

K E N D E L S E

FieldSense A/S  
(advokat Henrik Saugmandsgaard Øe, København)

mod

Vejdirektoratet  
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 107-296163 af 3. juni 2022 udbød Vejdirektoratet som offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt om nyindkøb af glatførestationer over hele Danmark med undtagelse af Bornholm, det såkaldte VIN6-udbud. Kontraktens anslåede værdi var 4,5 mio. kr. Tildelingskriteriet var pris.

Inden fristen for modtagelse af tilbud den 30. juni 2022 modtog Vejdirektoratet dels et tilbud fra Brdr. Jørgensen Instruments A/S på 3.100.425 kr., dels tilbud fra FieldSense A/S på 3.937.643 kr. og fra Strøm Hansen A/S på 3.785.000 kr. Tilbuddet fra Brdr. Jørgensen Instruments A/S var ukonditionsmæssigt.

Ved mail af 4. juli 2022 oplyste Vejdirektoratet FieldSense A/S om, at Vejdirektoratet på denne baggrund agtede at indgå kontrakt med Strøm Hansen A/S.

Den 13. juli 2022 indgav FieldSense A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Vejdirektoratet. FieldSense A/S fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 14. juli 2022 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

FieldSense A/S har nedlagt følgende påstande (klagenævnets nummerering):

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Vejdirektoratet har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved få dage forinden fristen for afgivelse af tilbud på udbuddet VIN6 ”Nyindkøb af glatførestationer 2022”, jf. udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 107-296163 af 3. juni 2022, at have tildelt Strøm Hansen A/S kontrakten i udbuddet VIN7 ”Driftsudbud 2021 – Genudbud 2 - Servicering af glatførestationer”, jf. udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 111-311928 af 10. juni 2022, som gav Strøm Hansen A/S en utilbørlig konkurrencefordel, uagtet at Vejdirektoratet effektivt kunne have udlignet denne fordel.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Vejdirektoratets beslutning af 4. juli 2022 om at tildele kontrakten i udbuddet VIN6 ”Nyindkøb af glatførestationer 2022”, jf. udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 107-296163 af 3. juni 2022, til Strøm Hansen A/S.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Vejdirektoratets udbud VIN6 ”Nyindkøb af glatførestationer 2022”, jf. udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 107-296163 af 3. juni 2022.

Vejdirektoratet har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 14. juli 2022 meddelt Vejdirektoratets kontraktpart, Strøm Hansen A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Strøm Hansen A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Vejdirektoratet indgik kontrakt med Strøm Hansen A/S om servicering af glatførestationer (VIN7) den 14. juli 2022. Kontrakt om nyindkøb af glatførestationer (VIN6) blev indgået den 21. juli 2022.

### Sagens nærmere omstændigheder

Af Kontraktbilag 1 til udbudsbetingelserne fremgår, at etablering og levering af de 29 nye glatførestationer skal erstatte de eksisterende Malling-glatførestationer, som er fordelt i hele landet (undtagen Bornholm). Malling-glatførestationer er betegnelsen for målestationer med tilhørende sensorer, der indtil slutningen af 1990'erne blev produceret og leveret af firmaet Malling / Malling System. De nye 29 glatførestationer, der skal erstatte Malling-glatførestationer, skal passe ind i det eksisterende danske glatførevarslingssystem, som benyttes af bl.a. Vejdirektoratets Vintertjeneste.

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 111-311928 af 10. juni 2022 udbød Vejdirektoratet som offentligt udbud i henhold til udbudsloven en kontrakt vedrørende servicering af ca. 200 glatførestationer i Danmark, det såkaldte VIN7 udbud. Kontraktens anslåede værdi var 13,2 mio. kr. Tildelingskriteriet var som ved VIN6-udbuddet pris. De udbudte opgaver omfattede driftsovervågning, forebyggende vedligehold i form af årlige kontrolmålinger, afhjælpende vedligehold samt vagtordning. Der var tale om det fjerde genudbud, idet Vejdirektoratet af forskellige grunde havde måttet annullere de tidligere udbud af 5. november 2021, 19. januar 2022 og 1. april 2022. Da forløbet havde medført en væsentlig forsinkelse af tidsplanen, blev udbuddet gennemført i henhold til hasteproceduren i udbudslovens § 57, stk. 5.

Ved tilbudsfristens udløb den 24. juni 2022 havde Vejdirektoratet modtaget et tilbud fra Kemp & Lauritzen A/S på 2.780.053,20 kr. og et tilbud fra Strøm Hansen A/S på 2.739.670,00 kr. Ved meddelelse af 29. juni 2022 tildelte Vejdirektoratet herefter kontrakten til Strøm Hansen A/S.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

FieldSense A/S har gjort gældende, at det følger af udbudslovens § 2, stk. 2, at et offentligt udbud ikke må udformes med det formål kunstigt at begrænse

konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt begrænset, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere en enkelt eller visse økonomiske aktører eller stille den eller dem mindre gunstigt.

Vejdirektoratet har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2, idet Strøm Hansen A/S har haft en utilbørlig konkurrencefordel, som nemt kunne være – men ikke blev – udlignet. Kort inden udløbet af fristen for afgivelse af tilbud i udbuddet VIN6 vedrørende indkøb af glatførestationer vandt Strøm Hansen A/S således udbuddet VIN7 om servicering af glatførestationer, der drejer sig om ca. 200 glatførestationer fordelt i hele landet.

Da de 29 glatførestationer i VIN6 står spredt i landet, er der en betydelig køretid forbundet med både installation og den efterfølgende årlige service heraf. Det forhold, at Strøm Hansen A/S nu skal servicere glatførestationer i hele landet, bevirker, at Strøm Hansen A/S opnår væsentligt lavere omkostninger til at installere og servicere de 29 glatførestationer, som er omfattet af VIN6-udbuddet, idet Strøm Hansen A/S vil kunne kombinere installation af de 29 glatførestationer med service af en eller to af de eksisterende stationer (VIN7) på samme dag. Tilsvarende vil den efterfølgende service af de 29 glatførestationer (VIN6) kunne kombineres med service af de øvrige stationer (VIN7).

Da Vejdirektoratet meddelte, at Strøm Hansen A/S havde vundet udbuddet VIN7 om servicering af glatførestationer kort før udløbet af fristen for afgivelse af tilbud i VIN6, kunne Strøm Hansen A/S tage hensyn til den økonomiske besparelse i forbindelse med afgivelse af tilbud på udbuddet VIN6. Strøm Hansen A/S har derved opnået en utilbørlig konkurrencefordel.

Strøm Hansen A/S' konkurrencefordel kunne nemt og effektivt have været imødegået af Vejdirektoratet ved, at meddelelse om tildeling i VIN7 først blev givet efter udløb af fristen for afgivelse af tilbud i VIN6. Dette ville alene have drejet sig om få dage. Henset til at udbuddet VIN6 blev igangsat før udbuddet VIN7, og at udbuddet VIN7 i forvejen var et genudbud, forekommer det påfaldende, at Vejdirektoratet ikke kunne vente få dage med at meddele tildelingen i VIN7, hvormed FieldSense A/S og Strøm Hansen A/S ville være blevet stillet ens i konkurrencen om VIN6. Vejdirektoratet kunne på den måde nemt have imødegået og begrænset den konkurrencefordel, der blev opnået ved, at Strøm Hansen A/S kunne afgive et lavere bud på VIN6,

end hvis Strøm Hansen A/S ikke havde fået besked om udbuddet VIN7 inden fristens udløb.

Dette har Vejdirektoratet imidlertid forsømt og har derved tilsidesat sin forpligtelse til i behørigt omfang at tage højde for og imødegå Strøm Hansen A/S' opnåede utilbørlige konkurrencefordel.

Vejdirektoratet har således *selv* skabt en situation, som har givet Strøm Hansen A/S en utilbørlig konkurrencefordel.

Udligningen ville i teknisk henseende have været enkel at foretage, den ville have været økonomisk rimelig, og den ville ikke indebære en tilsidesættelse af den eksisterende leverandørs rettigheder.

Muligheden for at forkorte tilbudsfristen i udbudslovens § 57, stk. 5, er en undtagelsesbestemmelse, som kræver en behørig begrundelse. Selv hvis det lægges til grund, at den forkortede tilbudsfrist i VIN7 var behørigt begrundet, var udbudslovens § 57, stk. 5, ikke til hinder for, at Vejdirektoratet fastsatte en frist, der var længere end 15 dage.

At Vejdirektoratet ikke var bekendt med – eller havde nogen forventning om – at Strøm Hansen A/S ville afgive tilbud på VIN6, er uden betydning. Det afgørende er, hvorvidt det var sandsynligt, at der var tilbudsgivere, som potentielt kunne afgive tilbud på både VIN6 og VIN7, hvilket må have været forventeligt. Ifølge Vejdirektoratets udbudsstrategier anså Vejdirektoratet firmaet Boschung som en potentiel tilbudsgiver på både VIN6 og VIN7.

Vejdirektoratet har gjort gældende, at Strøm Hansen A/S ikke under udbuddet af kontrakten om nyindkøb af glatførestationer havde en konkurrencefordel, subsidiært at konkurrencefordelen var uvæsentlig, og at Vejdirektoratet ikke var forpligtet til at udligne den. Vejdirektoratet har derfor ikke overtrådt udbudslovens § 2 som påstået.

Ydelserne levering af glatførestationer og servicering af glatførestationerne er opdelt i to forskellige kontrakter, idet kontrakterne som udgangspunkt henvender sig til forskellige markeder.

Der findes en række forskellige producenter af glatførestationer. Vejdirektoratets 183 eksisterende glatførestationer – hvoraf 29 skal udskiftes – er af

mærket Malling. Mange forhandlere af glatførestationer er eneforhandlere og må som følge heraf kun servicere den specifikke type glatførestation, som de forhandler. Enkelte leverandører af servicering, herunder Strøm Hansen A/S, må servicere alle typer af glatførestationer.

Da Vejdirektoratet kun skal have udskiftet 29 af i alt 183 glatførestationer, var det således ikke hensigtsmæssigt at udbyde levering af nye glatførestationer og servicering af de resterende glatførestationer i en og samme kontrakt, da dette ville udelukke alle leverandører, som ikke må servicere Malling-glatførestationer, og således begrænse konkurrencen væsentligt.

At kontrakterne henvender sig til forskellige markeder understøttes også af, at Strøm Hansen A/S var den eneste tilbudsgiver, der afgav tilbud på begge kontrakter.

Vejdirektoratet har derfor hverken bevidst eller ubevidst tilrettelagt de to udbud med henblik på at give Strøm Hansen A/S en konkurrencefordel. Vejdirektoratet var nødsaget til at udbyde kontrakten om servicering af glatførestationer fire gange, og det var således ganske tilfældigt, at tildelingstidspunktet faldt, som det gjorde.

Vejdirektoratet er generelt opmærksom på eventuelle konkurrencefordele og på deres udligning. Det fremgår således af Vejdirektoratets ”Udbudsstrategi for udbud af rammeaftaler vedr. glatføremålestationer”, at Vejdirektoratet forud for udbuddet af servicering af glatførestationer var opmærksom på at udligne den eksisterende leverandørs eventuelle konkurrencefordel som følge af dennes særlige kendskab til ydelserne.

Strøm Hansen A/S havde imidlertid ikke en konkurrencefordel under udbuddet af nyindkøb af glatførestationer.

Strøm Hansen A/S leverer service og vedligehold af ca. 149 glatførestationer til i alt 49 kunder ud over Vejdirektoratet. 45 af kunderne er kommuner fordelt i hele landet. Allerede forud for Vejdirektoratets tildeling af kontrakt om servicering af glatførestationer og udløbet af tilbudsfristen for den her omhandlede kontrakt om nyindkøb udførte Strøm Hansen A/S således service og vedligehold af glatførestationer i hele landet. Det har derfor formodningen

imod sig, at Vejdirektoratets tildeling af kontrakt om servicering af glatførestationer skulle have haft betydning for Strøm Hansens A/S' tilbudspris på nyindkøb som påstået.

Hertil kommer, at Vejdirektoratet og Strøm Hansen A/S ikke havde indgået kontrakt om servicering på tidspunktet for tilbudsfristens udløb i VIN6-udbuddet. Tildelingsbeslutningen for udbud af kontrakt om servicering af glatførestationerne - VIN7-udbuddet - blev meddelt 29. juni 2022, det vil sige dagen inden tilbudsfristen den 30. juni 2022 i VIN6-udbuddet. Standstill-perioden var således endnu ikke udløbet, og Strøm Hansen A/S kunne ikke med sikkerhed påregne, at kontrakten om servicering ville blive indgået, da virksomheden afgav tilbud på kontrakt om nyindkøb. Særligt i det konkrete tilfælde, hvor Vejdirektoratet havde været nødsaget til at annullere udbuddet om servicering tre gange, forelå der en væsentlig risiko for, at kontrakten ikke ville blive indgået.

At Strøm Hansen A/S ikke havde en konkurrencefordel understøttes også af, at Strøm Hansen A/S ikke afgav den laveste pris, og at de priser, som Strøm Hansen A/S og FieldSense A/S tilbød, kun adskilte sig marginalt.

Dertil kommer, at Vejdirektoratet hverken havde mulighed for eller pligt til at udligne en eventuel konkurrencefordel.

Vejdirektoratet var således ikke bekendt med – og havde ingen forventning om – at Strøm Hansen A/S ville afgive tilbud på kontrakt om nyindkøb af glatførestationer, hvilket fremgår af Vejdirektoratets ”Udbudsstrategi for udbud af kontrakt vedrørende glatførestationer”.

Strøm Hansen A/S' eventuelle konkurrencefordel ville i øvrigt være lovlig, hvorfor Vejdirektoratet også af den grund ikke var forpligtet til at udligne den, jf. blandt andet Rettens dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, CORDIS, og klagenævnets kendelser af 18. juni 2021, Vamed mod Region Syddanmark, og 27. juli 2022, Edoga A/S mod Københavns Kommune og Aalborg Kommune.

De tilfælde, hvor klagenævnet har fundet, at ordregiver var forpligtet til at udligne en konkurrencefordel, har en helt anden karakter end den foreliggende sag, jf. f.eks. kendelser af 6. maj 2020, DPT mod Næstved Kommune, og af 31. maj 2022, Atea mod Region Sjælland.

En eventuel konkurrencefordel, som Strøm Hansen A/S måtte have haft, må under alle omstændigheder anses for uvæsentlig.

Ifølge FieldSense A/S var Vejdirektoratet forpligtet til at udskyde sin tildelingsbeslutning vedrørende kontrakt om servicering af glatførestationer til efter udløbet af tilbudsfristen for udbuddet af nyindkøb.

Hvorvidt der eksisterer en utilbørlig konkurrencefordel, er imidlertid ikke afgjort af den tidsmæssige forskel, der er mellem tildeling af én kontrakt og afgivelse af tilbud på en anden.

FieldSense A/S' argumentation vil således føre til, at Vejdirektoratet skulle have været forpligtet til at gennemføre de to udbud samtidig, herunder med samtidig tildeling, da enhver forskydning ville have medført en ulovlig konkurrencefordel.

Dette er uproportionalt og lader sig ikke gøre i praksis, idet der er tale om to forskellige kontrakter, der ikke løber parallelt. Den ene vedrører en løbende serviceydelse, mens den anden vedrører en engangsliverance af varer med drift og vedligehold i en sædvanlig garantiperiode. Kontrakterne henvender sig som udgangspunkt heller ikke til de samme markeder.

Såfremt Vejdirektoratet havde gennemført og afsluttet udbuddet af servicering i efteråret 2021 som planlagt, ville FieldSense A/S' argumentation føre til, at Strøm Hansen A/S i juni 2022 skulle have været udelukket fra at deltage i udbuddet af nyindkøb. Dette havde utvivlsomt været i strid med ligebehandlingsprincippet.

FieldSense A/S' bemærkninger om anvendelsen af hasteproceduren i udbudslovens § 57, stk. 5, ved Vejdirektoratets udbud af kontrakt om servicering af glatførestationer er ikke relevant for denne sag, som alene omhandler udbuddet af kontrakt om nyindkøb af glatførestationer. Betingelserne for at anvende hasteproceduren ved udbuddet af servicering af glatførestationer var i øvrigt opfyldt.

#### Ad påstand 2



FieldSense A/S har gjort gældende, at Vejdirektoratets tildelingsbeslutning bør annulleres under hensyn til de overtrædelser af udbudsreglerne, som er begået, jf. det, der er anført ad påstand 1.

Vejdirektoratet har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, da der ikke er sket overtrædelse af udbudsreglerne.

Selv hvis klagenævnet måtte finde, at Vejdirektoratet har overtrådt udbudsreglerne, har overtrædelsen ikke haft betydning for udbuddets resultat og kan derfor ikke begrunde en annulation af tildelingsbeslutningen.

Endelig vil Vejdirektoratet ikke under et eventuelt genudbud kunne udligne den påståede konkurrencefordel. Det samme gør sig gældende i det tilfælde, hvor Vejdirektoratet – uden at annullere udbuddet – vil skulle foretage en ny tildelingsbeslutning. En annulation af tildelingsbeslutningen vil således ikke medføre et for udbuddet andet resultat.

### Ad påstand 3

FieldSense A/S har gjort gældende, at klagenævnet – af hensyn til, at der allerede er indgået kontrakt med Strøm Hansen A/S – af de grunde, der er anført, bør annullere Vejdirektoratets udbud.

Vejdirektoratet har gjort gældende, at udbuddet ikke kan annulleres, allerede fordi Vejdirektoratet har indgået kontrakt med Strøm Hansen A/S, jf. klagenævnets kendelse af 27. juli 2022, Edora A/S mod Københavns Kommune og Aalborg Kommune.

Hertil kommer, at der ikke er begået overtrædelser af udbudsreglerne, der kan begrunde en annulation af udbuddet.

En eventuel konkurrencefordel for Strøm Hansen A/S vil ikke kunne udlignes under et eventuelt genudbud. Vejdirektoratets udligning af en påstået uretmæssig konkurrencefordel under et eventuelt genudbud vil alene kunne bestå i udelukkelse af Strøm Hansen A/S. Dette er der ikke hjemmel til.

### Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Vejdirektoratets udbud af en kontrakt om køb af 29 glatførestationer fordelt over hele landet blev efter udløbet af tilbudsfristen den 30. juni 2022 afsluttet med meddelelsen om tildelingsbeslutningen af 4. juli 2022 og den efterfølgende indgåelse af kontrakt den 21. juli 2022.

Den vindende tilbudsgiver, Strøm Hansen A/S, havde afgivet et tilbud, der var marginalt billigere end tilbuddet fra FieldSense A/S.

Det er FieldSense A/S' synspunkt, at det faktum, at Strøm Hansen A/S den 29. juni 2022 havde modtaget meddelelse om, at virksomheden havde vundet et andet udbud, nemlig genudbuddet af en løbende kontrakt om servicering af ca. 200 glatførestationer fordelt over hele landet, indebærer, at Strøm Hansen A/S havde fået en ulovlig konkurrencefordel, og at Vejdirektoratet har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved ikke at have ventet med at give meddelelse om, at Strøm Hansen A/S havde vundet dette udbud til efter tilbudsfristen den 30. juni 2022 i udbuddet af nyindkøb af glatførestationer.

Klagenævnet tiltræder ikke dette synspunkt.

En offentlig myndighed, der – som i den foreliggende situation – på forskellige tidspunkter udbyder to kontrakter med forskellige genstande, er ikke forpligtet til at koordinere tidspunkterne for meddelelserne om beslutningerne om kontrakttildelelse. Vejdirektoratet var derfor ikke forpligtet til at vente med at give meddelelse om tildelingsbeslutningen i genudbuddet af den løbende kontrakt om servicering til efter udløbet af tilbudsfristen i udbuddet af kontrakten om nyindkøb. Vejdirektoratet har derfor ikke overtrådt principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 som påstået.

At det på nogen måde i øvrigt skulle have givet Strøm Hansen A/S en konkurrencefordel, endsige en ulovlig konkurrencefordel, at opnå viden om, at der var truffet tildelingsbeslutning i genudbuddet dagen før tilbudsfristen i udbuddet om nyindkøb, modsiges af de faktiske forhold, navnlig de afgivne priser.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2 og 3

Allerede fordi Vejdirektoratet har indgået kontrakt med Strøm Hansen A/S, og i øvrigt af de grunde, som er anført ad påstand 1, tages påstandene ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

FieldSense A/S skal i sagsomkostninger til Vejdirektoratet betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig