

# Klagenævnet for Udbud

Årsberetning 2014



# INDHOLDFORTEGNELSE

Forord.....	4
1. Klagenævnet for Udbud .....	5
1.1 Lovgrundlag og etablering.....	5
1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning .....	5
1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat .....	7
1.4 Klagenævnet for Udbuds opgaver, herunder klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder .....	7
1.5 Nævns- og formandsafgørelser .....	10
1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning.....	11
1.7 Sagens forberedelse og afgørelse. Sagsomkostninger .....	12
1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven.....	14
2. Kendelser på udvalgte områder .....	15
2.1 Udvalgte delkendelser og kendelser .....	15
2.1.1 Klageadgang.....	15
Kendelse af 28. april 2014, Henning Larsen Architects A/S mod Region Syddanmark .....	15
Kendelse af 29. april 2014, Scandinavian Air Ambulance Holding AB og Scandinavian MediCopter AB mod Region Midtjylland .....	16
2.1.2 Udbudspligt.....	17
Kendelser af 10. februar og 25. juni 2014, Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregion Nord I/S .....	17
Kendelse af 24. februar 2014, Cafax Gruppen A/S mod DONG ENERGY Oil & Gas A/S .....	18
Kendelse af 7. august 2014, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland.....	18
Kendelse af 16. december 2014, Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune .....	19
2.1.3 Udskiftning af ansøger/tilbudsgiver ved konkurs .....	20
Kendelser af 28. januar og 18. august 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark .....	20
Kendelse af 21. marts 2014, Dansk Byggeri mod Viborg Kommune .....	21
2.1.4 Tilbuds konditionsmæssighed og tilbudsforbehold .....	21
Kendelse af 31. januar 2014, Avaleo ApS mod Vejle Kommune .....	21
Kendelser af 3. juli 2014 og 29. oktober 2014, HHM A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen .....	22
Kendelse af 8. december 2014, Konsortiet 1. NCC Construction Danmark A/S og 2. Krüger A/S mod Hillerød Spildevand A/S .....	23
2.1.5 Øvrige procedureregler m.v.....	24
Kendelse af 24. februar 2014, Cafax Gruppen A/S mod DONG ENERGY Oil & Gas A/S .....	24
Kendelser af 11. marts og 4. november 2014, HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen .....	25
Kendelse af 19. december 2014, GEO mod Vejdirektoratet .....	26
2.1.6 Udbudsbetingelsers indhold og lovlighed .....	27
Kendelse af 24. februar 2014, Cafax Gruppen A/S mod DONG ENERGY Oil & Gas A/S .....	27

2.1.7	Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel.....	27
	Kendelse af 29. april 2014, Scandinavian Air Ambulance Holding AB og Scandinavian Medicopter AB mod Region Midtjylland.....	27
	Kendelse af 1. juli 2014, Havnens Skibsreparationer A/S og Nettobådene A/S mod Trafikselskabet Movia .....	27
2.1.8	Begrundelseskrav ved kontrakttildeling.....	28
	Kendelse af 1. april 2014, Damasec IAG JV mod Udenrigsministeriet .....	28
	Kendelse af 2. maj 2014, Eurographic Danmark A/S mod Ministeriet for Børn og Undervisning ...	28
2.1.9	Håndhævelsesloven, herunder klagenævnets sanktioner .....	29
	Kendelser af 10. februar og 25. juni 2014, begge Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregion Nord I/S.....	29
	Kendelse af 20. maj 2014, Maxys A/S og Solid Software Development ApS mod Region Sjælland.....	29
	Kendelse af 15. december 2014, BSN Medical AB mod Region Sjælland .....	30
2.1.10	Præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen.....	31
	Kendelser af 28. januar og 18. august 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark .....	31
2.1.11	Aktindsigt.....	31
	Kendelse af 5. maj 2014, Dansk Byggeri mod Sønderborg Kommune .....	31
	Kendelse af 8. juli 2014, Computerworld Denmark mod Statens It.....	32
3.	Danske domme.....	33
3.1	Domstolenes behandling af klagenævnets kendelser .....	33
	Retten i Lyngbys dom af 15. maj 2014, Rent A/S mod Rudersdal Kommune, jf. klagenævnets kendelse af 1. juli 2013 .....	33
	Højesterets kendelse af 27. november 2014, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, jf. klagenævnets kendelse af 3. november 2011.....	33
4.	Klagenævnet for Udbuds virksomhed i 2014 .....	35
4.1	Indkomne klager.....	35
4.2	Standstill-sager og andre sager vedrørende opsættende virkning .....	35
4.3	Nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde.....	36
4.4	Afgjorte sager samt udfaldet heraf .....	37
4.5	Afsagte erstatningskendelser .....	38
4.6	Gennemsnitlig sagsbehandlingstid.....	38
4.7	Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (procentvis fordeling) .....	39
4.8	Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager (vist procentvist kumulativt).....	40
4.9	Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (procentvis fordeling) .....	41
4.10	Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (vist procentvist kumulativt) .....	41
5.	Andre aktiviteter i klagenævnet .....	43

## FORORD

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

Årsberetningens kapitel 1 indeholder en redegørelse for klagenævnets lovgrundlag og etablering og for klagenævnets sammensætning, herunder formandskabet, der nu består af 5 landsdommere og 3 byretsdommere, klagenævnets sagkyndige og sekretariat.

Kriterierne for udvælgelsen af de kendelser, der behandles i kapitel 2, er, om kendelserne må anses for principielle eller i øvrigt af særlig interesse. Det er ved omtalen tilstræbt at tilkendegive, hvilke aspekter klagenævnet har fundet særligt interessante. Klagenævnets kendelser offentliggøres i øvrigt løbende på nævnets hjemmeside, [www.klfu.dk](http://www.klfu.dk).

Årsberetningens kapitel 3 indeholder statistiske oplysninger om klagenævnets virksomhed og kommentarer hertil. Klagenævnet modtog i 2014 120 klager. Det var udtryk for en beskedent stigning i forhold til 2013, hvor antallet af klager var 107. Sagsantallet har således stabiliseret sig på et markant lavere niveau end i 2010, 2011 og 2012, hvor nævnet modtog 182, 178 og 161 klager. Faldet må som anført i årsberetningen for 2013 kædes sammen med ændringer i regelsættet. Ændringerne indebar bl.a. en væsentlig forhøjelse af klagegebyret i de fleste sager til 20.000 kr. og en forøget procesrisiko for klagerne, der nu risikerer at blive pålagt at betale sagsomkostninger til den indklagede myndighed. Sagsbehandlingstiden i klagenævnet har udviklet sig positivt og er således nedbragt yderligere i 2014. 33 % af alle sager blev i 2014 sluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen. I løbet af de første to måneder efter klagens modtagelse blev ca. 54 % af alle sager sluttet, medens 60 % af alle sager blev sluttet i løbet af tre måneder fra klagens modtagelse. Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid for 2014 er opgjort til fem måneder mod syv måneder i 2013.

Med det fremsatte lovforslag til en ny dansk udbudslov baseret på Udbudslovsudvalgets arbejde med implementering af udbudsdirektivet får klagenævnet en ny lov at håndhæve. Der er endvidere lagt op til visse ændringer af håndhævelsesloven, og lovens titel ændres samtidig til Lov om Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet ser frem til at arbejde med de nye regler, der ifølge lovforslaget skal træde i kraft den 1. oktober 2015.

Michael Ellehaug

Klagenævnet for Udbud, formand

København, maj 2015

# 1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD

## 1.1 Lovgrundlag og etablering

Klagenævnet for Udbud er et domstolslignende klagenævn. Klagenævnet blev etableret i 1992 med det formål at opfylde Danmarks forpligtelser i henhold til kontroldirektiverne (direktiv 89/665/EØF og direktiv 92/13/EØF). I 2007 blev der vedtaget et ændringsdirektiv (direktiv 2007/66/EF) til kontroldirektiverne. Ændringsdirektivet blev implementeret i 2010 med vedtagelsen af håndhævelsesloven (lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.). Håndhævelsesloven er efterfølgende ændret ved lov nr. 1556 af 21. december 2010, lov nr. 618 af 14. juni 2011, lov nr. 1231 af 18. december 2012 og lov nr. 511 af 27. maj 2013. Det blev i 2011 endvidere fastsat, at håndhævelsesloven også skal anvendes i forhold til udbud vedrørende forsvars- og sikkerhedsdirektivet, jf. bekendtgørelse nr. 892 af 17. august 2011.

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

Erhvervs- og vækstminister Henrik Sass Larsen har den 18. marts 2015 fremsat forslag til en udbudslov (lovforslag L 164), der skal implementere det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014). Lovforslaget fastsætter procedureregler for alle offentlige indkøb og ændrer håndhævelsesloven, der herefter får titlen "Lov om Klagenævnet for Udbud". Loven skal ifølge lovforslaget træde i kraft den 1. oktober 2015. Klagenævnets høringsvar, der også nævner spørgsmålet om implementering af det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv og det nye koncessionsdirektiv, kan ses på klagenævnets hjemmeside.

## 1.2 Klagenævnet for Udbuds sammensætning

Klagenævnets organisation er fastlagt i håndhævelseslovens § 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 erhvervs- og vækstministeren for en periode på op til 4 år. Der er mulighed for genudpegning.

Formandskabet består af 5 landsdommere og 3 byretsdommere. Formanden tilrettelægger arbejdet i klagenævnet og dets sekretariat og udpeger en formand i den enkelte sag blandt formandskabets medlemmer. Formanden i den enkelte sag udpeger herefter den sagkyndige, der skal deltage i sagens behandling. Klagenævnets formand kan i særlige tilfælde beslutte at udvide antallet af medlemmer fra formandskabet og sagkyndige medlemmer, som skal deltage i afgørelsen af sagen. Herom henvises til punkt 1.5 nedenfor.

Klagenævnets sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til bl.a. bygge- og anlægsvirksomhed, offentlig indkøbsvirksomhed, transportvirksomhed, forsyningsvirksomhed eller

har juridisk sagkundskab. Klagenævnets 20 sagkyndige medlemmer er udpeget efter indstilling fra de ministerier og organisationer, der er tillagt indstillingsret i klagenævnsbekendtgørelsen. De sagkyndige medlemmer er uafhængige i deres hverv som sagkyndige i klagenævnet og er således hverken undergivet instruktionsbeføjelse eller tilsyn fra den myndighed eller organisation, hvor de har deres hovedbeskæftigelse, eller fra den indstillingsberettigede myndighed eller organisation.

Klagenævnets formandskab har i 2014 været sammensat af følgende dommere:

Formand for Klagenævnet for Udbud:

Landsdommer, ph.d. Michael Ellehauge

Klagenævnets øvrige formandskab:

- Landsdommer Kirsten Thorup
- Byretsdommer Niels Feilberg Jørgensen
- Landsdommer Erik P. Bentzen
- Landsdommer Nikolaj Aarø-Hansen
- Landsdommer, LL.M. Katja Høegh
- Byretsdommer Poul Holm
- Byretsdommer Mette Langborg
- Landsdommer Michael Kistrup (indtil 27. august 2014)

Klagenævnets sagkyndige medlemmer var i 2014:

- Kontorchef Helle Bøjen Larsen
- Kontorchef Trine Heidemann Garde
- Adm. direktør Knud Erik Busk
- Chefkonsulent Michael Jacobsen
- Chefkonsulent Vibeke Steenberg
- Indkøbschef Allan Åge Christensen
- Head of Legal Competition & Tender Law, Senior Manager Pernille Hollerup
- Juridisk chef Anne-Mette Udsen
- Chefkonsulent Erik Bøgward Christiansen
- Direktør Erik Stensig Poulsen
- Projektdirektør Henrik Fausing
- Underdirektør Jan Eske Schmidt
- Adm. direktør, advokat Kirsten Thøgersen
- Bygherrerådgiver, cand.jur., mediator Lene Ravnholt
- Chefjurist Preben Dahl
- Politisk-økonomisk konsulent Sidse Buch
- Professor, ph.d. Steen Treumer
- Advokat Stephan Falsner
- Advokat Helle Carlsen
- Adm. direktør Birgitte Dam Kræmmergaard (en del af 2014)

- Legal Manager Palle Skaarup (en del af 2014)

### 1.3 Klagenævnet for Udbuds sekretariat

Klagenævnets sekretariat er placeret i Erhvervsstyrelsen under Erhvervs- og Vækstministeriet. Klagenævnets formand er faglig leder af sekretariatet, der består af 3 juridiske fuldmægtige, 1 sekretær og 2 studenter.

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

Sekretariatet bestod i 2014 af følgende medarbejdere:

- Fuldmægtig Nancy Elbouridi (advokatuddannet)
- Fuldmægtig, cand.jur. Christina Kønig Mejl
- Fuldmægtig Kristian Aagaard Bach Mortensen (advokatuddannet)
- Sekretær Joan Bach (fra 1. maj 2014)
- Stud.jur. Anita Carrelo (fra 27. november 2014)
- Sekretær Thomas Schapiro (indtil 30. april 2014)
- Studerende Asta-Marie Wellejus (indtil 19. december 2014)

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

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

Klagenævnet behandler således primært klager over overtrædelser af:

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

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

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

Klagenævnets hovedopgave er at træffe konkrete afgørelser i konkrete klagesager. Når klagenævnet undertiden afsiger principielle kendelser, kommer dette ofte til udtryk på den måde, at klagenævnet



fremkommer med nogle generelle udtalelser om retsreglernes nærmere indhold. Der kan være grund til at advare imod overfortolkning af klagenævnets kendelser og imod, at disse tages som udtryk for at være af vidererækkende betydning, uden at der er dækning herfor i den pågældende kendelse. Der henvises herved til artiklen i Ugeskrift for Retsvæsen 2013 B, side 241 ff. (U.2013B.241, Michael Ellehauge: Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler, punkt 1).

Klagenævnets kendelser er som retskilde underordnet domme fra de danske domstole og fra EU-Domstolen. Klagenævnets praksis siden 1992 og navnlig kendelser afsagt inden for de seneste 10 år må imidlertid anses for en vigtig retskilde ved anvendelsen af udbudsreglerne i Danmark. Endvidere har klagenævnet den fordel at kunne agere hurtigere end domstolene. Klagenævnets gennemsnitlige sagsbehandlingstid for udbudssager var således i 2014 på 5 måneder, hvortil kommer bl.a., at 60 % af sagerne færdigbehandles i løbet af de første 3 måneder, efter at klagen er modtaget. Der henvises til årsberetningens kapitel 4.

#### *Klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder*

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

#### *Opsættende virkning*

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

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

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

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

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

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

Uanset at en afgørelse om opsættende virkning ikke indeholder en endelig vurdering og dermed en materiel afgørelse i sagen, vil klagenævnets "fumus-kendelse" således ofte i praksis tjene til at vejlede den part, som kendelsen går imod, om, at sagen skal tilføres noget nyt, hvis parten skal have en chance for at få medhold i klagenævnets senere materielle kendelse i sagen. Årsberetningen indeholder i kapitel 4 oplysning om antallet af delkendelser vedrørende opsættende virkning afsagt i 2014.

I sagen Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland, hvor klagenævnet har afsagt kendelse den 7. august 2014, har klagenævnet tillagt en klage opsættende virkning. Kendelsen er omtalt i kapitel 2 under emneordet "Udbudspligt".

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

Hvis klagenævnet vurderer, at en sag kan afgøres på det foreliggende grundlag, kan klagenævnet i stedet for beslutte at afgøre selve sagen, således at klagenævnet ikke træffer afgørelse om opsættende virkning. Parterne vil i den anledning få lejlighed til at fremkomme med supplerende proceskrifter. Der er i 2014 afsagt 4 sådanne kendelser.

#### *Øvrige sanktionsmuligheder*

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

- suspendere ordregiverens udbudsprocedure eller beslutninger i forbindelse med en udbudsforretning
- 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.

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

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

## 1.5 Nævns- og formandsafgørelser

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

### *Nævnsafgørelser*

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

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

I 2014 er muligheden for en udvidet besætning anvendt i 1 sag, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark. I sagen, der udspringer af E. Phil & Søn A/S' konkurs, blev der afsagt delkendelse om opsættende virkning den 28. januar 2014 og den 18. august 2014 kendelse om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen. Kendelsen er omtalt i kapitel 2 under emneordet "Udskiftning af ansøger/tilbudsgiver ved konkurs" og "Præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen".

### *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 2014 er der således kun afsagt 2 materielle kendelser uden deltagelse af et sagkyndigt medlem: Kendelse af 18. juli 2014, Kontech A/S og ES Stålintustri ApS mod Boligorganisationen Tårnbyhuse, og kendelse af 6. august 2014, Mermaid A/S mod Midttrafik.

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

## 1.6 Betingelserne for at klage og klagevejledning

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

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

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

Ved klage over overtrædelser af EU's udbudsdirektiver skal der betales et gebyr på 20.000 kr., mens der ved klage over overtrædelser af tilbudsloven skal betales et gebyr på 10.000 kr. Indbetales gebyret ikke inden udløbet af en frist, som klagenævnet har fastsat, afvises klagen.

Klagen skal indeholde påstande, der præcist beskriver de overtrædelser, som klagenævnet skal tage stilling til. Klagenævnet er bundet af parternes påstande og anbringender (argumenter) og kan således ikke tilkende en part mere, end parten har påstået, eller tage hensyn til argumenter, som ikke er anført (håndhævelseslovens § 10, stk. 1). Klagenævnet kan derfor ikke bistå med formulering af brugbare påstande, men klagenævnet kan vejlede klageren herom. Hvis påstandene efter en sådan vejledning fortsat er uegnede som grundlag for behandling af sagen, afviser klagenævnet de pågældende påstande eller klagen i sin helhed.

Det er yderligere en betingelse for at klage, at klageren har retlig interesse. Klageberettigede er virksomheder, der har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som mener at have lidt et tab som følge af en overtrædelse af udbudsreglerne. Typisk vil klageren have ansøgt om prækvalifikation eller have afgivet tilbud, men også virksomheder, som reelt ville have kunnet ansøge om prækvalifikation eller ville have kunnet afgive tilbud (potentielle ansøgere/tilbudsgivere) kan have retlig interesse. Kan klageren ikke sandsynliggøre at have retlig interesse i sagen, afvises klagen. Klagenævnet har truffet en række afgørelser, der belyser kravet om retlig interesse. Nogle af disse afgørelser er omtalt i kapitel 2 under emneordet "Klageadgang" og i den praksisoversigt, der findes på klagenævnets hjemmeside i tilknytning til årsberetningen.

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

Klageren skal endvidere overholde de klagefrister, der er fastsat i håndhævelsesloven. Klagefristerne for klager omfattes af tilbudsloven begynder først at løbe, såfremt underretningen fra ordregiveren indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.

Klagefristerne er i hovedtræk:

Klagefristen for ikke at være blevet prækvalificeret: 20 kalenderdage

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

Klagefristen for "almindelige kontrakter": 45 kalenderdage

Klagefristen for rammeaftaler: 6 måneder

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 håndhævelsesloven finder fristberegningsforordningen (rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter) anvendelse.

## 1.7 Sagens forberedelse og afgørelse. Sagsomkostninger

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

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

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

Klagenævnet kan tillade, at en tredjemand indtræder (intervenere) i sagen til fordel for klageren eller ordregiveren (håndhævelseslovens § 6, stk. 3, og - hvis der er spørgsmål om uden virkning - § 6, stk. 5, ). Det er en betingelse for intervention, at sagen har væsentlig betydning for den, der ønsker at intervenere. Intervention efter håndhævelsesloven svarer til biintervention efter retsplejelovens regler, og intervenienten kan således ikke nedlægge selvstændige påstande og fremføre egne anbringender. Spørgsmålet om intervention indgik i kendelse af 29. november 2013, Kinnarps A/S' anmodning om genoptagelse og tilladelse til intervention i sagen EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden.

Det er klagenævnets ansvar, at sagen er tilstrækkeligt oplyst. Klagenævnet kan anmode klageren, indklagede eller en tredjemand, der er indtrådt i sagen som intervenient, om at tilvejebringe oplysninger, som skønnes at have betydning for sagen (klagenævnsbekendtgørelsens § 6, stk. 2). Klagenævnet er derimod afskåret fra af egen drift at tage spørgsmål om fejl op til behandling, idet parternes påstande og argumenter udgør rammen for klagenævnets prøvelse (håndhævelseslovens § 10, stk. 1).

Når skriftvekslingen er afsluttet, er det udgangspunktet, at sagen afgøres på skriftligt grundlag, medmindre formanden i sagen beslutter at afholde mundtlig forhandling, hvilket kun sker i et mindre antal sager. En mundtlig forhandling forløber typisk således, at parternes påstande og sagens centrale dokumenter gennemgås. Det er muligt at supplere oplysningsgrundlaget med forklaringer, der afgives under mødet, men det vil som regel være mest hensigtsmæssigt, at der i stedet afgives skriftlige erklæringer til klagenævnet. Mødet afsluttes med, at parterne eller deres advokater fremkommer med deres afsluttende bemærkninger (procedure), hvorefter sagen optages til afgørelse. Voteringen påbegyndes normalt umiddelbart derefter. I nogle tilfælde anser klagenævnet den indledende præsentation af sagens dokumenter m.v. for unødvendig. Klagenævnet vil i så fald meddele, at klagenævnet har sat sig ind i sagens dokumenter og parternes synspunkter i processkrifterne. Klagenævnet kan eventuelt ønske forskellige afklarende spørgsmål besvaret. Herefter kan parternes advokater gå direkte til proceduren. De mundtlige forhandlinger i klagenævnet har typisk en varighed på 4-5 timer, mens varigheden i de største sager er 1-2 dage. Der har i 2014 været afholdt møde i 4 sager, mens 67 sager er afgjort på skriftligt grundlag. Der henvises i øvrigt til oversigten over nævnsbehandling på skriftligt grundlag eller møde i kapitel 4.

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

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

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

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

Sagens parter modtager den afsagte kendelse to dage før, at den offentliggøres på [www.klfu.dk](http://www.klfu.dk).

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

### 1.8 Aktindsigtssager efter offentlighedsloven

Klagenævnets aktindsigtssager efter offentlighedsloven omfatter:

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

Sagerne om aktindsigt efter offentlighedsloven adskiller sig væsentligt fra de sager om overtrædelser af udbudsreglerne, der efter håndhævelsesloven skal afgøres af klagenævnet. Der er således typisk tale om afgørelser af sagsbehandlingsmæssig karakter, og sagerne afgøres derfor normalt uden afsigelse af kendelse, men sluttet med en afgørelse i brevform. Der medvirker ikke sagkyndige ved disse afgørelser. Afgørelsen vil ofte blive truffet af en juridisk fuldmægtig i klagenævnets sekretariat efter bemyndigelse fra klagenævnets formand.

## 2. KENDELSER PÅ UDVALGTE OMRÅDER

Alle materielle kendelser og erstatningskendelser offentliggøres på klagenævnets hjemmeside, [www.klfu.dk](http://www.klfu.dk). Endvidere offentliggøres delkendelser vedrørende opsættende virkning og aktindsigts-afgørelser, hvis de har almen interesse. I det følgende omtales en række kendelser fra 2014, som alle er offentliggjort på [www.klfu.dk](http://www.klfu.dk). Nogle af kendelserne har egentlig principiel karakter. Andre vedrører problemstillinger, som uanset deres konkrete karakter må antages at være af interesse for en bredere kreds.

Kendelserne er kategoriseret under følgende udvalgte emneord:

- Klageadgang
- Udbudspligt
- Udskiftning af ansøger/tilbudsgiver ved konkurs
- Tilbuds konditionsmæssighed og tilbudsforbehold
- Øvrige procedureregler m.v.
- Udbudsbetingelsers indhold og lovlighed
- Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel
- Begrundelseskrav ved kontraktstildeling
- Håndhævelsesloven, herunder klagenævnets sanktioner
- Præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen
- Aktindsigt

### 2.1 Udvalgte delkendelser og kendelser

#### 2.1.1 Klageadgang

Kendelse af 28. april 2014, Henning Larsen Architects A/S mod Region Syddanmark

Sagen drejer sig om, hvorvidt en underleverandør, Henning Larsen Architects A/S, til et tilbudsgiver-konsortium var klageberettiget efter håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1, (kravet om retlig interesse). Konsortiet havde deltaget i og afgivet endeligt og bindende tilbud i en konkurrencepræget dialog efter udbudsdirektivet om en OPP-opgave om etablering og drift af en sygehusafdeling. Klagen fra arkitektfirmaet drejede sig om tildelingsbeslutningen, hvor en anden virksomhed end det konsortium, som arkitektfirmaet skulle være underleverandør til, havde fået kontrakten tildelt.

Klagenævnet udtalte, at efter lovens § 6, stk. 1, nr. 1, kan enhver, der har retlig interesse, indgive klage. Navnlig tilbudsgivere og ansøgere om prækvalifikation eller potentielle tilbudsgivere og potentielle ansøgere om prækvalifikation har den fornødne retlige interesse. Det følger i øvrigt af klagenævnets praksis, at begrebet "retlig interesse" ikke bør fortolkes snævert. Det kræves imidlertid, at klageren har en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er tilsidesat. Potentielle underleverandører til tilbudsgivere har som udgangspunkt ikke en sådan konkret retlig interesse, at de har selvstændig adgang til at klage til klagenævnet. En underleverandør, som det på forhånd er fastlagt skal anvendes, kan dog have en tilstrækkelig retlig interesse til at



være klageberettiget. Arkitektfirmaet var ikke angivet som "fast underleverandør" i tilbuddet, og klagenævnet fandt det på den baggrund ikke godtgjort, at Henning Larsen Architects A/S havde en så tilstrækkelig klar og direkte interesse i klagen, at arkitektfirmaet var klageberettiget efter håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1. Klagen blev derfor afvist.

Kendelsen bør sammenholdes med klagenævnets kendelse af 29. april 2014, Scandinavian Air Ambulance Holding AB og Scandinavian MediCopter AB mod Region Midtjylland (se nedenfor), hvor en underleverandør blev anset for klageberettiget.

Kendelse af 29. april 2014, Scandinavian Air Ambulance Holding AB og Scandinavian MediCopter AB mod Region Midtjylland

I sagen var spørgsmålet indledningsvis, om klagen havde automatisk opsættende virkning efter håndhævelseslovens § 12, stk. 2. Klagen var fremsendt til Region Midtjylland inden standstill-fristens udløb, men først til klagenævnet efter fristens udløb. Klagenævnet anså ikke klagen for omfattet af håndhævelseslovens § 12, stk. 2. Om den omvendte situation, hvor klagen var indleveret rettidig til klagenævnet, men ikke sendt i kopi til indklagede, se klagenævnets kendelse af 6. januar 2014, KMD A/S mod Aalborg Kommune.

Sagens første hovedspørgsmål var herefter, om Scandinavian Air Ambulance Holding AB (SAA) og Scandinavian MediCopter AB (SMC) havde en tilstrækkelig konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne var tilsidesat, idet klagen ikke var indgivet af det selskab, der var blevet prækvalificeret og havde afgivet tilbud. Den ene klager (SAA) ejede 50 % af kapitalen i det selskab, der afgav tilbud. Den anden klager (SMC) var ejet af SAA. SMC var væsentlig underleverandør til det selskab, der havde afgivet tilbud.

Klagenævnet vurderede, at ejerskab til henholdsvis tilbudsgiveren og en underleverandør ikke var tilstrækkeligt til, at SAA havde retlig interesse i klagen, og klagen fra SAA blev derfor afvist. Det kunne konkret lægges til grund, at SMC var en væsentlig underleverandør. Det var en forudsætning for tilbudsgiveren, at denne baserede sig på underleverandører. Det var endelig et krav fra regionen, at en underleverandør ikke blev udskiftet uden regionens accept. Klagenævnet vurderede, at SMC under disse omstændigheder havde retlig interesse i klagen.

Fra klagenævnets praksis vedrørende retlig interesse og klageadgang kan i øvrigt nævnes bl.a. klagenævnets kendelse af 28. april 2014, Henning Larsen Architects A/S mod Region Syddanmark (omtalt ovenfor), kendelse af 8. januar 2014, Kinnarps A/S mod Region Hovedstaden, kendelse af 31. januar 2013, Easy-Climb ApS mod Trafikselskabet Movia, kendelse af 8. november 2011, Gregers Juel mod Nyborg Kommune, og kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet.

Sagens andet hovedspørgsmål var herefter, om regionen havde anvendt en uegnet evalueringsmodel i forhold til underkriteriet "Økonomi". Regionen havde anvendt en pointmodel, hvorefter tilbud med en tilbudspris på 1.100 mio. kr. blev tildelt 1 point, tilbud med en tilbudspris på 600 mio. kr. blev tildelt 10 point, og pointene mellem disse yderpunkter blev tildelt ved lineær interpolation. Det fremgik imidlertid af udbudsbetingelserne, at tilbud med en tilbudspris over regionens budgetramme på 850

mio. kr. ville blive erklæret ukonditionsmæssige. Indklagedes fastsættelse af den maksimale pris, der kunne tildeles 1 point, til et beløb på 1.100 mio. kr. ville således medføre, at den nederste del af indklagedes pointskala i relation til underkriteriet "Økonomi" var uden realitet, da denne del af skalaen var reserveret til ukonditionsmæssige tilbud. Klagen blev derfor taget til følge. Afgørelsen er indbragt for domstolene.

### 2.1.2 Udbudspligt

Kendelser af 10. februar og 25. juni 2014, Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregion Nord I/S

Kendelsen af 10. februar 2014 drejede sig om etablering af et samarbejde mellem to fælleskommunale selskaber med hensyn til håndtering af forbrændingseget affald. Hovedspørgsmålet i sagen var, om betingelserne for at indgå aftale uden udbud var opfyldt. Kendelsen af 25. juni 2014 drejede sig om, hvorvidt klagenævnet kunne ændre den tidligere kendelse for så vidt angår det tidspunkt, hvor aftalen skulle være bragt til ophør.

Klagenævnet udtalte indledningsvis, at det forhold, at begge parter i aftalen var offentligretlige organer, ikke i sig selv førte til, at aftalen ikke var udbudspligtig, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 18. november 1999 i sag C-107/98, Teckal, præmis 51. Parterne i aftalen var to parallelle fælleskommunale selskaber, og spørgsmålet var derfor, om betingelserne for at anvende undtagelsen om "horisontale aftaler" var opfyldt. Ved "horisontale aftaler" forstås aftaler, hvorved der oprettes et samarbejde mellem offentlige enheder, der har til formål at sikre gennemførelse af en fælles public service opgave. Betingelserne for at anvende undtagelsen om horisontale aftaler var, da kendelsen blev afsagt, alene reguleret i retspraksis fra EU-Domstolen, jf. bl.a. dom af 9. juni 2009 i sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland, dom af 19. december 2012 i sag C-159/11, di Lecce, og dom af 13. juni 2013 i sag C-386/11, Piepenbrock. Den konkrete aftale indgik i en flerhed af aftaler og skulle sikre, at den ene part i aftalen kunne bortskaffe forbrændingseget affald, som parten ikke selv havde kapacitet til at bortskaffe. Aftalen forpligtede ikke parterne gensidigt til at afhjælpe kapacitetsproblemer hos hinanden, og der var heller ikke andre forpligtelser ud over den rene levering af affald til bortskaffelse mod betaling. Efter en konkret vurdering af aftalen fandt klagenævnet, at der ikke forelå et gensidigt samarbejde om en fælles public service opgave. Klagen blev derfor taget til følge. Aftalen blev i konsekvens heraf erklæret for uden virkning, idet der ikke var udsendt en profylaksebekendtgørelse, og idet der ikke i øvrigt var tilstrækkeligt grundlag for at anvende undtagelsesbestemmelsen i håndhævelseslovens § 17, stk. 3. Kontrakten blev erklæret for uden virkning fra den 1. juli 2014, idet der samtidig blev fastsat en alternativ sanktion på 500.000 kr., jf. håndhævelseslovens § 18, stk. 2, nr. 3.

Affaldsregion Nord I/S tog klagenævnets kendelse af 10. februar 2014 til efterretning og iværksatte et offentligt udbud af aftalen efter udbudsdirektivet. Ved tilbudsfristens udløb konstaterede Affaldsregion Nord I/S, at der var fejl i udbuddet, der derfor blev annulleret, men straks efter genudbudt. Tidsplanen i det nye udbud medførte, at aftale først kunne forventes indgået den 1. september 2014. Affaldsregion Nord I/S anmodede derfor klagenævnet om at genoptage sagen med henblik på at ændre det tidspunkt, hvor aftalen skulle være uden virkning, fra den 1. juli 2014 til den 1. september 2014.

Ved kendelsen af 25. juni 2014 traf klagenævnet afgørelse i anledning af Affaldsregion Nord I/S' anmodning. Efter en samlet vurdering, hvori indgik, at Sønderborg Affald A/S ikke protesterede mod en forlængelse, at Affaldsregion Nord I/S ved at iværksætte et udbud loyalt havde søgt at efterleve klagenævnets kendelse af 10. februar 2014, og at væsentlige samfundsmæssige interesser af ikke-økonomisk karakter talte for forlængelsen, tog klagenævnet ved kendelsen anmodningen til følge således, at kontrakten skulle være uden virkning fra den 1. september 2014. Der blev samtidig fastsat en supplerende økonomisk sanktion på 185.000 kr.

Fra klagenævnets praksis vedrørende genoptagelse kan i øvrigt nævnes bl.a. kendelse af 31. januar 2012, Noe Net A/S mod Sikkerhedsstyrelsen, kendelse af 29. november 2013, Kinnarps A/S mod Region Hovedstaden, og kendelse af 8. maj 2012, PH-Byg Faaborg A/S mod Faaborg Menighedsråd. I ingen af sagerne, der alle angik anmodning om genoptagelse med henblik på, at der kunne nedlægges nye påstande, blev anmodningen taget til følge.

Kendelse af 24. februar 2014, Cafax Gruppen A/S mod DONG ENERGY Oil & Gas A/S (se afsnit 2.1.5 nedenfor)

Kendelse af 7. august 2014, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland

En regions patologifdelinger blev pr. 1. april 2014 slået sammen, forventeligt med fysisk sammenlægning på et af regionens hospitaler i løbet af 2018. Regionen indrykkede en profylaksebekendtgørelse i medfør af håndhævelseslovens § 4 om, at regionen påtænkte at indgå kontrakt med en virksomhed vedrørende immunhistokemisk analyseudstyr i henhold til proceduren udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i medfør af udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra b. En konkurrent til virksomheden indgav klage med påstand om, at regionen ved beslutningen om kontrakttildelelse havde handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28. Klageren nedlagde tillige en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen og anmodede klagenævnet om at tillægge klagen opsættende virkning. Regionen begrundede proceduren med, at et leverandørskifte på grund af "teknisk beskaffenhed vil medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse, jf. udbudsdirektivet art. 31, stk. 2, litra b." Regionen gjorde gældende, at de påtænkte indkøb ville være supplerende køb til udvidelse af allerede foretagne indkøb.

Klagenævnet udtalte om anmodningen om opsættende virkning, der var indgivet efter udløbet af standstill-perioden, men inden kontraktindgåelsen, at ordregivere efter udbudsdirektivets artikel 28 alene i "de tilfælde og under de omstændigheder, der udtrykkeligt er nævnt i artikel ... 31, kan anvende udbud med forhandling ... uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse". Klagenævnet fremhævede, at undtagelsesbestemmelsen i artikel 31 skal fortolkes indskrænkende, og at det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at bestemmelsens betingelser er opfyldt. Klagenævnet henviser i denne forbindelse til EU-Domstolens dom af 8. april 2008 i sag C-337/05, Kommissionen mod Italien, præmis 57 og 58. Klagenævnet vurderede vedrørende "fumus boni juris", at regionen i forbindelse med sin beslutning snarere end at foretage supplerende leveringer var i færd med at foretage et systemvalg på tværs af regionens hospitaler. Det var derfor umiddelbart klagenævnets vurdering, at påstanden om, at udbudsdirektivets artikel 28 var overtrådt, ville blive taget til følge, og at

tildelingsbeslutningen ville blive annulleret. Klagenævnet vurderede vedrørende "uopsættelighed", at også denne betingelse var opfyldt, idet skadevirkningen ved, at indklagede ikke havde udbudt kontrakten, ikke kunne afhjælpes ved erstatning. Vedrørende betingelsen om "interesseafvejning" bemærkede klagenævnet, at "klagerens interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, vejer tungere end indklagedes interesse i at kunne fortsætte den proces, indklagede har iværksat med henblik på, at der indgås kontrakt." Denne betingelse var derfor også opfyldt, og klagenævnet tillagde herefter klagen opsættende virkning. Efter denne afgørelse tog regionen "bekræftende til genmæle overfor de i klageskriftet indeholdte påstande". Klageren fortsatte således ikke sagen, men anmodede klagenævnet om at træffe afgørelse om tildeling af sagsomkostninger. Klagenævnet besluttede, at regionen skulle betale 50.000 kr. i sagsomkostninger til klageren.

Kendelse af 16. december 2014, Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune

Ringkøbing-Skjern Kommune udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet en rammeaftale om køb af handicapbiler og indretning heraf. Tildelingskriteriet var fastsat til "laveste pris". En forbigået tilbudsgiver påstod kommunens tildelingsbeslutning annulleret under henvisning til, at ordregiveren havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, subsidiært i henhold til EUF-traktaten, ved ikke at have afvist tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver.

Klagenævnet tog ikke påstandene til følge, da de nævnte regler ikke fandt anvendelse på aftalen. Klagenævnet gentog indledningsvis under henvisning til klagenævnets kendelse af 21. august 2013, Bandagist-Centret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl., og den deri anførte retspraksis fra EU-Domstolen, at det er en betingelse for at anse en aftale for at være gensidigt bebyrdende, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, at den ordregivende myndighed får leveret en ydelse, som myndigheden har en direkte økonomisk interesse i, mod at betale et vederlag. Den udbudte kontrakt angik efter såvel udbudsbekendtgørelsen som udbudsbetingelserne kun køb efter bevilling efter servicelovens § 114. Det fremgik endvidere – i overensstemmelse med servicelovgivningens regler – at støtte til køb af bil ydes som et rentefrit lån, som ansøgeren kan anvende til køb af bil efter servicelovens § 114. Borgerne kunne dermed frit vælge at købe en bil fra en anden leverandør mod selv at betale en eventuel merpris. Klagenævnet konstaterede på den baggrund, at det var de støtteberettigede borgere, der skulle indgå konkrete købsaftaler, og at borgerne blev ejere af de indkøbte biler. Kommunen blev ikke ved den ydede støtte frigjort fra andre forpligtelser end pligten til at yde støtte som lån. Kommunen havde i henhold til servicelovgivningens regler som kreditor alene en vis indirekte interesse i bilens værdi i de tilfælde, hvor støttemodtageren afgik ved døden eller ansøgte om en ny handicapbil. Kommunens udbetaling af støtte i form af et lån var herefter ikke betaling af en modydelse. Da kommunens aftale med den vindende tilbudsgiver herefter ikke angik indkøb af biler til kommunen, var den – uanset at den udtrykkeligt var udbudt i henhold til udbudsdirektivet – ikke omfattet af reglerne i dette direktiv, hvorfor klagenævnet ikke tog påstandene herom til følge. Henset til den accessoriske karakter, som kommunens aftale med den vindende tilbudsgiver havde i forhold til de aftaler, som de støtteberettigede borgere eventuelt selv måtte indgå med den vindende tilbudsgiver, var der endvidere ikke grundlag for at antage, at denne aftale skulle have selvstændig grænseoverskridende interesse. Klagenævnet fandt allerede derfor heller ikke grundlag for at tage påstanden om overtrædelse af EUF-traktatens ligebehandlingsprincip til følge.

### 2.1.3 Udskiftning af ansøger/tilbudsgiver ved konkurs

Kendelser af 28. januar og 18. august 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark

Banedanmark udbød som begrænset udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt om bygge- og anlægsarbejder, "TP 4 Urban Tunnels", i forbindelse med anlæg af en ny jernbanelinje mellem København og Ringsted. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Banedanmark prækvalificerede den 20. juni 2013 5 virksomheder, bl.a. "MTH-Züblin JV" og "JV Phil-Aarsleff-TP 4 Urban Tunnel I/S" (herefter "Phil-Aarsleff I/S"). Sidstnævnte bestod af interessenterne E. Pihl & Søn A/S (herefter "Phil") og Per Aarsleff A/S (herefter "Aarsleff"). Pihl og Aarsleff indgik den 26. august 2013 en joint venture-aftale om interessentskabet. Ligeledes den 26. august 2013 blev der afsagt konkursdekret over Phil. På trods af konkursen afgav Phil-Aarsleff I/S den 27. august 2013 1. tilbud, der var underskrevet af Phil og Aarsleff, men ikke af konkursboets kurator. MTH-Züblin JV protesterede over for Banedanmark, som den 15. oktober 2013 meddelte, at Banedanmark havde besluttet at lade Aarsleff deltage i udbuddet. Aarsleff afgav 2. tilbud i eget navn og oplyste, at joint venture-aftalen nu var opløst. Tre øvrige tilbudsgivere afgav ligeledes 2. tilbud, og efter evaluering og short-listing afgav Aarsleff, MTH-Züblin JV og endnu en virksomhed deres 3. og endelige tilbud. Den 20. december 2013 meddelte Banedanmark, at Banedanmark havde besluttet at tildele kontrakten til Aarsleff. MTH-Züblin JV havde afgivet det næstbedste tilbud. Prisforskellen mellem de to tilbud udgjorde ca. 0,8 % af den samlede tilbudssum på ca. 920 mio. kr.

MT Højgaard A/S og Züblin A/S klagede herefter til klagenævnet, som ved kendelse af 28. januar 2014 bl.a. udtalte, at den foreliggende situation, hvor ændringen er indtruffet, inden ordregiveren har truffet tildelingsbeslutning og indgået kontrakt, adskiller sig væsentligt fra tilfælde, hvor der, efter at der er indgået kontrakt med en tilbudsgiver, indtræder en situation, hvor tilbudsgiveren tages under insolvensbehandling. Klagenævnet fastslog endvidere, at der ikke blot var tale om, at en interessent var udtrådt af interessentskabet, men også om, at tilbuddet var indgivet af en virksomhed alene, nemlig Aarsleff. Det forhold, at en ordregiver har prækvalificeret et interessentskab, indebærer ikke, at de enkelte interessenter i interessentskabet hver for sig er blevet prækvalificerede, og det gælder, uanset om ordregiveren på baggrund af ansøgningen måtte være i stand til at konstatere, at interessenterne hver især opfyldte betingelserne herfor. Da Banedanmark havde tildelt kontrakten til Aarsleff, uanset at Aarsleff ikke var prækvalificeret, anså klagenævnet betingelsen om "fumus boni juris" for opfyldt. Da betingelsen om "uopsættelighed" ikke var opfyldt, tillagde klagenævnet imidlertid ikke klagen opsættende virkning.

Banedanmark indgik herefter kontrakt med Aarsleff. Sagen verserer således fortsat ved klagenævnet, som ved kendelse af 18. august 2014 besluttede at forelægge et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen. Klagenævnet anførte, at det ved Domstolens besvarelse af det præjudicielle spørgsmål kunne lægges til grund, at Aarsleff på grund af de oplysninger, der var om Aarsleff i den oprindelige ansøgning fra interessentskabet – og såfremt ansøgerfeltet i øvrigt havde været uændret – ville være blevet prækvalificeret, såfremt Aarsleff havde ansøgt om prækvalifikation alene i stedet for som sket i det ophævede interessentskab med Phil. Klagenævnet henviste til sin kendelse af 28. januar 2014 i sagen og tilføjede, at det i en situation som den foreliggende forekommer betænkeligt at afgøre retsstillingen ud fra hypotetiske overvejelser om, hvad situationen ville have været, hvis de to store dan-

ske aktører Phil og Aarsleff ikke sammen havde ansøgt om deltagelse i udbuddet i ét interessentskab, selvom det faktisk var det, de gjorde. Klagenævnet fandt imidlertid, at spørgsmålet kunne give anledning til en sådan tvivl, at EU-Domstolen blev anmodet om at besvare følgende spørgsmål: *”Skal ligebehandlingsprincippet i artikel 10, jf. artikel 51, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF fortolkes således, at det i en situation som den foreliggende er til hinder for, at en ordregiver tildeler ordren til en tilbudsgiver, der ikke havde ansøgt om prækvalifikation og derfor ikke var prækvalificeret?”*. EU-Domstolen behandler sagen under sagsnummer C-396/14.

Kendelse af 21. marts 2014, Dansk Byggeri mod Viborg Kommune

Viborg Kommune iværksatte en offentlig licitation efter tilbudsloven vedrørende opførelsen af en daginstitution med ”laveste pris” som tildelingskriterium. Løvel Tømrer- og Snedkerfirma v/ Donny Henriksen afgav tilbuddet med den laveste pris, men gik konkurs, før der var underskrevet kontrakt. Boet overdrog igangværende arbejder og ordrer til Løvel Tømrer- og Snedkerfirma ApS, som kommunen herefter indgik kontrakt med. Dansk Byggeri klagede til klagenævnet med påstand om, at Viborg Kommune havde handlet i strid med tilbudslovens § 2 ved at indgå kontrakt med anpartsselskabet, som ikke havde afgivet tilbud under den forudgående licitation.

Klagenævnet udtalte, at den foreliggende situation adskilte sig væsentligt fra tilfælde, hvor der, efter at der er indgået kontrakt med en tilbudsgiver, indtræder en situation, hvor tilbudsgiveren tages under insolvensbehandling, og der som følge heraf sker ”ændringer af et eksisterende kontraktforhold”, jf. sag C-454/06, Pressetext, præmis 29. Heller ikke artikel 72 i det nye udbudsdirektiv, der omhandler ”Ændringer af kontrakter i deres løbetid”, var anvendelig. Da Viborg Kommune havde været forpligtet til at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, og da anpartsselskabet ikke havde afgivet tilbud, tog klagenævnet påstanden til følge. Se tillige klagenævnets kendelser af 28. januar og 18. august 2014, MT Højgaard A/S m.fl. mod Bannedanmark.

#### 2.1.4 Tilbuds konditionsmæssighed og tilbudsforbehold

Kendelse af 31. januar 2014, Avaleo ApS mod Vejle Kommune

Vejle Kommune udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet en kontrakt om levering og drift af et it-fagsystem til velfærdsforvaltningen i kommunen. Udbudsbetingelserne stillede ikke et krav om, at tilbudsgiverne skulle beskrive den tilbudte løsning. Kommunen modtog to tilbud. Et af disse indeholdt både en generel bekræftelse på, at tilbuddet levede op til alle ordregiverens mindstekrav, og en nærmere beskrivelse af den tilbudte løsning. Før kommunen traf beslutning om tildeling af ordren, anmodede kommunen denne tilbudsgiver på flere punkter om en ”præcisering” af tilbuddets løsningsbeskrivelse for, at man kunne være ”sikre på”, at tilbuddet var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Kommunen bad under henvisning til tilbuddets generelle oplysning herom om en ”bekræftelse af, at [tilbuddet] ikke indeholder forbehold”. Afslutningsvis anførtes, at ”forbehold over for grundlæggende elementer ... vil medføre, at Vejle Kommune har pligt til at se bort fra tilbuddet”. Tilbudsgiveren bekræftede i forhold til alle punkterne, at tilbuddet ikke indeholdt forbehold, og kommunen tildelte herefter kontrakten til den pågældende tilbudsgiver. Den forbigåede tilbudsgiver



påstod over for klagenævnet, at kommunen havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele kontrakten til vinderen, da tilbuddet var ukonditionsmæssigt, og da kommunen havde overtrådt forhandlingsforbuddet.

Klagenævnet tog begge påstande til følge. Klagenævnet fastslog, at beskrivelsen af den tilbudte løsning også skulle indgå i vurderingen af tilbuddets konditionsmæssighed, når tilbudsgiveren havde vedlagt denne, uanset at tilbudsgiveren ikke havde været forpligtet til at vedlægge en sådan. Tilbuddets beskrivende del indeholdt et konkret forbehold for et bestemt teknisk mindstekrav. Risikoen for uklarhed som følge af indbyrdes modstridende dele af tilbuddet påhvilede tilbudsgiveren. En sikker, hurtig og effektiv afklaring af tilbuddets oprindelige indhold kunne under de nævnte omstændigheder, hvor der ikke var konkrete holdepunkter for, at der forelå en klar skrive-, slå- eller regnefejl eller lignende, ikke opnås blot ved at anmode tilbudsgiveren om at oplyse eller bekræfte sin intention med tilbuddet. Tilbudsgiveren kunne i en sådan situation nemlig have en stærk interesse i at søge at forbedre sit oprindelige tilbud for at gøre det konditionsmæssigt. Kommunens henvendelse var således ikke en lovlig teknisk afklaring. Klagenævnet konstaterede på den baggrund, at tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver indeholdt et konkret forbehold for et teknisk mindstekrav, at det derfor var ukonditionsmæssigt, og at kommunen på den baggrund havde været forpligtet til at afvise tilbuddet. Da kommunen havde accepteret tilbudsgiverens efterfølgende "bekræftelse" på, at der ikke (længere) blev taget et forbehold, havde kommunen endvidere overtrådt forhandlingsforbuddet indeholdt i udbudsdirektivets artikel 2.

Kendelsen knytter blandt andet an til følgende praksis fra EU-Domstolen og Retten: EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, dom af 6. november 2014 i sag C-42/13, Cartier Dell'Adda S.p.A., dom af 26. februar 2002 i sag T-169/00, Esedra SPRL mod Kommissionen, og dom af 19. november 2014 i sagerne T-40/12 og T-183/12, European Dynamics Luxembourg SA og Evropaiki Dynamiki mod Europapol. Se endvidere artikel 148, stk. 3, i Kommissionens gennemførelsesforordning nr. 2342/2002/EF Euratom af 23. december 2002.

Kendelser af 3. juli 2014 og 29. oktober 2014, HHM A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen

Sagen vedrører en licitation efter tilbudslovens afsnit 1 af et byggearbejde i et fængsel. Spørgsmålet i den første kendelse af 3. juli 2014 var, om det tilbud, som blev anset for økonomisk mest fordelagtigt, og som Direktoratet for Kriminalforsorgen indgik kontrakt om, skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt. I licitationsbetingelserne var fastsat, at tilbudsgiverne skulle vedlægge deres tilbud en erklæring om garanti, og at det var den blanket, som var indeholdt i licitationsbetingelserne, der skulle benyttes. Kravet var særligt fremhævet i licitationsbetingelserne, hvor der bl.a. stod: "Vedlagte bilag [bl.a. blanketten vedrørende garanti] skal anvendes ved afgivelse af tilbud. Andre formularer accepteres ikke". Den virksomhed, hvis tilbud blev udpeget som det økonomisk mest fordelagtige, og som der blev indgået kontrakt med, havde ikke anvendt den pågældende blanket til erklæringen om garanti, og den anvendte erklæring var også lidt anderledes formuleret end den foreskrevne blanket.

Klagenævnet udtalte, at ligebehandlingsprincippet i tilbudsloven må forstås på samme måde, som hvad der inden for EU-udbudsdirektivernes anvendelsesområde følger af EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova, og af implementeringsbekendtgørelsens § 12. Kriminalforsorgen havde stillet krav om garantistillelsen og klart og utvetydigt fastsat, at tilbudsgiverne skulle anvende den blanket, som var indeholdt i licitationsbetingelserne. Det fulgte herefter af Manova-dommens præmis 40 og 42 og tilsvarende implementeringsbekendtgørelsens § 12, stk. 4, at direktoratet var forpligtet til at overholde de vilkår, som det selv havde opstillet om brug af blanketten. Direktoratet skulle derfor have afvist tilbuddet. Det gjaldt, uanset at den garantierklæring som var afgivet, syntes at opfylde direktoratets formål med at kræve tilsagn om garanti, og uanset at direktoratet, hvis direktoratet ikke havde stillet et obligatorisk krav om brug af blanketten, efter de formuleringer, der i øvrigt var anvendt i udbudsbetingelserne, ville have kunnet acceptere den erklæring, som tilbudsgiveren havde vedlagt sit tilbud. Klagenævnet bemærkede, at da direktoratet havde antaget tilbuddet i den foreliggende form, var det uforholdsmæssigt at tage stilling til, om direktoratet efter modtagelsen af tilbuddene lovligt ville have kunnet anmode tilbudsgiveren om at fremsende en tilsagnserklæring, som anvendte blanketten. Klagenævnet tog herefter påstanden om overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved at acceptere tilbuddet til følge og annullerede tildelingsbeslutningen. For henvisninger til EU-Domstolens retspraksis (Manova-dommen m.v.) se omtalen ovenfor af kendelse af 31. januar 2014, Avaleo ApS mod Vejle Kommune.

I den efterfølgende kendelse af 29. oktober 2014 pålagde klagenævnet direktoratet at betale erstatning til HHM A/S. Klagenævnet afviste direktoratets synspunkt om, at retstilstanden havde været uklar, og at direktoratet derfor ikke havde handlet ansvarspådragende. Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at retsstillingen efter Manova-dommen og implementeringsbekendtgørelsens § 12 var klar. Der var ikke tvivl om, at HHM A/S, når kontrakten ikke lovligt kunne tildeles den virksomhed, som der var indgået kontrakt med, skulle have haft kontrakten tildelt. Klagenævnet tog herefter stilling til parternes uenighed om størrelsen af HHM A/S' tab ved ikke at opnå kontrakt (positiv opfyldelsesinteresse) og opgjorde skønsmæssigt erstatningen til 2 mio. kr.

Kendelse af 8. december 2014, Konsortiet 1. NCC Construction Danmark A/S og 2. Krüger A/S mod Hillerød Spildevand A/S

Hillerød Spildevand A/S udbød som begrænset udbud efter udbudsdirektivet en kontrakt om "Nyt renseanlæg på Solrødgård med en kapacitet på ca. 100.000 PE". Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Hillerød Spildevand A/S modtog 3 tilbud, blandt andet fra Jacobsen & Blindkilde A/S (herefter "J&B") og Konsortiet 1. NCC Construction Danmark A/S og 2. Krüger A/S (herefter "Konsortiet"). Alle tilbudsgiverne havde udfyldt en krævet funktions- og procesgaranti. Hillerød Spildevand A/S besluttede at tildele kontrakten til J&B. Konsortiet klagede til klagenævnet med påstand om, at Hillerød Spildevand A/S havde handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra J&B i betragtning. Hillerød Spildevand A/S' rådgivere havde vurderet, at den tilbudte procesvolumen fra J&B for et 100.000 PE-anlæg var for lille og skulle udvides fra 14.250 m<sup>3</sup> til 23.000 m<sup>3</sup>, og anslog – under nogen usikkerhed med en angivet størrelsesorden på +/- 10 % – meromkostningerne til ca. 16 mio. kr., der blev lagt til J&B's tilbudssum. Efter at klagenævnet i en delkendelse om opsættende virkning havde udtalt, at betingelsen om "fumus boni juris" måtte anses



for opfyldt, indhentede Hillerød Spildvand A/S endnu en erklæring fra sine rådgivere. Ifølge erklæringen måtte det nu antages, at det tilbudte anlæg fra J&B var i stand til at overholde de opstillede proces- og funktionsgarantier. Hillerød Spildvand A/S gjorde derfor gældende, at dimensioneringsberegningerne og kapitaliseringen af afvigelsen havde været overflødige. Desuden gjorde Hillerød Spildvand A/S fortsat gældende, at proces- og funktionsgarantierne indebar, at tilbuddet fra J&B ikke kunne afvises som ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet udtalte, at proces- og funktionsgarantierne ikke fratog Hillerød Spildvand A/S pligten til at påse, om tilbudsgiverne afgav tilbud på det, der var udbudt. Tilbud på renseanlæg, der ikke havde en kapacitet på 100.000 PE, skulle som udgangspunkt afvises. Det påhvilede Hillerød Spildvand A/S at bevise, at tilbuddet fra J&B trods det, der er anført i evalueringsrapporten om, at projektet ikke var tilstrækkeligt til at sikre "biologien til 100.000 PE", opfyldte kravet til kapacitet. Denne bevisbyrde var ikke løftet blot med det fornyede notat fra rådgiveren. Påstanden om, at Hillerød Spildvand A/S havde handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2, blev derfor taget til følge, og tildelingsbeslutningen blev annulleret.

### 2.1.5 Øvrige procedureregler m.v.

Kendelse af 24. februar 2014, Cafax Gruppen A/S mod DONG ENERGY Oil & Gas A/S

Sagen angik optagelse i en kvalifikationsordning efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 53 og et udbud efter forhandling om levering af kaffeautomater m.v. DONG ENERGY Oil & Gas A/S er et facility management selskab i DONG-koncernen og driver ikke selv forsyningsvirksomhed. Selskabet stod som led i en koncernintern "divisionering" af opgaver for udbuddet, som var et fælles udbud sammen med en række andre forsyningsvirksomhedsselskaber i Norden og Tyskland. Ordningen blev administreret af et norsk selskab. I bekendtgørelsen om kvalifikationsordningen var vejledt om, at klage skulle indgives til et norsk klageorgan. Klagen fra Cafax Gruppen A/S angik bl.a., om klagenævnet var kompetent i sagen.

Klagenævnet anså sig for kompetent og anførte, at der – til forskel fra det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv – ikke i det gældende direktiv er regler om fælles udbud fra ordregivere i flere medlemsstater med mulighed for lovvalg og dermed valg af klageorgan. Klageorganet i den medlemsstat, hvor den pågældende ordregiver hørte hjemme, måtte derfor være kompetent, og denne stats (udbuds)lovgivning fandt anvendelse. Klagenævnet udtalte videre, at selvom det pågældende private DONG-selskab ikke isoleret set var udbudspligtigt, måtte det, som også antaget af DONG, anses for udbudspligtigt, idet forsyningsvirksomhedsselskaberne i koncernen ellers ville kunne omgå udbudspligten ved divisioneringen.

Klagen angik endvidere, om beskrivelsen af produkterne var tilstrækkeligt klar, og om gebyret for at deltage i kvalifikationsordningen var lovligt. Disse klagepunkter blev ikke taget til følge. Klagenævnet anførte bl.a., at hverken det nugældende eller det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv (i modsætning til det nugældende og det nye udbudsdirektiv) indeholder forbud mod at kræve betaling til dækning af administrationen af en sådan ordning. Gebyret blev endvidere anset for rimeligt begrundet og proportionalt.

Kendelsen vil kunne få betydning i relation til koncernintern fordeling af opgaver og opkrævning af gebyr for deltagelse i kvalifikationsordninger også efter det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv.

Kendelser af 11. marts og 4. november 2014, HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen

Bygningsstyrelsen havde i 2012 som begrænset udbud efter udbudsdirektivet udbudt en kontrakt om projektering og udførelse af facaden på Panum-komplekset. Efter at Bygningsstyrelsen havde modtaget tilbud fra HSHansen A/S (herefter "HSHansen") og Waagner Biro AG, blev det begrænsede udbud aflyst, fordi tilbuddet fra HSHansen var for dyrt i forhold til en budgetramme på 150 mio. kr., og det andet tilbud ikke var forskriftsmæssigt. Der blev herefter gennemført to på hinanden følgende udbud med forhandling uden offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse. Det første udbud med forhandling blev aflyst med samme begrundelse som aflysningen af det begrænsede udbud. Det andet og sidste udbud med forhandling resulterede i tildeling af kontrakten til Waagner Biro AG. HSHansen indgav herefter klage med en række påstande. Ved kendelse af 11. oktober 2013 traf klagenævnet afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om "uopsættelighed" ikke var opfyldt. Bygningsstyrelsen indrykkede den 25. oktober og den 2. december 2013 profylaksebekendtgørelser efter § 4 i håndhævelsesloven om samarbejds- og entrepriseaftalerne med Waagner Biro AG. HSHansen påstod den 4. december 2013, at sanktionen "uden virkning" (håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1) skulle anvendes i forhold til kontrakten med Waagner Biro AG, men anmodede ikke på ny om opsættende virkning.

Klagenævnet udtalte, at det forhold, at tilbuddene ligger over ordregiverens budget, ikke i sig selv medfører, at de er "ikke forskriftsmæssige" eller "uantagelige efter nationale forskrifter" med den følge, at ordregiveren kan overgå til udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Det kan imidlertid være tilfældet, dersom budgettet er forud fastsat og tilkendegivet som bindende, sådan som det kendes fra den såkaldte "omvendte licitation". Klagenævnet henviste ligeledes til artikel 26, stk. 4, litra b, i det nye udbudsdirektiv, der som eksempel på "uacceptable" tilbud nævner "tilbud, hvis pris overstiger den ordregivende myndigheds budget som fastsat og dokumenteret forud for iværksættelsen af udbudsproceduren". Med henvisning bl.a. til, at Bygningsstyrelsen under det gennemførte udbud antog begge tilbud med priser på ca. 251 mio. kr. og 204 mio. kr. som konditionsmæssige, at prisevalueringen var tilrettelagt, så den vedrørte et spænd fra 180 mio. kr. til 270 mio. kr., og at den kontrakt, der sluttelig blev indgået med Waagner Biro AG, lød på 168 mio. kr., fastslog klagenævnet herefter, at tilbudsgiverne ikke havde konkurreret om, hvem der kunne levere den bedste kvalitet inden for en budgetramme på 150 mio. kr., som ikke måtte overskrides. Da tilbuddet fra HSHansen under det begrænsede udbud herefter hverken var "ikke forskriftsmæssigt" eller "uantageligt efter nationale forskrifter", blev påstanden om, at Bygningsstyrelsen havde handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, ved at have anvendt reglerne om udbud med forhandling taget til følge. Klagenævnet annullerede tildelingsbeslutningen. Bygningsstyrelsen havde indrykket § 4-bekendtgørelser, og klageren havde som nævnt ovenfor ikke herefter på ny anmodet om opsættende virkning, hvorfor klagenævnet heller ikke på ny havde taget stilling til spørgsmålet om opsættende virkning. Bygningsstyrelsen havde endvidere overholdt fristerne for kontraktindgåelse og herefter indgået kontrakt. Kontrakten kunne på den baggrund ikke erklæres for uden virkning. Det ændrede ikke herpå, at HSHansen allerede havde indgivet klage, da

bekendtgørelserne blev indrykket, hvorved klagenævnet henviste til sin kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland.

Under den efterfølgende erstatningssag, som blev afgjort ved kendelsen af 4. november 2014, blev hverken HSHansens påstand om erstatning af positiv opfyldelsesinteresse eller af negativ kontraktinteresse taget til følge. Klagenævnet henviste herved bl.a. til, at HSHansen ikke havde nedlagt påstand om, at Bygningsstyrelsen havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at aflyse det begrænsede udbud (og intet tydede i øvrigt på, at det var tilfældet). Allerede af den grund blev påstanden om positiv opfyldelsesinteresse ikke taget til følge. Da HSHansen desuden havde deltaget i de to udbud med forhandling og var eller burde være bekendt med de forhold, der gjorde, at disse udbud ikke var lovlige, var der ikke den nødvendige årsagssammenhæng mellem den begåede overtrædelse og HSHansens udgifter ved afgivelsen af tilbud under disse udbud.

Kendelse af 19. december 2014, GEO mod Vejdirektoratet

Kendelsen vedrører et begrænset udbud efter udbudsdirektivet af geotekniske undersøgelser i forbindelse med Storstrømsbroprojektet. Tildelingskriteriet var "laveste pris". Klagen var indgivet af en virksomhed, GEO, som ikke havde opnået kontrakt, og hvis tilbud ved evalueringen var anset for det næstlaveste. Klagenævnet tog blandt andet stilling til om, hvorvidt Vejdirektoratet havde overtrådt udbudsdirektivets artikel 28 ved uden forudgående udbudsbekendtgørelse at indgå en kontrakt, som ifølge GEO indeholdt væsentlige ændringer i forhold til udbudsbetingelserne. Ændringerne var sket ved, at Vejdirektoratet ifølge GEO havde opgivet et krav om, at der skulle udføres avancerede laboratorieforsøg så tidligt, at de kunne danne grundlag for en krævet foreløbig rapport, dels ved at antallet af de borer, der skulle udføres som grundlag for den foreløbige rapport, var formindsket.

Klagenævnet tog ikke påstandene til følge. For så vidt angik spørgsmålet om avancerede laboratorieforsøg allerede fordi der ikke af udbudsbetingelserne kunne udledes et krav om, at der skulle udføres avancerede laboratorieforsøg som grundlag for den foreløbige rapport. Vedrørende nedsættelsen af antallet af borer henviste klagenævnet til, at det ifølge EU-Domstolens domme i navnlig sag C-454/06, Pressetext, og sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, er afgørende, om ændringen har været væsentlig, herunder har haft en sådan karakter, at det har forrykket den økonomiske balance til fordel for den vindende tilbudsgiver. Klagenævnet henviste endvidere til artikel 72, stk. 4, i det nye udbudsdirektiv (2014/24/EU). Efter denne bestemmelse skal det navnlig tillægges betydning, om ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt. En ændring må herefter normalt anses for væsentlig, hvis: "a) ændringen indfører betingelser, som ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren, b) ændringen ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for, c) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde ...". Klagenævnet lagde til grund, at fristen for afleveringen af rapporten var blevet fremrykket med 1 måned efter ønske fra Vejdirektoratet, som var under tidspress på grund af en planlagt VVM-undersøgelse, og at formindskelsen af antallet af borer skulle afbalancere dette. Herefter og efter omfanget af ændringerne og de forhold, hvorunder borerne

skulle udføres, var der efter klagenævnets opfattelse ikke grundlag for at anse nedsættelsen af antallet af boringer for en ændring, som indebar fornyet udbudspligt efter de nævnte kriterier.

Klagenævnet tog bl.a. en påstand delvis til følge, der angik prissætning af visse forbehold i vinderens tilbudsliste. Klagenævnet annullerede dog ikke tildelingen, da det var ubetænkeligt at lægge til grund, at korrekt prissætning af vinderens tilbud ikke ville have ført til et andet udfald af udbuddet.

### 2.1.6 Udbudsbetingelsers indhold og lovlighed

Kendelse af 24. februar 2014, Cafax Gruppen A/S mod DONG ENERGY Oil & Gas A/S (se afsnit 2.1.5 ovenfor)

### 2.1.7 Evaluering, herunder valg og offentliggørelse af evalueringsmodel

Kendelse af 29. april 2014, Scandinavian Air Ambulance Holding AB og Scandinavian Medicopter AB mod Region Midtjylland (se afsnit 2.1.1 ovenfor)

Kendelse af 1. juli 2014, Havnens Skibsreparationer A/S og Nettobådene A/S mod Trafikselskabet Movia

Trafikselskabet Movia (herefter "Movia") udbød efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt om drift af havnebussejlads i Københavns Havn i tre år efter proceduren udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse. Tildelingskriteriet blev fastsat til "det økonomisk mest fordelagtige bud", hvor underkriteriet "Pris" vægtede med 40 %. To virksomheder, klageren (herefter "Nettobådene") og den hidtidige leverandør af havnebussejlads, Arriva, afgav tilbud. Movia tildelte efter tre forhandlingsrunder ordren til Arriva.

Nettobådene fik under sagen medhold i en påstand om, at Movia havde handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 (principperne om ligebehandling og gennemsigtighed) ved at have anvendt en fremgangsmåde for evalueringen efter underkriteriet "Pris", som var egnet til at medføre en vilkårlig pointtildeling, idet indklagede fastlagde en usædvanlig pointmodel efter at have modtaget tilbuddene. Evalueringsmodellen var således ikke offentliggjort i udbudsbetingelserne. Movias evaluering af de tilbudte priser på basisydelsen skete efter en lineær funktion, hvor maksimumpoint blev tildelt en basispris på 1.500 kr., der blev anset for en "idealpris" og "en rigtig god og konkurrencedygtig pris", mens der ikke blev givet point til priser, der oversteg basisprisen med 6 % (1.590 kr.) eller derover. Der var ikke grundlag for at tilsidesætte indklagedes skøn ved fastsættelsen af basisprisen, men fastsættelsen af det andet yderpunkt i den lineære funktion (1.590 kr.) medførte en så stejl kurve, at modellen ikke kunne afspejle selv prisforskelle på blot 10 % eller 20 %. Klagenævnet udtalte, at en så stejl kurve – medmindre helt særlige forhold gør sig gældende på det pågældende marked – vil være uforudsigelig for tilbudsgiverne og egnet til at forrykke forholdet mellem underkriteriet "pris" og de øvrige underkriterier, selv hvis alle tilbud lå inden for dette spænd. Bevisbyrden for, at sådanne særlige forhold gør sig gældende, påhviler ordregiveren. Bevisbyrden blev skærpet af, at den anvendte evalueringsmodel først blev fastsat efter modtagelsen af de endelige tilbud, at den indebar, at en af i alt kun to tilbudsgivere slet ikke fik point, og at det snævre prispænd på 6 % reelt var afgørende for udfaldet af udbuddet. Klagenævnet fandt efter en konkret vurdering, at Movia ikke havde løftet denne bevisbyrde, og tog dermed klagen til følge.

### 2.1.8 Begrundelseskrav ved kontrakttildeling

Kendelse af 1. april 2014, Damasec IAG JV mod Udenrigsministeriet

Sagen vedrørte et udbud efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet af en rammeaftale om levering af køretøjer med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Klagen fra Damasec IAG JV ("Damasec") angik evalueringsmodellen, som ifølge Damasec ikke sikrede den fornødne vægtning af et underkriterium om "økonomi", der ifølge udbudsbetingelserne vægtede med 70 %.

Påstanden blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste til nævnets kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark, og fandt, at Udenrigsministeriet ikke havde overskredet det vide skøn, der tilkom ministeriet ved fastlæggelsen af den anvendte pointmodel og ved den konkrete evaluering.

Derimod havde Udenrigsministeriet ikke i meddelelsen om tildelingsbeslutningen overholdt begrundelseskravet i håndhævelseslovens § 2, stk. 2, jf. § 10 i bekendtgørelsen om implementering af forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Klagenævnet udtalte, at den "korte redegørelse", der kræves i § 2, stk. 2, som minimum skal indeholde oplysning om: 1) Den valgte tilbudsgivers pris (hvis tildelingskriteriet er "laveste pris", eller pris indgår som et underkriterium), 2) en kortfattet beskrivelse af den anvendte bedømmelsesmetode, 3) oplysning om indholdet af en eventuel pointskala og 4) de tildelte point. Klagenævnet henviste herved til EU-retlig retspraksis, jf. Rettens domme i sag T-427/05, Brink's Security, og sag T-89/07, VIP Car, samt klagenævnets kendelse af 1. februar 2013, Abena A/S mod SKI. Da Udenrigsministeriet ikke havde givet tilstrækkelige oplysninger om bedømmelsesmodel, pointskala og tildelte point i relation til underkriteriet om "pris", blev Damasecs påstand om mangelfuld begrundelse taget til følge. Det bemærkes, at det af håndhævelseslovens § 2, stk. 2, tillige følger, at også navnet på den valgte tilbudsgiver skal oplyses (hvilket ikke var det, der var problemet i sagen).

Om begrundelseskravet kan endvidere henvises til klagenævnets kendelser af 2. maj 2014, Eurographic Danmark A/S mod Ministeriet for Børn og Undervisning (se nedenfor), og 14. oktober 2014, Grontmij A/S mod Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter.

Kendelse af 2. maj 2014, Eurographic Danmark A/S mod Ministeriet for Børn og Undervisning

Ministeriet for Børn og Undervisning udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet to kontrakter om opgaveproduktion og -distribution til nogle uddannelser. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud" med underkriterierne "pris" (20 %), "sikkerhed og fortrolighed" (40 %) og "kvalitet" (40 %). Ved evalueringen efter de kvalitative underkriterier blev der anvendt en kategorisering i fem niveauer ("meget tilfredsstillende", "tilfredsstillende", "middel tilfredsstillende", "mindre tilfredsstillende" og "ikke tilfredsstillende"). I ministeriets underretning om kontrakttildelingen var der redegjort for, hvorledes klagerens og det vindende tilbud var blevet kategoriseret. Klagesagen angik bl.a., om tildelingsbeslutningens begrundelse opfyldte kravene i håndhævelseslovens § 2, stk. 2, om en "kort redegørelse". Ministeriet anførte, at begrundelseskravet var opfyldt, idet det er tilstrækkeligt at formulere begrundelser med relativt overordnede bemærkninger, der primært afspejler et niveau.

Klagenævnet udtalte, at ministeriet i et evalueringsnotat, som klageren havde modtaget, havde redegjort for vurderingen efter de kvalitative underkriterier af klagerens tilbud og det vindende tilbud. Underretningen om tildelingsbeslutningen indeholdt imidlertid ikke en kort overordnet forklaring på de kvalitative forskelle mellem klagerens tilbud og det vindende tilbud. Med henvisning til ordlyden af udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, og i lyset af nyere praksis fra EU-Domstolen vurderede klagenævnet herefter, at begrundelsen ikke fuldt ud opfyldte kravene i håndhævelseslovens § 2, stk. 2, idet den ikke indeholdt tilstrækkelige oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele til belysning af de centrale elementer, der havde været udslagsgivende ved bedømmelsen af tilbuddene.

Der henvises til omtalen af klagenævnets kendelse af 1. april 2014, Damasec IAG JV mod Udenrigsministeriet, der er omtalt umiddelbart ovenfor.

### 2.1.9 Håndhævelsesloven, herunder klagenævnets sanktioner

Kendelser af 10. februar og 25. juni 2014, begge Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregion Nord I/S (se afsnit 2.1.2 ovenfor)

Kendelse af 20. maj 2014, Maxys A/S og Solid Software Development ApS mod Region Sjælland

Ved kendelse af 27. november 2013 konstaterede klagenævnet en række overtrædelser af udbudsreglerne i forbindelse med Region Sjællands tilbudsevaluering. Kendelsen af 20. maj 2014 drejede sig om Maxys A/S (herefter "Maxys") og Solid Software Development ApS' (herefter "Solid Software") erstatningskrav som følge af de konstaterede overtrædelser. Maxys og Solid Software krævede i første række ca. 2.280.000 kr. i erstatning for positiv opfyldelsesinteresse. I anden række krævede Maxys og Solid Software ca. 351.000 kr. i erstatning for negativ kontraktinteresse. Regionen påstod frifindelse over for begge krav og påpegede under behandlingen af erstatningsspørgsmålet en række overtrædelser af udbudsreglerne ved udformningen af udbudsbetingelserne i form af uoverensstemmelse mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne vedrørende optioner, forbehold over for udbudsbetingelserne og kapitalisering heraf, uegnede underkriterier til tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" og dokumentationskravet vedrørende egnethed. Regionen anførte bl.a., at Maxys og Solid Software ikke kunne kræve positiv opfyldelsesinteresse, idet der – foruden overtrædelserne i forbindelse med evalueringen – var så alvorlige overtrædelser af udbudsreglerne ved udformningen af udbudsbetingelserne, at disse ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Klagenævnet gav regionen medhold i, at overtrædelser af udbudsreglerne ved udformningen af udbudsbetingelserne havde en sådan karakter, at udbudsbetingelserne ikke var egnede til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Der var herefter ikke årsagssammenhæng mellem regionens overtrædelse af udbudsreglerne og Maxys og Solid Softwares tab af fortjeneste, og klagenævnet frifandt derfor regionen for erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse. Da overtrædelserne af udbudsreglerne ved udformningen af udbudsbetingelserne endvidere havde en sådan karakter, at Maxys og Solid Software var eller burde have været bekendt med disse inden afgivelsen af tilbud, var der heller ikke årsagssammenhæng mellem de begåede overtrædelser og virksomheder-



nes udgifter ved afgivelse af tilbud. Klagenævnet frifandt derfor også regionen for erstatning til dækning af negativ kontraktinteresse.

Klagenævnets erstatningskendelse bør sammenholdes med nævnets erstatningskendelse af 15. december 2014, BSN Medical AB mod Region Sjælland, der er omtalt umiddelbart nedenfor.

Kendelse af 15. december 2014, BSN Medical AB mod Region Sjælland

Region Sjælland udbød som offentligt udbud efter udbudsdirektivet en rammeaftale om levering af produkter til sårbehandling. Rammeaftalen var opdelt i 55 delaftaler, og klagen vedrørte delaftaler 5 og 53. 8 virksomheder afgav tilbud på delaftale 5, herunder BSN Medical AB (herefter "BSN"), mens kun to virksomheder afgav tilbud på delaftale 53. BSN afgav ikke tilbud på denne delaftale. Hovedproblemstillingen i sagen var, at BSN og regionen havde forskellige forståelser af betegnelsen "lite", som regionen havde anført ved beskrivelsen af 10 ud af 27 produkter i tilbudslisten vedrørende delaftale 5. En udtalelse fra brancheorganisationen Medicoindustrien viste, at der i branchen ikke var en fælles forståelse af betegnelsen "lite". På denne baggrund erkendte regionen de overtrædelser, som BSN havde nedlagt påstand om, og klagenævnet tog ved kendelse af 3. marts 2014 påstandene til følge, herunder annullerede regionens tildelingsbeslutninger. BSN blev tilkendt sagsomkostninger på 50.000 kr.

Kendelsen af 15. december 2014 drejede sig om BSN's erstatningskrav som følge af de konstaterede overtrædelser vedrørende delaftale 5. BSN krævede i første række ca. 435.000 kr. i erstatning for positiv opfyldelsesinteresse. I anden række krævede BSN ca. 187.000 kr. i erstatning for negativ kontraktinteresse. Regionen påstod frifindelse over for begge krav og anførte bl.a., at BSN ikke kunne kræve positiv opfyldelsesinteresse, da regionen ville have annulleret udbuddet vedrørende delaftale 5, hvis den havde indset, at der ikke var en fælles forståelse af betegnelsen "lite". Klagenævnet fastslog, at regionen havde sandsynliggjort dette og frifandt derfor regionen for kravet på ca. 435.000 kr. Klagenævnet lagde bl.a. vægt på, at det var af betydning for regionen, at udbuddet omfattede skumbandager med forskellige egenskaber, og at dette var baggrunden for udformningen af tilbudslisten, der bl.a. indeholdt 10 produkter ud af 27 med betegnelsen "lite". Som følge af den manglende fælles forståelse af, hvad betegnelsen "lite" dækkede over, havde regionen ikke haft sikkerhed for, at de afgivne tilbud omfattede de ønskede produkter. Klagenævnet tilkendte derimod BSN erstatning opgjort som negativ kontraktinteresse, idet BSN ved sin tilbudsafgivelse ikke kunne vide, at regionen havde en anden forståelse af betegnelsen "lite" end BSN. Dette var regionens risiko. Der var derfor årsagssammenhæng mellem regionens overtrædelse af udbudsreglerne og BSN's tab i form af afholdte udgifter ved tilbudsafgivelsen. BSN's erstatningskrav for negativ kontraktinteresse bestod af advokatudgifter (ca. 140.000 kr.) og udgifter til løn m.v. ved udarbejdelsen af tilbuddet (47.500 kr.). Klagenævnet tilkendte BSN 5.000 kr. i erstatning. Klagenævnet lagde vægt på, at udgifter til advokat under en klagesag må dækkes helt eller delvist af de sagsomkostninger, som en part måtte blive tilkendt ved sagens afgørelse, og der kunne derfor ikke tilkendes erstatning til dækning af advokatudgifter. Desuden havde BSN afgivet tilbud på 17 af de i alt 55 delaftaler, som udbuddet havde omfattet. Da BSN ikke havde redegjort for fordelingen af virksomhedens samlede tilbudsudgifter på 47.500 kr. på de enkelte delaftaler, blev erstatningen skønsmæssigt fastsat til 5.000 kr. Under hensyn til

erstatningssagens udfald sammenholdt med parternes påstande skulle BSN betale 20.000 kr. i delvise sagsomkostninger til regionen.

Klagenævnets afgørelse om erstatning bør sammenholdes med nævnets erstatningskendelse i sag af 20. maj 2014, Maxys A/S og Solid Software Development ApS mod Region Sjælland, der er omtalt ovenfor.

### 2.1.10 Præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen

Kendelser af 28. januar og 18. august 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark (se afsnit 2.1.3 ovenfor)

### 2.1.11 Aktindsigt

Kendelse af 5. maj 2014, Dansk Byggeri mod Sønderborg Kommune

Klagesagen drejede sig om delvist afslag på aktindsigt i en kommunes kontrolbud under et udbud. Sønderborg Kommune havde afvist at give aktindsigt i et kontrolbud for så vidt angår tilbudslstens enhedspriser, delpriser og dele af beregningsgrundlaget. Undtagelsen skete med henvisning til den dagældende offentlighedslovs § 13, stk. 1, nr. 5 (nu offentlighedslovens § 33, nr. 3). Sønderborg Kommune begrundede det delvise afslag på aktindsigt med, at der var risiko for, at kommunen vil blive underbudt i fremtiden, og risiko for, at kommunen ville miste viden og kompetence, hvis området hovedsageligt i fremtiden ville blive drevet af private. Dansk Byggeri anførte, at de hensyn, som kommunen havde anført, ikke var beskyttet af offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5. Dansk Byggeri anførte særligt, at offentligheden har en generel interesse i at kunne gøre sig bekendt med kommunernes beregning af kontrolbud efter kontrolbudsbekendtgørelsen. Såfremt beregningsgrundlaget afskæres efter reglerne om begrænsning af aktindsigt i offentlighedsloven, vil det ikke være muligt at kontrollere, om kommunerne overholder kontrolbudsbekendtgørelsen, således som de er forpligtede til.

Klagenævnet udtalte, at udgangspunktet efter offentlighedslovens § 4, stk. 1, er, at enhver med de undtagelser, der følger af lovens §§ 7 – 14, kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med myndighedens virksomhed. Begrænsning i aktindsigten med henvisning til offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5, forudsætter, at kendskab til de undtagne oplysninger vil medføre en nærliggende fare for, at det offentlige økonomiske interesser lider skade af betydning, jf. FOB 1990.276, og at denne økonomiske risiko er konkret, jf. FOB 1990.288. Da de hensyn, kommunen havde anført, ikke var hensyn, der kunne varetages efter offentlighedslovens regler om begrænsning af aktindsigten, og da kommunen ikke havde godtgjort at have en konkret økonomisk tabsrisiko, hvis der blev givet fuld aktindsigt i kontrolbuddet, blev klagen taget til følge. De hensyn, som kommunen anførte som begrundelse, kan bruges til politisk at beslutte at beholde en opgave i huset og eventuelt også som begrundelse for en beslutning om at annullere et iværksat udbud. Det er imidlertid ikke hensyn, der skal varetages efter offentlighedslovens regler om aktindsigt.



## Kendelse af 8. juli 2014, Computerworld Denmark mod Statens It

Statens It indgik i 2012 en rammeaftale med 6 leverandører om it-driftsydelser. Træk på rammeaftalen skulle ske ved "miniudbud". Statens It iværksatte et miniudbud efter rammeaftalen vedrørende drift og vedligeholdelse af "Statstidende.dk". Efter det gennemførte miniudbud anmodede Computerworld Denmark (herefter "Computerworld"), der er et IT-tidsskrift, om aktindsigt i bl.a. de tilbudte priser. Statens It gav afslag på aktindsigt i tilbudspriserne. Afslaget var begrundet i den dagældende offentlighedslovs § 12, stk. 1, nr. 2, (nu offentlighedslovens § 30, nr. 2) og § 13, stk. 1, nr. 5, (nu § 33, nr. 3). Computerworld klagede til klagenævnet over afslaget på aktindsigt i tilbudspriserne. Efter at have indhentet udtalelser fra tilbudsgiverne under miniudbuddet, der alle havde protesteret mod aktindsigt, traf klagenævnets sekretariat – efter en generel bemyndigelse fra klagenævnets formand i sådanne sager – afgørelse om, at Computerworld skulle have aktindsigt i tilbudspriserne, og klagenævnet gav samtidig oplysninger om tilbudspriserne ved miniudbuddet.

Efter anmodning fra Statens It besluttede klagenævnet at genoptage sagen, uanset at Computerworld da havde modtaget oplysninger om tilbudspriserne. Klagenævnet lagde vægt på, at spørgsmålet om aktindsigt i sådanne tilbudspriser var principielt, og at det havde betydning for fremtidige miniudbud under den pågældende driftsrammeaftale. Under den genoptagne sag fastholdt Computerworld sin anmodning om aktindsigt i de samlede tilbudspriser, mens Statens It protesterede mod, at der blev meddelt aktindsigt i den samlede tilbudssum i de øvrige tilbud end det vindende tilbud. Statens It anførte, at aktindsigt i tilbudspriserne ville stride mod Statens It's økonomiske interesser, jf. den dagældende offentlighedslovs § 13, stk. 1, nr. 5. Statens It uddybede dette med, at aktindsigt i prisoplysninger under en rammeaftale, hvor der løbende skete konkurrenceudsættelse af priserne, medførte en åbenbar risiko for, at priserne ved senere tilbudsafgivelse ville blive påvirket med store tab til følge for Statens It. Dette var navnlig gældende i det foreliggende tilfælde, hvor miniudbud skete på baggrund af rammeaftalen, hvor store dele af miniudbudsmaterialet var fastlagt i rammeaftalen, og hvor der ved de senere miniudbud forventedes at ske en yderligere standardisering af udbudsmaterialet.

Klagenævnet tog Statens It's protest mod aktindsigt i de samlede tilbudspriser til følge. Klagenævnet lagde til grund, at driftsrammeaftalen i vidt omfang indeholdt en udførlig kravspecifikation, som leverandørerne var bundet af ved leveranceaftalerne, som blev udbudt gennem de enkelte miniudbud i henhold til rammeaftalen. De enkelte miniudbud ville alene adskille sig på færre specifikke dele. Da driftsrammeaftalen således i vidt omfang fastsatte kravene til de systemer, der blev (mini)udbudt, ville karakteren af det, som skulle leveres ved de enkelte miniudbud, kun variere i begrænset omfang. På baggrund af denne lighed mellem gennemførte og fremtidige miniudbud var der en konkret risiko for, at de 6 leverandører i henhold til rammeaftalen ville kunne tilrettelægge deres tilbud ved fremtidige miniudbud, hvis de fik kendskab til hinandens tilbudspriser, på en sådan måde, at variationerne i tilbudspriserne mindskedes med det resultat, at Statens It ville lide et økonomisk tab. Betingelsen i den tidligere offentlighedslovs § 13, stk. 1, nr. 5, for at undtage aktindsigt i den samlede tilbudspris i alle de andre modtagne tilbud end det vindende tilbud i miniudbuddet var derfor opfyldt.

## 3. DANSKE DOMME

### 3.1 Domstolenes behandling af klagenævnets kendelser

Retten i Lyngbys dom af 15. maj 2014, Rent A/S mod Rudersdal Kommune, jf. klagenævnets kendelse af 1. juli 2013

Sagen vedrørte et udbud efter udbudsdirektivet af en kontrakt om rengøring og vinduespolering i Rudersdal Kommune. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Udbuddet, der omfattede 110 selvstændige lokaliteter, var opdelt i 8 delaftaler, hvor delaftale 1 – 4 omfattede rengøring, mens delaftale 5 – 8 omfattede vinduespolering. Rent A/S (herefter "Rent") afgav tilbud på delaftale 3 og 4, men blev ikke tildelt nogen delaftale.

Rent klagede herefter til Klagenævnet for Udbud med påstand om annullation af tildelingsbeslutningen for delaftale 3 og 4 under henvisning til, at kommunen havde tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved vurderingen af tilbudene i relation til de kvalitative delkriterier. Klagenævnet tog en påstand til følge om, at delkriteriet "Generelle sociale og velfærdsrelaterede foranstaltninger, herunder eventuelle bonussystemer for servicemedarbejderne" til underkriteriet "Miljø" stred med udbudsreglerne. Kommunen havde erkendt denne overtrædelse. Klagenævnet tog ikke de øvrige påstande til følge. Klagenævnet fandt ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen for delaftale 3 og 4.

Rent indbragte sagen for Retten i Lyngby. De nedlagte påstande svarede i vidt omfang til de påstande, der var nedlagt for klagenævnet. Rent fik ikke medhold, og byretten frifandt som en konsekvens heraf kommunen for påstanden om erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Højesterets kendelse af 27. november 2014, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, jf. klagenævnets kendelse af 3. november 2011

Klagenævnet for Udbud afsagde kendelse i sagen den 3. november 2011. Sagen blev efterfølgende indbragt for Østre Landsret, der afsagde dom den 20. december 2013. Der henvises til omtalen af klagenævnets kendelse og Østre Landsrets dom i kapitel 3 "Danske domme" i Klagenævnet for Udbuds årsberetning for 2013.

Finn Frogne A/S indbragte landsrettens dom for Højesteret, der ved kendelse af 27. november 2014 besluttede at forelægge et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen. Højesteret fandt, at der består fortolkningstvivl vedrørende udbudsdirektivets artikel 2 i relation til spørgsmålet om adgang for en ordregivende myndighed til at indgå forligsaftaler i nødlidende kontraktforhold uden derved at udløse ny udbudsplicht for så vidt angår forligsaftalen. I Højesterets præmisser hedder det bl.a.:

"EU-Domstolens afgørelser i sag C-454/06 (Presstext) og sag C-91/08 (Wall AG) vedrørte fortsættende, ikke-nødlidende kontrakter, hvor spørgsmålet om anvendelse af misligholdelsesbeføjelser ikke var relevant. ...

... Der ses ikke i den foreliggende retspraksis fra EU-Domstolen at være taget stilling til en situation, hvor en kontrakt er nødlidende, uden at der er enighed mellem kontraktparterne om, hvem der bærer ansvaret for dette, og hvor parterne som led i en forligsmæssig løsning vælger at foretage en ændring af parternes respektive rettigheder og forpligtelser, herunder misligholdelsesbeføjelser. Spørgsmålet er ikke direkte reguleret i det hidtil gældende udbudsdirektiv (2014/18/EF), ligesom det nye udbudsdirektiv (2014/24/EU) heller ikke ses at indeholde en regulering, der specifikt angår situationer svarende til en situation som den nævnte.

... Højesteret finder derfor, at det er nødvendigt at anmode EU-Domstolen om at fastslå de relevante kriterier og fortolkningselementer, der under de givne omstændigheder skal anvendes ved vurderingen af, om en aftale svarende til Forligsaftalen udgør en kontrakt, der i sig selv er udbudspligtig. Højesteret vil herefter på baggrund af EU-Domstolens fortolkningsbidrag kunne foretage den konkrete retsanvendelse i hovedsagen.”

På den baggrund anmodede Højesteret EU-Domstolen om at besvare følgende spørgsmål:

”Skal artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter sammenholdt med EU-Domstolens domme i sag C-454/06, Presstext og sag C-91/08, Wall AG fortolkes således, at en forligsaftale, der indebærer indskrænkninger og ændringer af parternes oprindeligt aftalte ydelser under en tidligere udbudt kontrakt samt et gensidigt afkald på udøvelse af misligholdelsesbeføjelser med henblik på at undgå en efterfølgende retslig tvist, udgør en kontrakt, der i sig selv er udbudspligtig, hvis det må lægges til grund, at den oprindelige kontrakt er nødlidende.”

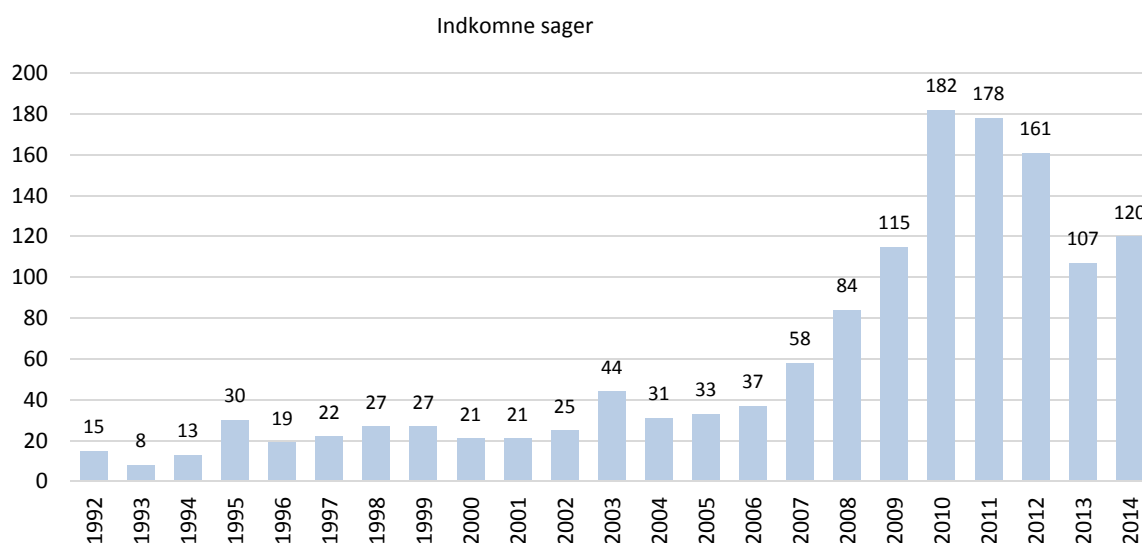
EU-Domstolen behandler sagen under sagsnummer C-549/14.

## 4. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS VIRKSOMHED I 2014

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

### 4.1 Indkomne klager

I 2014 modtog klagenævnet 120 klager. Oversigten nedenfor viser udviklingen i antallet af indkomne klager i årene 1992-2014.



Klagenævnet oplevede i 2014 med 120 indkomne klager en beskedent stigning i antallet af klagesager i forhold til 2013, men der er stadig tale om et markant fald i forhold til 2010-2012. Sagstilgangen i 2014 ligger lidt over niveauet for 2009.

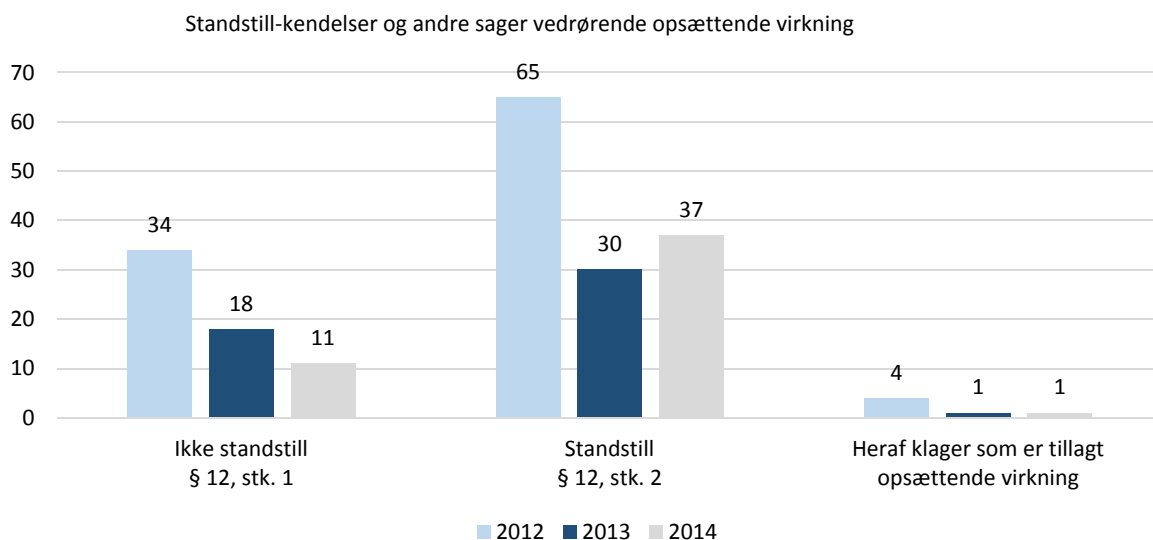
Som anført i afsnit 4.1 i årsberetningen for 2013 skal det markante fald i sagstilgangen ses i lyset af ændringerne i håndhævelsesloven og klagenævnsbekendtgørelsen i 2013, som netop havde til formål at begrænse et stigende antal klagesager. Navnlig forhøjelsen af klagegebyret til 20.000 kr. i sager om overtrædelse af udbudsdirektivet (de fleste sager) samt klagerens risiko for at blive pålagt at betale sagsomkostninger til den indklagede ordregiver må antages at have været udslagsgivende faktorer.

### 4.2 Standstill-sager og andre sager vedrørende opsættende virkning

Som det fremgår nedenfor, afsagde klagenævnet i 2014 delkendelse i 11 sager, hvor der var anmodet om opsættende virkning efter håndhævelseslovens § 12, stk. 1, og delkendelse i 37 sager modtaget i standstill-perioden efter håndhævelseslovens § 12, stk. 2, hvor klagenævnet har en lovbunden frist på 30 dage til at træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning. I 2014 er der i 1 sag truffet afgø-

relse om at tillægge en klage opsættende virkning. Det drejer sig om kendelse af 7. august 2014, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland, jf. ovenfor afsnit 2.1.2.

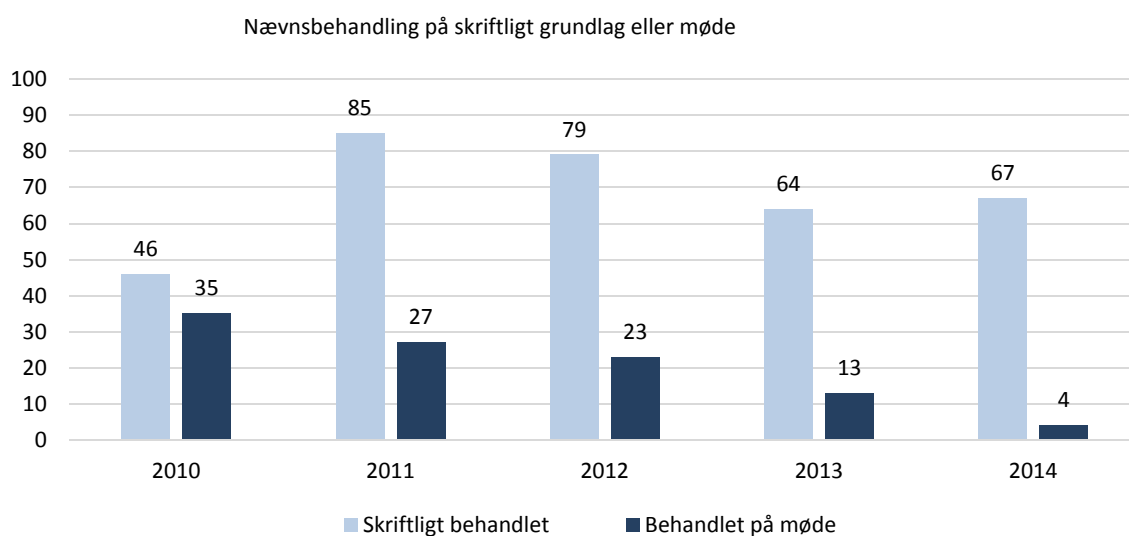
Nedenfor ses antallet af afsagte standstill-kendelser og andre kendelser vedrørende opsættende virkning for 2012-2014.



#### 4.3 Nævnbehandlings på skriftligt grundlag eller med afholdelse af møde

I 2014 blev 67 sager behandlet på skriftligt grundlag, mens 4 sager blev behandlet med mundtlig forhandling.

Nedenfor ses en opgørelse over sager behandlet henholdsvis på skriftligt grundlag og på møde i årene 2010-2014.

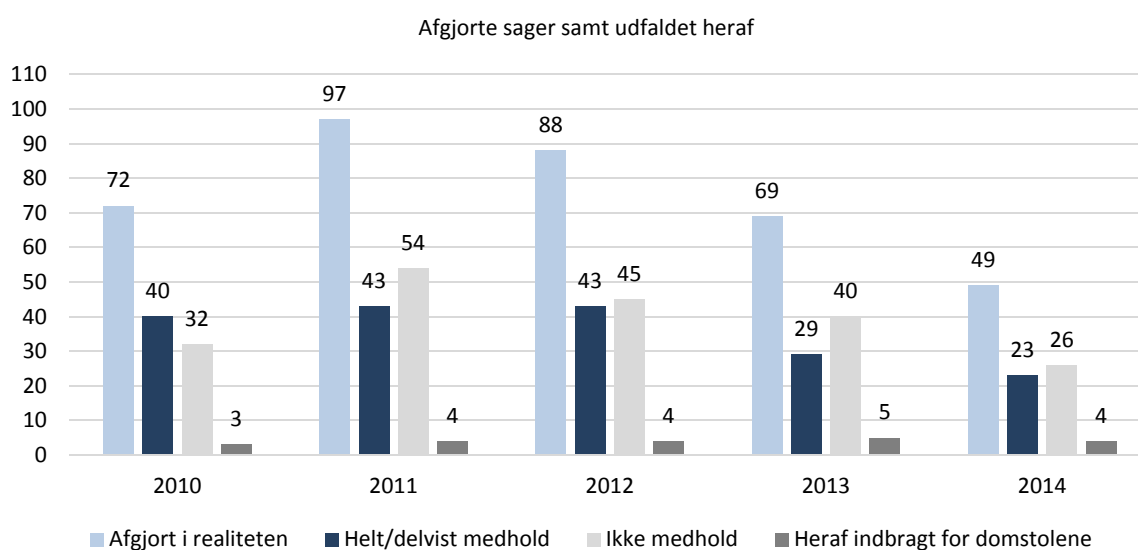


Note: De viste tal indeholder også afviste sager

Fordelingen af mundtlig/skriftlig behandling i 2014 viser, at stadig færre sager undergives mundtlig behandling. 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 § 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.

#### 4.4 Afgjorte sager samt udfaldet heraf

I 2014 afgjorde klagenævnet 49 sager i realiteten. Heraf fik 23 klager helt eller delvist medhold, mens 26 klager ikke fik medhold. Af de 49 sager blev 4 indbragt for domstolene.



Note: Opgørelsen over antallet af sager indbragt for domstolene er baseret på optælling af antallet af stævninger, som klagenævnet har modtaget til orientering. Klagenævnet har ikke sikkerhed for, at alle indgivne stævninger er sendt til nævnet.

Fordelingen af sager, hvor der gives helt/delvist medhold eller ikke medhold, viser et skift fra 2010 til 2011, idet der i 2010 var et flertal af klager, der fik helt eller delvist medhold, medens der fra 2011 og frem har været et flertal af klager, der ikke har fået medhold. Tabellen nedenfor viser, at medholdsprocenten i 2014 var på 47 % og dermed omtrent på niveau med 2012, medens medholdsprocenten i 2013 var på 42 % og dermed omtrent på niveau med 2011.

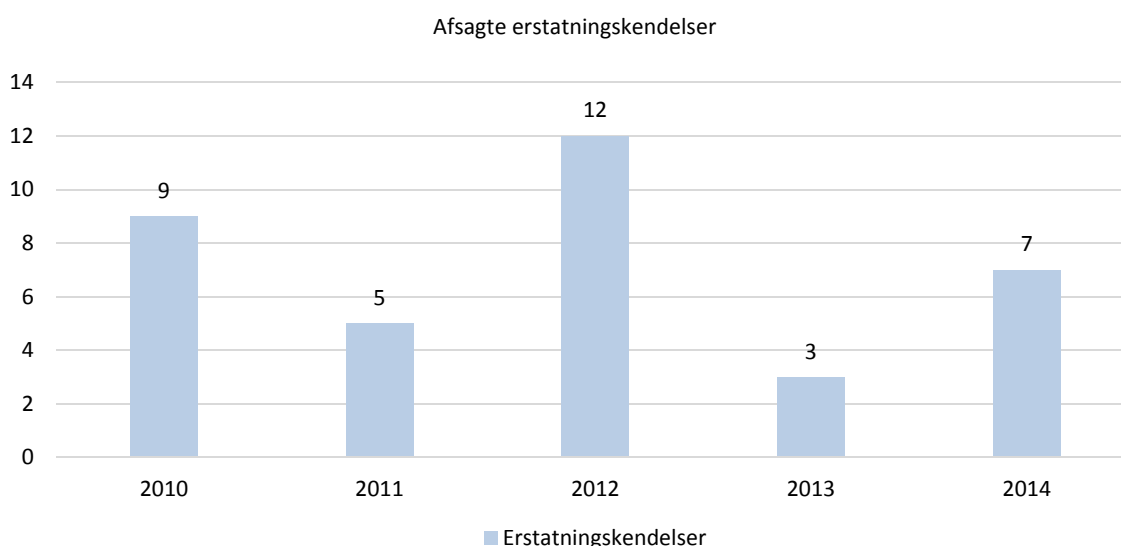
Klagenævnet har således fra 2011 givet medhold i færre klager end tidligere og har således ved de afsagte kendelser konstateret færre fejl end tidligere. Som anført i afsnit 4.4 i årsberetningen for 2013 kan det skyldes, at ordregiverne begår færre fejl end tidligere. En yderligere måske mere nærliggende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

regler, punkt 1) og 4) med omtale af klagenævnets kendelse af 17. april 2012, PH-Byg Faaborg A/S mod Faaborg Menighedsråd.

År	Helt/delvist medhold	Ikke medhold
2010	56 %	44 %
2011	44 %	56 %
2012	49 %	51 %
2013	42 %	58 %
2014	47 %	53 %

#### 4.5 Afsagte erstatningskendelser

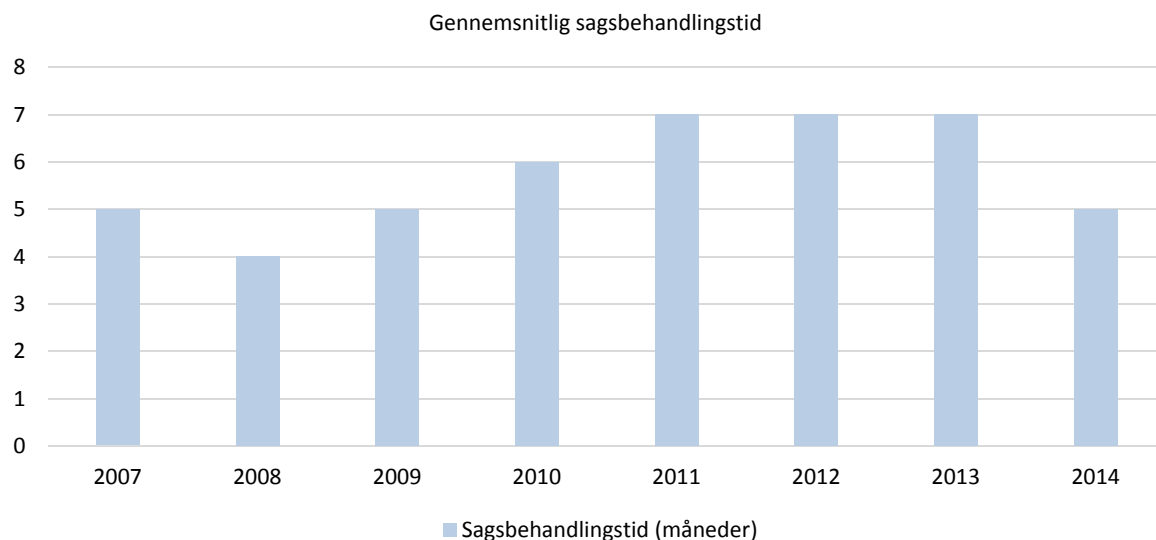
I 2014 afsagde klagenævnet 7 kendelser om erstatning.



Set over perioden fra 2010-2014 kulminerede antallet af afsagte erstatningskendelser i 2012 med 12 afsagte kendelser. Antallet af afsagte erstatningskendelser i 2014 er en stigning i forhold til antallet af afsagte erstatningskendelser i 2013, som nogenlunde var på niveau med antallet af afsagte erstatningskendelser i 2011. Antallet af afsagte erstatningskendelser i 2014 var i nærheden af niveauet for afsagte erstatningskendelser i 2010. Som omtalt i afsnit 4.5 i årsberetningen for 2013 er det erfaringen, at erstatningsspørgsmålet i mange af de sager, hvor klageren har fået helt eller delvist medhold ved klagenævnets materielle kendelse, løses uden om klagenævnet, således at parterne indgår forlig i stedet for at afvente klagenævnets erstatningskendelse.

#### 4.6 Gennemsnitlig sagsbehandlingstid

I 2014 havde klagenævnet en gennemsnitlig sagsbehandlingstid på 5 måneder. Nedenfor ses en opgørelse over udviklingen i den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for afviste sager og materielle kendelser opgjort i måneder i årene 2007-2014.



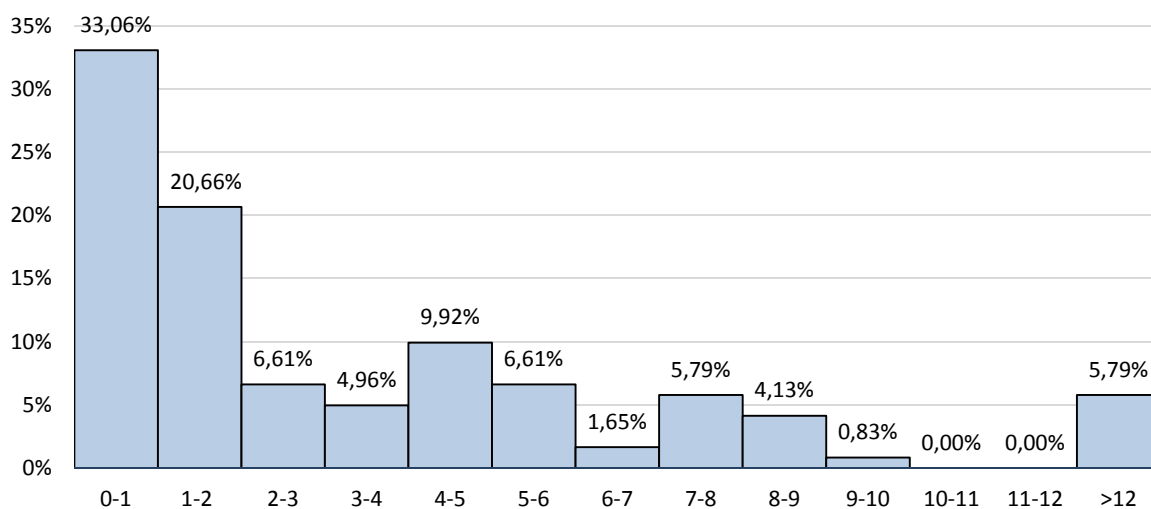
Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid er faldet fra 7 måneder i 2011-2013 til 5 måneder i 2014. Antallet af indkomne klager i 2010 - 2013 var 182, 178, 161 og 107, jf. ovenfor afsnit 4.1, og antallet af verserende sager primo i disse år var højt i forhold til antallet af verserende sager primo 2014. Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid i 2014 var på blot 5 måneder og dermed den samme som 2007 og 2009, uanset at antallet af indkomne klager i 2014 var 120 mod 58 i 2007 og 115 i 2009. Antallet af verserende sager primo 2014 lå nogenlunde på niveau med antallet af verserende sager primo 2009, men højere end antallet af verserende sager primo 2007.

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

Nedenfor er for 2014 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 4.8 nedenfor, hvor sagsbehandlingstiden i antal måneder for klagesager er opgjort procentvist kumulativt.



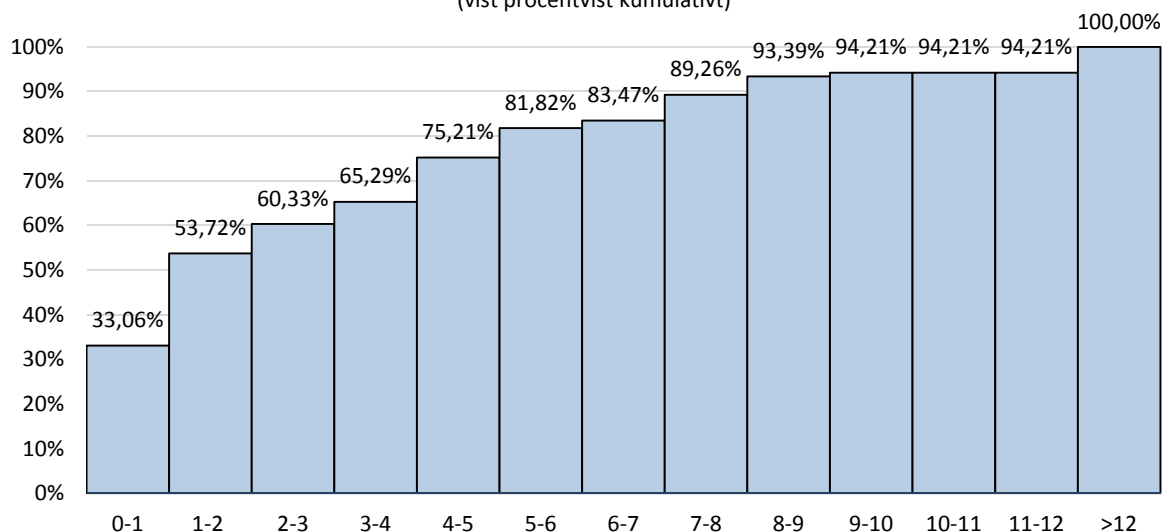
Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager  
(procentvis fordeling)



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for 2014 vist procentvist kumulativt.

Sagsbehandlingstid i antal måneder for klagesager  
(vist procentvist kumulativt)



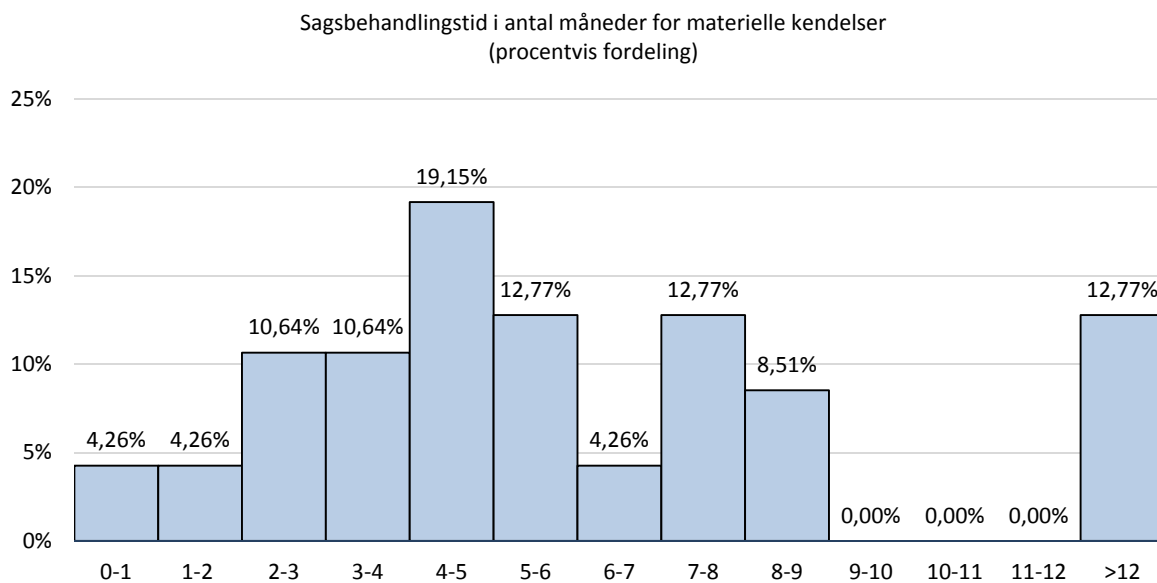
Som det fremgår, er 33 % af sagerne i 2014 sluttet i løbet af den første måned efter modtagelsen af klagen, hvilket er en forbedring i forhold til 2013, hvor andelen var ca. 29 %. Ca. 54 % af sagerne er i 2014 sluttet i løbet af de første 2 måneder efter klagens modtagelse mod 42 % i 2013. Det fremgår videre, at 60 % af alle modtagne sager i 2014 blev sluttet i løbet af 3 måneder mod 49 % i 2013. I opgørelsen for 2014 indgår blandt andet 52 sager, hvor klagen er tilbagekaldt. I en række af disse sager er klagen tilbagekaldt som følge af klagenævnets "fumus-kendelser", hvor klagenævnet på et foreløbigt grundlag afsiger en kendelse om, hvorvidt udbudsreglerne må antages at være overtrådt.

Sådanne kendelser er meget resursekrævende for klagenævnet, da kendelsen i de fleste tilfælde skal udarbejdes og afsiges inden for en frist på 30 dage og således under et betydeligt tidspres, og da kendelserne, trods deres foreløbige karakter, ofte indeholder en omfattende sagsfremstilling og indgående præmisser. Det ses endvidere, at ca. 82 % af sagerne i 2014 blev sluttet i løbet af 5-6 måneder efter klagens modtagelse mod 65 % i 2013, og at 94 % af sagerne færdigbehandles i løbet af 9-10 måneder mod 86 % i 2013.

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. Sagsbehandlingstiderne er markant forbedret fra 2013 til 2014. (Tallene for 2013 fremgår nærmere af afsnit 4.8 i nævnets årsberetning for 2013).

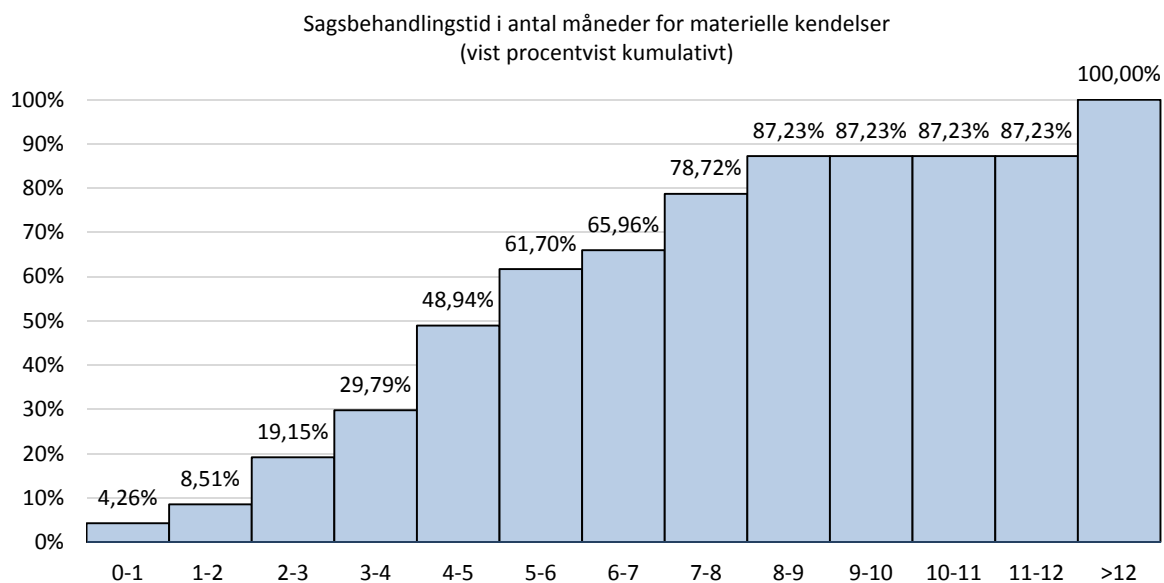
#### 4.9 Sagsbehandlingstid i antal måneder for materielle kendelser (procentvis fordeling)

Nedenfor er for 2014 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.



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

I nedenstående tabel er opgørelsen af sagsbehandlingstiden for materielle kendelser i 2014 vist procentvist kumulativt.



Tabellen illustrerer, at der i 2014 var afsagt materiel kendelse i ca. 30 % af sagerne allerede efter 3-4 måneder mod 20 % i 2013 og i 2014 afsagt kendelse i ca. 66 % af sagerne efter 6-7 måneder mod 50 % i 2013. Videre ses det, at der i 2014 efter 8-9 måneder var afsagt materiel kendelse i 87 % af sagerne mod ca. 69 % i 2013. De resterende 13 % (2013: 21 %) 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. Det er samtidigt vigtigt, når der ses på klagenævnets sagsbehandlingstid for materielle kendelser, at være opmærksom på, at arbejdet med en sag ofte ikke alene består i at udarbejde en materiel kendelse, men at der undervejs i mange af sagerne også bruges betydelige resurser på at træffe afgørelse(r) om aktindsigt efter forvaltningsloven.

## 5. ANDRE AKTIVITETER I KLAGENÆVNET

Klagenævnet havde foruden behandlingen af klagesager en række udadrettede aktiviteter i 2014:

### *Deltagelse i konferencer m.v.*

Medlemmer af klagenævnets formandskab og nævnets fuldmægtige har deltaget i FIDE kongressen (Fédération Internationale pour le Droit Européen) i København i 2014. Medlemmer af formandskabet har også i 2014 deltaget som oplægsholdere ved konferencer og andre arrangementer vedrørende udbudsretlige emner.

### *Statistiske oplysninger*

Klagenævnet bidrog med statistiske oplysninger til et projekt initieret af Kommissionen og håndteret af "Europe Economics" og "Milieu". I forbindelse med projektet besvarede klagenævnet også en spørgeundersøgelse fra "Europe Economics" and "Milieu" til brug for en evaluering af håndhævelsen af udbudsreglerne og anvendelse af kontroldirektiverne.

### *Klager modtaget inden for 10-dages fristen i håndhævelseslovens § 4*

Klagenævnet traf i 2014 en generel beslutning om, at en klage over en direkte tildeling, hvor der er udstedt en profylaksebekendtgørelse, og hvor klagen modtages inden for 10-dages fristen i håndhævelseslovens § 4, stk. 1, nr. 2, som udgangspunkt tillægges midlertidig opsættende virkning i medfør af § 12, stk. 1, i håndhævelsesloven, indtil klagenævnet har afgjort spørgsmålet, om klagen skal tillægges opsættende virkning under klagesagens videre forløb. Det tilstræbes, at der træffes afgørelse i disse sager senest 30 kalenderdage efter klagens modtagelse. Baggrunden for den generelle beslutning er, at sådanne klager ikke efter den nugældende håndhævelseslov automatisk medfører opsættende virkning, og ordregiveren er således som udgangspunkt ikke forhindret i at indgå kontrakt efter udløbet af 10-dages perioden i håndhævelseslovens § 4, stk. 1, uanset at der er indgivet en klage i 10-dages perioden. Der er med forslaget om ændring af håndhævelsesloven (lovforslag L 164) foreslået en ændring af denne retstilstand.