven med forberedelse af nævnets aktindsigtsafgørelser, der i mange tilfælde er af et betydeligt omfang, flyttet fra sekretariatet til en tværgående enhed i Nævnenes Hus, som behandler aktindsigtssager for alle nævnene i Nævnenes Hus. Dette har medført en betydelig forøgelse af sekretariatets kapacitet til at udarbejde udkast til nævnets udbudsretlige afgørelser.

I kapitel 2 er der anført referater af en række af nævnets kendelser fra 2019, 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.kfu.naevneneshus.dk](http://www.kfu.naevneneshus.dk). Det gælder både kendelser om overtrædelse af 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 2019 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 2019 93 klager, hvilket ligger lidt under antallet i 2017 og 2018. Ved nævnets afgørelser blev der givet klageren helt eller delvis medhold i ca. 39 % af tilfældene, hvilket er på niveau med 2018 og lidt højere end i 2017. Hertil kommer, at klagenævnet i ca. 35 % 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 2019 til 4,5 måneder mod 5 måneder i 2018 og 7 måneder i 2017.

Nikolaj Aarø-Hansen, formand

Viborg, juni 2020

# 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 (klagenævnsloven), 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 klagenævnslovens § 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 2019 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 (til 25. juni 2019)
- Landsdommer Hanne Aagaard
- Dommer Jesper Stage Thusholt
- Dommer Charlotte Hove Lasthein

Klagenævnets sagkyndige medlemmer var i 2019:

- Chefkonsulent Michael Jacobsen
- Chefkonsulent Vibeke Steenberg
- Head of Team Legal Competition & Tender Law, Senior Manager Pernille Hollerup
- 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 (til den 13. marts 2019)
- Legal Manager Palle Skaarup
- Chefkonsulent, cand.jur. Anette Gothard Mikkelsen
- Indkøbs- og udbudschef Jeanet Vandling
- Professor (MSO), ph.d. Ole Helby Petersen
- Erhvervsjuridisk rådgiver, ph.d. Grith Skovgaard Ølykke (til den 13. marts 2019)
- Projektleder og specialkonsulent, cand.jur. Christina Kønig Mejl
- Udbuds- og entreprisjurist Claus Pedersen
- Development Manager Jan Kristensen
- Kontorchef for strategisk indkøb Birgitte Nellesmann
- Chefkonsulent Lise Ridderholm Husted (fra den 3. april 2018)
- Advokat Kurt Helles Bardeleben (fra den 13. marts 2019)

### 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 2019 var normeret med 3 jurister og to sekretærer, ligesom der til sekretariatet var tilknyttet en kontorelev i dele af 2019.

Klagenævnets jurister forbereder sagerne og bistår i udvalgte sager den pågældende formand med at udarbejde kendelsesudkast. Herudover bistår juristerne klagenævnets formand i en række ledelsesmæssige opgaver. Klagenævnets sekretærer deltager i sagsforberedelsen, besvarer skriftlige

henvendelser vedrørende spørgsmål om, hvorvidt der inden for standstill-perioden er klaget over et afholdt udbud, varetager en række administrative opgaver og yder telefonisk klagevejledning. Der er herudover en række fælles opgaver for Nævnenes Hus.

Sekretariatet bestod i 2019 af følgende medarbejdere:

- Specialkonsulent, cand.merc.jur. Maiken Nielsen
- Fuldmægtig, cand.jur. Julie Just O'Donnell
- Fuldmægtig, cand.jur. Tanja Rosendahl Bøtker (fra den 1. juli 2019)
- Kontorfuldmægtig Dorthe Hylleberg
- Kontorfuldmægtig Heidi Thorsen
- Kontorelev Katrine Kirkegaard Gade (til den 10. maj 2019)

Siden sommeren 2019 foregår sekretariatsbehandlingen med forberedelse af klagenævnets aktindsigtsafgørelser, herunder rekursagerne efter offentlighedsloven, i en tværgående juridisk enhed i Nævnenes Hus, som også behandler aktindsigtssager fra de øvrige nævn i Nævnenes Hus. Der er tale om sager, som ofte har et betragteligt omfang og giver anledning til en del skriftveksling. Denne ændring, der i det hele har fungeret på bedste vis, har medført en betydelig forøgelse af klagenævnets eget sekretariats kapacitet til at udarbejde udkast til afgørelser i nævnets materielle udbudsretlige klagesager.

#### 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 det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU), og de øvrige EU-udbudsregler, mens der alene behandles et mindre antal sager vedrørende tilbudsloven.

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

Klagenævnets kendelser er som retskilde underordnet domme fra de danske domstole og fra EU-Domstolen. Det er imidlertid alene en meget lille andel af nævnets afgørelser, der indbringes for domstolene; i 2019 skete dette således kun i 4 ud af 46 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, i 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 2019 på 4,5 måneder, hvortil blandt andet kommer, at en meget stor del – ca. 56 % – 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 en 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) og samme i kapitlet Standstill og opsættende virkning i udbudsretten i Treumer (red.) Udbudsretten 2019.



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

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

Uanset at en afgørelse om opsættende virkning ikke indeholder en endelig vurdering og dermed en materiel afgørelse i sagen, vil klagenævnets "fumus-kendelse" således ofte i praksis tjene til at vejlede den part, som kendelsen går imod, om, at sagen skal tilføres noget nyt, hvis parten skal have en chance for at få medhold ved klagenævnets senere materielle kendelse i sagen. I 2019 har klagenævnet i fire tilfælde tillagt en klage opsættende virkning: Ved kendelse af 12. juli 2019 i sagen Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden, ved afgørelse af 4. september 2019 i sagen Kinnarps A/S mod Region Hovedstaden, ved kendelse af 4. oktober 2019 i sagen VITRONIC – Dr. Ing.Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S, og ved kendelse af 20. december 2019 i sagen Smith & Nephew A/S mod Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Sjælland (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 2019 afsagt én sådan kendelse: Kendelse af 6. november 2019, Lotus Behandlingscenter ApS mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.

#### *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 24. april 2019, Sagemcom Energy & Telecom SAS mod Vores Elnet A/S, og kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, hvor klagenævnet i begge sager indgav politianmeldelse.

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

## 1.5 Nævnss- og formandsafgørelser

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

### *Nævnssafgørelser*

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 2019 er der afsagt kendelse med en sådan udvidet besætning i tre sager, nemlig kendelse af 15. januar 2019, ALSTOM Transport Danmark A/S mod DSB, kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S og kendelse af 15. maj 2019, Salini Impregilo S.P.A. mod Metroselskabet I/S. De tre kendelser 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 2019 er der således kun afsagt 2 materielle kendelser uden deltagelse af et sagkyndigt medlem: kendelse af 8. januar 2019, Finmann VVS/Entreprise ApS mod Udviklingselskabet By & Havn I/S og kendelse af 27. februar 2019, Zurich Danmark, Filial Zurich Insurance PLC, Irland mod Københavns Kommune.

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

### **1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning**

Betingelserne for klageadgang er fastsat i 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.naevneneshus.dk](http://www.klfu.naevneneshus.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 kunne have ansøgt om prækvalifikation eller afgivet tilbud (potentielle ansøgere/tilbudsgivere), kan have retlig interesse. Kan klageren ikke sandsynliggøre at have retlig interesse i sagen, afvises klagen. Klagenævnet har truffet en række afgørelser, der belyser kravet om retlig interesse. Nogle af disse afgørelser er omtalt i den praksisoversigt, der findes på klagenævnets hjemmeside i tilknytning til årsberetningen.

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

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

Klagefristerne er i hovedtræk:

Klagefristen for ikke at være blevet prækvalificeret: 20 kalenderdage.

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

Klagefristen for "almindelige kontrakter": 45 kalenderdage.

Klagefristen for rammeaftaler: 6 måneder.

Klagefristen for direkte tildelte kontrakter, hvor § 4-proceduren er fulgt (profylaksebekendtgørelse): 30 kalenderdage (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 klagenævsloven 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 klagenævslovens §§ 6 og 10-11 og klagenævsbekendtgørelsens §§ 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 (klagenævslovens § 6, stk. 3). Dette sker oftest i forbindelse med sager, hvor der er nedlagt påstand om annullation af tildelingsbeslutningen, og hvor en annullation i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2, som udgangspunkt ville indebære en pligt til at bringe kontrakten til ophør med et passende varsel. Hvis der er spørgsmål om uden virkning, har den, med hvem kontrakt er indgået, ubetinget ret til at intervenere og skal orienteres herom, jf. klagenævslovens § 6, stk. 5. Det er efter klagenævslovens § 6, stk. 3, en betingelse for intervention, at sagen har væsentlig betydning for den, der ønsker at intervenere. Intervention efter klagenævsloven 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.

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 (klagenævsbekendtgørelsens § 6, stk. 2), jf. f.eks. den ovennævnte kendelse af 24. april 2019, Sagemcom Energy & Telecom SAS mod Vores Elnet A/S. 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 (klagenævslovens §

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. Klagenævnet vil i så fald meddele, at klagenævnet har sat sig ind i sagens dokumenter og parternes synspunkter i processkrifterne. Klagenævnet kan eventuelt ønske forskellige afklarende spørgsmål besvaret eller få foretaget en demonstration i relation til de omtvistede forhold, jf. f.eks. kendelse af 15. marts 2019, Leo Nielsen Trading ApS og Glock Ges.m.b.H. mod FMI. 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 2019 været afholdt møde i 1 sag (i 2018 1 sag), mens 54 sager er afgjort på skriftligt grundlag (i 2018 55 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.

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

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

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

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

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

### 1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven

Klagenævnets aktindsigtssager efter offentlighedsloven omfatter:

- Klager over en ordregivende myndigheds afslag på aktindsigt i et udbud, dvs. sager, hvor klagenævnet er rekursinstans efter offentlighedslovens § 37. Derimod er klagenævnet ikke rekursinstans i sager om afslag på aktindsigt i sagen om opfyldelsen af aftaler indgået som resultat af et udbud, jf. kapitel 3.
- Sager, hvor en tredjemand, f.eks. en journalist, anmoder om aktindsigt efter offentlighedsloven i dokumenter oprettet eller modtaget i en klagesag, der verserer eller har verseret ved klagenævnet. I disse tilfælde er det klagenævnet og ikke i første omgang den indklagede ordregiver, der træffer afgørelsen om aktindsigt. Da de pågældende dokumenter selvsagt også findes hos den indklagede myndighed, vil der normalt i stedet kunne søges om aktindsigt direkte hos denne myndighed.

Sagerne om aktindsigt efter offentlighedsloven adskiller sig væsentligt fra de sager om overtrædelse af udbudsreglerne, der efter klagenævnetsloven skal afgøres af klagenævnet. Der henvises til kapitel 3 i årsberetningen for 2016, 2017 og 2018 samt kapitel 3 i denne beretning for en nærmere beskrivelse af klagenævnets praksis i aktindsigtssager. Som nævnt forberedes klagenævnets afgørelser i aktindsigtssagerne siden sommeren 2019 i en tværgående juridisk enhed i Nævnenes Hus, som bl.a. beskæftiger sig med aktindsigtssager fra alle nævnene i Nævnenes Hus.

## 2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER

### 2.1 Indledning

Alle materielle kendelser og erstatningskendelser offentliggøres på klagenævnets hjemmeside, [www.klfu.naevneneshus.dk](http://www.klfu.naevneneshus.dk). Endvidere offentliggøres delkendelser vedrørende opsættende virkning og aktindsigtsafgørelser, hvis de har almen interesse. I det følgende omtales en række kendelser fra 2019, som alle er offentliggjort på [www.klfu.naevneneshus.dk](http://www.klfu.naevneneshus.dk). Nogle af kendelserne har egentlig principiel karakter. Andre vedrører problemstillinger, som uanset deres konkrete karakter må antages at være af interesse for en bredere kreds.

Kendelserne er kategoriseret under følgende emneord:

- Krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse
- Prækvalifikation
- Udelukkelsesgrunde
- Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel
- Sortimentssudbud
- 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

*Delkendelse af 8. januar 2019, Mølbak Landinspektører A/S mod Banedanmark*

*Ordregiveren berettiget til ved tilbudsevalueringen under udbuddet af en 4-årig rammeaftale at undlade at inddrage en option på forlængelse af kontrakten i yderligere 4 år. Nogle tekniske mindstekrav var lovlige og ikke udtryk for forskelsbehandling.*

Sagen angik et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af en 4-årig rammeaftale om scanning af 3.125 km jernbanespor m.v. og databehandling af de scannede data. Til kontrakten var knyttet en option på forlængelse med yderligere 4 år.

Mølbak Landinspektører anførte bl.a., at Banedanmark havde handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 82, stk. 2, og gennemsigtighedsprincippet, jf. artikel 36, stk. 1, ved at anvende en metode til opgørelse af evalueringsprisen, hvori kun indgik priserne for rammeaftalens første 4 år, uanset rammeaftalen havde en maksimal varighed på 8 år ved udnyttelse af optionen. Det blev endvidere anført, at det forhold, at opgørelsen af konkurrenceprisen var baseret på 4 år og ikke 8 år, medførte, at prisen for det første års ydelser fik en større vægt i den samlede opgørelse.

Klagenævnet udtalte, at det fremgik klart og utvetydigt af udbudsbetingelserne sammenholdt med tilbudslisten, at det alene var priserne for rammeaftalens 1. - 4. år, der skulle indgå i evalueringen efter tildelingskriteriet laveste pris, og at den evalueringstekniske pris således ikke skulle omfatte optionen på forlængelse af kontrakten med endnu en 4-årig periode. Nævnet udtalte videre, at en ordregiver er berettiget (og forpligtet) til at foretage sin evaluering alene baseret på prisen på den ordinære kontraktperiode, når dette er fastsat i udbudsbetingelserne, jf. i samme retning klagenævnets kendelse af 30. marts 2017, Euro Therm A/S mod Hinnerup Fjernvarmeværk A.m.b.a.



Klagenævnet tilføjede, det måtte lægges til grund, at der ved udnyttelse af optionen på forlængelse af kontrakten ville skulle ske betaling for ydelserne efter de samme enhedspriser, som var gældende for den ordinære kontraktperiode, og som var indgået i Banedanmarks evaluering i overensstemmelse med beskrivelsen i udbudsmaterialet. Klagenævnet lagde således vægt på, at de (enheds)priser, som ville være gældende under en forlængelse af kontrakten med optionen, havde været konkurrenceudsat under udbuddet.

Klagenævnet udtalte endvidere, at en ordregivende myndighed er berettiget til skønsmæssigt at fastsætte de tekniske specifikationer og krav, som ordregiveren finder nødvendige eller hensigtsmæssige i forbindelse med udbuddet af en kontrakt, og som er forbundet med kontraktens genstand, jf. nærmere forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60. Klagenævnet fandt efter en foreløbig vurdering ikke grundlag for at antage, at de tekniske mindstekrav vedrørende kategorisering af punktskyen (point cloud) eller kravet vedrørende rullende materiel var i strid med kravet om lige adgang for økonomiske aktører til udbudsproceduren eller bevirkede, at der blev skabt ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til offentlige udbud, jf. direktivets artikel 60, stk. 2. Det indgik i vurderingen, at Banedanmark havde redegjort nærmere for baggrunden for mindstekravene, og at der ikke var fremkommet oplysninger for klagenævnet, der underbyggede eller indikerede, at kravene skulle være "skræddersyede" til den vindende tilbudsgiver.

På denne baggrund var betingelserne om "fumus boni juris" ikke opfyldt, og klagen blev ikke tillagt opsættende virkning. Klagen blev efterfølgende tilbagekaldt, og delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse i sagen.

*Kendelse af 15. marts 2019, Leo Nielsen Trading ApS og Glock Ges.m.b.H mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI)*

*Begrænset udbud efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet af rammeaftale om levering af en ny pistol til det danske forsvar. Konstateret efter demonstration under mundtlig forhandling, at den tilbudsgiver, som var tildelt kontrakten, ikke opfyldte et mindstekrav vedrørende pistolen, og at ordregiveren derfor havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i direktivets artikel 4. Tildelingsbeslutningen blev herefter annulleret.*

Sagen angik et begrænset udbud efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet af en 7-årig rammeaftale om levering af en ny pistol til det danske forsvar. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor prisen vægtede 30 %, og kvalitet vægtede 70 %. Udbudsbetingelserne indeholdt blandt andet en række tekniske mindstekrav, herunder krav nr. 79 om, at "no parts of the pistol shall be possible to mount incorrectly or in the wrong places". Det fremgik, at kravet ville blive verificeret i forbindelse med testning. FMI modtog tilbud fra fem tilbudsgivere, herunder den senere klager. Et af tilbuddene blev vurderet ikke-konditionsmæssigt efter test som følge af manglende lyddæmper. Kontrakten blev herefter tildelt en tilbudsgiver, som havde tilbudt en Sig Sauer-pistol. Efter indsigelser fra den senere klager tilbagekaldte FMI sin første tildelingsbeslutning. Herefter traf FMI en ny tildelingsbeslutning, hvor kontrakten blev tildelt samme tilbudsgiver som sidst. FMI meddelte desuden, at to af de øvrige tilbud var ikke-konditionsmæssige, herunder den senere klagers. FMI henviste blandt andet til, at den senere klager ikke opfyldte krav nr. 79.

Der blev herefter indgivet klage, hvor klageren blandt andet påstod, at FMI havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet i direktivets artikel 4, idet den valgte Sig Sauer-pistol ikke opfyldte krav nr. 79. Dette blev bestridt af FMI, som gjorde gældende, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte FMI's vurdering efter indgående brugertest. FMI henviste til, at formålet med mindstekravet var at sikre soldaterne i operative, pressede situationer. Klageren bestred, at mindstekravet skulle forstås sådan,

at det alene var gældende på brugerniveau, og henviste til, at klagerens pistol ikke kunne fejlmonteres på brugerniveau, og at FMI gik videre i testen end adskillelse på brugerniveau i forhold til klagerens pistol. Der var i forbindelse med skriftvekslingen fremlagt detaljerede tekniske tegninger og demonstrationsvideoer. I en delkendelse udtalte klagenævnet, at det ikke fremgik af kravsspecifikationen, at mindstekravet alene var gældende på brugerniveau, ligesom det ikke fremgik, at testen alene skulle foretages af brugere.

De omhandlede pistoler blev herefter i forbindelse med en mundtlig forhandling demonstreret, herunder med adskillelse og samling af de omhandlede dele af pistolerne. FMI oplyste i den forbindelse, at alle danske soldater er uddannet til at adskille og samle en pistol omfattende disse dele.

Klagenævnet konstaterede på baggrund af demonstrationen, at Sig Sauer-pistolen kunne samles uden specialværktøjer og uden et uforholdsmæssigt brug af kræfter, selvom en del var vendt forkert i forhold til den udsparring, som var på delen. Klagenævnet fastslog videre, at fejlmontagen ikke fremstod åbenbar, og at pistolen efter en sådan samling kunne affyre i hvert fald flere gummipatroner, inden pistolen jammede. På den baggrund fastslog klagenævnet, at den pistol, som FMI havde valgt, ikke opfyldte krav nr. 79, hvorfor FMI havde overtrådt ligebehandlingsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4. Klagerens påstand om annullation af tildelingsbeslutningen blev herefter taget til følge.

*Kendelse af 1. maj 2019, NetNordic Communication A/S mod Region Sjælland*

*Klagen var indgivet af en forbigået tilbudsgiver og gik bl.a. ud på, at ordregiveren ikke som foreskrevet i udbudslovens § 164, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4), havde foretaget en effektiv kontrol af, om det valgte tilbud opfyldte mindstekravene, efter at klageren havde henvendt sig til ordregiveren om spørgsmålet.*

Sagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om levering af service og support af eksisterende videokonferenceudstyr, anskaffelse af videokonferenceudstyr og tilknyttede tjenesteydelser. Tildelingskriteriet var "bedste forhold mellem pris og kvalitet" med underkriterierne "Pris", der vægtede 60 %, og "Kvalitet", der vægtede 40 %. Rammeaftalen havde en anslået værdi på 10 mio. kr.

Efter at have fået aktindsigt i den vindende tilbudsgivers (KMD) tilbud henvendte NetNordic sig til Regionen og stillede spørgsmål ved, om KMD's tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi det ikke opfyldte en række mindstekrav. Regionen forelagde NetNordics synspunkter for KMD, der tilkendegav, at KMD's tilbud opfyldte de omtalte mindstekrav.

NetNordic klagede til klagenævnet og gjorde gældende, at KMD's tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi det ikke opfyldte de omhandlede mindstekrav, og at regionen havde overtrådt udbudslovens § 164, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4), og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), ved ikke – til trods for henvendelse fra NetNordic – at have foretaget en effektiv kontrol af, om de produkter, som KMD tilbød, levede op til mindstekravene i udbudsmaterialet.

Efter at NetNordic havde indgivet klage til klagenævnet, henvendte Regionen sig på ny til KMD, der gav udtryk for, at virksomhedens tilbud opfyldte de omhandlede mindstekrav, og redegjorde nærmere herfor. Regionen påstod, at klagen ikke skulle tages til følge.

Klagenævnet udtalte, at selv om en tilbudsgiver afgiver et tilbud uden forbehold og oplyser, at mindstekrav er opfyldt, skal en ordregiver i tvivlstilfælde foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i et tilbud, jf. udbudslovens § 164, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4), og ordregiveren må ikke indgå kontrakt med den vindende tilbudsgiver, hvis ordregiveren før kontraktindgåelsen bliver bekendt med, at tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver er ukonditionsmæssigt. Som følge af NetNordics henvendelse blev der skabt en sådan tvivl, at Regionerne var forpligtet til efter udbudslovens § 164, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 67, stk. 4), at foretage en effektiv kontrol af, om KMD's tilbud var konditionsmæssigt i forhold til de mindstekrav, som NetNordic havde henledt regionens opmærksomhed på. Det er som udgangspunkt op til ordregiveren at vurdere, hvordan kravet om effektiv kontrol skal opfyldes, herunder hvilke undersøgelser der skal iværksættes. Det vil ud fra de konkrete omstændigheder være tilstrækkeligt for ordregiveren at anmode den vindende tilbudsgiver om på ny at bekræfte, at de stillede (mindste)krav vil blive overholdt, og at anmode om en vis redegørelse eller dokumentation for, hvordan det vil ske. Kravene til den vindende tilbudsgivers redegørelse og eventuelle dokumentation må i øvrigt afhænge af de konkrete forhold, herunder karakteren af klagerens indsigelser, den vindende tilbudsgivers muligheder for at fremlægge egentlig dokumentation før kontraktstart og ordregiverens erfaring på området for den udbudte kontrakt og egne undersøgelser.

Klagenævnet gennemgik herefter de enkelte mindstekrav, som NetNordic gjorde gældende, at KMD's tilbud ikke opfyldte, og fastslog herefter, at regionerne ved at have rettet henvendelse til leverandøren og ved de modtagne svar havde gjort tilstrækkeligt til at sikre sig, at tilbuddet var konditionsmæssigt. Klagenævnet fandt, at der ikke var grundlag for at anse KMD's tilbud for ukonditionsmæssigt på de punkter, der var tale om.

*Kendelse af 14. juni 2019, APCOA PARKING Danmark A/S mod Region Hovedstaden*

*Der forelå ikke inhabilitet hos en af ordregiverens ansatte, der tidligere havde været ansat hos klageren. Ordregiveren havde ikke udleveret fortrolige oplysninger til den vindende tilbudsgiver om et tidligere tilbud fra klageren. Ordregiveren havde undladt i udbudsmaterialet at oplyse om den metode, der var anvendt til at beregne udbuddets anslåede værdi, men dette kunne ikke føre til annullation.*

Sagen angik et koncessionsudbud vedrørende opgaven som parkeringsoperatør i Region Hovedstadens hospitaler og er den første klagesag efter det nye koncessionsdirektiv.

Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver, gjorde bl.a. gældende, at regionerne havde overtrådt koncessionsdirektivets artikel 35 ved at have inddraget en person i gennemførelsen af koncessions-tildelingsproceduren, som havde kunnet påvirke resultatet af denne procedure, og som direkte eller indirekte havde haft en personlig interesse i udfaldet af proceduren, der efter klagerens opfattelse kunne antages at bringe den pågældendes upartiskhed og uafhængighed i forbindelse med koncessionstildelingsproceduren i fare. Dette forhold sigtede til, at en af regionernes ansatte, som sammen med tre andre deltog i evalueringen, tidligere havde været ansat hos klageren, og klageren gjorde i den forbindelse bl.a. gældende, at den pågældende ved sin opsigelse havde udtrykt utilfredshed med sin tidligere chef og klagerens direktør, at den pågældende havde givet udtryk for, at klageren ikke kunne være sikker på at vinde udbuddet, at han over for en tidligere kollega skulle have fortalt, at han havde holdt møder med den senere vinder af udbuddet, og at han over for flere af klagerens ansatte havde givet udtryk for, at han fandt den senere vinders tekniske løsninger bedre end klagerens. Regionerne fremlagde erklæringer fra de to personer, den pågældende havde arbejdet sammen med ved evalueringen. De erklærede, at den pågældende efter deres opfattelse ikke havde optrådt partisk. Endvidere gjorde regionerne gældende, at den pågældende selv havde opsagt sin stilling hos klageren, at der på tidspunktet for udbuddet intet økonomisk mellemværende var mellem ham og

klageren, og at den pågældende som led i en forudgående markedsdialog havde holdt møder med flere aktører, herunder klageren og den vindende tilbudsgiver. Klageren fik ikke medhold i denne del af klagen. Klagenævnet udtalte herved, at et tidligere – og nu afsluttet ansættelsesforhold – som udgangspunkt ikke medfører en interessekonflikt efter koncessionsdirektivets artikel 35, og at der ikke forelå sådanne forhold, der konkret kunne medføre inhabilitet.

Herudover gjorde klageren bl.a. gældende, at ordregiveren havde overtrådt koncessionsdirektivets artikel 28 ved at have udleveret hele eller væsentlige dele af klagerens tilbud fra et udbud af samme ydelse, der kort før iværksættelsen af det påklagede udbud var blevet annulleret, til den vindende tilbudsgiver, og at dette havde medført, at løsningen i tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver blev stort set identisk med løsningen i klagerens tilbud. Klageren fik ikke medhold i denne påstand, da det efter en bevisvurdering ikke var godtgjort, at regionen havde givet den senere vinder oplysninger om klagerens tilbud under det annullerede udbud.

Endvidere gjorde klageren bl.a. gældende, at regionen havde overtrådt koncessionsdirektivets artikel 8, stk. 2 og 3, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at oplyse en anslået værdi af koncessionen samt beregningsmetode for denne. Klagenævnet fastslog, at det fremgår af koncessionsdirektivets artikel 8, stk. 3, at ordregiveren i udbudsmaterialet skal beskrive den objektive metode, der er anvendt til at beregne den anslåede værdi af kontrakten, som skal anvendes ved afgørelsen af, om kontrakten er udbudspligtig, jf. artikel 8, stk. 1. Nævnet konstaterede herefter, at regionen ikke havde opfyldt dette krav.

Dette var det eneste klagepunkt, klageren fik medhold i. Da overtrædelserne imidlertid var af rent formel karakter og ikke kunne antages at have haft betydning for udbudsproceduren, var der ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

#### *Delkendelse af 12. juli 2019, Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden*

*Vindende tilbudsgivers tilbud indeholdt væsentlig usikkerhed og et klart forbehold for mindstekrav og var derfor ukonditionsmæssigt, selvom det i tilbuddet var bekræftet, at mindstekravene var overholdt. Tilbudsgiveren havde endvidere i strid med udbudsbetingelserne ændret tilbudslisten. Nogle mindstekrav var ophævet af regionen for at give denne tilbudsgiver mulighed for at afgive tilbud. Dette var en ændring af et grundlæggende element, der alene kunne foretages ved et nyt udbud. Klagen blev tillagt opsættende virkning, da også uopsættelsesbetingelsen var opfyldt.*

Sagen angik et udbud efter udbudslovens afsnit II af to delaftaler om levering af senge-tunnelvaskere m.v. til henholdsvis Herlev Hospital og Nordsjællands Hospital, Hillerød. Begge delkontrakter var tildelt Weber Hospital Systems BV (herefter "WHS"). Semi-Stål indgav klage i standstill-perioden og anmodede om, at klagen blev tillagt opsættende virkning. Under klagesagen tilbagekaldte regionen tildelingsbeslutningen og traf herefter en ny tildelingsbeslutning, hvorved kontrakterne på ny blev tildelt WHS.

Klagenævnet fandt foreløbigt vurderet, at WHS' tilbud på delkontrakt 1 (Herlev Hospital) var udtryk for væsentlig usikkerhed, om de tilbudte anlægs egenskaber med hensyn til at kunne opfylde et mindstekrav om antallet af senge og madrasser (kapacitetskravet) ved samtidig overholdelse af et hygiejnekrav ved brug af vand/damp, hvor kravet til temperatur var > 90 grader. Teksten i tilbuddet havde karakter af et klart forbehold for mindstekrav. Det var derfor ukonditionsmæssigt, selvom det andetsteds i tilbuddet var bekræftet, at mindstekravene var overholdt. Henset til de sammenfaldende krav til kapacitet og hygiejne i de to delkontrakter i udbuddet fandt klagenævnet, at også tilbuddet

vedrørende delkontrakt 2 (Hillerød Hospital) måtte anses for behæftet med forbehold for mindstekrav og derfor var ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet lagde endvidere til grund, at WHS havde ændret tilbudslisten, idet den oprindelige tekst om 320 senge pr. dag var ændret til 160 senge pr. dag. Klagenævnet fandt, at virksomhedens ændring af tilbudslisten medførte, at tilbuddet var i strid med en bestemmelse i udbudsbetingelserne, hvorved det udtrykkeligt var fastsat, at tilbudslisten blot skulle udfyldes og dermed forudsætningsvis ikke måtte ændres til at have et andet indhold, herunder ændrede forudsætninger for driftsomkostninger og antal senge. Tilbuddet og tilbudslisten fra WHS kunne på denne baggrund ikke danne grundlag for evalueringen efter de fastsatte kriterier.

Regionen havde under udbuddet besluttet, at visse mindstekrav skulle udgå af udbudsmaterialet. Klagenævnet fandt, at det efter oplysningerne i sagen måtte lægges til grund, at et mindstekrav om automatisk afbørstning af madrasser var egnet til at udelukke virksomheder fra at afgive tilbud. Ændringen af kravet, således at dette bortfaldt, bevirkede, at kredsen af potentielle tilbudsgivere generelt blev udvidet. Klagenævnet fremhævede, at ændringen skete knap 2 måneder efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen og efter udløbet af den oprindelige tilbudsfrist, men kort tid før udløbet af den forlængede tidsbudsfrist. Formålet var at give WHS, der ikke kunne opfylde kravene, mulighed for at afgive tilbud, således som det også efterfølgende skete. Klagenævnet fandt under disse omstændigheder, at regionen ikke havde løftet bevisbyrden for, at ændringen af mindstekravet ikke – i overensstemmelse med det klare udgangspunkt i udbudslovens forarbejder – udgjorde en ændring af et grundlæggende element, der alene kunne foretages i forbindelse med et nyt udbud.

Klagenævnet fandt herefter, at der var udsigt til, at klagen ville blive taget til følge ("*fumus boni juris*").

Klagenævnet fandt endvidere efter det anførte om, at der var konstateret flere alvorlige fejl under udbuddet, at Semi-Stål havde godtgjort, at der forelå sådan særlig alvorlig "*fumus boni juris*", at virksomheden ikke skulle bevise, at den ville lide uoprettelig skade, hvis klagen ikke blev tillagt opsættende virkning. Betingelsen om uopsættelighed var derfor også opfyldt.

Endelig fandt klagenævnet, at en afvejning af parternes interesser førte til, at klagen burde tillægges opsættende virkning. I vurderingen indgik de begåede fejl, karakteren af disse samt de interesser regionen havde henvist til, nemlig dens interesse i at kunne indgå kontrakt med henblik på at påbegynde levering og installation hurtigst muligt.

Klagen blev derfor tillagt opsættende virkning. Regionen annullerede herefter udbuddet, og klagenævnets kendelse om opsættende virkning er således den endelige afgørelse i sagen.

*Delkendelse af 23. juli 2019, Urbaser A/S mod Ringkøbing Skjern Kommune*

*Offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II om indsamling af renovation m.m. Klagen var indgivet af tilbudsgiver, hvis tilbud blev afvist under henvisning til, at virksomheden ikke opfyldte et krav til soliditetsgrad. En klage over afvisningen blev ikke taget til følge. Klagenævnet fastslog derimod, at begrundelsen for afvisningen var utilstrækkelig, men dette førte ikke til annullation af tildelingsbeslutningen.*

Sagen drejede sig om et offentligt udbud om indsamling og transport af organisk restaffald i Ringkøbing-Skjern Kommune. Klageren (det tidligere RenoNorden A/S), der var en afvist tilbudsgiver, gjorde navnlig gældende, at mindstekravet til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle egnethed for

så vidt angår omsætning (30 mio. kr.), egenkapital (3 mio. kr.) og soliditetsgrad (15 %) – alt i de seneste tre reviderede og godkendte regnskabsår – var strid med hhv. udbudslovens § 152, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 60, stk. 1), jf. § 154 (direktiv 2014/24/EU artikel 60, stk. 3), og § 140, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 58, stk. 1 og 5), § 142 (direktiv 2014/24/EU artikel 58, stk. 3) og § 154 (direktiv 2014/24/EU artikel 60, stk. 3). Klageren gjorde endvidere gældende, at selskabet faktisk opfyldte kravet, idet man havde oplyst at basere sig på moderselskabets formåen, og at begrundelsen for afvisningen ikke opfyldte kravet i udbudslovens § 171, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 55 stk. 1 og 2).

Klagenævnet fastslog, at en formulering i udbudsbekendtgørelsen af mindstekravet til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen ikke kunne forstås således, at tilbudsgivere blev afskåret fra at fremlægge anden relevant dokumentation, hvis de måtte have gyldig grund dertil, jf. udbudslovens § 154, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 60, stk. 3). Kravene til egenkapital og soliditet måtte endvidere anses for saglige og proportionale, og de afskar ikke nyetablerede virksomheder fra at deltage.

Klageren, der ikke selv levede op til kravene til økonomisk og finansiell formåen, havde i tilbuddet angivet at støtte sig på sit norske moderselskab. Moderselskabet var imidlertid nystiftet og kunne kun henvise til, at det opfyldte kravene i ét regnskabsår, men havde fremlagt anden dokumentation til godtgørelse af, at det opfyldte kravene. Klagenævnet fandt i en delkendelse af 12. april 2019, at kommunen havde handlet i strid med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og § 144 (direktiv 2014/24/EU artikel 63) ved at afvise tilbuddet fra Urbaser som ukonditionsmæssigt uden at have inddraget moderselskabets oplysninger i egnethedsvurderingen. Ved den endelige kendelse måtte det imidlertid anses for godtgjort, at kommunen havde inddraget moderselskabets dokumentation for økonomisk og finansiell formåen, og at kommunen havde vurderet, at denne dokumentation ikke var passende, jf. udbudslovens § 154, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 60, stk. 3). Klagenævnet fandt ikke grundlag for at tilsidesætte denne vurdering.

Da det ikke af afvisningsbeslutningen fremgik, hvorledes eller hvorvidt kommunen havde inddraget oplysningerne om moderselskabets økonomiske og finansielle formåen, var begrundelsen utilstrækkelig i forhold til kravene i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 55 stk. 2). Dette var det eneste klagepunkt, klageren fik medhold i. I overensstemmelse med nævnets faste praksis kunne en sådan begrundelsesmangel dog ikke føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

#### *Kendelse af 25. september 2019, e-Boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen*

*Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten, og omfattede forskellige klagepunkter, hvoraf nogle blev taget til følge. Klagenævnet tog ikke stilling til en annullationspåstand, da ordregiveren havde annulleret udbuddet, efter klageren havde indgivet klageskrift. Ordregiveren havde påstået klagen afvist som følge af annullationen, men klagenævnet tog ikke afvisningspåstanden til følge.*

Sagen angik et udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II af en kontrakt om udvikling, herunder konvertering, drift, vedligeholdelse, support og videreudvikling af Digital Post. Kontrakten blev betegnet som en kontrakt om næste generation af det offentlige digitale post-løsning. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af underkriterierne Pris (25 %), Kvalitet (35 %), Metoder, processer og værktøjer (25 %) og Leveringssikkerhed (15 %).

e-Boks gjorde ved klagen gældende, at Digitaliseringsstyrelsen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at holde møder med den vindende tilbudsgiver (Netcompany)

efter afgivelsen af de endelige tilbud og før tildelingsbeslutningen, at styrelsen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt udbudslovens § 159, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 3), ved at have anmodet Netcompany om at præcisere opfyldelsen af et mindstekrav, at Netcompanys tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi det ikke opfyldte det omhandlede mindstekrav, at styrelsen havde foretaget en åbenbart forkert evaluering af tilbuddene i forhold til nogle kvalitative delkriterier, og at styrelsen havde overtrådt udbudslovens § 171, stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 55 stk. 2), og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke i underretningen til e-Boks om tildelingsbeslutningen at fremhæve de forhold, der gjorde, at Digitaliseringsstyrelsen var i tvivl om, hvorvidt Netcompanys tilbud opfyldte udbudsmaterialets krav.

Digitaliseringsstyrelsen modtog indledende tilbud fra e-Boks, der var den hidtidige leverandør af det offentlige digitale post-løsning, og Netcompany. Styrelsen gennemførte forhandlinger med tilbudsgiverne, og de afgav begge endelige tilbud. Digitaliseringsstyrelsen anmodede inden tildelingsbeslutningen Netcompany om at bekræfte, at en angivelse i Netcompanys tilbud ikke skulle forstås som en begrænsning i styrelsens adgang til at udtræde af kontrakten, hvis en nærmere angivet prøve var mislykket. En sådan adgang var angivet som et mindstekrav til en kontrakt, der var indeholdt i udbudsmaterialet. Netcompany bekræftede samme dag over for styrelsen, at angivelsen i tilbuddet ikke skulle forstås som en begrænsning.

Digitaliseringsstyrelsen udarbejdede et udkast til evalueringsnotat, og et endeligt udkast hertil blev dateret den 2. oktober 2018. Udkastet gik ud på, at Netcompanys tilbud havde bedste forhold mellem pris og kvalitet. Den 12. oktober 2018 udfærdigede styrelsen et endeligt evalueringsnotat, der svarede til udkastet. I perioden 31. oktober - 14. november 2018 var der kontakt mellem Digitaliseringsstyrelsen og Netcompany med drøftelse af opgavens udførelse. Der var en mailkorrespondance mellem styrelsen om Netcompany og et møde, der blev holdt 9. november 2018. Den 13. november 2018 traf Digitaliseringsstyrelsen beslutning om at indgå kontrakt med Netcompany, og det blev meddelt e-Boks samme dag.

e-Boks klagede til klagenævnet den 7. december 2018. Ved en udbudsbekendtgørelse af 20. december 2018 meddelte Digitaliseringsstyrelsen, at udbuddet var annulleret, og at det skulle gå om, fordi styrelsen havde konstateret unøjagtigheder eller forbehold i begge de modtagne tilbud, hvilket havde rejst tvivl om tilbuddenes konditionsmæssighed. Styrelsen gjorde på den baggrund gældende, at klagen skulle afvises, da e-Boks ikke længere havde retlig interesse i sagens afgørelse.

Klagenævnet udtalte, at e-Boks havde retlig interesse i at få klagen afgjort, selvom udbuddet var annulleret.

Klagenævnet fastslog herefter, at der havde været afholdt møder mellem Netcompany og Digitaliseringsstyrelsen efter afgivelsen af sidste tilbud, men inden tildelingsbeslutningen blev truffet. Da Netcompany herved reelt havde haft mulighed for at forbedre tilbuddet, og da det ikke kunne udelukkes, at dette havde haft indflydelse på evalueringen, havde styrelsen handlet i strid med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1). Der var fastsat krav om, at tilbuddene klart og entydigt skulle overholde de stillede krav, og det var allerede derfor uberettiget, at styrelsen, der konstaterede, at tilbuddet var uklart, havde bedt Netcompany om at "bekræfte" styrelsens vurdering af, at en bestemt formulering ikke skulle forstås som et forbehold, idet virksomheden også herved reelt fik mulighed for at forbedre tilbuddet. Endelige fastslog klagenævnet, at der ikke i udbudslovens § 171, stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 55 stk. 2), eller i forarbejderne hertil er grundlag for at indfortolke en pligt for en ordregiver til også at redegøre for ordregiverens vurdering af konditionsmæssigheden af det valgte tilbud, når ordregiveren er nået frem til den konklusion, at

tilbuddet er konditionsmæssigt, eller når uklarheder er afklaret i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 56, stk. 3).

Da Digitaliseringsstyrelsen allerede havde annulleret udbuddet, tog klagenævnet ikke stilling til en påstand om annullation.

*Delkendelse af 23. oktober 2019, Hydrema Danmark A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI)*

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

Sagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om levering af tjenesteydelser, reservedele og tilbehør til entreprenørmaskiner, entreprenørmateriel og traktorer, og værdien blev skønnet til 12 mio. kr. Der var til dels tale om et genudbud af et udbud af en rammeaftale om levering af tjenesteydelser, reservedele og tilbehør til entreprenørmaskiner og traktorer, hvor værdien blev skønnet til 3 mio. kr. Tildelingskriteriet var Pris.

Det tidligere udbud af rammeaftalen blev iværksat af FMI den 30. november 2017. FMI modtog tilbud fra bl.a. Hydrema og United Military Services (UMS). Den 31. januar 2018 besluttede FMI at tildele kontrakten til Hydrema. UMS anmodede herefter om aktindsigt i Hydremas tilbud. UMS fik aktindsigt, herunder i Hydremas tilbudsliste, og på den baggrund indgav UMS klage til klagenævnet med påstand om, at Hydremas tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi Hydrema ikke havde prissat alle varelinjer i tilbudslisten. FMI annullerede udbuddet, og UMS tilbagekaldte klagen.

Hydrema anmodede om aktindsigt i de dokumenter, der var blevet udleveret til UMS i forbindelse med UMS' aktindsigtsanmodning i Hydremas tilbudsliste. Ved en gennemgang af det, som FMI havde meddelt UMS aktindsigt i, kunne Hydrema konstatere, at en række enhedspriser var umiddelbart tilgængelige/synlige for UMS, selv om de var streget over. Det var Hydremas opfattelse, at priserne kunne aflæses på fire af tilbudslistens sider.

FMI iværksatte et nyt udbud den 4. juni 2019 og modtog ved tilbudsfristens udløb tilbud fra UMS og Hydrema. FMI besluttede at tildele kontrakten til UMS, der havde afgivet tilbuddet med den laveste pris. Hydrema klagede over beslutningen til klagenævnet og gjorde bl.a. gældende, at FMI burde have udelukket UMS, fordi UMS under det nye udbud havde haft en utilbørlig konkurrencefordel, som FMI ikke havde (kunnet) udligne. FMI gjorde gældende, at UMS ikke havde haft en konkurrencefordel under det nye udbud som følge af den opnåede indsigt i visse af Hydremas enhedspriser, og selv hvis UMS skulle have haft en fordel, var denne blevet udlignet ved FMI's tilrettelæggelse af det nye udbud, som adskilte sig fra det først på flere punkter.

Klagenævnet udtalte, at FMI på grund af aktindsigtsfejlen i det første udbud var forpligtet til i det andet udbud at sikre, at den fordel, som UMS fik ved at have fået indsigt i nogle af Hydremas enhedspriser, blev udlignet. Det var efter klagenævnets foreløbige vurdering sket. Klagenævnet lagde vægt på, at der var gået mere end et år mellem de to udbud, at det andet udbud vedrørte betydeligt flere enheder end det første og bl.a. havde en værdi, der var fire gange så stor som værdien af det første udbud, og at det kun havde været muligt at se priserne på 18 ud af 168 enheder i det første udbud. På den baggrund havde UMS reelt ikke haft en konkurrencefordel som følge af aktindsigtsfejlen.



Da klagenævnet fandt, at der heller ikke var grundlag for at give Hydrema medhold i et yderligere klagepunkt, var fumus-betingelsen ikke opfyldt, og klagenævnet tillagde ikke klagen opsættende virkning.

Sagen blev endeligt afgjort ved kendelse af 22. april 2020, hvor klagenævnet med enkelte tilføjelser til den anførte begrundelse fastholdt, at der ikke var grundlag for at tage Hydremas påstande til følge.

### 2.2.2 Prækvalifikation

*Kendelse af 18. januar 2019, ALSTOM Transport Danmark A/S mod DSB*

*Efter artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, i forsyningsvirksomhedsdirektivet (2014/25/EU) skal ordregiveren kræve, at den økonomiske aktør udskifter en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium. En prækvalificeret virksomhed, der støttede sig på andre enheder til opfyldelse af et mindstekrav om økonomisk kapacitet, opdagede en fejl i ESPD'et for en af støtteenhederne og anmodede om ret til at udskifte denne støtteenhed med en anden, idet virksomheden ellers ikke ville opfylde mindstekravet. Da bestemmelsen fandt anvendelse, og da ligebehandlingsprincippet ikke var til hinder for den konkrete udskiftning, annullerede klagenævnet ordregiverens afslag på at give tilladelse til udskiftningen.*

DSB udbød som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt om levering og vedligeholdelse af tog til en anslået værdi af 50 mia. kr. Alstom ansøgte om prækvalifikation og oplyste at støtte sig på 4 støtteenheder, heriblandt "AT Holland", med henblik på opfyldelse af mindstekrav til økonomisk og finansiel formåen. ESPD'et for Alstom og de 4 støtteenheder var vedlagt. DSB prækvalificerede 4 ud af 5 konditionsmæssige ansøgere, heriblandt Alstom, og anmodede om dokumentation for opfyldelsen af de fastsatte mindstekrav. Alstom blev herefter opmærksom på, at der var fejl i ESPD'et for "AT Holland", og at et mindstekrav til den samlede gennemsnitlige gældsgrad herefter ikke var opfyldt. Alstom anmodede derfor om tilladelse til at udskifte "AT Holland" med "AT Holdings", hvorved mindstekravet til gældsgrad ville være opfyldt. DSB afslog anmodningen, og Alstom klagede den 12. december 2018 til klagenævnet, der behandlede sagen som en hastesag.

Alstom gjorde gældende, at DSB var forpligtet til at anvende artikel 79, stk. 2, og acceptere udskiftningen, og henviste til den tilsvarende bestemmelse, artikel 63, stk. 1, i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU), som implementeret i udbudslovens § 144, stk. 4 og 5, og til forarbejderne hertil. Selskabet anførte herved, at bestemmelsen måtte finde anvendelse i en situation som den foreliggende, hvor Alstom kunne identificere "AT Holland" som den enhed, der var årsag til, at et relevant kriterium ikke var opfyldt, og hvor Alstom ved at erstatte "AT Holland" med "AT Holdings" kunne sikre opfyldelsen af kriteriet samtidig med, at de øvrige krav til økonomisk og finansiel formåen ville vedblive med at være opfyldt. Alstom ville også være blevet prækvalificeret, hvis virksomheden fra starten havde baseret sin økonomiske og finansielle formåen på "AT Holdings" (sammen med "AT Polen", "AT UK" og "AT Spanien"). Ordlyden af artikel 79, stk. 2, giver ikke grundlag for at antage, at bestemmelsen alene tilsigter at regulere den situation, at støtteenheden efter ansøgningens indgivelse mister den formåen, som kræves til opfyldelse af det relevante kriterium. Det er endvidere ikke en forudsætning, at støtteenheden på tidspunktet for ansøgningen om prækvalifikation havde den formåen, som krævedes til opfyldelse af det relevante udvælgelseskriterium. Bestemmelserne skal ses i lyset af formålene med indførelsen af de nye udbudsregler, herunder særligt at skabe større fleksibilitet i forbindelse med gennemførelsen af offentlige indkøb og sikre større konkurrence. Endelig kunne DSB ikke indskrænke anvendelsen af artikel 79, stk. 2, ved i udbudsbetingelsernes punkt 10 at fastsætte, at udskiftning alene kunne foretages, såfremt den var forårsaget af "forhold uden for

ansøgerens kontrol”, jf. herved udbudslovens § 147, stk. 1. En situation som den foreliggende reguleredes derimod på udbudslovens område af § 144, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 63).

DSB gjorde gældende, at DSB netop havde anvendt artikel 79, stk. 2. Da der hverken fandtes rets- eller administrativ praksis om den nye bestemmelses rækkevidde, skulle denne fastlægges ud fra bestemmelsens ordlyd, dens kontekst og konsekvensbetragtninger. DSB anførte herved, at artikel 79, stk. 2, efter sin ordlyd er møntet på den situation, hvor der stilles mindstekrav til støtteenhedens formåen (fx krav om, at støtteenheden skal have positiv egenkapital). Bestemmelsen finder dermed ikke anvendelse i en situation som den foreliggende, hvor der ikke er stillet mindstekrav til støtteenhedens egnethed, men alene til ansøgerens egnethed. Det har aldrig været hensigten med bestemmelsen, at ansøgere, der baserer sig på støtteenheder, skulle blive bedre stillet end ansøgere, der ikke baserer sig på støtteenheder. En modsat fortolkning ville indebære, at ansøgeren havde frit valg i forhold til, hvilken støtteenhed der skulle udskiftes for at opfylde mindstekravet. Bestemmelsens ordlyd, hvorefter det er ordregiver, der skal kræve en bestemt støtteenhed udskiftet, viser også, at bestemmelsen ikke finder anvendelse i en situation, hvor det ikke er muligt at identificere, hvilken støtteenhed der i givet fald skal udskiftes. Artikel 79, stk. 2, finder efter sin kontekst ikke anvendelse, hvor behovet for udskiftning skyldes fejl fra ansøgeren, særligt ikke når denne fejl fører til, at ansøgeren aldrig har opfyldt mindstekravene og derfor slet ikke skulle have været prækvalificeret. En ansøgning kan kun tillades ændret efter ansøgningsfristens udløb, hvis det kan ske under overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4, og EU-Domstolens dom i sag C-336/12, Manova. Der er intet i bestemmelsens ordlyd eller i direktivets præambel eller i øvrigt, der underbygger, at formålet med bestemmelsen er at skabe større fleksibilitet ved offentlige udbud eller større konkurrence om offentlige indkøb. Det må desuden forudsættes, at en udskiftning efter bestemmelsen alene kan ske, hvis det er i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder princippet om ligebehandling. En udskiftning vil som udgangspunkt stride mod dette princip. DSB henviste herved navnlig til, at DSB i udbudsbetingelsernes punkt 10 havde fastsat, at en udskiftning alene ville kunne finde sted, når den skyldtes forhold uden for ansøgerens kontrol. Det var ubestridt ikke tilfældet. Det ville derfor – uanset artikel 79, stk. 2 – have været i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis DSB havde tilladt udskiftningen. DSB anførte endvidere, at der skulle ”noget mere til”, end at Alstom også ville være blevet prækvalificeret med ”AT Holdings” som støtteenhed. Endelig henviste DSB til konsekvensen, såfremt udskiftning tillades, herunder til risikoen for misbrug. To andre ansøgere, der havde opgivet korrekte oplysninger i ESPD’et, og som på baggrund heraf ikke opfyldte de fastsatte mindstekrav til økonomisk og finansiel formåen, fik ikke samme mulighed for at ændre deres ansøgning som Alstom.

Klagenævnet redegjorde indledningsvis for retsgrundlaget og gengav bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, i den franske, engelske, tyske, svenske, italienske og hollandske sprogudgave. Klagenævnet konstaterede herefter, at der hverken i præambelen til forsyningsvirksomhedsdirektivet eller udbudsdirektivet ses at være betragtninger, der redegør for formålet med bestemmelserne i henholdsvis artikel 79, stk. 2, og udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1. Derefter gengives i kendelsen udbudslovens § 144, stk. 5, som implementerer udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit, og de specielle bemærkninger til denne bestemmelse. Endelig gengives uddrag af Udbudslovsudvalgets rapport om bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit.

Klagenævnet tog herefter i første række stilling til, om bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, finder anvendelse i en situation, hvor Alstom som ansøger baserede sig på støtteenheder for at opfylde de fastsatte mindstekrav til finansiel formåen, og hvor Alstom i ESPD’en for støtteenheden havde afgivet forkerte oplysninger, som indebar, at ansøgeren ikke opfyldte de fastsatte mindstekrav.

Klagenævnet slog fast, at bestemmelsen udtrykkeligt regulerer en situation, hvor et relevant udvælgelseskriterium ikke er opfyldt. I en sådan situation ville udgangspunktet være, at ansøgningen måtte anses for ukonditionsmæssig. Efter bestemmelsen, som er ny, skal ordregiveren imidlertid anmode ansøgeren om at udskifte den virksomhed, som ansøgeren har angivet at ville basere sin opfyldelse af et af mindstekravene på, hvis virksomheden ikke opfylder dette krav. Efter bestemmelsens indhold, systematiske placering i direktivet, herunder navnlig samspillet med reglerne om anvendelse af ESPD-oplysninger som foreløbigt bevis for ansøgers/tilbudsgiveres overholdelse af mindstekrav til egnethed, må formålet med bestemmelsen antages at være at imødegå den risiko for tab af transaktionsomkostninger for såvel ordregivere som tilbudsgivere ved, at det først sent i udbuddet bliver konstateret, at en eller flere tilbudsgivere på grund af forhold ved en støttende virksomhed ikke opfylder kravene til egnethed og således ellers ville skulle udelukkes efter direktivets artikel 76, stk. 1, litra a.

Klagenævnet fremhævede, at formuleringen af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, i hvert fald i en række sprogudgaver, herunder den danske, ikke er ganske klar. Udtrykket "udvælgelseskriterium" i direktivets artikel 76, stk. 1, litra a og b, (jf. artikel 80, jf. udbudsdirektivets artikel 58) angår de mindstekrav til egnethed for deltagelse i udbuddet, der stilles til ansøgere og tilbudsgivere. Udvælgelseskriterierne angår ikke – i hvert fald ikke direkte – krav til de virksomheder, som ansøgere støtter sig på for, at de kan leve op til udvælgelseskriterierne, men alene de økonomiske aktører, der selv ønsker at deltage som ansøgere eller tilbudsgivere. Klagenævnet kunne derfor ikke tiltræde DSB's fortolkning, hvorefter bestemmelsen alene angår den situation, at ordregiveren har stillet særlige mindstekrav til støtteenhederne. Sådanne krav ville nemlig ikke kunne anses for "udvælgelseskriterier". Bestemmelsen indebærer i relation til udvælgelseskriterier herefter, at ordregiveren har pligt til at anmode om udskiftning af en støtteenhed, såfremt ansøgeren ellers ikke ville opfylde det udvælgelseskriterium, som den pågældende støtteenhed er angivet at skulle støtte opfyldelsen af.

Der er heller ikke i bestemmelsens ordlyd eller systematiske placering i direktivet holdepunkter for en indskrænkende fortolkning, således at den alene finder anvendelse, indtil prækvalifikationen er foretaget, eller at bestemmelsen ikke skulle finde anvendelse, hvor det viser sig, at oplysningerne i ESPD'et er forkerte. Der er endelig ikke grundlag for at fastslå, at bestemmelsen ikke skulle finde anvendelse på oprindelige mangler ved oplysningerne i ESPD'et, men kun på mangler, der er opstået efterfølgende. I hvert fald i den foreliggende situation, hvor det havde vist sig, at oplysningerne i ESPD'et vedrørende en bestemt støtteenhed ("AT Holland") var forkerte, og hvor dette ubestridt isoleret førte til, at ansøgeren ikke levede op til det relevante mindstekrav til egnethed, kunne det entydigt afgøres, at det var denne enhed, DSB efter bestemmelsen skulle kræve udskiftet.

DSB havde herefter pligt til at anmode Alstom om at udskifte "AT Holland" som støttende virksomhed.

Klagenævnet tog herefter i anden række stilling til, om ligebehandlingsprincippet var til hinder for, at der kunne ske udskiftning af "AT Holland" med "AT Holdings".

Klagenævnet anførte herved, at det må anses for forudsat med bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, at selve det forhold, at der gives en ansøger, der baserer sig på andre enheder ved opfyldelse af mindstekrav til egnethed, mulighed for at ændre sin ansøgning ved at imødekomme ordregiverens krav om udskiftning af en støtteenhed, ikke i sig selv er i strid med de grundlæggende udbudsretlige principper, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne. DSB's krav om "noget mere" kunne derfor ikke tiltrædes.

Klagenævnet udtalte herefter, at spørgsmålet om, hvorvidt ligebehandlingsprincippet konkret var til hinder for at tillade den konkrete udskiftning, måtte bero på de nærmere omstændigheder ved det pågældende udbud, herunder hvornår i processen ordregiveren får pligt til at anmode om udskiftning, og hvilken virksomhed ansøgeren/tilbudsgiveren ønsker at indsætte i stedet for.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, indeholder ikke en betingelse om, at en enhed alene kan erstattes, såfremt erstatningen er forårsaget af forhold uden for ansøgerens kontrol. Allerede derfor var udbudsbetingelsernes punkt 10 ikke til hinder for udskiftning. At Alstom selv rejste spørgsmålet om udskiftning kunne ikke føre til en anden vurdering.

Om Alstoms fortsatte deltagelse med "AT Holdings" som støtteenhed i stedet for "AT Holland" var i strid med ligebehandlingsprincippet måtte bero på, om dette ville medføre en forringelse af de øvrige ansøgers/tilbudsgivers konkurrencemæssige stilling.

Klagenævnet bemærkede herefter indledningsvis, at alle potentielle ansøgere/tilbudsgiver havde kunnet tage højde for artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, i forbindelse med overvejelser om deltagelse i udbuddet. Alle ansøgere/tilbudsgivere havde endvidere haft mulighed for at tage højde for bestemmelsen ved udformningen af deres ansøgning/tilbud. Det var ubestridt, at Alstom også ville være blevet prækvalificeret, såfremt selskabet i stedet for "AT Holland" havde baseret sig på "AT Holdings". Alstom havde således ikke fået en uberettiget konkurrencefordel i forhold til de ikke-prækvalificerede ansøgere. Med henvisning til klagenævnets kendelse af 20. juni 2017 (MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, der er omtalt i årsberetningen for 2017 side 23) bemærkede klagenævnet endelig, at de øvrige tilbudsgivers konkurrencemæssige stilling ikke kunne anses for forringet blot som følge af, at antallet af tilbudsgivere ikke måtte blive formindsket ved diskvalificering af Alstom.

Da bevisbyrden på den baggrund var løftet for, at en udskiftning af "AT Holland" med "AT Holdings" ikke ville indebære, at Alstom fik en uberettiget konkurrencemæssig fordel, var DSB derfor forpligtet til at tillade udskiftningen, og klagenævnet annullerede derfor DSB's beslutning om at afslå anmodningen om udskiftning.

Sagen blev behandlet af to medlemmer af formandskabet og to sagkyndige, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 4, hvorefter klagenævnets formand i særlige tilfælde kan beslutte at udvide antallet af medlemmer fra formandskabet og sagkyndige medlemmer, som skal deltage i afgørelsen af en sag.

#### *Kendelse af 6. februar 2019, Brande Buslinier ApS mod Midttrafik*

*Der kunne ikke for normalt oplyste, erfarne og rimeligt omhyggelige virksomheder have været reel tvivl om, at virksomhedernes referencer og disses indhold ville indgå i grundlaget for udvælgelsen, eller om indholdet af nogle fastsatte udvælgelseskriterier. En markering for "Nej" var efter omstændighederne en åbenbar fejl, som ordregiveren med rette havde set bort fra.*

Sagen angik et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af to delkontrakter om driften af lufthavnslinierne Aarhus - Billund Lufthavn og Aarhus - Aarhus Lufthavn med i alt ca. 24.000 køreplankter årligt.

Brande Buslinier anmodede i forbindelse med prækvalifikationen om, at klagenævnet traf afgørelse om opsættende virkning, hvilket klagenævnet afslog. Efter at Midttrafik havde tildelt kontrakten til Keolis Danmark A/S (Keolis), indgav Brande Buslinier supplerende klage. Klagenævnet afgjorde sagen endeligt i stedet for at træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning.

Ved afgørelsen henviste klagenævnet til den tidligere afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet fandt, at det fremgik tilstrækkeligt klart af udbudsmaterialet, på hvilket grundlag og efter hvilke kriterier udvælgelsen blandt ansøgerne ville blive foretaget. Der kunne således ikke for normalt oplyste, erfarne og rimeligt omhyggelige virksomheder have været reel tvivl om, at virksomhedens referencer ville indgå i grundlaget for udvælgelsen, og at der ville blive lagt vægt på referencernes indhold. Tilsvarende kunne der efter formuleringen af udvælgelseskriterierne sammenholdt med karakteren af de udbudte kontrakter om buskørsel ikke have været reel tvivl med hensyn til indholdet af kriterierne om kørselsomfang, erfaring med kundeventede servicetiltag og deltagelse i projekter med indførelse af nye tiltag ved buskørsel. Det var herefter op til den enkelte ansøger at udforme sin referenceliste med de fastsatte udvælgelseskriterier for øje.

Keolis havde i det indleverede ESPD i "Del V: Begrænsning af antallet af kvalificerede ansøgere" markeret for "Nej" til at afgive en erklæring om at opfylde udvælgelseskriterierne. Brande Buslinier anførte, at tilbuddet fra Keolis derfor skulle afvises. Klagenævnet henviste til, at virksomheden havde udfyldt de øvrige dele af ESPD'et i relation til prækvalifikation, herunder "Del IV: Udvalgseskriterier", på en måde, der tilsigtede at redegøre for, hvorledes udvælgelseskriterierne var opfyldt. Ansøgningen fra Keolis kunne under disse omstændigheder ikke meningsfuldt forstås på anden måde, end at markeringen for "Nej" var udtryk for en åbenbar fejl. Selvom Midttrafik ikke kontaktede Keolis med henblik på berigtigelse af forholdet – hvad Midttrafik kunne have gjort – gav markeringen for "Nej" i den foreliggende situation ikke grundlag for at anse ansøgningen om prækvalifikation for ukonditionsræssig. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336, Manova, kunne under de anførte omstændigheder ikke føre til et andet resultat. Klagen blev derfor ikke taget til følge.

Brande Buslinier har efterfølgende indbragt sagen for domstolene.

*Kendelse af 15. maj 2019, Salini Impregilo S.P.A mod Metroselskabet I/S*

*Under et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2004/17/EF) blev fire virksomheder prækvalificeret og afgav senere alle tilbud. Klageren, der ikke vandt kontrakten, klagede over en række forhold, herunder at det vindende tilbuds pris var unormalt lav, at den vindende tilbudsgiver ikke var identisk med den prækvalificerede virksomhed, at der var begået forskellige overtrædelser i forbindelse med vurderingen af den vindende tilbudsgivers økonomiske formåen, og at der var sket konkurrenceforvridning, idet den vindende tilbudsgivers rådgiver også var rådgiver for ordregiveren. Klagen blev ikke taget til følge på noget punkt.*

I forbindelse med et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2004/17/EF) om et anlægsprojekt vedrørende "Cityringen – branch off to Sydhavnen" ("Sydhavnslinjen") prækvalificerede Metroselskabet i 2016 fire virksomheder, heriblandt Konsortiet TUNN3L JV I/S (bestående af MT Højgaard A/S, Hochtief Infrastructure GmbH og VINCI Construction Grand Projects) og Salini-Impregilo.

I juni 2017 anmodede TUNN3L JV om Metroselskabets godkendelse af, at MT Højgaard A/S udtrådte af konsortiet, der fortsatte med Hochtief og VINCI. Metroselskabet foretog i overensstemmelse med udbudsbetingelserne en vurdering af, om TUNN3L JV også uden MT Højgaard ville være blevet prækvalificeret som en af de fire, og accepterede herefter, at TUNN3L JV kunne fortsætte.

Alle de prækvalificerede afgav tilbud, og den 27. november 2017 besluttede Metroselskabet at indgå kontrakt med TUNN3L JV. Salini klagede den 7. december 2017 til klagenævnet, men klagen blev ikke tillagt opsættende virkning, og kontrakt blev herefter indgået den 8. marts 2018.

Salinis klagepunkter vedrører en række overtrædelser af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 m.v. og kan kort gengives således:

- 1) TUNN3L JVs tilbud var unormalt lavt og derfor uantageligt. Salini byggede sit synspunkt på, at Salinis tilbud, som var det dyreste, var 22,8 % dyrere end tilbuddet fra TUNN3L JV, som efter Salinis opfattelse ikke med den tilbudte pris ville kunne dække omkostninger og et passende dækningsbidrag. Klagenævnet fastslog, at Metroselskabet ikke var forpligtet til at anse tilbuddet fra TUNN3L JV for unormalt lavt.
- 2) Metroselskabet havde tildelt kontrakten til TUNN3L JV, som ikke var identisk med den tilbudsgiver, som var blevet prækvalificeret. Klagepunktet sigtede til, at MT Højgaard A/S var udtrådt af konsortiet. Klagenævnet henviste til EU-Domstolens dom af 24. maj 2016 i sag C-396/14, MT Højgaard mod Banedanmark, og bemærkede, at klageren alene havde gjort gældende, at konsortiet ikke ville være blevet prækvalificeret uden MT Højgaard A/S, idet en anden ansøger, MS4, i så fald ville have været bedre kvalificeret. Klagen blev ikke taget til følge. Klagenævnet lagde herved indledningsvis vægt på, at MS4, som var den ansøger, der var nærmest til at klage over revurderingen af prækvalifikationsbeslutningen, ikke havde klaget. Dertil kom, at Metroselskabet i udbudsbetingelserne havde fastsat en fremgangsmåde for behandlingen af ønsker om ændringer af sammensætningen af prækvalificerede konsortier, og at Metroselskabet i overensstemmelse hermed havde foretaget en grundig gennemgang af, om betingelserne var opfyldt (herunder også mht. referencer, konsortiets organisatoriske egnethed og ansøgernes økonomiske og finansielle formåen), før tilladelsen blev givet. I lyset heraf foretog nævnet en konkret gennemgang af de indsigelser, Salini havde gjort gældende, og fastslog, at der ikke var grundlag for at tage påstanden til følge.
- 3) Metroselskabet havde baseret vurderingen af TUNN3L JVs ansøgning om prækvalifikation og revurderingen efter MT Højgaard A/S' udtræden på Hochtiefs moderselskabs økonomiske resurser i form af en såkaldt DPLTA-aftale (Domination and Profit and Loss Transfer Agreement) indgået mellem Hochtief og dets moderselskab. Efter det oplyste om den tyske lovgivning om DPLTA-aftaler tog klagenævnet ikke de påstande, der vedrørte dette spørgsmål, til følge.
- 4) Der var sket konkurrenceforvridning, idet TUNN3L JVs økonomiske rådgiver Arup som mangeårig rådgiver for Metroselskabet, herunder i forbindelse med de tidligere udbud om Cityringen og Nordhavnslinjen, havde opnået en særlig indsigt. De forholdsregler, som Metroselskabet havde taget, herunder gennem en speciel instruks til Arup, var ikke tilstrækkelige. Klagenævnet fandt det ikke sandsynliggjort, at Arup som rådgiver for Metroselskabet i relation til Cityringen og Nordhavnslinjen havde fået kendskab til forhold, som direkte angik Sydhavnslinjen, og lagde vægt på, at Metroselskabet via bl.a. sit dokumenthåndteringssystem havde sikret, at Arups medarbejdere ikke fik adgang til oplysninger om udbuddet vedrørende Sydhavnslinjen. Der forelå derfor ikke en reel og nærliggende risiko for, at konkurrencegrundlaget var mærkbart fordrejet.
- 5) TUNN3L JVs tilbud opfyldte på en række punkter ikke udbudsbetingelsernes grundlæggende elementer. Dette klagepunkt tog udgangspunkt i en række beskrivelser i det vindende tilbud, idet klageren under henvisning til en indhentet specialistudtalelse gjorde gældende, at tilbuddet på en række punkter ikke levede op til specifikke mindstekrav i udbudsbetingelserne. Klagenævnet fastslog, at udbuddet angik en totalentreprisekontrakt ("design and build"), hvor kravspecifikationen i det væsentligste indeholdt funktionskrav. Projekteringen skulle først ske efter kontraktindgåelsen, og at de beskrivelser, der blev efterspurgt i udbudsmaterialet, alene havde til formål, at tilbudsgiverne kunne demonstrere deres forståelse for kravene; det var således ikke den endelige løsning. TUNN3L JV havde i tilbuddet oplyst, at der ikke var taget forbehold for udbudsmaterialets krav, at det – uanset om dele af det måtte kunne fortolkes

som et forbehold – ikke var hensigten at tage et sådant, og at TUNN3L JV havde til hensigt at opfylde alle de stillede krav. Allerede af den grund tog klagenævnet ikke påstanden om, at tilbuddet fra TUNN3L JV var ukonditionsmæssigt, til følge.

Heller ikke en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen blev derfor taget til følge.

Sagen blev behandlet af to medlemmer af formandskabet og to sagkyndige, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 4, hvorefter klagenævnets formand i særlige tilfælde kan beslutte at udvide antallet af medlemmer fra formandskabet og sagkyndige medlemmer, som skal deltage i afgørelsen af en sag.

Salini har efterfølgende indbragt sagen for domstolene.

### 2.2.3 Udelukkelsesgrunde

*Delkendelse af 16. januar 2019 og kendelse af 5. december 2019, Kailow Graphic A/S mod Moderniseringsstyrelsen*

*Klage fra forbigået tilbudsgiver over bl.a., at den ene af de tre vindende tilbudsgivere delvist ejede et andet selskab, som indgik i en anden af de vindende tilbudsgivere – et konsortium bestående af 13 selskaber. Konsortiets lovlighed i forhold til konkurrencelovgivningen. Frivillig udelukkelsesgrund efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d).*

Sagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om indkøb af trykkeri-, kopi- og printydelser til staten til omkring 200 mio. kr. Rammeaftalen skulle tildeles de tre tilbudsgivere, der afgav de økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriteriet "Pris".

Ved klagenævnets behandling af spørgsmålet om opsættende virkning (delkendelse af 16. januar 2019) gjorde Kailow gældende, at et centralt bilag i udbudsmaterialet var for upræcist til at danne grundlag for udbuddet, at tildelingsbeslutningen var mangelfuldt begrundet, og at en betingelse om, at der kun kunne afgives ét tilbud pr. virksomhed, var overtrådt. Det fremgik således, at den ene vindende tilbudsgiver (A) ejede 100 % af aktierne i et andet selskab (E), som indirekte indgik i en anden vindende tilbudsgiver (B) – et konsortium bestående af 13 selskaber – idet E ejede 50 % af et af selskaberne i B. A ejede desuden 25 % af yderligere et selskab (J) i B-konsortiet. Den administrerende direktør i A var bestyrelsesformand i E og medlem af bestyrelsen i J.

Klagenævnet fastslog, at udbudsbetingelserne var klare på det anfægtede punkt, og at begrundelseskravene var opfyldt. Til det sidste spørgsmål om, at en tilbudsgiver kun måtte afgive ét tilbud, udtalte klagenævnet, at Moderniseringsstyrelsen i udbudsbetingelserne havde fastsat, at styrelsen – hvis samme enhed var en del af eller på anden måde deltog i flere tilbud – kunne bede tilbudsgiverne om at "godtgøre", at dette forhold ikke havde "medført en begrænsning i konkurrencen i strid med konkurrenceloven, herunder godtgøre, at det ikke har medført en mulighed for gensidigt at påvirke indholdet af de forskellige tilbudsgiveres tilbud". Styrelsen havde i overensstemmelse hermed konstateret, at et selskab (J), der indgik i det vindende konsortium (B), var 25 % ejet af en af de øvrige tilbudsgivere (A), og indhentede udtalelser fra de tre involverede parter. Klagenævnet fastslog efter en vurdering af indholdet af udtalelserne, der navnlig gik på, at de nævnte delvise ejerforhold var af finansiel karakter, og at der ikke var nogen kommunikation af betydning for sagen, at det ikke kunne lægges til grund, at de nævnte ejerforhold havde medført en begrænsning af konkurrencen ved at påvirke indholdet af tilbuddene fra de to tilbudsgivere, eller at det ville komme til at ske i forbindelse med fremtidige miniudbud. Klagenævnet tillagde derfor ikke klagen opsættende virkning.

Efter klagenævnets delkendelse om opsættende virkning frafaldt Kailow sine oprindelige påstande og nedlagde nye påstande, der blev afgjort med nævnets kendelse af 5. december 2019. Kailow gjorde herefter gældende, at A og B skulle have været udelukket i medfør af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d). Desuden havde A og B overtrådt konkurrenceloven. Kailow påstod endelig, at klagenævnet skulle udelukke A og B fra udbuddet.

I udbudsmaterialet var det angivet, at bl.a. den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d), ville finde anvendelse. Efter bestemmelsen skal en ordregiver anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvis en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, fordi ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.

Klagenævnet udtalte, at det efter de fremkomne oplysninger ikke kunne lægges til grund, at A's ejerskab af 25 % af aktierne i J (der indgik i konsortiet B) havde medført en begrænsning af konkurrencen ved at påvirke indholdet af tilbuddene. Klagenævnet henviste til de fremkomne oplysninger fra A's administrerende direktør om, at han deltog i 2-3 årlige bestyrelsesmøder i J, men ikke deltog i den daglige ledelse af J, og at disse oplysninger var bekræftet af J's administrerende direktør.

I forhold til B nedlagde Kailow påstand om, at udbudslovens § 137 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d) og konkurrenceloven var overtrådt, idet B gennem sin medlemssammenslutning truede gennemsigtigheden og fordrejede konkurrencen. Moderniseringsstyrelsen nedlagde påstand om afvisning af påstanden, da den angik overtrædelse af konkurrenceloven, som klagenævnet ikke kunne tage stilling til. Klagenævnet tog ikke afvisningspåstanden til følge og udtalte, at klagenævnet ikke har kompetence at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overholdt, men når Moderniseringsstyrelsen i udbudsbetingelserne har fastlagt, at styrelsen – hvis samme juridiske enhed er en del af eller på anden måde deltager i flere tilbud – er berettiget til at anmode en tilbudsgiver om at godtgøre, at samme juridiske enheds deltagelse i flere tilbud ikke har medført en begrænsning af konkurrencen i strid med konkurrenceloven, kan spørgsmålet behandles af klagenævnet som et led i vurderingen af, om tilbudsgiveren er omfattet af udelukkelsesgrunden i bl.a. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d).

Klagenævnet udtalte herefter, at ordregiveren ikke havde haft pligt til at undersøge, om B's konsortiedannelse generelt var i strid med konkurrencereglerne, men ordregiveren havde som anført efter udbudsbetingelserne pligt til påse, om der var tilstrækkeligt plausible indikationer til at konkludere, at en tilbudsgiver havde indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra d).

B, der var indtrådt i klagesagen som biintervenient, havde udtalt, at B ikke bestred, at enkelte konsortiedlemmer selv opfyldte udbudsbetingelsernes minimumskrav og samtidig rådede over et produktionsapparat, der i et vist omfang muliggjorde levering af de efterspurgte ydelser. Dette kunne tale for, at konsortiet ikke var lovligt. Klagenævnet fandt dog ikke anledning til at tilsidesætte Moderniseringsstyrelsen vurdering, hvorefter der ikke var tilstrækkelige indikationer for, at konsortiedannelsen havde haft til formål eller haft til følge at fordreje konkurrencen. Klagenævnet lagde vægt på de foreliggende oplysninger, herunder fra B om konsortiets mulighed for at optimere sit tilbud, på at Moderniseringsstyrelsen ud over tilbuddet fra B modtog tilbud fra yderligere syv



tilbudsgivere, og på at B afgav tilbuddet med den næstlaveste pris. B havde således ikke via sin medlems sammensætning truet gennemsigtigheden eller fordrejet konkurrencen.

Kailows påstande om, at klagenævnet skulle udelukke A og B fra udbuddet, blev afvist, da klagenævnet efter lov om Klagenævnet for Udbud § 13 ikke har hjemmel til at udelukke tilbudsgivere under et udbud.

Klagenævnet tog herefter ikke påstanden om annullation til følge.

Kailow har efterfølgende indbragt sagen for domstolene.

*Delkendelse af 12. marts 2019, edgemo a/s mod Statens og Kommunernes Indkøbscentral (SKI).*

*Under udbud af en rammeaftale med flere leverandører om levering af hardware ansøgte en række virksomheder om prækvalifikation, heriblandt ATEA A/S, som var dømt for bestikkelse og dermed omfattet af udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 1, litra b), om obligatorisk udelukkelse. ATEA afgav en redegørelse med henblik på "self-cleaning" efter udbudslovens § 138, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6 og 7), og blev herefter prækvalificeret. Ikke ulovlig tilrettelæggelse af udbudsprocessen med særligt hensyn til ATEA, jf. ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), at udskyde kontraktens ikrafttrædelse. Klagen blev ikke tillagt opsættende virkning, da betingelsen om "fumus boni juris" (og betingelsen om uopsættelighed) ikke var opfyldt.*

SKI udbød som begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II en rammeaftale med flere leverandører om levering af hardware m.v. til en anslået værdi af 700 mio. kr. med forventet idriftsættelse den 1. januar 2019. SKI modtog inden for fristen den 17. august 2018 12 ansøgninger om prækvalifikation, bl.a. fra edgemo og ATEA, som den 27. juni 2018 var dømt for bestikkelse. ATEA afgav den 2. juli 2018 en redegørelse med henblik på "Dokumentation af pålidelighed" ("Self-cleaning"). SKI prækvalificerede den 13. september 2019 otte ansøgere, bl.a. edgemo og ATEA. Fristen for at afgive tilbud blev "på foranledning af en række spørgsmål" udsat til den 23. oktober 2018 (senere udsat til den 29. oktober 2018). Den 3. oktober 2019 meddelte SKI på sin hjemmeside, at ikrafttræden af rammeaftalen blev udsat til den 1. marts 2019.

Alle prækvalificerede afgav tilbud. Fire tilbud blev anset for ukonditionsmæssige, bl.a. tilbuddet fra edgemo. Den 1. februar 2019 tildelte SKI kontrakten til de fire tilbudsgivere, hvis tilbud var konditions mæssige. edgemo klagede herefter den 13. februar 2019 til klagenævnet med påstand om, dels at udbudsprocessen i strid med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) var tilrettelagt med ulovlig hensyntagen til ATEA's interne forhold, idet udbudsprocessen var sat på pause for at afvente en afgørelse vedrørende ATEA-sagen. Det havde væsentlig betydning for edgemos produktsortiment, at ikrafttrædelsen var blevet udsat til den 1. marts 2019. Dels var de fire vindende tilbud ukonditions mæssige, idet edgemo havde identificeret fejl i 1.341 positioner i produktlisterne. SKI bestred at have overtrådt udbudsreglerne og beklagede, at meddelelsen om udsættelsen af ikrafttrædelsestidspunktet fejlagtigt var meddelt på SKI's hjemmeside den 3. oktober, men først den 16. oktober 2018 – efter henvendelse fra edgemo – på udbudsportalen Ethics.

Klagenævnet fastslog, at det forhold, at SKI havde skullet overholde sin forpligtelse efter udbudslovens § 138, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 57, stk. 6 og 7), til at give ATEA en passende frist til at dokumentere sin pålidelighed, ikke var udtryk for, at udbuddet på ulovlig vis havde været tilrettelagt med særligt hensyn til ATEA. Dommen var offentlig kendt, og ATEA's udnyttelse af sin mulighed for self-cleaning med den forskydning af tidsfrister, dette måtte indebære, var påregnelig for alle aktører.

En udskydelse af kontraktens ikrafttræden på to måneder, nødvendiggjort bl.a. som følge af, at vurderingen af tilbuddenes konditionsmæssighed var mere omfattende end forudset, var i øvrigt almindeligt forekommende, i særdeleshed ved store og komplekse udbud som dette. Udskydelsen havde ikke påvirket edgemos mulighed for at sammensætte sit tilbud. Efter SKI's meget grundige redegørelse for evalueringen var de fire vindende tilbud alle konditionsmæssige, også når edgemos efterfølgende bemærkninger var taget i betragtning.

Da betingelsen om "*fumus boni juris*" herefter ikke var opfyldt, tillagde klagenævnet ikke klagen opsættende virkning. Klagenævnet bemærkede, at heller ikke betingelsen om "*uopsættelighed*" var opfyldt, da edgemos tilbud var ukonditionsmæssigt.

Klagen blev efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er således klagenævnets endelige afgørelse.

#### 2.2.4 Evaluering, herunder valg af evalueringsmodel

*Delkendelse af 8. januar 2019, Mølbak Landinspektører A/S mod Banedanmark*

*Ordregiveren berettiget til ved tilbudsevalueringen under udbuddet af en 4-årig rammeaftale at undlade at inddrage en option på forlængelse af kontrakten i yderligere 4 år. Nogle tekniske mindstekrav var lovlige og ikke udtryk for forskelsbehandling.*

Kendelsen er nærmere gengivet under afsnit 2.2.1 om krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse.

*Delkendelse af 9. januar 2019, Wedel Installation ApS mod Københavns Universitet*

*Udbudsbetingelser, hvorefter prisevalueringsmodellens hældningsgrad skulle fastlægges efter modtagelsen af tilbuddene, var i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, da det ikke var oplyst, hvad ordregiveren ville lægge vægt på ved den endelige fastlæggelse af modellen.*

Sagen angik et udbud efter udbudslovens afsnit II af rammeaftaler om elektrikerydelser. Klageren, der var en forbigået tilbudsgiver og hidtidige leverandør, gjorde navnlig gældende, at beskrivelsen i udbudsbetingelserne af den anvendte prisevalueringsmodel ikke levede op til kravene i udbudslovens § 160, stk. 1. Efter den dagældende formulering af denne bestemmelse skulle en ordregiver i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. Efter bemærkningerne til bestemmelsen indebar dette, at ordregiveren skulle beskrive "den systematik, som ordregiveren benytter i evalueringen af tilbuddene med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud", og at formålet med en på forhånd fastlagt evalueringsmetode navnlig er at sikre, at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen. Ifølge lovbemærkningerne er formålet desuden at sikre, at tilbudsgiverne har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde et tilbud, og for at optimere deres tilbud. Endelig fremgår det, at formålet er at sikre, at tilbudsgiverne får bedre mulighed for at kontrollere ordregiverens tilbudsevaluering.

Af udbudsbetingelserne fremgik, at de tilbudte priser ville blive evalueret efter en lineær evalueringsmodel, hvor midtpunktet blev beregnet som gennemsnittet af de indkomne bud, og hvor yderpunkterne blev fastlagt med udgangspunkt i midtpunktet "plus/minus [x] procent". Efter modtagelsen af tilbuddene fastsatte ordregiveren med udgangspunkt i en af de udbudte fem rammeaftaler spændet til at være +/- 20 % af gennemsnittet.

Klagenævnet udtalte, at hældningsgraden ikke i sig selv kunne anses for usaglig eller usædvanlig. Som bl.a. fastslået i nævnets kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, (se årsberetningen for 2017, side 26) var det ikke i sig selv i strid med den dagældende bestemmelse i udbudslovens § 160, stk. 1, at ordregiveren ikke på forhånd havde fastsat den procentuelle hældningsgrad på den lineære pointmodel. Der var imidlertid i udbudsbetingelserne intet oplyst om, hvad der ville blive lagt vægt på ved fastsættelsen af spændet på de 20 %, herunder f.eks. om der ville blive taget højde for det forventede prisniveau og/eller spredningen i de faktisk indkomne priser, om der ville ske justering for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser, og om der – som det syntes at være tilfældet – uanset forskelle i prisspredningen på de enkelte delaftaler ville blive anvendt samme hældningsgrad for alle fem delaftaler. Det var ikke oplagt, at de manglende oplysninger herom havde været uden betydning for tilbudsgiverne ved deres vurdering af, om de ønskede at udarbejde et tilbud eller for at optimere deres tilbud. Nævnet fastslog herefter, at kravene i § 160, stk. 1, ikke var opfyldt. Da uopsættelighedskravet ikke vurderedes opfyldt, blev klagen imidlertid ikke tillagt opsættende virkning.

Ordregiveren annullerede efterfølgende tildelingsbeslutningen, hvorefter klagen blev tilbagekaldt. Bestemmelsen i udbudslovens § 160, stk. 1, er efterfølgende ændret, således at alle dele af en evalueringsmodel skal oplyses i udbudsmaterialet. Det gælder således også hældningsgraden for en lineær pointmodel.

*Kendelse af 13. marts 2019, N.T. Falke A/S mod Styrelsen for Undervisning og Kvalitet*

*Udbud efter udbudslovens afsnit III af en rammeaftale om en tjenesteydelse med tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten, og bestod af klagepunkter, der vedrørte, at ordregiveren havde fejlvurderet tilbuddene. Klagen blev ikke taget til følge på noget punkt.*

Styrelsen for Undervisning og Kvalitet udbød som et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit III en rammeaftale om levering af personlig hjælp til uddannelsessøgende med funktionsnedsættelse. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af følgende underkriterier: 1. Pris (25 %), 2. Kvalitet (40 %) og 3. Leveringssikkerhed (35 %). Der indkom tilbud fra to tilbudsgivere, hvorefter ordregiveren besluttede at indgå kontrakt med den ene af tilbudsgiverne, der var den hidtidige leverandør af den udbudte ydelse. Den anden tilbudsgiver, N.T. Falke A/S, klagede derefter til klagenævnet over, at styrelsen havde fejlvurderet tilbuddene.

Klagenævnet tog ingen af påstandene til følge og fastslog indledningsvist, at styrelsen alene havde været forpligtet til at gennemføre en procedure i overensstemmelse med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), herunder at fastsætte kriterier for tildeling og træffe tildelingsbeslutning i overensstemmelse med den fastsatte procedure, jf. udbudslovens § 186 (direktiv 2014/24/EU artikel 74) og 188 (direktiv 2014/24/EU artikel 76), da udbuddet blev gennemført efter udbudslovens afsnit III (direktiv 2014/24/EU artikel 74-76). Styrelsen var dog bundet af og forpligtet til at følge den evalueringsmetode, som styrelsen selv havde fastsat og offentliggjort.

Klagenævnet anførte endvidere følgende i sin begrundelse:

Der er ikke krav om, at Pris og Kvalitet vurderes ud fra samme model, og der kan derfor anvendes forskellige prosakategoriseringer for henholdsvis Pris og kvalitative underkriterier, men det skal være gennemskueligt, om den fastsatte vægtning er opfyldt, hvilket som udgangspunkt forudsætter en omregning af prosakategoriseringerne.

Den valgte tilbudsgiver var billigere og samtidig bedre på begge de kvalitative underkriterier end N.T. Falke. Det var derfor ikke nødvendigt for ordregiveren at beregne den indbyrdes vægtning af underkriterierne, da en beregnet vægtning af underkriterierne kun fik evalueringsmæssig betydning, hvis en tilbudsgiver var bedst på ét eller flere kriterier, men ikke på alle.

Da det fremgik af udbudsmaterialet, at grundlaget for vurderingen efter underkriteriet Pris var den tilbudte timepris, havde styrelsen ikke haft pligt til at oplyse, efter hvilken evalueringsmetode den samlede tilbudssum fremkom. Styrelsen var på den baggrund ikke forpligtet til at estimere et forventet forbrug. Styrelsen var heller ikke forpligtet til at oplyse den valgte tilbudsgivers timepris, da denne oplysning måtte anses omfattet af offentlighedslovens § 30, nr. 2, jf. også udbudslovens § 172 (direktiv 2014/24/EU artikel 55, stk. 3).

Det er ikke et krav, at ordregiveren i udbudsmaterialet giver en udførlig og udtømmende beskrivelse af, hvad der tillægges vægt ved vurderingen efter de kvalitative kriterier, og efter udbudslovens afsnit III gælder der endnu lempeligere krav til beskrivelsen. Der kan således lægges vægt på forhold, som ikke udtrykkeligt er anført i udbudsmaterialet. Dette forudsætter dog, at underkriterierne giver grundlag herfor. Derimod er det et krav, at der oplyses om forhold, som det efter en sædvanlig forståelse af rammerne for det pågældende kriterium må anses for usædvanligt at tillægge betydning.

En ordregiver skal udarbejde en skriftlig evalueringsrapport, der viser, hvordan ordregiveren er nået frem til tildelingsbeslutningen. Evalueringsrapporten skal bl.a. kunne tjene som dokumentation og begrundelse i forbindelse med ordregiverens oplysninger til forbigåede tilbudsgivere. Det er ikke et krav, at evalueringsrapporten skal indeholde en gengivelse af alle detaljer i evalueringen, og ordregiveren er ikke forpligtet til at give en begrundelse på delkriterieniveau, medmindre delkriteriet har haft væsentlig indflydelse på udfaldet af evalueringen.

Klagenævnet fandt, at der ikke var evalueret eller lagt vægt på forhold – hverken i positiv eller negativ retning – der ikke var anført i eller kunne udledes af udbudsmaterialet af en rimelig oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver. Styrelsen havde derfor ikke inddraget forhold i tilbudsevalueringen, som lå uden for rammerne af styrelsens vide evalueringstekniske skøn, ligesom der ikke var grundlag for at antage, at styrelsen havde handlet usagligt.

*Kendelse af 24. april 2019, Sagemcom Energy & Telecom SAS mod Vores Elnet A/S*

*Klagen angik det indklagede elselskabs beslutning om at annullere en beslutning om at tildele klageren en rammeaftale om levering af elmålere og elselskabets efterfølgende beslutning, som blev offentliggjort ved en profylaksebekendtgørelse, om at indgå kontrakt om elmålere med sin hidtidige leverandør.*

Efter at klagen var indgivet, meddelte elselskabet, at selskabet alligevel ikke ville indgå kontrakt med den hidtidige leverandør, der også (fortsat) var leverandør af den styringssoftware, som klagerens elmålere skulle fungere sammen med.

Bl.a. i kraft af en række spørgsmål fra klagenævnet og klagenævnets krav om udlevering af materiale, herunder kommunikation mellem elselskabet og den hidtidige leverandør, kom det imidlertid frem, at elselskabet og leverandøren havde indgået en (mundtlig) aftale om levering af elmålere. Elselskabet havde således, efter at aftalen med leverandøren var udløbet, og også under klagesagens forløb fået leveret et meget betydeligt antal elmålere til en betragtelig værdi.

Elselskabet henviste til undtagelsesbestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e, som giver mulighed for direkte tildeling af supplerende leverancer fra den hidtidige leverandør, hvis et leverandørskifte vil medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder. Elselskabet gjorde gældende, at der var meget betydelige integrationsproblemer mellem de elmålere, klageren skulle levere, og styringssoftwaren leveret af den hidtidige leverandør. Elselskabet påberåbte sig også artikel 50, litra d, som giver mulighed for direkte tildeling, hvis det er umuligt at overholde fristerne for udbud af tvingende grunde, som ordregiveren ikke kunne forudse, og som under ingen omstændigheder kan tilskrives ordregiveren.

Klagenævnet anså ikke elselskabets bevisbyrde for, at betingelserne for at anvende undtagelsesbestemmelsen om tekniske vanskeligheder var opfyldt, for løftet. Antagelsen om integrationsproblemer var således alene baseret på det, som den hidtidige leverandør havde oplyst over for elselskabet om en høj pris herfor og angivelige risici, da leverandøren blev anmodet om at bistå med integrationen. Betingelserne for at anvende undtagelsesbestemmelsen om uforudsigelige tvingende grunde var heller ikke opfyldt.

Klagenævnet tog på den baggrund klagerens påstand om annullation af ordregiverens beslutning om at annullere tildelingsbeslutningen til følge. Desuden blev en påstand om det uberettigede i at indgå aftale som sket taget til følge, og den indgåede mundtlige aftale blev erklæret for uden virkning for fremtiden. Klagenævnet indgav politianmeldelse med henblik på, at elselskabet blev idømt en bøde vedrørende den periode, hvori den mundtlige aftale havde været i kraft, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 3. Elselskabet, som var et aktieselskab, var ikke en del af den offentlige forvaltning og kunne således ikke idømmes en alternativ sanktion af klagenævnet selv.

Sagen er den eneste i nyere tid, hvor der er sket annullation af en beslutning om at annullere en tildelingsbeslutning. Det usaglige i beslutningen – som så vidt ses alene var begrundet i den hidtidige leverandørs udsagn og modvilje mod at bistå med integrationen – var dog også helt eklatant. Herudover er afgørelsen et blandt flere eksempler på, at der påhviler ordregivere, som påberåber sig undtagelsesbestemmelserne om direkte tildeling, en streng bevisbyrde for, at betingelserne for at anvende den pågældende undtagelse er opfyldt.

#### *Delkendelse af 2. oktober 2019, e-Boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen*

*Klagen blev ved modtagelsen i klagenævnet tillagt midlertidig opsættende virkning. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten, og omfattede forskellige klagepunkter, herunder om evalueringsmodellen, der var en såkaldt forskelsmodel, var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og om den fastsatte frist for at afgive tilbud var passende. Klagen ikke tillagt opsættende virkning, da betingelsen om fumus (at klagen har noget på sig) ikke var opfyldt.*

Sagen angik et genudbud efter udbudslovens afsnit II af en kontrakt om udvikling, herunder konvertering, drift, vedligeholdelse, support og videreudvikling af Digital Post. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet på grundlag af et underkriterierne Pris (25 %), Løsningens kvalitet (35 %), Metoder, processer og værktøjer (25 %) og Leveringssikkerhed (15 %). Se også klagenævnets kendelse af 25. september 2019, som er refereret under pkt. 2.2.1.

e-Boks, der var den hidtidige leverandør, klagede over Digitaliseringsstyrelsens beslutning om at tildele kontrakten til Netcompany. e-Boks gjorde navnlig gældende, at fristerne for at afgive tilbud under det forudgående offentlige udbud i lyset af ydelsens kompleksitet var for korte, at evalueringsmetoden var uegnet, da den kunne udpege flere forskellige tilbud som det bedste, at det vindende tilbud var

ukonditionsmæssigt eller – subsidiært – havde fået en for god evaluering, og at e-Boks' tilbud var blevet vurderet åbenbart forkert.

Af Digitaliseringsstyrelsens underretning om tildelingsbeslutningen fremgik bl.a., at styrelsen havde oplyst, at der i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 1, gjaldt en 10-dages standstill-periode, og at styrelsen derfor ikke ville underskrive kontrakten før efter udløbet heraf. Klagen blev indgivet til klagenævnet inden udløbet af den oplyste standstill-periode, og e-Boks havde samtidigt anmodet om, at klagen blev tillagt opsættende virkning.

Digitaliseringsstyrelsen havde oprindeligt iværksat et offentligt udbud, og dette var efterfølgende overgået til et udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, og stk. 4. Klagen angik tildelingsbeslutningen i henhold til dette udbud.

Efter lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 3, nr. 1, finder bestemmelsens stk. 1 og 2 om henholdsvis lovbundne og frivillige standstill-frister bl.a. ikke anvendelse, hvis en kontrakt tildeles ved udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse. Dette er bl.a. tilfældet ved forhandlingsudbud foretaget i medfør af udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, og stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 26, stk. 4, litra b, og stk. 6, jf. artikel 32). Som følge heraf finder bestemmelsen i klagenævnetslovens § 12, stk. 2, om automatisk opsættende virkning for klager, der bl.a. indgives i en standstill-periode efter lovens § 3, stk. 1 eller 2, heller ikke anvendelse.

Klagenævnets formand besluttede imidlertid efter det oplyste om forløbet, hvor Digitaliseringsstyrelsen i afslagsbrevet til e-Boks havde angivet, at der gjaldt en standstill-frist efter lovens § 3, stk. 1, og da e-Boks havde kunnet indrette sig herpå, at tillægge klagen midlertidig opsættende virkning, indtil klagenævnet havde taget stilling til e-Boks' anmodning om, at klagenævnet skulle tillægge klagen (fortsat) opsættende virkning frem til den endelige afgørelse af klagen. Beslutningen blev truffet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1.

e-Boks gjorde gældende, at Digitaliseringsstyrelsen havde overtrådt udbudslovens § 57, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 27, stk. 1, 2. afsnit og stk 2-4), og § 93, stk. 1 (direktiv 2014/24/EU artikel 47), samt proportionalitetsprincippet ved at fastsætte en for kort frist for modtagelse af tilbud ved det offentlige udbud. Klagenævnet gav ikke e-Boks medhold og udtalte, at minimumsfristen i henhold til udbudslovens § 57 var 30 dage, jf. bestemmelsens stk. 2 og 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 27, stk. 1, 2. afsnit og stk. 4), og tilbudsfristen, som Digitaliseringsstyrelsen havde fastsat ved det offentlige udbud, var 39 dage. Selvom der var tale om et komplekst udbud med et omfattende udbudsmateriale, havde klagenævnet ikke grundlag for at tilsidesætte styrelsens skøn ved fastsættelsen af tilbudsfristen. Klagenævnet henviste i den forbindelse til, at den fastsatte frist var 9 dage længere end minimumsfristen, at styrelsen havde markedskendskab fra det tidligere – og senere annullerede – udbud, og at ingen andre mulige tilbudsgivere end e-Boks og Netcompany havde henvendt sig.

Digitaliseringsstyrelsen havde evalueret tilbuddene efter den såkaldte forskelsmodel, der overordnet går ud på en sammenstilling af de procentuelle forskelle mellem tilbuddenes point for underkriteriet Pris med de procentuelle forskelle mellem deres point for de kvalitative underkriterier. Modellen var beskrevet i udbudsbetingelserne. e-Boks gjorde gældende, at evalueringsmodellen var uegnet til at identificere tilbuddet med bedste forhold mellem pris og kvalitet, og virksomheden havde foretaget nogle beregninger, som viste, at modellen kunne føre til modstridende resultater i visse situationer. Klagenævnet gav ikke e-Boks medhold, da udbudsbetingelserne indeholdt en beskrivelse af modellen, og evalueringen var gennemført i overensstemmelse hermed, og da modellen konkret havde været egnet til at identificere det bedste tilbud.

Klagenævnet fandt heller ikke, at der var grundlag for at give e-Boks medhold i de øvrige klagepunkter. Fumus-betingelsen var derfor ikke opfyldt, og klagenævnet tillagde ikke klagen opsættende virkning. e-Boks frafaldt herefter klagen.

### 2.2.5 Sortimentssudbud

*Kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)*

Sagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om ydelser inden for servicering og eftersyn af op mod 4.500 elevatorer med 3 delaftaler. Omfattet var desuden indkøb af varer til brug for vedligeholdelses- og reparationsarbejder og moderniseringer. Indkøbet af varer angik op mod 250.000 forskellige dele. Denne del havde derfor karakter af et ikke nærmere specificeret sortimentsudbud. Den øvrige del af udbuddet havde karakter af et traditionelt udbud om indkøb af et begrænset antal forskellige ydelser, i det væsentlige tjenesteydelser, hvor der konkurreredes på pris, herunder forskellige timepriser. Indkøbet af reservedele svarede til ikke under 10 % af værdien af den samlede anslåede kontraktværdi eller minimum 22 mio. kr. i alt.

Klagen angik, om SKI's evalueringsmetode var uegnet til at identificere de økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet "scenarieprisen", der indgik i evalueringen, efter klagerens opfattelse ikke var repræsentativ for det forventede indkøb vedrørende bistand ved alarmudkald. Påstanden blev ikke taget til følge, da udbudsbetingelserne indeholdt klare og præcise oplysninger om det forventede indkøb, og da evalueringsmodellen med en scenariepris var fastsat klart og utvetydigt i udbudsbetingelserne. Der var endvidere ikke grundlag for at fastslå, at SKI havde inddraget usaglige hensyn i fastlæggelsen af estimerne af det forventede køb.

Klagen angik endvidere, at kunderne forpligtede sig til som led i købet af ydelserne også at købe de dertil nødvendige reservedele, og at tilbuddene ikke indeholdt priser på disse reservedele. Disse priser var således med visse undtagelser ikke indgået i evalueringen og ikke konkurrenceudsat. SKI havde vurderet, at den mest retvisende og egnede "model" var dels at gøre prisen til "mindstekrav" med en "effektiv kontrolforanstaltning", dels at sikre en konkurrenceudsættelse af reservedelene igennem efterfølgende miniudbud samt at inddrage køb af nogle af reservedelene i forbindelse med konkurrenceudsættelse af ydelsen lovpligtige eftersyn.

Klagenævnet udtalte, at det ved evalueringen af tilbuddene på rammeaftalen var uden betydning, om der ved efterfølgende (fremtidige) miniudbud måtte ske en vis konkurrenceudsættelse af køb af reservedele. Nævnet udtalte videre, at SKI ikke havde anført efter hvilke regler eller i øvrigt løftet bevisbyrden for, at betingelserne for at indgå en aftale om leverancer af reservedele uden gennemførelse af et udbud – og dermed uden konkurrenceudsættelse – var opfyldt i relation til de omtvistede reservedele. Derimod måtte det lægges til grund, at en aftale om køb heraf ville være udbudspligtig. Det valgte udbudsdesign medførte reelt indkøb under en forpligtende rammeaftale af reservedele til en samlet betydelig værdi uden konkurrenceudsættelse af dette indkøb. Sådanne reservedele adskilte sig væsentligt fra de evaluerede serviceydelser, og der var intet grundlag for at antage, at priserne på serviceydelserne skulle afspejle priserne på reservedele. Den udbudte aftales vilkår om levering af reservedele til "Markedsprisen" og efter en "Bedste kunde klausul" medførte ingen reel konkurrenceudsættelse, men alene en indirekte regulering med rammer for leverandørernes endelige priser på reservedele, idet det inden for disse rammer var overladt til leverandørerne at fastsætte priserne i løbet af aftalens løbetid. SKI havde ikke henvist til produktkategorier i udbudsmaterialet på en sådan måde, at henvisningen havde gjort det klart for de potentielle tilbudsgivere, hvilke konkrete produkter inden for de omfattede produktkategorier der efterfølgende kunne blive omfattet af rammeaftalen, således som det krævedes i udbudslovens § 45,

stk. 1. SKI havde heller ikke gennemført evalueringen på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes sortiment, jf. lovens § 45, stk. 2. Klagenævnet fandt under disse omstændigheder, at evalueringen samlet set ikke kunne anses for repræsentativ for det forventede indkøb under rammeaftalen. Det grundlæggende udbudsretlige krav om konkurrenceudsættelse i en situation som den foreliggende stred ikke mod et princip om proportionalitet, og nævnet henviste herved til den mere lempelige regel i udbudslovens § 45 om sortimentsudbud, som SKI havde haft adgang til at anvende.

Der var nedlagt påstand om uden virkning. Med henvisning til, at indkøbet af reservedele hverken var omtalt i, kunne udledes af eller anses for oplyst implicit i udbudsbekendtgørelsen, fandt klagenævnet, at de tildelte kontrakter var omfattet af klagenævnenslovens § 17, stk. 1, nr. 1, for så vidt angår den del, der angik indkøbet af reservedele, bortset fra reservedele, der omfattedes af lovpligtige eftersyn. Klagenævnenslovens § 17, stk. 3, der gav mulighed for at undlade uden virkning, blev ikke fundet anvendelig. Påstanden om uden virkning blev herefter taget til følge, for så vidt angår de dele af aftalerne, der angik reservedele, bortset fra reservedele, der omfattedes af lovpligtige eftersyn, fra og med den 1. april 2019. Da SKI ikke var omfattet af lovens § 19, stk. 1, indgav klagenævnet i medfør af lovens § 18, stk. 3, politianmeldelse i stedet for at pålægge en alternativ sanktion. En påstand om annullation af tildelingsbeslutningen blev med en konkret begrundelse taget til følge for så vidt angår den resterende del af udbuddet.

Sagen blev behandlet af to medlemmer af formandskabet og to sagkyndige, jf. klagenævnenslovens § 10, stk. 4, hvorefter klagenævnets formand i særlige tilfælde kan beslutte at udvide antallet af medlemmer fra formandskabet og sagkyndige medlemmer, som skal deltage i afgørelsen af en sag.

## 2.2.6 Klagenævnensloven, herunder (foreløbig) opsættende virkning og klagenævnets sanktioner

*Afgørelse af 4. januar 2019, Apcoa Parking Danmark A/S mod Region Hovedstaden*

*Klage tillagt midlertidig opsættende virkning.*

Sagen angik et udbud af parkeringstjenesteydelser efter koncessionsdirektivet. Klageren var en forbigået tilbudsgiver. Regionen havde i udbudsmaterialet og tildelingsbrevet tilkendegivet, at der løb en sædvanlig standstill-frist, og klagen var indgivet inden for denne. Efter klagenævnenslovens § 3 gælder der imidlertid ikke en standstill-frist ved koncessionsudbud, og reglerne herom er heller ikke gjort anvendelige i medfør af implementeringsbekendtgørelsen. Under hensyn til de ændringer af kontroldirektivet om indførelse af en sådan standstill-frist, der skete ved koncessionsdirektivets afsluttende bestemmelser, traf klagenævnet i medfør af klagenævnenslovens § 12, stk. 1, allerede få dage efter modtagelsen af klagen afgørelse om foreløbigt at tillægge klagen opsættende virkning, således at der – inden for den almindelige 30-dagesfrist – kunne blive taget stilling til, om de sædvanlige betingelser for (fortsat) opsættende virkning var opfyldt. Ved delkendelse af 1. februar 2019 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen fortsat opsættende virkning, da betingelsen om *fumus boni juris* ikke var opfyldt. Klagen blev endeligt afgjort ved nævnets kendelse af 14. juni 2019, der er omtalt ovenfor under afsnit 2.2.1. om krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse.

*Kendelse af 5. april 2019, Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer kommuner*

*Der gjaldt ingen klagefrist ved klage over et annulleret udbud, hvorved kommunerne hjemtog opgaven. Annullationsbeslutningen var ikke usaglig. Det var en overtrædelse, at oplysninger om udbuddets omfang bevidst var angivet for lavt i udbudsmaterialet.*



Sagen angik et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II om drift mv. af et hjælpemiddeldepot i de tre ovennævnte kommuner. Efter modtagelsen af tilbuddene valgte kommunerne at annullere udbuddet under henvisning til, at driften ville blive dyrere end hidtil. Kommunerne endte med at hjemtage opgaven og i stedet etablere et kommunalt fællesskab, som nu står for driften af depotet.

Kommunerne havde i første række påstået klagen afvist, primært under henvisning til overskridelse af klagefristen i klagenævnenslovens § 7, stk. 2, nr. 1, men fik ikke medhold heri. Efter den nævnte bestemmelse skal en klage være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden 45 kalenderdage efter, at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået en kontrakt. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort. Klagenævnet fastslog efter en gennemgang af bestemmelsens ordlyd, forarbejder og den bagvedliggende EU-lovgivning, at der i den foreliggende situation, hvor der ikke var truffet en tildelingsbeslutning, ikke gjaldt nogen klagefrist. Det forhold, at den bekendtgørelse om annullation af udbuddet, som kommunerne offentliggjorde i EU-Tidende, bar overskriften "Bekendtgørelse om indgåede kontrakter", kunne ikke føre til et andet resultat.

Dansk Erhverv, der som brancheorganisation er tillagt klagekompetence, gjorde navnlig gældende, at annullationsbeslutningen var usaglig, idet det ville være væsentligt billigere at tage det laveste tilbud end at hjemtage opgaven, og at navnlig Holstebro Kommune havde en usaglig uvilje mod den billigste tilbudsgiver. Samtidig gjordes det gældende, at begrundelsen var i strid med det obligationsretlige loyalitetsprincip, idet kommunerne i realiteten på forhånd havde besluttet sig for at hjemtage opgaven. Endelig blev det gjort gældende, at udbudsmaterialet i strid med ligebehandlingsprincippet indeholdt bevidst for lavt fastsatte forbrugsestimater, og at prisevalueringsmodellen, der anvendte disse estimater, var uegnet til at bidrage til at udpege det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagenævnet udtalte – i overensstemmelse med nævnets faste praksis – at hvis ikke andet følger af udbudsbetingelserne eller af omstændighederne i øvrigt, er en ordregivende myndighed som udgangspunkt berettiget til at annullere udbuddet, således at ingen af de afgivne tilbud antages. En annullation må dog ikke forfølge et formål, som er i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, eller som i øvrigt må anses for usagligt, og bevisbyrden for, at der foreligger sådanne usaglige hensyn, påhvilede klageren. Nævnet fastslog, at kommunernes økonomiske begrundelse ikke var usaglig, og at beslutningen ikke hvilede på et utilstrækkeligt grundlag. Nævnet udtalte i den forbindelse, at afgørelsen om annullation af et udbud har en anden karakter end en ordregivers evalueringer med henblik på at træffe en tildelingsbeslutning, og at ordregiveren ved afgørelsen om at annullere et udbud ikke er bundet til kun at lægge vægt på de indkomne tilbuds indhold. Det var endvidere ikke bevist, at der forelå usaglige hensyn, eller at udbuddet blev afholdt på skrømt.

Derimod fastslog nævnet efter en gennemgang af de fremkomne tal og beregninger samt det oplyste under klagesagen, at de forbrugsestimater, der var angivet i udbudsbetingelserne, var så meget for lave, at de oplyste tal ikke kunne ligge inden for et muligt sagligt skøn. Det måtte endvidere lægges til grund, at dette var sket bevidst ud fra et ønske om ikke at skuffe en fremtidig kontraktpart. Klageren fik derfor medhold i, at et så forkert estimat var i strid med ligebehandlingsprincippet, idet det kunne medføre, at potentielle tilbudsgivere afholdt sig fra at afgive tilbud. Da evalueringsmodellen ikke blev anvendt til at udfinde den vindende tilbudsgiver (men kun til at annullere udbuddet), fik klageren ikke medhold i påstanden om, at der var anvendt en uegnet prisevalueringsmodel.

*Kendelse af 7. juni 2019, Pankas A/S mod Haderslev Kommune*

*Klageren tilkendt erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.*

Ved klagenævnets kendelse af 30. august 2018 blev det fastslået, at det vindende tilbud var ukonditionsmæssigt, og ordregiveren havde dermed handlet ansvarspådragende over for klageren, der var en forbigået tilbudsgiver. Under erstatnings sagen gjorde kommunen navnlig gældende, at hvis udbudsbetingelserne skulle forstås som fastslået af klagenævnet i den materielle kendelse, var også klagerens tilbud ukonditionsmæssigt. Det fik kommunen imidlertid med en nærmere begrundelse ikke medhold i. Klagerens tilbud var herefter det laveste konditions mæssige tilbud i et udbud, hvor tildelingskriteriet var laveste pris. Kommunen havde ikke sandsynliggjort, at kommunen ville have annulleret udbuddet, idet kommunen alene havde gjort gældende, at den ikke var forpligtet til at antage klagerens tilbud. Klagenævnet fastslog herefter, at klageren havde krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Klageren havde nedlagt påstand om ca. 1,6 mio. kr., men blev – da erstatningen måtte fastsættes skønsmæssigt – alene tilkendt 600.000 kr.

*Kendelse af 25. juni 2019, Justesen Energiteknik A/S mod SK Varme A/S*

*Klageren tilkendt erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.*

Ved klagenævnets kendelse i sagen af 13. november 2018 blev det fastslået, at det vindende tilbud var ukonditions mæssigt. Ordregiveren var dermed erstatningsansvarlig over for klageren, der var en forbigået tilbudsgiver. Klagerens tilbud var herefter det eneste konditions mæssige tilbud. Klagenævnet fastslog, at ordregiveren ikke havde løftet bevisbyrden for, at ordregiveren for at sikre konkurrencen ville have annulleret udbuddet og genudbudt opgaven. Nævnet lagde herved bl.a. vægt på, at der var tale om et genudbud, at klagerens tilbud var blevet bedømt næsten lige så godt som det vindende tilbud, og at der mellem det første og andet udbud var sket det, at en af de oprindeligt tre bydende virksomheder var gået konkurs. Nævnet fastslog herefter, at klageren havde krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Klageren havde påstået denne fastsat til 7,6 mio. kr., men nævnet fastsatte erstatningen skønsmæssigt til 1 mio. kr.

*Afgørelser af 19. juli 2019 og 4. september 2019 om opsættende virkning og kendelse af 11. oktober 2019, Kinnarps A/S mod Region Hovedstaden.*

*Miniudbud under dynamiske indkøbssystemer. Afgørelse om midlertidig opsættende virkning og afgørelse om fortsat opsættende virkning, således at ordregiveren hverken måtte modtage leveringer i henhold til indgåede kontrakter eller iværksætte nogen form for skridt med henblik på at implementere kontrakterne. Ved klagenævnets materielle afgørelse konstateret overtrædelse af udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), § 40, stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 2), og § 42 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4) (proportionalitet, fabrikater, varemærker m.v.). Kontrakterne ikke erklæret for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 3, men alternativ sanktion.*

*Afgørelsen af 19. juli 2019*

Region Hovedstaden etablerede i 2018 to dynamiske indkøbssystemer efter udbudslovens afsnit II til indkøb af ”belysning til kontorer, kantiner, venteområder, mødelokaler og lignende” og af ”almindelige møbler til kontorer, kantiner, venteområder, mødelokaler og enkelte møbler til patienter, som eksempelvis hvilemøbler”. I juni 2019 iværksatte regionen tre miniudbud inden for de dynamiske indkøbssystemer vedrørende lamper (miniudbud 1) og møbler (miniudbud 2 og 3) til Rigshospitalets nyopførte bygning ”Nordfløjen”. Den 1. juli 2019 besluttede regionen at indgå kontrakt med Holmris B8 A/S om alle tre miniudbud. Regionen havde fastsat, at der efter tildelingen var ”standstill og indhentning af dokumentation” og havde ved tildelingsbeslutningerne tilkendegivet, at standstill-

perioderne udløb den 11. juli 2019 kl. 23:59. Kinnarps ApS indgav den 9. juli 2019 klage til Klagenævnet for Udbud med anmodning om opsættende virkning.

Klagenævnet fastsatte i første omgang frist for Region Hovedstaden til at afgive udtalelse om spørgsmålet om opsættende virkning, og denne blev efter anmodning forlænget til uge 32 2019. Klagenævnet fandt imidlertid på baggrund af fristen og efter en vurdering af de foreløbige oplysninger i sagen, at særlige grunde talte for, at klagen blev tillagt midlertidig opsættende virkning, indtil klagenævnet havde afgjort spørgsmålet, om klagen skulle tillægges (fortsat) opsættende virkning under klagesagens videre forløb frem til sagens endelige afgørelse. Klagenævnet traf derfor afgørelse således, at klagen blev tillagt opsættende virkning. Klagenævnet henviste ved afgørelsen indledningsvis til, at parterne i lyset af tilkendegivelserne om standstill i udbudsbetingelserne og meddelelserne om tildeling af kontrakterne måtte antages at have haft en forventning om, at indgivelse af en klage inden udløbet af den tilkendegivne standstill periode ville medføre, at klagen ville blive tillagt automatisk opsættende virkning, indtil klagenævnet havde afgjort spørgsmålet, om klagen skulle tillægges opsættende virkning under klagesagens videre forløb. Nævnet anførte videre, at betingelsen om *uopsættelighed* ikke var til hinder for opsættende virkning, idet Kinnarps på grund af de forhold, klagen angik, jf. nedenfor, ikke havde haft mulighed for at afgive tilbud under miniudbuddene. Betingelsen om, at klagen skal have noget på sig ("*fumus boni juris*"), var også opfyldt. Klagen angik en række meget specifikke mindstekrav og ønsker (vedrørende tekniske specifikationer, design og produktgaranti på 5 - 10 år) til lamper, skriveborde og væghængte skriveborde og frister, som Kinnarps ikke kunne opfylde. Kontrakterne vedrørende miniudbud 1, 2 og 3 blev tildelt Holmrís, der efter det oplyste var en hidtidig leverandør til Region Hovedstaden. Klagenævnet fandt på den baggrund, at det måtte påhvile regionen at løfte bevisbyrden for, at de meget specifikke krav, der skulle tilbydes inden for kort tid, var lovlige, og herunder proportionale. Klagenævnet fandt, at en vurdering af, om denne bevisbyrde var løftet, først ville kunne foretages efter en mere omfattende skriftveksling til belysning af parternes synspunkter og de tekniske og andre oplysninger i sagen. På det foreløbigt foreliggende grundlag var bevisbyrden allerede derfor ikke løftet. Under hensyn til en forudsætning hos parterne om muligheden for, at en klage indgivet i en såkaldt standstill-periode ville blive tillagt midlertidig opsættende virkning, var betingelsen om *interesseafvejning* også opfyldt.

Afgørelsen om at tillægge klagen midlertidig opsættende virkning indebar, at regionen ikke måtte underskrive kontrakt, før klagenævnet havde truffet afgørelse om spørgsmålet om (fortsat) opsættende virkning under klagesagens videre forløb.

#### *Afgørelsen af 4. september 2019*

Ved afgørelsen af 19. juli 2019 meddelte klagenævnet, at nævnet ville tilstræbe at træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt klagen skulle tillægges fortsat opsættende virkning, senest den 21. august 2019, hvilket senere blev udskudt til den 5. september 2019. Den 3. september 2019 kl. 18.28 meddelte Region Hovedstaden imidlertid, at regionen allerede den 14. august 2019 havde indgået kontrakt med Holmrís med hensyn til alle tre kontrakter omfattet af klagesagen, således at levering af møbler og lamper kunne ske inden for den tidsplan, der var udmeldt i miniudbuddene. Regionen anførte, at den udmeldte tidsplan var samstemt med færdiggørelsen og ibrugtagningen af Nordfløjen på Rigshospitalet, og at spørgsmålet om opsættende virkning herefter ikke længere var aktuelt. Regionens advokat meddelte senere, den 19. september 2019, at på grund af en ekspeditionsfejl på advokatens kontor havde hverken regionen eller advokaten fået meddelelse om klagenævnets afgørelse af 19. juli 2019 om midlertidig opsættende virkning før ved en mail 4. september 2019 fra Kinnarps. Den 4. september 2019 kl. 10.53 anførte Kinnarps som svar på regionens e-mail 3. september 2019, at virksomheden forventede, at klagenævnet straks ville tage skridt til at forhindre, at regionen – i strid med nævnets afgørelse af 19. juli 2019 om opsættende virkning –

gennemførte de planlagte indkøb. Kinnarps nedlagde samtidig påstand om, at de indgåede kontrakter straks skulle erklæres for uden virkning i medfør af klagenævnslovens § 16, nr. 2. Kinnarps anførte, at der fortsat var behov for, at klagenævnet traf afgørelse om at tillægge klagen opsættende virkning. I anden række anmodede Kinnarps om, at det i en kendelse om, at klagen blev tillagt opsættende virkning, blev præciseret, at der ikke måtte foretages yderligere leverancer under de indgåede leverancekontrakter, fordi der var udsigt til, at kontrakterne – hvis virksomheden fik medhold i sin klage – skulle erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 2. Kinnarps nedlagde herudover påstand om, at regionen skulle pålægges en økonomisk sanktion i medfør af klagenævnslovens § 19. Klagenævnet besluttede *samme dag* at tillægge klagen fortsat opsættende virkning. Af begrundelsen fremgik, at regionen havde indgået kontrakt den 14. august 2019, dvs. på et tidspunkt hvor klagenævnet havde tillagt klagen opsættende virkning, og hvor regionen derfor ikke måtte indgå kontrakt. Leveringsstart for de tre miniudbud var den 1. oktober 2019. På den baggrund og i øvrigt af de grunde, der var anført i klagenævnets afgørelse af 19. juli 2019 om midlertidig opsættende virkning, besluttede klagenævnet at tillægge klagen fortsat opsættende virkning under nævnets videre behandling af sagen, jf. klagenævnslovens § 12, stk. 1. Afgørelsen om fortsat opsættende virkning indebar udtrykkeligt, at regionen ikke måtte modtage leveringer i henhold de indgåede kontrakter, og at den ikke måtte iværksætte nogen form for skridt med henblik på at implementere de indgåede kontrakter.

#### *Klagenævnets materielle kendelse af 11. oktober 2019*

Fra efteråret 2018 til juni 2019 havde regionen iværksat fire miniudbudsrunder om de samme indkøb af møbler og lamper, men alle var aflyst på grund af forhold i udbudsmaterialet. Den udbudsrunde, sagen angik, blev herefter iværksat den 4. juni 2019. I udbudsmaterialet indgik en tidsplan med frist for spørgsmål fra tilbudsgiverne den 12. juni, svarfrist den 14. juni, tilbudsfrist den 17. juni og frist for levering af prøvemøbler og -lamper den 19. juni 2019. Den 13. juni 2019 meddelte Kinnarps regionen, at virksomheden ikke var i stand til at afgive et konditionsmæssigt og konkurrencedygtigt tilbud, da de tekniske specifikationer var udformet sådan, at de reelt kun kunne opfyldes med produkter af ét bestemt mærke/design, nemlig de produkter regionen hidtil havde indkøbt. Endvidere var fristen for opstilling af prøvemøbler så kort, at kun den hidtidige leverandør kunne overholde denne.

Klagenævnet fremhævede indledningsvis, at Holmrís, der efter det oplyste var en af flere hidtidige leverandører til regionen, som eneste tilbudsgiver afgav tilbud vedrørende miniudbud 1, at to virksomheder, Holmrís og EFG Bondo A/S, afgav tilbud vedrørende miniudbud 2 og 3, og at alle kontrakterne blev tildelt Holmrís. Af evalueringsrapporten for miniudbud 2 og 3 fremgik, at tilbuddene fra de to tilbudsgivere blev vurderet ens efter underkriteriet Kvalitet og design (50 %), idet der var budt ind med samme produkter, og derfor blev evalueringen efter underkriteriet Pris (50 %) afgørende. Det fremgik endvidere af de ordrebekræftelser, regionen havde fremlagt for klagenævnet vedrørende miniudbud 2 og 3, at der var bestilt Montana opbevaringsmøbler, Montana hæve-/sænkeborde og HiLow Wall 1 og 2 væghængte hæve-/sænkeborde.

I relation til indkøbet af lamper angik sagen nærmere, om regionen havde handlet i strid med udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) og § 40, stk. 4 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 2), hvorefter de tekniske specifikationer skal give økonomiske aktører lige adgang til udbuddet og ikke må bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence. Spørgsmålet var endvidere, om regionen havde handlet i strid med udbudslovens § 42 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4) om forbud mod specifikation af bestemt fabrikat eller varemærke m.v. Klagenævnet fremhævede, at dette miniudbud angik indkøb af lamper til almindelige møbler til Nordfløjen på Rigshospitalet. Klagenævnet fandt under hensyn til de detaljerede mindstekrav og ønsker i forbindelse med indkøbet af lamper, hvor regionen som en del af udbudsmaterialet tillige

medtog en såkaldt "Inspirationsliste" med nærmere specificerede Flos-arbejdslamper og -pendler, at de fastsatte krav og ønsker havde været egnede til at begrænse konkurrencen under miniudbuddet. Under disse konkrete omstændigheder påhvilede det regionen at løfte bevisbyrden for, at der havde foreligget saglige og proportionale grunde for at fastsætte disse bestemmelser i udbudsmaterialet, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 40 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 1 og 2). Bevisbyrden herfor var ikke løftet. Klagenævnet fandt endvidere, at regionen ikke havde løftet bevisbyrden for, at der havde foreligget et sådant særligt tilfælde, at det havde været nødvendigt at henvise til Flos-lamper for en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand, jf. udbudslovens § 42, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 42, stk. 4).

Vedrørende indkøbet af *møbler* fandt klagenævnet under hensyn til de detaljerede mindstekrav og ønsker ved indkøb af "almindelige møbler", såsom skriveborde og opbevaringsmøbler, sammenholdt med udbudsmaterialets bestemmelser om langvarig garanti for møblernes holdbarhed og den korte frist, der var fastsat for indlevering af tilbud og prøvemøbler, at de fastsatte krav og ønsker i kombination med de fastsatte frister havde været egnede til at begrænse konkurrencen under miniudbuddene. Det påhvilede under disse konkrete omstændigheder regionen at løfte bevisbyrden for, at der havde foreligget saglige grunde for at fastsætte disse bestemmelser i udbudsmaterialet, og at kravene var proportionale. Klagenævnet fandt, at regionen ikke havde løftet bevisbyrden for, at kravet om proportionalitet var opfyldt. De overvejelser om regionens behov, regionen havde henvist til som begrundelse for de omtvistede krav, godtgjorde ikke, at det havde været nødvendigt at stille så præcise krav som sket, herunder f.eks. til møblernes kernemateriale, krav der måtte sammenholdes med de yderligere krav om en langvarig produktgaranti. Kravene måtte derfor under de foreliggende konkrete omstændigheder anses for uproportionale, jf. udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1).

I relation til spørgsmålet om *uden virkning* fandt klagenævnet, at anskaffelsen ved miniudbud 3 var en del af den samlede anskaffelse af møbler og lamper, hvis værdi overskred tærskelværdien for udbud, og som i overensstemmelse hermed var udbudt efter reglerne i udbudsloven om dynamiske indkøbssystemer med henblik på at tildele kontrakter om konkrete indkøb efter disse bestemmelser. Regionen havde ubestridt indgået de tre kontrakter i en periode, hvor klagen i medfør af afgørelsen fra Klagenævnet for Udbud var tillagt opsættende virkning, jf. klagenævnslovens § 12. Kontrakterne, der var omfattet af udbudslovens afsnit II, kunne derfor erklæres for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 16, nr. 2. Da regionen samtidig havde overtrådt udbudsloven på en måde, der havde påvirket Kinnarps mulighed for at få tildelt kontrakterne, idet overtrædelserne havde forhindret virksomheden i at afgive tilbud, fulgte det af klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 2, 2. led, at de indgåede kontrakter *skulle* erklæres for uden virkning.

Klagenævnet traf dog i medfør af den særlige bestemmelse i klagenævnslovens § 17, stk. 3, afgørelse om, at kontrakterne ikke skulle erklæres for uden virkning. Klagenævnet henviste herved til, at miniudbuddene angik indkøb af skriveborde, opbevaringsmøbler og lamper til møblering af en ny opført del af Rigshospitalet, Nordfløjen, der skulle indeholde over 200 senge, et stort antal operationsstuer, et intensivafsnit og en række andre funktioner i tilknytning hertil. Møblerne skulle efter planen leveres fra den 1. til den 15. oktober 2019, og de første patienter skulle benytte Nordfløjen fra januar 2020. Kinnarps havde allerede tidligt i forløbet gjort regionen opmærksom på de problemstillinger, der udgjorde grundlaget for klagen. Regionen havde iværksat i alt fem miniudbudsrunder i tiden fra oktober 2018 vedrørende de samme indkøb, hvoraf fire var blevet aflyst af regionen med henvisning til uhensigtsmæssigheder og fejl i udbudsmaterialet og udbud under det forkerte dynamiske indkøbssystem. Endelig henviste klagenævnet til lovbemærkningerne til klagenævnslovens § 17, stk. 3, (lovforslag nr. L 110, Folketinget 2009-10). Nogle økonomiske hensyn, regionen havde henvist til, kunne ikke indgå i vurderingen efter klagenævnslovens § 17, stk. 3. Derimod

var hensynet til at undgå sådanne konsekvenser for patienternes sundhed, som ville være en følge af en sanktion om uden virkning, tungtvejende. Væsentlige hensyn til almenhedens interesser nødvendiggjorde dermed, at de indgåede kontrakter fortsat skulle have virkning. Afgørelsen er den første, Klagenævnet for Udbud har truffet, om at anvende klagenævnslovens § 17, stk. 3. Klagenævnet har orienteret Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Europa-Kommissionen om afgørelsen, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 4. Klagenævnet fastsatte en alternativ sanktion på 460.000 kr. Under henvisning til bl.a. sagens usædvanlige forløb og dens resultat samt omfanget af advokatarbejdet, herunder i forbindelse med spørgsmålene om opsættende virkning, pålagde klagenævnet regionen at betale 70.000 kr. i sagsomkostninger til Kinnarps.

*Delkendelse af 4. oktober 2019, VITRONIC – Dr.- Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S*

*Begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II om et system til automatisk genkendelse af nummerplader. Efter tildelingsbeslutningen indrykkede ordregiveren en profylaksebekendtgørelse i EU-Tidende om, at kontrakten med den valgte tilbudsgiver påtænkes indgået med forskellige nærmere angivne ændringer i forhold til det, der var oplyst under udbuddet. I standstillperioden efter profylaksebekendtgørelsen klagede en anden tilbudsgiver til klagenævnet over de påtænkte ændringer og gjorde gældende, at de forudsatte et nyt udbud. Ved delkendelsen blev klagen tillagt opsættende virkning. Sund & Bælt Holding A/S annullerede tildelingsbeslutningen, og klagen blev tilbagekaldt.*

*Reglerne om efterfølgende ændringer af udbudspligtige kontrakter indgået efter et udbud fandt ikke anvendelse på situationen, hvor der var spørgsmål om at indgå den oprindelige kontrakt på grundlag af et udbud med ændringer i forhold til det, der var oplyst under udbuddet. Det afgørende for, om en sådan ændring var tilladelig, var derimod, om den angik et grundlæggende element, dvs. om den kunne have påvirket potentielle aktørers deltagelse i udbuddet eller havde fordrejet konkurrencen. Da ændringen angik et grundlæggende element, var den ikke tilladelig og kunne kun gennemføres efter nyt udbud.*

Sagen angik et begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II af en rammeaftale om et system til automatisk genkendelse af nummerplader på udenlandske køretøjer med henblik på opkrævning af vejafgift. Udbuddet omfattede et system, der skulle leveres umiddelbart, kaldet "Deliverable A", og et andet system, der skulle leveres efter rekvirering fra Sund & Bælt, kaldet "Deliverable B". Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Der indkom tilbud fra nogle prækvalificerede tilbudsgivere, og den 17. juni 2019 besluttede Sund & Bælt at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. Sund & Bælt afviste samtidig tilbuddet fra en anden tilbudsgiver, VITRONIC, som ukonditionsmæssigt, hvilket blev påklaget til klagenævnet under en anden sag.

Den 18. juni 2019 afsagde EU-domstolen dom i sag C-591/17, Østrig mod Tyskland, om en tysk vejafgift for udenlandske motorkøretøjer. I den anledning indrykkede Sund & Bælt i august 2019 i medfør af § 4 i lov om Klagenævnet for Udbud en profylaksebekendtgørelse i EU-Tidende om nogle påtænkte ændringer i kontrakten med den valgte tilbudsgiver i forhold til angivelserne under udbuddet. I profylaksebekendtgørelsen var der en beskrivelse af ændringerne, herunder at visse leveringer under "Deliverable A" ville blive udskudt.

VITRONIC indgav i standstill-perioden efter profylaksebekendtgørelsen en ny klage til klagenævnet. Klagen gik ud på, at Sund & Bælt havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1) ved at tildele en kontrakt til den valgte

tilbudsgiver med det indhold, der var beskrevet i profylaksebekendtgørelsen, idet der var tale om en ændring af grundlæggende elementer, der kun kunne gennemføres efter en ny udbudsprocedure.

Om betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning udtalte klagenævnet med hensyn til betingelsen om *fumus boni juris* (at klagen har noget på sig), at ændringen ikke var omfattet af principperne for tilladelige ændringer af kontrakter mv. i udbudslovens §§ 178-184 (direktiv 2014/24/EU artikel 72, stk. 1, 1. afsnit litra a-d, stk. 1, 2. afsnit og stk. 3-5), da disse bestemmelser tager sigte på den særlige situation, hvor spørgsmålet er, om ordregiveren er forpligtet til at foretage genudbud med den virkning, at et bestående kontraktforhold helt eller delvist skal ophæves. Klagenævnet fandt, at reglerne ikke kunne udstrækkes til at finde anvendelse i et tilfælde som det foreliggende, hvor klagen var indgivet i standstill-perioden, inden kontrakten var indgået.

Det afgørende var herefter, om ændringen havde karakter af ændring af et grundlæggende element i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 18, stk. 1), idet en ordregiver som anført i bemærkningerne til denne bestemmelse "ikke kan foretage grundlæggende ændringer af udbudsmaterialet i løbet af en udbudsproces". Sådanne ændringer kan dermed kun gennemføres efter en ny udbudsprocedure.

Med henvisning til udbudslovens § 24, nr. 37, der nærmere definerer, hvad der forstås ved ændring af et grundlæggende element, og forarbejderne hertil, udtalte klagenævnet, at det ved ændringen blev besluttet, at en del af den leverance, som leverandøren efter udbudsbetingelserne skulle levere umiddelbart efter indgåelsen af rammeaftalen (fysiske portaler til periodebaserede vejafgifter), blev udsat på ubestemt tid, således at denne del af leverancen først blev effektueret, når Sund & Bælt senere måtte beslutte at bestille den. Der skete dermed en forlængelse af leveringstiden for ikke uvæsentlige dele af "Deliverable A", og denne ændring ville, hvis den havde foreligget på tidspunktet for udbuddet, være egnet til at have betydning for potentielle tilbudsgiveres vurdering af, om de ønskede at deltage i udbuddet, dersom de ikke havde haft mulighed for at levere denne del inden for de fastsatte rammer. Det måtte videre antages, at ændringen kunne have haft betydning for udformningen af tilbuddene.

Bevisbyrden for, at der på trods af det anførte ikke var tale om en ændring af et grundlæggende element, måtte herefter påhvile Sund & Bælt, og denne bevisbyrde var ikke løftet.

Klagenævnet fandt desuden udsigt til, at nogle påstande om annullation af tildelingsbeslutningen m.m. ville blive taget til følge. Herved henvist til, at Sund & Bælt ikke kunne foretage den omtalte ændring uden en ny udbudsprocedure, og at tildelingen derfor svarede til en direkte tildeling. Da tildelingen reelt svarede til en direkte tildeling af en kontrakt, fandt klagenævnet endvidere, at betingelsen for opsættende virkning med hensyn til *uopsættelighed* var opfyldt. Endelig fandt klagenævnet, at betingelsen for opsættende virkning med hensyn til *interesseafvejningen* var opfyldt.

Efterfølgende annullerede Sund & Bælt tildelingsbeslutningen, og klagen blev tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse af sagen.

*Delkendelse af 2. december 2019, Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S*

*Betingelsen nr. 1 for opsættende virkning ("fumus boni juris") opfyldt. Betingelse nr. 2 (uopsættelighed) ikke til hinder for opsættende virkning ved klage angående ulovlig direkte tildeling og uden virkning. Betingelse nr. 3 (interessevejning) ikke opfyldt, idet klageren selv havde opsagt en igangværende kontrakt indgået med ordregiveren om opgaven, og da der var væsentlige samfundsmæssige hensyn*

*forbundet med at sikre, at opgaven med affaldsindsamlingen i kommunen fortsat blev løst også efter udløbet af den opsagte kontrakt. Ikke opsættende virkning.*

Sagen angik en direkte tildeling af en kontrakt om indsamling af affald i Silkeborg Kommune. Efter et udbud i 2016 indgik Silkeborg Genbrug og Affald A/S ("SGA") i januar 2017 kontrakt med Remondis om affaldsindsamlingen for en 6-årig periode. Remondis opsagde den 27. februar 2019 kontrakten med 10 måneders varsel. Der var uenighed om opsigelsens berettigelse. SGA iværksatte den 30. april 2019 et nyt udbud af opgaven, men aflyste udbuddet på grund af tekniske fejl i udbudsprocessen. I juni 2019 iværksatte SGA endnu et nyt offentligt udbud, ligeledes med planlagt ikrafttræden den 1. januar 2020, dvs. godt seks måneder efter iværksættelsen af udbuddet. Den 5. august 2019 besluttede SGA at tildele kontrakten til HCS A/S Transport & Spedition. Klagenævnet for Udbud afsagde den 13. september 2019 delkendelse i anledning af en klage fra Remondis. Klagenævnet fandt, at der var grundlag for annullation, men tillagde ikke klagen opsættende virkning. Den 30. september 2019 annullerede SGA tildelingsbeslutningen og udbuddet. Den 27. september 2019 indgik SGA kontrakt med HCS uden offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse, jf. klagenævnslovens § 4. Den 25. oktober 2019 klagede Remondis til Klagenævnet for Udbud over den direkte tildeling med anmodning om opsættende virkning og påstand om, at kontrakten skulle erklæres for uden virkning.

Spørgsmålet i sagen var, om SGA havde tildelt kontrakten lovligt i medfør af udbudslovens § 80, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2), hvorefter en ordregiver kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling. Klagenævnet henviste ved afgørelsen om opsættende virkning til artikel 32, stk. 2, og præambelbetragtning 80 i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU) og til de almindelige og specielle lovbemærkninger i udbudsloven. Heraf fremgår bl.a., at lovforslaget skal fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet. I direktivet (og i lovbemærkningerne til § 80, stk. 5 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2)) anføres som eksempel på brug af undtagelsesreglen, at naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling. Af lovbemærkningerne fremgår endvidere, at betingelsen om, at ordregiveren ikke har kunnet forudse de pågældende tvingende grunde, skal forstås således, at ordregiveren ikke burde have kunnet forudse dette. Det påhvilede herefter SGA at løfte bevisbyrden for, at kontrakten med HCS lovligt kunne indgås uden udbud. Klagenævnet fandt efter en konkret vurdering, at bevisbyrden ikke var løftet. Klagenævnet bemærkede, at SGA havde haft tilstrækkelig tid til at gennemføre en udbudsprocedure. Betingelse nr. 1 for opsættende virkning ("*fumus boni juris*") var herefter opfyldt. Om betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærkede klagenævnet, at denne betingelse ikke var til hinder for, at der blev truffet bestemmelse om opsættende virkning, når klagen angik ulovlig direkte tildeling og uden virkning.

Vedrørende betingelse nr. 3 (*interessevejning*) bemærkede klagenævnet, at det måtte indgå i vurderingen, at Remondis efter udbuddet i 2016/2017 blev tildelt en 6-årig kontrakt vedrørende affaldsindsamlingen i Silkeborg. Kontrakt blev herefter indgået i januar 2017, men opsagt i februar 2019 af Remondis til ophør den 31. december 2019. Det måtte også indgå, at SGA havde ansvaret for den samlede kommunale affaldsindsamling i Silkeborg Kommune. Der var således væsentlige samfundsmæssige hensyn forbundet med at sikre, at opgaven med affaldsindsamling i kommunen fortsat blev løst også efter, at den opsagte kontrakt udløb ved udgangen af 2019. En afvejning af parternes modstående interesser førte på denne baggrund til, at Remondis' interesse i, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning, ikke vejede tungere end SGA's interesse i det modsatte. Betingelsen om interesseafvejning var på denne baggrund ikke opfyldt, og klagenævnet tillagde derfor ikke klagen opsættende virkning.



*Delkendelse af 20. december 2019, Smith & Nephew A/S mod Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Sjælland*

*Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Sjælland indrykkede en profylaksekontrakt i EU-Tidende om, at regionerne uden udbud påtænkte at indgå kontrakt med en bestemt leverandør om levering af medico-udstyr med den begrundelse, at udstyret kun kunne leveres af denne leverandør som følge af manglende konkurrence af tekniske årsager, jf. udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2). I standstill-perioden efter profylaksebekendtgørelsen klagede en virksomhed til klagenævnet over, at regionerne ville indgå kontrakten uden udbud. Kendelsen går ud på at tillægge klagen opsættende virkning. Regionerne annullerede tildelingsbeslutningen, og klagen blev tilbagekaldt.*

Regionerne indrykkede i fællesskab en profylaksebekendtgørelse i EU-Tidende om et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i medfør af udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 32, stk. 2), hvorefter regionerne agtede at indgå en rammeaftale til en anslået værdi til 40 millioner kr. med en nærmere angiven virksomhed om levering af udstyr til NPWT-behandling (Negative Pressure Wound Therapy).

Profylaksebekendtgørelsen gav som begrundelse, at regionerne efter en udført markedsanalyse vurderede, at der kun var én leverandør, der kunne imødekomme det samlede behov, og at kontrakten derfor af tekniske årsager ville blive tildelt denne leverandør. En faglig ekspertgruppe bestående af repræsentanter for de tre regioner havde sammenfattende vurderet, at sammenhængen mellem produkterne gav forskellige samlede nødvendigheder for en optimal og nødvendig behandling. Profylaksebekendtgørelsen angav en opstilling af disse nødvendigheder i form af en beskrivelse af forskellige egenskaber ved produkterne.

Smith & Nephew klagede i standstill-perioden efter profylaksebekendtgørelsen til klagenævnet over, at regionerne ville indgå kontrakten uden udbud, da betingelserne herfor ikke var opfyldt.

Om betingelsen om "fumus boni juris" (at klagen har noget på sig) udtalte klagenævnet, at det påhvilede regionerne at løfte bevisbyrden for, at betingelserne for direkte tildeling af kontrakten var opfyldt. Regionerne havde imidlertid ikke gjort noget gældende til støtte for, at disse betingelser var opfyldt, og havde ikke angivet årsagen til, at regionerne havde valgt ikke at udbyde separate delkontrakter, jf. udbudslovens § 49, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 46, stk. 1, 2. afsnit). Regionerne havde heller ikke fremlagt den markedsanalyse, som profylaksebekendtgørelsen omtalte. Klagenævnet henviste i den forbindelse til, at Smith & Nephew havde oplyst, at selskabet var én af blot tre større leverandører af NPWT-produkter på verdensplan, og at selskabet ikke havde bidraget til nogen forudgående markedsanalyse.

På den baggrund fandt klagenævnet på det foreliggende foreløbige grundlag, at det ikke var dokumenteret, at en optimal og effektiv NPWT-behandling ikke kunne opnås ved anvendelsen af andre produkter, som på tilsvarende vis og som et rimeligt alternativ eller erstatning kunne opfylde de tekniske og funktionelle krav, ligesom det ikke var godtgjort, at kontrakten ikke kunne opdeles, jf. udbudslovens § 49, stk. 2 (direktiv 2014/24/EU artikel 46, stk. 1, 2. afsnit).

Da der herefter var udsigt til, at klagen og en annullationspåstand ville blive taget til følge, var betingelsen om fumus boni juris opfyldt.

Betingelsen om uopsættelighed var opfyldt i en sag som den foreliggende, hvor der var tale om en direkte tildeling af en kontrakt.

Efter en afvejning af parternes modstående interesser fandt klagenævnet, at Smith & Nephews interesse i at få opsættende virkning under de foreliggende omstændigheder vejede tungere end hensynet til regionernes interesse.

Klagen blev herefter tillagt opsættende virkning. Regionerne annullerede herefter tildelingsbeslutningen, hvorefter klagen blev tilbagekaldt. Delkendelsen er således klagenævnets endelige afgørelse i sagen.

## 3. UDVALGTE AFGØRELSER OM AKTINDSIGT

### 3.1 Indledning

Klagenævnet har i årsberetningen for 2016, kapitel 3, foretaget en gennemgang af regelgrundlaget for nævnets behandling af afgørelser vedrørende aktindsigt. Der er ikke siden foretaget ændringer heri, og der henvises derfor indledningsvis hertil. Endvidere er praksis omtalt i kapitel 3 i årsberetningen for 2017 og 2018.

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

### 3.2 Klagenævnets kompetence i rekursager efter offentlighedsloven

Det følger af offentlighedslovens § 37, stk. 1, at afgørelser om aktindsigt kan påklages særskilt og direkte til den myndighed, der er øverste klageinstans i forhold til afgørelsen eller behandlingen i øvrigt af den sag, anmodningen om aktindsigt vedrører. Af de specielle bemærkninger til offentlighedslovens § 37, stk. 1, jf. lovforslag nr. L 144 af 7. februar 2013, fremgår blandt andet: *"I tilfælde, hvor klageadgangen i forhold til den materielle afgørelse er særligt reguleret, f.eks. ved oprettelse af en særlig klageinstans, følger det af stk. 1, at aktindsigtsafgørelser også skal påklages til den særlige klageinstans."* Som nævnt i årsberetningerne for 2017 og 2018 følger det af offentlighedslovens § 37, at klagenævnets kompetence i rekursager følger nævnets materielle kompetence, der er afgrænset i klagenævnetsloven. Efter denne lov har nævnet kompetence til at behandle klager over offentlige ordregiveres overtrædelser af udbudsretlige regler. Har den ordregivende myndighed ikke behandlet den underliggende sag som en udbudssag mv., må klagenævnet foretage en konkret vurdering af, om det er kompetent til at behandle sagen.

Klagenævnets afgørelse af 9. juli 2019 (j.nr. 19/04040). Direktoratet for Kriminalforsorgen havde meddelt G4S Security Services A/S afslag på aktindsigt i kontraktsummerne på en række aftaler indgået mellem institutioner under Kriminalforsorgen og SIKOM Danmark A/S. G4S påklagede afgørelsen til Klagenævnet for Udbud. Kriminalforsorgen gjorde imidlertid gældende, at nævnet ikke var rette klagemyndighed, og at klagen derfor i stedet skulle afgøres af Justitsministeriets departement. Kriminalforsorgen henviste herved til, at der var tale om en aktindsigtssag, der vedrørte aftaleforhold, der ikke havde været konkurrenceudsat. Der var ikke indgivet en klage over indgåelsen af nogen af aftalerne til klagenævnet. Klagenævnet bemærkede ved afgørelsen, at nævnet efter § 1, stk. 2, nr. 3, i klagenævnetsloven kan behandle klager over overtrædelser af tilbudsloven, der som udgangspunkt regulerer bl.a. statslige myndigheders indhentning af tilbud på udførelse eller projektering og udførelse af bygge- og anlægsarbejder og for tildeling af ordren, jf. lovens § 1, stk. 1 og 2. De omtvistede kontrakter fremstod som entreprisekontrakter indgået under henvisning til Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed fra 1992 (AB 92). I alle kontrakterne var Kriminalforsorgen eller det pågældende fængsel eller arresthus anført som "bygherre". Nævnet fandt på den baggrund efter de foreløbigt foreliggende oplysninger, at kontrakterne havde en sådan karakter, at nævnet som udgangspunkt naturligt måtte anses for klageinstans i forhold til de underliggende byggesager frem til kontaktstildeling. Nævnet tog herefter stilling til aktindsigtsklagen.

Aktindsigtsafgørelser om tilbudsindhentninger efter servicelovens § 112, stk. 3, der ikke er omfattet af de udbudsretlige regler, kan derimod ikke påklages til Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnets afgørelse af 11. november 2019 (j. nr. 19/06472). Vejle Kommune havde meddelt virksomheden Kristine Hardam A/S afslag på aktindsigt i delpriser i en tilbudsindhentning vedrørende stomihjælpemidler efter den sociale servicelovs § 112, stk. 3. Klagen blev afvist, idet klagenævnet ikke kunne anses for rette klagemyndighed efter offentlighedslovens § 37. Klagenævnet udtalte herved, at prisindhentningen ikke kunne anses for omfattet af udbudsreglerne, da kommunen med prisindhentningen ikke tilsigtede, at der skulle indgås en gensidigt forpligtende aftale, jf. udbudslovens § 6 (direktiv 2014/24/EU artikel 4, litra a-c og artikel 13), jf. § 24, nr. 24 (direktiv 2014/24/EU artikel 2, stk. 5). Klagenævnet lagde bl.a. vægt på, at indhentningen af priser alene skete med henblik på at fastlægge støttebeløbet i medfør af servicelovens § 112, stk. 3, sidste pkt., at kommunen ikke ville foretage indkøb i medfør af prisindhentningen, at det alene var borgeren, der skulle indkøbe det ønskede hjælpemiddel, at borgeren ville blive ejer af det pågældende hjælpemiddel, og at kommunen ikke ved prisindhentningen skulle frigøres for en eller flere forpligtelser, som ellers ville påhvile kommunen. Retten i Roskildes dom af 1. december 2017, hvor den samme klager i sag om en anden prisindhentning fik medhold i, at der skulle have været afholdt udbud, kunne ikke føre til en anden vurdering, da retten havde fundet, at det i den sag måtte lægges til grund, at der reelt var tale om en leverandøraftale omfattet af servicelovens § 112, stk. 2, og dermed ikke en prisindhentning efter stk. 3. Om dommen, der nåede til et andet resultat end klagenævnets kendelse af 10. januar 2017, henvises i øvrigt til nævnets årsberetning for 2017, side 44.

Aktindsigtsafgørelser kan på tilsvarende vis heller ikke påklages til Klagenævnet for Udbud, hvis der i lovgivningen vedrørende den materielle sag er fastlagt en anden særlig klageadgang, som udelukker en klage over den underliggende udbudssag til Klagenævnet for Udbud:

Klagenævnets afgørelse af 21. marts 2019 (j. nr. 19/01265). Sagen angik en klage over Energi styrelsens delvise afslag på aktindsigt i et "udbud" af teknologineutrale pristillæg efter lov om fremme af vedvarende energi. Det fremgik af udbudsmaterialet, at udbuddet ikke var omfattet af udbudsloven eller nogen af de udbudsretlige direktiver, men at det blev gennemført på baggrund af de almindelige EU-retlige principper om blandt andet ligebehandling, gennemsigtighed, proportionalitet og forbud mod diskrimination på grund af nationalitet. Endvidere fremgik det, at der var tale om udbud vedrørende tildeling af statsstøtte, der skete ved indgåelse af en kontrakt med vinderen. Hjemmelen for udbuddet fremgik af lov om fremme af vedvarende energi. Efter klagenævnets § 1, stk. 2, nr. 2, kan nævnet bl.a. behandle klager over overtrædelser af EU-retten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, og klagenævnet udtalte, at udbuddet efter sit indhold som udgangspunkt måtte anses for omfattet af denne bestemmelse. Da det imidlertid udtrykkeligt fremgik af lov om fremme af vedvarende energi, at afgørelser efter denne lov kun kunne påklages til Energiklagenævnet, var Klagenævnet for Udbud ikke kompetent til at behandle klager over sådanne udbud og dermed heller ikke kompetent til at behandle afslaget på aktindsigt. Nævnet afviste derfor sagen.

### 3.3 Ordregiverens interne dokumenter

Som nævnt i nævnets årsberetning for 2017 omfatter retten til aktindsigt ikke interne dokumenter, der ikke er afgivet til udenforstående, jf. offentlighedslovens § 23, stk. 1, nr. 1. Ifølge § 23, stk. 2, mister dokumenter deres interne karakter, når de afgives til udenforstående, medmindre afgivelsen sker af retlige grunde, til forskningsmæssig brug eller af andre lignende grunde. I udbud, der gennemføres samlet af flere myndigheder, således som det f.eks. kendes fra kommunale udbudssamarbejder, kan det undertiden give anledning til tvivl om, hvorvidt materiale udvekslet i den gruppe, der forestår udbuddet, er udvekslet i en til formålet oprettet ad hoc-myndighed, og således er internt, eller er

udvekslet mellem repræsentanter for flere forskellige samarbejdende myndigheder. Der må i den forbindelse tages stilling til, om samarbejdet har karakter af en selvstændig myndighed. Vedrørende spørgsmålet om, hvornår der foreligger en selvstændig myndighed, fremgår det af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i offentlighedslovens § 23 (lovforslag nr. L 144 af 7. februar 2013) blandt andet, at der navnlig skal *"tages udgangspunkt i en organisatorisk præget vurdering af forholdet mellem de pågældende enheder. Der kan i den forbindelse bl.a. lægges vægt på, om den pågældende administrative enheds opgaver er klart afgrænsede fra andre administrative enheders, om enheden varetager omfattende og selvstændige opgaver, om enheden er undergivet andre enheders instruktionsbeføjelse, om der er rekursadgang til en anden enhed, om enheden træffer afgørelse på egne vegne, og hvilken grad af selvstændighed, enheden indtager, jf. betænkningens kapitel 16, pkt. 2.2 (side 519 f.) og pkt. 6.1.4 (side 576 ff.)"*.

Klagenævnets afgørelse af 18. oktober 2019 (j. nr. 19/06486). Sagen angik spørgsmål om aktindsigt i noter og pointtildeling udarbejdet af et testpanel i forbindelse med FMI's udbud af arbejds- og sikkerhedsfodtøj, jf. klagenævnets kendelse af 31. januar 2020 (LeBock Fodtøj ApS mod FMI). FMI havde afslået aktindsigt under henvisning til, at der var tale om interne arbejdsdokumenter, som ikke var omfattet af retten til aktindsigt, jf. offentlighedslovens § 23, stk. 1, nr. 1. Klagenævnet fastslog, at testpanelet ikke havde karakter af en selvstændig myndighed. Nævnet lagde herved bl.a. vægt på, at deltagerne repræsenterede forskellige myndigheder i Forsvarets koncern, at myndighederne varetog forskellige opgaver, og at medlemmerne af gruppen hver især var undergivet instruktionsbeføjelser af deres respektive myndigheder. Da testpanelet således ikke var en selvstændig myndighed, og da noterne var udvekslet mellem deltagere fra forskellige myndigheder, var de ikke interne, og de kunne derfor ikke undtages fra aktindsigt i medfør af den nævnte bestemmelse.

### 3.4 Undtagelse af fortrolige erhvervshemmeligheder fra aktindsigt

Som nævnt i årsberetningerne for 2016-18 indeholder den vindende tilbudsgivers tilbud i mange tilfælde oplysninger, der angår tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller drifts- eller erhvervsforhold, som omfattes af undtagelsesbestemmelserne i offentlighedslovens § 30, nr. 2, og/eller forvaltningslovens § 15 b, nr. 5. I klagenævnets praksis viser det sig imidlertid ofte, at en ikke uvæsentlig del af det vindende tilbuds beskrivelser af den tilbudte løsning ikke har en sådan fortrolig karakter, at det kan undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, eller forvaltningslovens § 15 b.

Klagenævnets afgørelse af 25. februar 2019 (j. nr. 19/00762). Sagen angik et afslag i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2, på aktindsigt i det tilbud, der havde vundet Danmarks Evalueringsinstituts udbud om korrekturlæsning og sprogrevison. Klagenævnet fastslog, at oplysninger om navne på de konkrete medarbejdere, der indgik i det team, som virksomheden tilbød, oplysninger om de pågældende medarbejders erhvervs erfaring og uddannelsesniveau samt navne på tilbudte back-up-medarbejdere ikke angik virksomhedens faglige formåen som sådan, men alene den tilbudte faglige formåen. Oplysningerne kunne herefter ikke anses for at være forretningshemmeligheder i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2. En oplysning om en eksamens karakter for en af de nævnte personer, måtte dog anses for oplysning om private forhold, og denne blev derfor undtaget efter offentlighedslovens § 30, nr. 1. Endvidere var der heller ikke grundlag for at anse oplysninger om bl.a. de tilbudte leveringstider for at være forretningshemmeligheder, der kunne undtages efter offentlighedslovens § 30, nr. 2.

### 3.5 Andre oplysninger om konkrete tilbud

Det sker ikke sjældent, at de berørte virksomheder anmoder om, at der meddeles afslag på aktindsigt i dele af ordregiverens tilbudsevaluering, som indeholder mere eller mindre kritiske bemærkninger over for det pågældende tilbud. Uanset at det måske kan være ubelejligt at få offentliggjort en sådan kritik, er det imidlertid efter klagenævnets faste praksis ikke oplysninger om forretningshemmeligheder, der kan undtages efter offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Klagenævnets afgørelse af 10. april 2019. (j. nr. 19/02861). Sagen angik en klage over et afslag på anmodning fra en journalist på Ekstra Bladet om aktindsigt i en række dokumenter fra klagenævnets sag Leo Nielsen Trading ApS og Glock Ges.m.b.H. mod FMI, jf. nævnets kendelse af 15. marts 2019 omtalt ovenfor i afsnit 2.2.1 om krav til udbudsbetingelserne, herunder mindstekrav, og udbuddets tilrettelæggelse. FMI havde oplyst, at der ikke var forhold af sikkerhedsmæssig betydning eller hensyn til det offentliges økonomiske forhold, der talte mod aktindsigt, og sagen angik derfor alene, om oplysningerne kunne undtages efter offentlighedslovens § 30, nr. 2. De oplysninger, den berørte virksomhed ønskede undtaget, var FMI's kommentarer til kravopfyldelsen og således ikke konkrete beskrivelser af produkter eller fremgangsmåder. Der var herefter ikke tale om forretningshemmeligheder, der kunne undtages efter den nævnte bestemmelse.

### 3.6. Oplysninger om klagesager ved Klagenævnet for Udbud

Som nævnt i klagenævnets årsberetning for 2017 har oplysning om det forhold, at en part har klaget, eller de anbringender, som parterne gør gældende under sagen, ikke karakter af fortrolige erhvervsinteresser, der kan undtages efter bestemmelsen i offentlighedslovens § 30, nr. 2. Sådanne oplysninger kan i almindelighed heller ikke undtages fra aktindsigt i medfør af bestemmelsen i offentlighedslovens § 33, nr. 3, om hensyn til det offentliges økonomiske interesser.

Klagenævnets afgørelse af 8. november 2019 (j. nr. 19/07457). Sagen angik en klage over afslag på aktindsigt i processkrifter i en verserende klagesag, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark, jf. klagenævnets forelæggelseskendelse af 16. januar 2020. Regionens afslag var alene begrundet i hensynet til det offentliges forretningsførelse, jf. offentlighedslovens § 33, nr. 3. Regionen gjorde herved navnlig gældende, at indsigt i processkrifterne kunne medføre en risiko for, at tilbudsgiverne fremover ville stille sig mere kritisk til regionens udbudsmateriale eller slet ikke ville ønske at indgå i forhandlinger med regionen. Klagenævnet fastslog, at der alene var tale om en henvisning til en generel risiko, og at der ikke forelå tilstrækkelig grund til at antage en sådan konkret, nærliggende risiko, at oplysningerne kunne undtages efter den nævnte bestemmelse. Klagenævnet lagde i den forbindelse tillige vægt på, at det er en kendt risiko ved alle udbud omfattet af klagenævnets kompetence, at ordregivernes beslutninger kan indbringes for nævnet, at det er nævnets faste praksis, at parternes påstande og anbringender gengives udførligt i nævnets kendelser, og at disse kendelser offentliggøres, jf. § 11 i klagenævnsbekendtgørelsen. Klagenævnet udtalte på den baggrund, at det forhold, at en ordregiver indklages for Klagenævnet for Udbud, og tvistens nærmere omstændigheder i almindelighed ikke kan anses for at udgøre en risiko, der kan begrunde undtagelse af oplysninger i medfør af offentlighedslovens § 33, nr. 3.

Om nævnets praksis i øvrigt efter bestemmelsen i offentlighedslovens § 33, nr. 3, henvises ligeledes til årsberetningen for 2017.

## 4. DANSKE DOMME I KLAGENÆVNETS SAGER

Afsnittet indeholder en gengivelse af endelige domme fra 2019 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 2019, fordi de er anket til en højere instans, er ikke medtaget i oversigten.

*Vestre Landsrets dom af 11. juli 2019 (UfR 2019.3829), Esbjerg Maritime Service ApS mod Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn, jf. klagenævnets kendelse af 10. marts 2015 (Årsberetningen 2015, side 21).*

Sagen angik en tilbudsindhentning vedrørende en koncession på levering af vand til skibe m.v. i Esbjerg Havn. Esbjerg Maritime Service ApS, der havde haft koncessionen siden 2010, var den ene af to tilbudsgivere, men fik ikke tildelt kontrakten, og anlagde sag med påstand om erstatning begrundet i, at ordregiveren havde overtrådt de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt almindelige forvaltningsretlige principper.

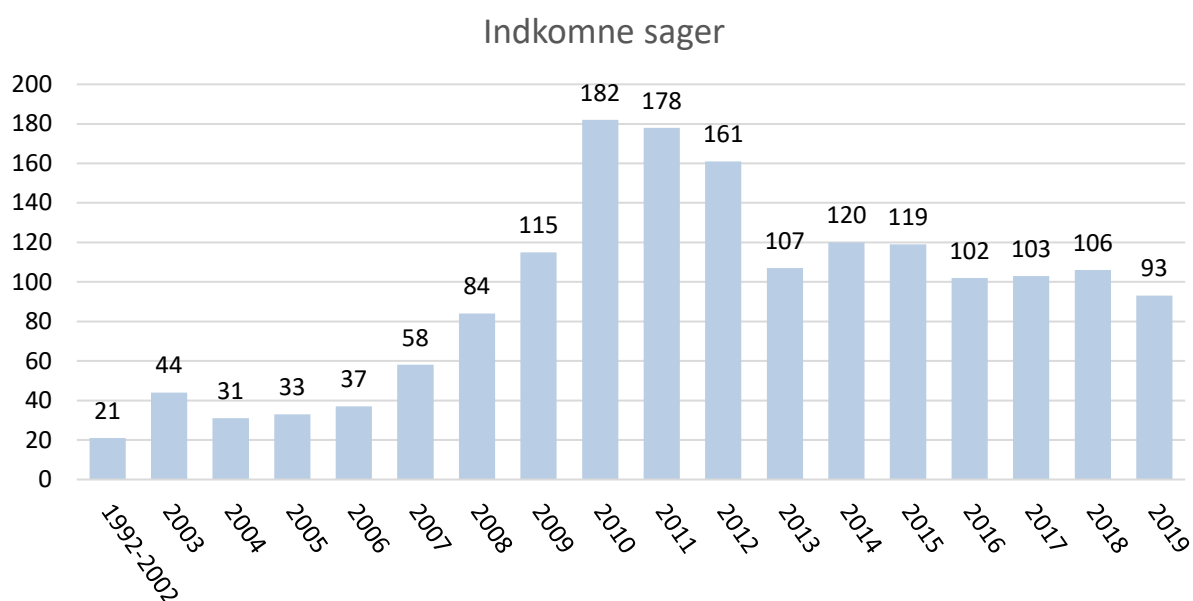
Landsretten nåede som klagenævnet, der havde modtaget klagen den 9. januar 2015, frem til, at kontrakten ikke havde klar grænseoverskridende interesse. De EU-retlige principper fandt derfor ikke anvendelse, og da det ikke var bevist, at ordregiveren havde overtrådt forvaltningsretlige principper, blev ordregiveren frifundet.

## 5. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2019

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

### 5.1 Indkomne klager

I 2019 modtog klagenævnet 93 klager. Oversigten nedenfor viser udviklingen i antallet af indkomne klager i årene 1992-2019.



Antallet af modtagne klager i 2019 er lidt under niveauet i 2015-2018. Dermed er antallet af klagesager fortsat markant lavere end i 2010-2012.

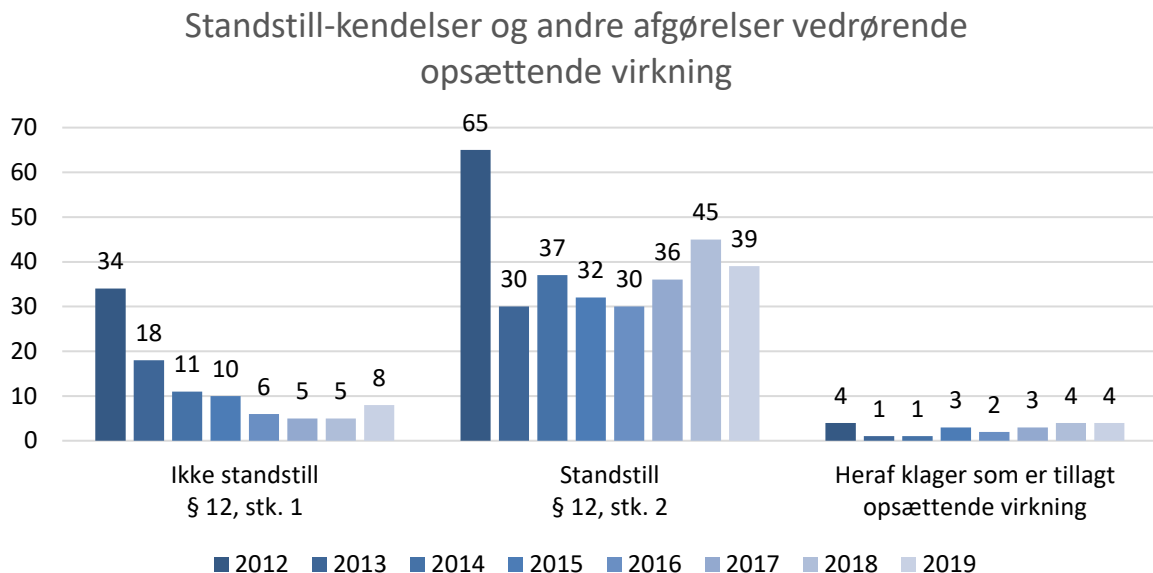
Som anført i afsnit 4.1 i årsberetningen for 2013 skal det markante fald i sagstilgangen ses i lyset af ændringerne i håndhævelsesloven (nu klagenævnsloven) og klagenævnsbekendtgørelsen i 2013, som netop havde til formål at begrænse et stigende antal klagesager. Navnlig forhøjelsen af klagegebyret til 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 2016-2019 kan muligvis forklares med, at potentielle klagerere i lyset af gennemførelsen af de omfattende ændringer i de materielle udbudsregler har været mere tilbageholdende, samt med, at klagenævnet ikke længere er kompetent til at træffe afgørelser i sager om indkøb under tærskelværdierne uden en klar grænseoverskridende interesse, jf. udbudslovens afsnit V. Det yderligere fald i 2019 kan henføres til, at der i årets første måneder blev modtaget markant færre sager end normalt. Dette rettede sig senere i løbet af året, således at der samlet kun skete et mindre fald i sagsantallet.



## 5.2 Standstill-sager og andre afgørelser vedrørende opsættende virkning

Som det fremgår nedenfor, afsagde klagenævnet i 2019 delkendelse i otte sager, hvor der var anmodet om opsættende virkning efter klagenævnslovens § 12, stk. 1, og delkendelse i 39 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 2019 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 2012-2019.



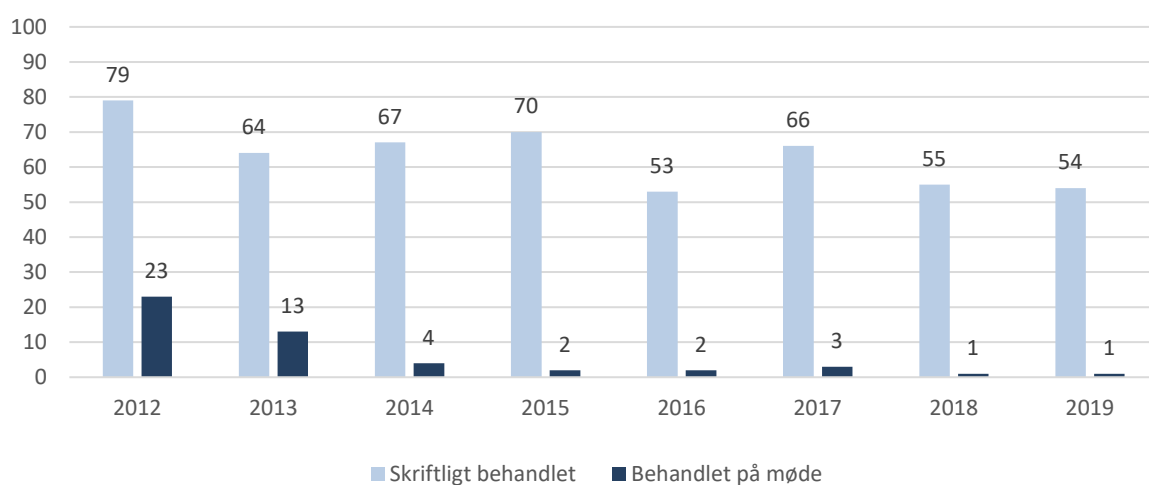
Klagenævnets kendelser m.v. vedrørende opsættende virkning fører – også i tilfælde, hvor klagen ikke tillægges opsættende virkning – i en række sager til, at klagen tilbagekaldes som følge af klagenævnets ”fumus-kendelser”, hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt. Sådanne kendelser er meget ressourcekrævende for klagenævnet, da kendelsen i de fleste tilfælde skal udarbejdes og afsiges inden for en frist på 30 dage og således under et betydeligt tidspres, og da kendelserne, trods deres foreløbige karakter, ofte indeholder en omfattende sagsfremstilling og detaljerede præmisser. Generelt medfører standstill-reglerne og reglerne om opsættende virkning, at klagenævnet i en 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 Nævnbehandlingen på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde

Af de 46 sager, klagenævnet afsagde realitetskendelser i i 2019 (se afsnit 5.4), blev 45 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 2012-2019.

#### Nævnbehandlingen på skriftligt grundlag eller møde



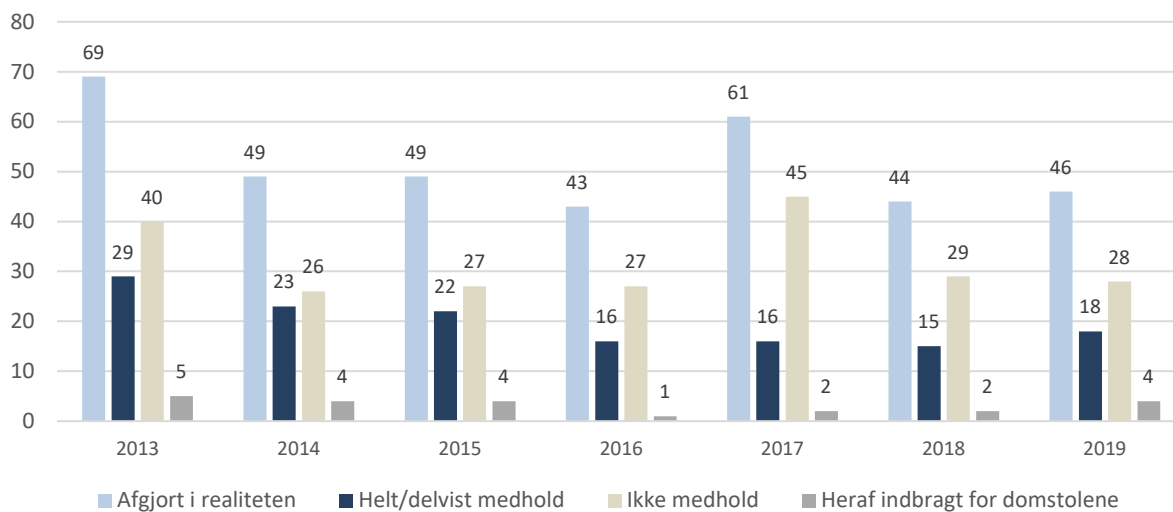
Note: De viste tal indeholder også afviste sager

Fordelingen af skriftligt behandlede sager/sager med mundtlig forhandling i 2019 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 klagenævnsløvens) § 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 2019 afgjorde klagenævnet 46 sager i realiteten. Heraf fik 18 klagerere helt eller delvist medhold, mens 28 klagerere ikke fik medhold. Klagenævnets kendelser er i langt de fleste tilfælde den endelige afgørelse af sagen. Af de 46 kendelser blev således kun fire indbragt for domstolene. Antallet af kendelser, der er indbragt for domstolene, er lidt højere end de foregående år, men på samme niveau som i perioden 2013-2015.

## 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 2019 var på 39 % og dermed højere end i 2018, men lidt lavere end den gennemsnitlige medholdsprocent for årene 2011-2018, som var 40,5 %.

Opgørelsen i grafen og nedenstående tabel indeholder ikke de "fumus-kendelser", som bliver den endelige afgørelse i klagesagen. Klagenævnet har i 2019 afsagt 32 "fumus-kendelser". I 11 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.

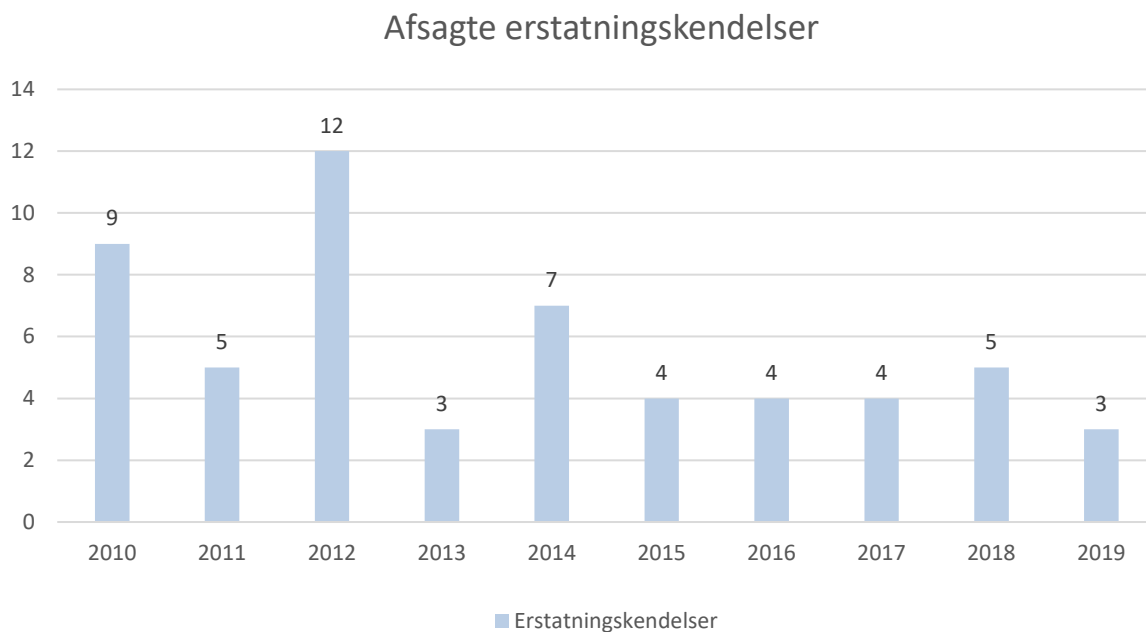
I de resterende 21 "fumuskendelser" vurderede klagenævnet, at betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt, hvilket i 7 tilfælde førte til, at klagen blev tilbagekaldt, og delkendelsen således blev nævnets endelige afgørelse i sagen.

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 %
2019	39 %	61 %

## 5.5 Afsagte erstatningskendelser

I 2019 afsagde klagenævnet tre kendelser om erstatning.

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



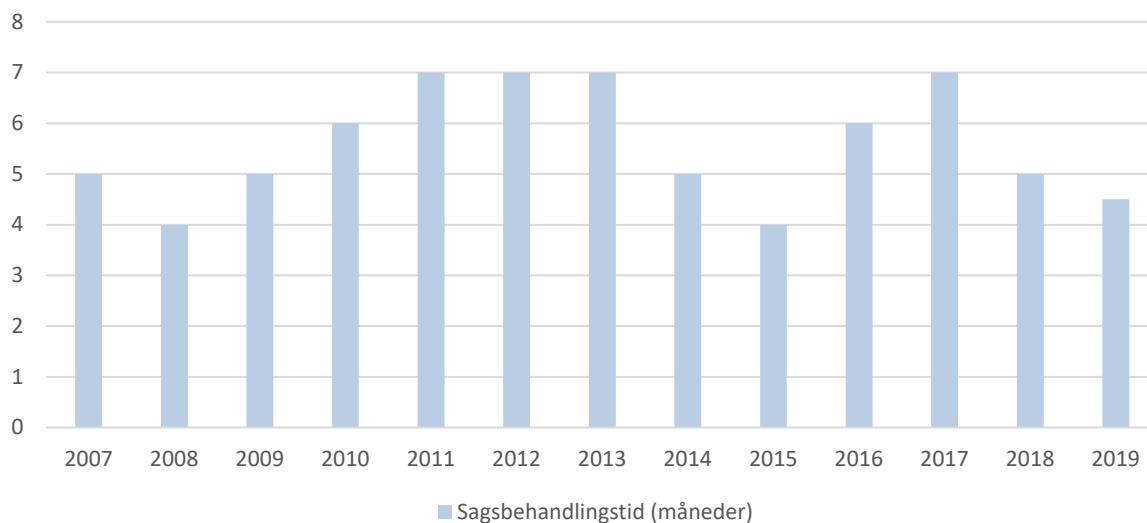
Som omtalt i afsnit 4.5 i årsberetningen for 2013 er det erfaringen, at erstatningsspørgsmålet i mange af de sager, hvor klageren har fået helt eller delvist medhold ved klagenævnets materielle kendelse, løses uden om klagenævnet, således at parterne indgår forlig i stedet for at lade det være op til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

## 5.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid

I 2019 havde klagenævnet en gennemsnitlig sagsbehandlingstid på 4,5 måneder.

Nedenfor ses en opgørelse over udviklingen i den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for afviste sager og materielle kendelser opgjort i måneder i årene 2007-2019.

### Gennemsnitlig sagsbehandlingstid



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

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid er faldet til 4,5 måneder i 2019. Antallet af indkomne klager i 2019 var 93 mod 84 i 2008 og 119 i 2015 og 58 i 2007, 115 i 2009, 120 i 2014 og 106 i 2018. Om antallet af indkomne klager i de øvrige år henvises til afsnit 5.1.

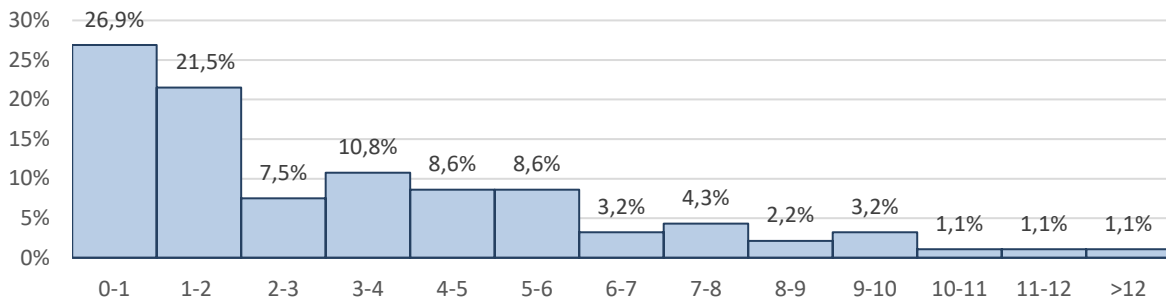
Antallet af verserende sager ultimo 2019 er opgjort til 40 sager, hvilket er lige over 2018, hvor der ved udgangen var 39 sager og lidt under 2017, hvor der ved udgangen var 43 sager.

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

Nedenfor er for 2019 opgjort den procentvise andel af alle sager, der afsluttes med en sagsbehandlingstid på 0-1 måned, 1-2 måneder osv. og med en sagsbehandlingstid på mere end 12 måneder. I opgørelsen indgår alle klagesager, herunder sager, hvor klagen er afvist, og sager, hvor klagen er tilbagekaldt, herunder tilbagekaldt efter at klagenævnet har afsagt en "fumus-kendelse". Erstatningskendelser, som der kun afsiges ganske få af, er ikke medregnet. For yderligere bemærkninger henvises til afsnit 5.8 nedenfor, hvor sagsbehandlingstiden i antal måneder for klagesager er opgjort procentvist kumulativt.

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

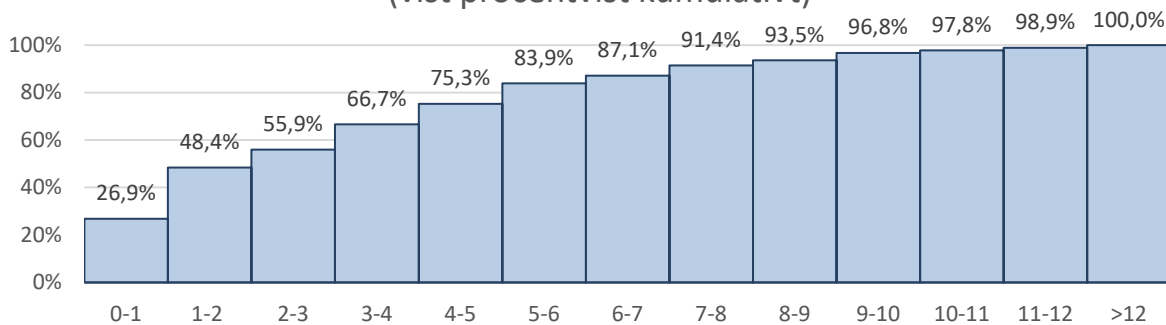
### Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (procentvis fordeling)



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for 2019 vist procentvist kumulativt.

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

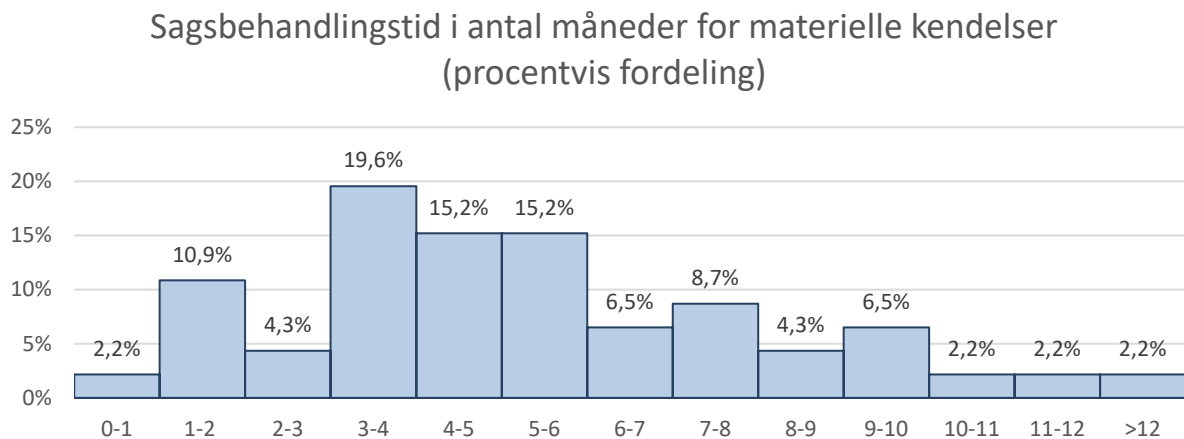


Ca. 27 % af sagerne er i 2019 afsluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen mod 29 % i 2013, 33 % i 2014, 47 % i 2015, ca. 39 % i 2016, ca. 27 % i 2017 og 33 % i 2018. Ca. 48 % af sagerne er i 2019 sluttet i løbet af de første to måneder efter klagens modtagelse mod 42 % i 2013, 54 % i 2014, 62 % i 2015, 53 % i 2016, ca. 41 % i 2017 og ca. 56 % i 2018. Det fremgår videre, at ca. 56 % af alle modtagne sager i 2019 blev sluttet i løbet af tre måneder mod 49 % i 2013, 60 % i 2014, 69 % i 2015, 61 % i 2016, ca. 49 % i 2017 og ca. 66 % i 2018. I opgørelsen for 2019 indgår blandt andet 39 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. 84 % af sagerne i 2019 blev sluttet i løbet af fem-seks måneder efter klagens modtagelse mod 37 % i 2013, 62 % i 2014, 65 % i 2015, 74 % i 2016, ca. 77 % i 2017 og ca. 81 % i 2018, og at ca. 93 % af sagerne færdigbehandles i løbet af ni-ti måneder mod 86 % i 2013, ca. 87 % i 2014, 92 % i 2015, 87 % i 2016 og 88 % i 2017 og 2018.

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.

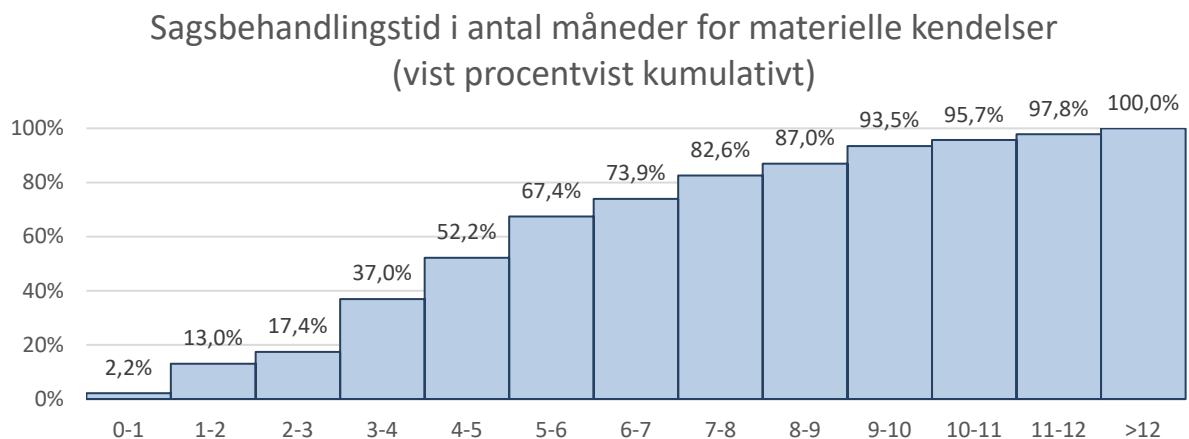
### 5.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist som procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2019 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 2019 vist procentvist kumulativt.



Tabellen viser, at der i 2019 var afsagt materiel kendelse i 37 % af de sager, hvori en sådan kendelse blev afsagt, i løbet af tre-fire måneder mod 20 % i 2013, 30 % i 2014, 41 % i 2015, 44 % i 2016, 38 % i 2017 og ca. 34 % i 2018. I 2019 var der endvidere afsagt materiel kendelse i ca. 67 % af sagerne i løbet af fem-seks måneder mod 37 % i 2013, 62 % i 2014, 65 % i 2015, 54 % i 2016, 57 % i 2017 og 59 % i 2018. Videre ses det, at der i 2019 efter otte-ni måneder var afsagt materiel kendelse i 87 % af sagerne mod ca. 69 % i 2013, 87 % i 2014, 90 % i 2015, 71 % i 2016, 76 % i 2017 og ca. 70 % i 2018. De resterende

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



## 6. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET

Klagenævnet havde foruden behandlingen af klagesager en række udadrettede aktiviteter i 2019:

### *Høringssvar*

Klagenævnets afgav den 21. august 2019 høringssvar vedrørende udkast til lovforslag om ændring af udbudsloven.

### *Network of first instance procurement review bodies*

Nikolaj Aarø-Hansen bidrog i 2019 med et oplæg om anvendelsen af sagkyndige i klagenævnet til "Network of first instance procurement review bodies", et netværk initieret af Kommissionen. Den 18.-23. september 2019 modtog nævnet et vellykket besøg af Legal Assistant Jugatx Ortiz fra EU-Kommissionens sekretariat for EU-netværket. Besøget var en del af EU-Kommissionens program "PUBLIC PROCUREMENT EXPERIENCE"/"Hands on experience", hvor juristerne fra netværkets sekretariat besøger de forskellige medlemsstaters klageorganer med det formål at få indblik i dagligdagen, arbejdsopgaverne og sagstyperne hos klageinstanserne.

### *Deltagelse i konferencer mv.*

Medlemmer af formandskabet har også i 2019 deltaget som oplægsholdere ved konferencer og andre arrangementer vedrørende udbudsretlige emner.

Katja Høegh var i foråret 2019 for andet år i træk paneldeltager ved King's College, London – George Washington University Law School Annual Transatlantic Symposium on Public Procurement Law. Katja Høegh var endvidere paneldeltager på den britiske Public Procurement Lawyers' Associations debattmøde den 5. december 2019 om review bodies.

Kirsten Thorup deltog den 7. - 8. marts 2019 i "Annual Conference on European Public Procurement Law 2019", afholdt af Europäische Rechtsakademie (ERA), Trier.

Kirsten Thorup og Katja Høegh har bidraget til bogen Udbudsretten (2019) redigeret af nævnets sagkyndige medlem, professor Steen Treumer.