

Udbuddet er efterfølgende annulleret af regionerne og klagen herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

(Visse oplysninger i kendelsen er på klagerens begæring ikke offentliggjort)

BKI Foods A/S
(advokat Jeppe Lefevre Olsen og advokat Andreas Riis Madsen, begge Århus)

mod

Region Syddanmark
Region Nordjylland
Region Midtjylland
Region Sjælland
Region Hovedstaden
(advokat Svend Bjerregaard, Århus)

Klagenævnet har den 22. december 2023 modtaget en klage fra BKI Foods A/S ("BKI").

BKI har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Region Syddanmark, Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Sjælland og Region Hovedstaden ("regionerne") har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-11, svarskrift med bilag A og B, replik, regionernes e-mail af 16. januar 2024 med bilag C og BKIs e-mail af 17. januar 2024.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at regionerne efter udbudslovens § 2 har pligt til at anmode BKI om at berigtige sit tilbud ved at indlevere den rigtige version af tilbudslisten, idet der alene er tale om berigtigelse af en åbenlyse fejl i BKIs tilbudsaflevering, og idet den rigtige version af tilbudslisten dokumenterbart er udfyldt før tilbudsfristen udløb.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at regionerne efter udbudslovens § 159, stk. 5, og udbudslovens § 2 har ret til at lade BKI berigtige sit tilbud ved at indlevere den rigtige version af tilbudslisten, idet denne dokumenterbart er udfyldt før tilbudsfristen udløb.

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal annullere regionernes beslutning af 15. november 2023 om at erklære BKIs tilbud for ukonditionsmæssigt, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.”

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

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 198-616505 af 9. oktober 2023, offentliggjort den 13. oktober 2023, udbød regionerne som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II en rammeaftale vedrørende indkøb af kaffe, te og kakao samt tilbehør. Rammeaftalens anslåede værdi var angivet til 74.000.000 kr., og dens maksimale værdi var angivet til 103.600.000 kr. Løbetiden var angivet til 48 måneder (fire år).

Udbuddet blev gennemført som et fælles udbud med Region Syddanmark som udbudsansvarlig.

Forud for indrykningen af udbudsbekendtgørelsen havde regionerne udbudt rammeaftalen to gange. Disse udbud blev aflyst som følge af indsigelser og klage til klagenævnet fra tilbudsgiveren Jacobs Douwe Egberts ApS.

I udbudsbetingelserne står der bl.a.:

”7 Afgivelsen af tilbud

...

7.2 Form

Tilbuddet skal fremsendes via CTM. Tilbud, der ikke fremsendes via CTM, vil blive udelukket fra vurdering.

Tilbuddet skal indeholde de dokumenter og oplysninger, der anmodes om i CTM og udbudsmaterialet i øvrigt. Tilbudsgiver opfordres til udelukkende at uploade dokumenter, som Ordregiver efterspørger i udbudsmaterialet og/eller i CTM.

Tilbudsgiver skal besvare de i CTM angivne spørgsmål for tilbuddet samt vedhæfte de efterspurgte bilag i udfyldt stand i overensstemmelse med, hvad der fremgår af CTM og udbudsmaterialet i øvrigt. Der henvises i den forbindelse til tjeklisten i pkt. 17.

Udfyldt Kontraktbilag 2 (Kravspecifikation og løsningsbeskrivelse) og Kontraktbilag 3 (Tilbudsliste) bedes vedlagt i både PDF-format og i det format, i hvilket Ordregiver har offentliggjort dokumentet i CTM. Tilbudsgiver bedes indsætte sit navn øverst i Kontraktbilag 2 og 3 i feltet ”Tilbudsgivers navn”.

...

11 Kontrakten Generelt

Kontrakt vil blive indgået på baggrund af det til udbudsmaterialet vedlagte ”Udkast til kontrakt”.

...

Kontrakt indgås separat med den vindende Tilbudsgiver for hver af de enkelte regioner i overensstemmelse med ovenstående. Tilbudsgiver vil således skulle indgå en kontrakt pr. deltagende region, der er forpligtet til at indgå kontrakt. Det betyder, at de enkelte kontrakter i øvrigt kan opsiges, ophæves eller på anden vis ophøre, uden dette får betydning for de øvrige indgåede kontrakter.

...

12 Tildelingskriterium

12.1 Generelt

Identificering af det økonomiske mest fordelagtige tilbud vil ske ved anvendelse af tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet” på baggrund af følgende underkriterier og vægtninger:

Underkriterier	Vægtning
Økonomi, jf. pkt. 12.2	50 %
Smag, jf. pkt. 12.3	35 %
Bæredygtighed, jf. pkt. 12.4	15 %

...

14 Grundlag for udelukkelse af Tilbudsgivere

14.1 Generelt

Ordregiver vil som udgangspunkt være forpligtet til at se bort fra et tilbud, som ikke nøje overholder forskrifterne i udbudsmaterialet. Ordregiver anbefaler derfor, at Tilbudsgiver sætter sig grundigt ind i udbudsmaterialet og udarbejder sit tilbud i overensstemmelse hermed.

Det er som udgangspunkt ikke lovligt for Ordregiver at tillade Tilbudsgiver at korrigere et fejlbehæftet tilbud efter tilbudsfristen, idet dette kun lader sig gøre inden for de snævre rammer, der følger af Udbudslovens § 159, stk. 5.

14.2 Forbehold

Ordregiver er forpligtet til at afvise tilbud med forbehold over for udbuddets grundlæggende elementer. Ordregiver er endvidere berettiget til at afvise tilbud med forbehold over for ikke-grundlæggende elementer i udbuddet.

Såfremt Ordregiver efter udbudsreglerne har mulighed for og vælger at prissætte et forbehold, vil prissætningen indgå i evalueringen af ”Økonomi”, jf. pkt. 12.2.

...

Som en del af tilbuddet skal Tilbudsgiver udfylde og vedlægge Kontraktbilag 2 og 3. I den forbindelse bedes Tilbudsgiver – i henhold til retningslinjerne i Kontraktbilag 2 og 3 – i kontraktbilagene ved sin underskrift bekræfte, at denne står ved det i Kontraktbilag 2 angivne henholdsvis er bundet af de afgivne priser i Kontraktbilag 3. Dette kan evt. ske i en PDF-version af de 2 dokumenter.

...

17 Tjekliste for Tilbudsgiver

Nedenstående tjekliste indeholder en oversigt over hvilke dokumenter, der skal returneres som en del af tilbuddet. Herudover vil der skulle fremsendes vareprøver.

Udover de oplysninger, der følger direkte af tjeklisten nedenfor, skal Tilbudsgiver i CTM angive de oplysninger, der bliver bedt om i CTM.

- Udbudsbilag 1 ESPD (også for eventuelle konsortiedeltagere og virksomheder, som Tilbudsgiver baserer sig på)
- Udbudsbilag 2 Oversigt over vareprøver
- Kontraktbilag 2 Kravspecifikation. Bedes i pdf-format være underskrevet af Tilbudsgiver.
- Kontraktbilag 3 Tilbudsliste. Bedes i pdf-format være underskrevet af Tilbudsgiver.
- Hvis Tilbudsgiver er et konsortium: Kontraktbilag 8 Erklæring om fælles befuldmægtiget og solidarisk, direkte og ubetinget hæftelse (alternativt fremsendes dette som en del af den endelige dokumentation)
- Hvis Tilbudsgiver baserer sig på en anden virksomheds egnethed/formåen: Kontraktbilag 9 Støtteerklæring eller tilsvarende (alternativt fremsendes dette som en del af den endelige dokumentation)
- Evt. yderligere bilag”

Af regionernes udbudsplatform, CTM, fremgår der af en ”Tilbudsgiver Brugermanual”, som tilbudsgiverne ifølge regionerne kunne downloade, når de var logget ind på portalen, bl.a. følgende:

”1.4 Udfyld krav og prisliste

...

1.4.1 Udfyld Krav/kriterier

En besvarelse kan indeholde følgende dele, der skal udfyldes:

- *Bekræftelse af mindstekrav* – Ordregiveren anmoder om at du gennemgår et eller flere dokumenter og ønsker at du markerer om du er enig eller ej i indholdet af dokumentet/dokumenterne
- *Kvalifikationsspørgsmål* – Ordregiveren kan anmode dig om, at udfylde spørgsmål som en del af din besvarelse.
- *Prisliste (Bill of Quantities)* – Ordregiveren kan anmode dig om, at udfylde en deltaljeret prisliste
 - Samlet tilbudssum – Samlet tilbudssum skal være udfyldt

- Dokumenter – Dokumenter kan vedhæftes til din besvarelse

Ordregiverene kan selv vælge hvad de ønsker at få besvaret af ovenstående punkter. Derfor kan der være punkter som ikke er slået til og udseenet af din udbudsside kan variere fra gang til gang. Klik på for flere informationer omkring hvordan du udfylder og afsender dit tilbud. Efterhånden som du får udfyldt dine spørgsmål, vil procent baren stige mod de 100 %. Du har besvaret og vedhæftet det ordregiveren har bedt om, når procent baren står på 100 %. Den vil være rød indtil du har afsendt dit tilbud og skifter til grøn, efter du har klikket på knappen "Send". Dato og klokkeslæt for afsendelsen vil stå under den grønne bar.

...



Besvare krav/kriterier:

1. Klik på **[Besvar krav/kriterier]**, de spørgsmål/krav som du skal svare på vises.
2. Udfyld alle spørgsmålene og klik **[Gem]** eller **[Gem og næste]** for at udfylde næste side med spørgsmål.
3. Hvis du i et tidligere udbud har besvaret de samme spørgsmål, vil svarene være præudfyldte. Det er en god idé at kigge svarene igennem inden du gemmer. Alle præudfyldte spørgsmål vil være markeret med gult. Hvis et spørgsmål er blevet opdateret siden sidst, vil spørgsmålet være markeret med rødt. Denne funktion vil kun være mulig, hvis ordregiveren har foretaget de nødvendige indstillinger.

...

Som du kan se står procentbaren lige nu på 100 % og er grøn, det betyder, at du har besvaret alle spørgsmål og har afsendt din besvarelse. Hvis din besvarelse ikke var afsendt ville procentbaren være rød.

...

**Vedhæft dokumenter:**

Hvis du har yderligere dokumenter til et udbud, eller der kun skal indsendes dokumenter, kan du vedhæfte dem på følgende måde:

1. Som en del af besvarelsen kan du vedhæfte dokumenter, disse dokumenter vil være synlige for ordregiveren når deadline er passeret og ordregiveren kan åbne dit tilbud.
2. For at vedhæfte dokumenter, klik på **[Vedhæft dokumenter]**

3. Klik på **[Indlæs filer]**, vælg de dokumenter der skal vedhæftes og klik på **[Indlæs]**. Filerne uploades til dit tilbud.
4. Du kan også vedhæfte dokumenter fra et arkiv, dvs. fra en personlig og virksomhedsmappe. Klik på **[Indlæs fra fælles mappe]** for at kopiere dokumenter til dit tilbud.
5. Procentbaren tæller ikke når det kun er dokumenter du vedhæfter. Det er op til dig at indtaste det rigtige antal.

...

1.6 Afsend tilbud/anmodning

**Sådan Afsender du dit tilbud/anmodning:**

Når du har udfyldt dit tilbud/anmodning skal du sende det til ordregiveren. Ordregiveren kan ikke se dit tilbud/anmodning før du har sendt det. Tilbudet/anmodningen kan ikke åbnes før tidsfristen er overskredet. For at se din besvarelse inden du sender det til ordregiveren, kan du klikke på **[Vis/Udskriv besvarelsesformular]** nederst på siden.

1. For at sende dit tilbud/anmodning skal du klikke på **[Send]** nederst på siden. Et pop-up vindue vises med felter til at indtaste brugernavn og password.
2. Af sikkerhedsmæssige årsager, er du forpligtet til at indtaste dit brugernavn og password før du kan sende dit tilbud/anmodning. Klik derefter på **[Send]**. Der bliver automatisk sendt en besked til ordregiveren for at informere ham om din deltagelse.

...”

BKI indleverede sit tilbud inden for tilbudsfristen den 14. november 2023.

BKI havde ikke indleveret Kontraktbilag 3, Tilbudsliste, til sit tilbud, idet tilbuddet var vedlagt tilbudslisten fra det annullerede udbud.

Den 15. november 2023 meddelte regionerne BKI, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt. I meddelelsen står der om baggrunden herfor:

”...

I henhold til udbudsbetingelsernes pkt. 14.1 skal tilbud udarbejdes i overensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet, da Region Syddanmark ellers kan være forpligtet til ikke at tage tilbuddet i betragtning.

Jeres tilbud opfylder ikke nedenstående krav, hvorfor jeres tilbud ikke er konditionsmæssigt.

Det fremgår af Udbudsbetingelsernes pkt. 17, at Kontraktbilag 3 Tilbudsliste skal vedlægges tilbuddet. BKI Foods A/S har ikke vedlagt den korrekte version af bilaget, men i stedet vedlagt en version fra det forudgående annullerede udbud af Kaffe, te og kakao..

Det er som udgangspunkt ikke lovligt for Region Syddanmark at tillade BKI Foods A/S at korrigere det fejlbehæftede tilbud efter, at tilbuddet er indleveret, idet dette kun lader sig gøre inden for de snævre rammer, der følger af udbudslovens § 159, stk. 5. Region Syddanmark har derfor ikke bedt jer korrigere tilbuddet.

På denne baggrund skal Region Syddanmark herved meddele, at jeres tilbud desværre må afvises, og dermed ikke kommer til at indgå i tilbuds-evalueringen.”

Den 16. november 2023 skrev BKI følgende e-mail til regionerne:

”...

Da vi har modtaget meddelelse omkring ukonditionsmæssigt tilbud på ovenstående udbud, vil vi gerne bede Regionerne om at undersøge/belyse nedenstående punkter, da vi på tidspunktet for upload observerede nogle ting, som vi ikke tidligere har oplevet på EU-Supply portalen.

Samtidig har vi beskrevet processen og de observationer, som vi oplevede ved upload af materialet tirsdag den 14. november. Se vedhæftet fil.

Da vi er sikre på, at vi har uploadet de korrekte filer i tilbuddet, men vi er blevet gjort opmærksomme på, at Regionerne har modtaget filer fra forrige udbud, vil vi gerne, at Regionerne vil undersøge/belyse med EU-Supply nedenstående spørgsmål, da vi mener, at der er sket fejl i EU-Supply portalen.

1. Spørgsmål vedr. punkt 5 i vedlagte beskrivelse.
 - a. Hvordan kan mappen allerede være GRØN og markeret med clips?

2. Spørgsmål vedr. punkt 7 i vedlagte beskrivelse
 - a. Da det er et nyt udbud og vi ikke tidligere har uploadet materiale – hvordan kan der så allerede ligge 4 filer – henholdsvis 2 filer ved hvert spørgsmål (kravspecifikation og tilbudsliste)?
 - b. Umiddelbart burde EU-Supply kunne se i deres log, hvilke ”gamle” filer der er tale om og hvordan de er uploadet?

3. Spørgsmål vedr. punkt 8 i vedlagte beskrivelse
 - a. Hvordan kan mappen stadig være GRØN og med clips, selvom vi har slettet alle de filer, som lå i mappen?
 - b. Umiddelbart burde EU-Supply kunne se i deres log, om det er lykkedes at slette filerne – da vi kan have en mistanke om, at det ikke er lykkedes at slette filerne med de gamle tilbudslister og dermed er det de filer, som Regionerne modtager?

4. Spørgsmål vedr. punkt 9 i vedlagte beskrivelse
 - a. Da alle dokumenterne, som vedr. aktuelle udbud ligger i samme bibliotek, er vi meget uforstående overfor, hvordan der kan være dokumenter fra et andet bibliotek, da EU-supply selv foreslår det bibliotek, som vi tidligere har hentet dokumenter fra. Kan EU-Supply se det i deres log?






Da vi er 100% sikre på at have uploadet korrekt og der må være en god forklaring på ovenstående udfordring, står vi selvfølgelig meget gerne til rådighed for yderlig uddybelse eller forklaring. Hvis EU-Supply ønsker sparring, dialog omkring sporing af logfiler i deres system, står vores it-chef også gerne til rådighed.”

I den vedhæftede fil havde BKI beskrevet, hvordan virksomheden havde uploadet filer på EU-supply portalen. Det var endvidere beskrevet, hvilke udfordringer virksomheden observerede ved opstarten:

”...

1. Vi åbner portalen
2. Vælger det aktuelle udbud
- ...
3. Klikker på ”besvar spørgsmål”
- ...

4. Spørgsmål besvares med JA og der gemmes på siden.
5. Så bliver det muligt at vedhæfte filer (visning af clips) – dog bemærkes her at mappen allerede er GRØN, hvilket indikerer at der allerede ligger nogle filer? (normalt vil mappen være tom og markeret med rødt)
6. Vi klikker på mappen med clips for at uploade
7. Her konstateres dog, at der allerede ligger 4 dokumenter i mappen (2 filer under spørgsmålet omkring kravspecifikationen og 2 filer under spørgsmål omkring tilbudsliste). (umiddelbart er det dokumenterne fra sidste udbud, da vi endnu ikke har været inde og uploade de ny filer)
 - a. Umiddelbart får vi filerne slettet og da vi trykker på knappen GEM på forsiden igen forbliver mappen dog GRØN, selvom alt nu burde være slettet.
8. Vælger igen på mappen med clips og er klar til at uploade vores nye filer. (alle tidligere filer er nu væk fra mappen, men jo fortsat markeret med GRØN på forsiden)
- ...
9. De nye filer hentes fra nedenstående bibliotek, som kun består af de filer vedr. dette udbud.

Navn	Ændringsdato	Type	Størrelse
 Kontraktbilag 2 Kravspecifikation Kaffe, Te og Kakao - BKI	13-11-2023 07:24	Microsoft Word-d...	93 KB
 Kontraktbilag 2 Kravspecifikation Kaffe, Te og Kakao - BKI	13-11-2023 07:50	Microsoft Edge P...	1.074 KB
 Kontraktbilag 3 Tilbudsliste Kaffe Te og Kakao - BKI	14-11-2023 08:14	Microsoft Edge P...	770 KB
 Kontraktbilag 3 Tilbudsliste Kaffe Te og Kakao - BKI	14-11-2023 07:33	Microsoft Excel-re...	62 KB
 Signed BKI Supplier Code of Conduct 2023	16-06-2023 14:15	Microsoft Edge P...	126 KB

10. Filer hentes i 2 steps ift. besvarelse af de 2 spørgsmål og fra samme bibliotek.
11. Herefter gemmes de uploadede filer og tilbuddet ændres til 100% og dermed færdiggjort og sendes.”

Den 20. november 2023 besvarede regionerne BKIs henvendelse af 16. november 2023. Af regionernes svar fremgår bl.a.:

”Vi har nu undersøgt de af jer oplyste forhold omkring jeres tilbudsafgivelse vedrørende udbud af kaffe, te og kakao (2023/S 198-616505) ved at rette henvendelse til Mercell.

Mercell har undersøgt sagen og har i dag meddelt os følgende:

...

Så har vi undersøgt revisionsspor fra tilbudsgiver og jeres side.

De filer der er uploadet og medsendt fra tilbudsgiverens side, er dem du kan se i besvarelsen/tilbuddet.

De skabeloner under Krav/Kriterier du har genbrugt fra det tidligere udbud gør sådan, at filerne forbliver uploadet på tilbudsgiverssiden, hvorfor mapperne er grønne fra start. Tilbudsgiveren kan herefter vurdere om de samme dokumenter skal medsendes tilbuddet eller om disse skal opdateres eller slettes.

Det er helt korrekt, at tilbudsgiveren har slettet flere filer for at uploade nye, men ikke for dette afsnit. Det afsnit hvor “kontraktbilag 3” fremgår, er dokumenterne ikke uploadet på ny.

De to filer der er medsendt (se billede) er de oprindelige filer fra det tidligere udbud som de har valgt at beholde og bruge igen. Deres revisionsspor viser, at der er slettet og uploadet en del gange, men under Kontraktbilag 3 er de to filer de oprindelige fra det tidligere udbud og det virker ikke til at man har forsøgt at uploade nye filer fra tilbudsgiverens side under denne sektion, ligesom det ikke virker som, at der har været systemmæssige udfordringer i samme tidsrum.



Dokumenter		
Navn	Størrelse	Opdateret
<input type="checkbox"/>  Kontraktbilag 3 Tilbudsliste Kaffe Te og Kakao - 2024.xlsx (Kontraktbilag 3 Tilbudsliste Kaffe Te og Kakao - 2024.xlsx)	59	2023-11-14 08:23
<input type="checkbox"/>  Kontraktbilag 3 Tilbudsliste Kaffe Te og Kakao - 2024 - underskrevet af BKI.pdf (Kontraktbilag 3 Tilbudsliste Kaffe Te og Kakao - 2024 - underskrevet af BKI.pdf)	742	2023-11-14 08:23

...

Mercell kan således se, at kontraktbilag 3 (tilbudslisten) ikke er blevet medsendt i den nye version, som det var krævet i henhold til udbudsbe-
tingelsernes pkt. 17. Merzell skriver, at de kan se i revisionssporet, at der
er slettet andre dokumenter og uploadet nye, men at dette ikke er sket for
så vidt angår kontraktbilag 3 (tilbudslisten). Endelig oplyser Merzell, at
de ikke kan se, at der har været systemmæssige udfordringer i det pågæl-
dende tidsrum.

Da der ikke har kunnet påvises tekniske problemer, der har forårsaget
BKI's manglende uploadning af det korrekte kontraktbilag 3, vurderer vi
desværre ikke, at vi har saglige grunde til at annullere udbuddet.

Udbudsprocessen må derfor fortsætte med de øvrige konditionsmæssige
tilbudsgivere.
..."

Ved brev af 14. december 2023 til Region Syddanmark fremsendte BKI en
indsigelse i anledning af regionernes fælles udbud af levering af kaffe, te,
kakao m.v.

Af revisionssporet for BKIs aktivitet på udbudsportalen fremgår:

"...

2023-10-12 07:21:21	A BKI Foods	Dokument vist	Udbud af Kaffe, Te og Kakao: Kontraktbilag 3 (Tilbudslist Kaffe Te og Ka- kao.xlsx)
---------------------	----------------	---------------	--

..."

Det fremgår endvidere af revisionssporet, at der den 14. november 2023, kl.
08.23, er registreret aktivitet under tilbudslisterne. Merzell har over for regi-
onerne oplyst, at BKI på dette tidspunkt gemte de gamle tilbud på portalen.

Parternes anbringender

Ad "fumus boni juris"

BKI har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gæl-
dende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Regionerne har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har BKI gjort gældende, at regionerne har pligt til at anmode BKI om at berigtige sit tilbud ved at indlevere den rigtige tilbudsliste, som blev udfyldt før tilbudsfristens udløb, jf. udbudslovens § 2.

Denne forpligtelse følger af, at fejlen var åbenbar for regionerne, hvilket regionernes tidsmæssige håndtering dokumenterer, og at fejlen alene kunne opstå som følge af regionernes forhold, idet regionerne ved oprettelse af udbuddet på udbudsplatformen (Mecell) uploadede tilbudsgivernes materiale fra et tidligere tilbud i det aktuelle udbud.

Regionernes forpligtelse gælder, uanset at BKI potentielt kunne have opdaget fejlen i forbindelse med tilbudsafgivelsen ved minutiøst at gennemgå dokumentet. Det bemærkes i den forbindelse, at tilbudslisten på tilbudsplatformen fremstod som uploadet samtidigt med alle de andre dokumenter.

Berigtigelsen kan ske med fremsendelse af en korrekt tilbudsliste, som objektivt og dokumenterbart er udfyldt forud for – og ikke ændret efter – tilbudsfristens udløb.

Det følger af praksis fra Retten og klagenævnet, at der ved åbenlyse fejl består en pligt for ordregiveren til at anmode tilbudsgiveren om at berigtige sit tilbud, jf. bl.a. T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV, T-554/08 Evropaiki Dynamiki og klagenavnets kendelser af 6. april 2010, Triona AB mod Vejdirektoratet, af 27. marts 2015, Colas Rails Limited mod Banedanmark, af 3. juli 2019, Grandt Defense ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, af 3. september 2020, Gemidan Komtek A/S mod Svendborg Affald A/S, af 27. april 2022, Dorte Mandrup A/S mod Aarhus Kommune, og af 23. maj 2022, Fugato A/S mod Bornholms Regionskommune.

Klagenævnet har i to nyere kendelser behandlet spørgsmålet om, hvornår de konkrete omstændigheder medførte, at der var tale om åbenlyse fejl, som førte til, at der bestod en pligt for ordregiveren til at søge tilbuddet berigtiget, jf. klagenavnets kendelse af 20. oktober 2020, Rohde & Schwarz Danmark A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, og kendelse af 23. marts 2022, Iveco Danmark A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S.

Det fremgår af Mercells svar til regionerne, at det ikke var BKI, som uploadede tilbudslisten fra udbud nr. 2 på det aktuelle udbud nr. 3, men at regionerne havde igangsat udbud nr. 3 på en sådan måde, at filerne fra det aflyste udbud nr. 2 blev ført med over i det aktuelle udbud, således at tilbudslisten derved blev en del af udbud nr. 3. Herefter fremstod det for BKI, som om der den 14. november 2023 kl. 08:14 var uploadet en tilbudsliste til udbud nr. 3, og at det var den rigtige tilbudsliste, der sammen med det øvrige tilbud var blevet uploadet.

Ved overgangen mellem udbud nr. 1 og udbud nr. 2 havde regionerne ikke på tilsvarende vis ført tilbudsgivernes filer med over, selvom tilbudslisten ved udbud nr. 1 og udbud nr. 2 var identiske. Først ved udbud nr. 3, hvor regionerne endda ændrede tilbudslisten efter udbud nr. 2, havde regionerne – uden at orientere herom – valgt at overføre nogle af tilbudsgivernes udfyldte filer i udbudsplatformen.

Det var således alene regionerne – eller Mercell – som havde foranlediget, at BKIs gamle tilbudsliste fra det aflyste udbud nr. 2 blev overført til udbud nr. 3. Hvis ikke det direkte skyldtes regionernes forhold, at den forkerte tilbudsliste blev indleveret i forbindelse med udbud nr. 3, har regionerne (eller Mercell) i hvert fald øget risikoen for, at den åbenlyse fejl opstod, og dette må tillægges vægt ved vurderingen af, om regionerne var underlagt en pligt til at anmode BKI om at berigtige den åbenbare fejl, som regionerne selv bærer en del af ansvaret for.

Det var ved indleveringen af tilbuddet ikke åbenbart konstaterbart for BKI, at der var tale om en gammel tilbudsliste fra udbud nr. 2. Ved indleveringen af tilbuddet, og som dokumenteret ved Mercells svar til regionerne, er tilbudslisten i Mercell angivet som ”opdateret” den 14. november 2023, kl. 08:23. BKI havde således ingen anledning til at tro, at tilbuddet indeholdt en tilbudsliste fra udbud nr. 2. På trods af at tilbudslisten i Mercell fremgår som opdateret den 14. november 2023, kl. 08:23, oplyser Mercell til regionerne, at ”det virker ikke til at man har forsøgt at uploade nye filer fra tilbudsgiverens side”. For BKI fremstod det som om, at tilbudslisten var uploadet (opdateret) kl. 08:23, hvilket var 9 minutter efter, at BKI kl. 08:14 sidst havde ændret i tilbudslisten i sit system. Det fremstod således for BKI som om, at tilbudslisten var uploadet i den nye version, og BKI havde ingen mulighed for at konstatere, at det ikke var tilfældet.

BKIs situation minder om situationen i T-211/02 Tideland Signal, hvor Retten fandt, at Kommissionen var forpligtet til at lade Tideland Signal berigtige sit tilbud. BKIs situation kan endda beskrives som et tilfælde med en endnu mere åbenlys fejl end Tideland Signal, da det i BKIs tilfælde også (hvert fald delvist) er regionernes ansvar, at BKIs udfyldte tilbudsliste fra udbud nr. 2 blev ført med over som en del af BKIs indleverede tilbud i udbud nr. 3.

De konkrete forhold er således så særlige, at der består en pligt for regionerne til at lade BKI berigtige sit tilbud ved at indlevere den rigtige, aktuelle tilbudsliste, som er udfyldt før tilbudsfristens udløb.

Revisionssporet viser det samme som Mercells svar til regionerne den 16. november 2023. Heraf fremgik også, at det for BKI fremstod som, at tilbudslisten var opdateret kl. 08:23 den 14. november 2023. Herefter kontrollerede BKI, at alt så rigtig ud, hvilket det gjorde af de grønne og tidsmæssigt opdaterede oplysninger, og BKI bekræftede så herefter indsendelsen af det samlede tilbud kl. 08:41. Tilbuddet fremstod for BKI som konditionsmæssigt, da der var en version af tilbudslisten, som var opdateret kl. 08:23 den 14. november 2023.

Regionerne har ikke efter indholdet af udbudsmaterialet afskåret sig adgangen til at foretage en sådan berigtigelse.

Særligt vedrørende påstand 2 har BKI gjort gældende, at regionerne efter udbudslovens § 159, stk. 5, og udbudslovens § 2 har ret til at lade BKI berigtige sit tilbud. Den eventuelle berigtigelse består alene i, at BKI fremsender en tilbudsliste, som dokumenterbart blev udfyldt forud for tilbudsfristens udløb. Herved vil regionerne hverken lade BKI aflevere et nyt tilbud eller i øvrigt forbedre sit tilbud, når bortses fra, at berigtigelsen fører til BKIs konditionsmæssighed på samme måde som i Eksponent-dommen henholdsvis Dorte Mandrup-sagen.

Der var tale om et helt åbenlyst forhold, som regionerne konstaterede umiddelbart efter tilbudsfristens udløb, og som i hvert fald i et vist omfang skyldtes regionernes egen opsætning af udbudsplatformen, hvor regionerne højst usædvanligt valgte at overføre tilbudsgivernes filer fra det aflyste udbud nr. 2, selvom de vedrørte et andet udbud og havde et andet indhold. BKI har ikke

bevidst indleveret et tilbud uden tilbudsliste, og BKI har ikke opnået nogen fordel.

Om ordregiveren er bekendt med andre tilbudsgiveres priser, forekommer uden relevans. I alle tilfælde af indhentning af supplerede oplysninger eller berigtigelse, f.eks. i tilfælde af berigtigelse af en reference som i Eksponent-sagen, vil ordregiveren også have kendskab til andre tilbudsgiveres referencer, men det har ikke betydning for mulighederne for at lade en anden tilbudsgiver berigtige en åbenbar fejl.

Det er også uden relevans, hvis der måtte foreligge en situation, hvor tilbudsgiveren, forinden indlevering af sin egen korrekte tilbudsliste, er blevet bekendt med andre tilbudsgiveres samlede budsummer, jf. tilbudslovens § 7 a, allerede fordi dette udbud ikke er omfattet af den pågældende regel, og det derfor er en hypotetisk situation. Tilbudslovens § 7 a gælder ikke for udbud efter udbudsloven, jf. tilbudslovens § 1, stk. 3.

Rammerne for, hvornår en ordregiver kan tillade en tilbudsgiver at berigtige sin ansøgning eller sit tilbud, er i det almindelige udgangspunkt snævre, men det afgørende er de faktiske forhold i den konkrete situation. Hvis der er tale om åbenbare fejl, som ikke medfører nogen tidsmæssig eller konkurrencemæssig fordel, f.eks. hvor det kan kontrolleres, at indholdet af det senere indleverede var det samme som ved ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, er det muligt for ordregiveren at lade tilbudsgiveren berigtige sit tilbud.

Regionerne har ikke i udbudsmateriale afskåret sig muligheden for at lade forhold berigtige, jf. bl.a. udbudsbetingelsernes pkt. 14.1. Betingelserne for berigtigelse efter udbudslovens § 159, stk. 5, er i øvrigt opfyldte. Spørgsmålet om berigtigelse skal ses som et spørgsmål om konditions-mæssighed på helt samme måde som i bl.a. Østre Landsrets dom af 10. oktober 2023, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune, og klagenævnets kendelser af 6. februar 2019, Brande Buslinier ApS mod Midttrafik, og af 27. april 2022 Dorte Mandrup A/S mod Aarhus Kommune.

BKIs berigtigelse knytter sig – som det tilsvarende var tilfældet i Eksponentdommen og Dorte Mandrup-sagen – til konditions-mæssigheden og angår berigtigelse af forhold, som dokumenterbart og objektivt forelå forud for ordregiverens frist. Uden en berigtigelse kunne de pågældende virksomheders tilbud afvises, og tilbuddene kunne således ikke indgå i en tildeling. Selvom

berigtigelsen derved påvirker udbuddet, har både klagenævnet og Østre Landsret konkluderet, at en sådan påvirkning ikke udelukker en berigtigelse.

I modsætning til referencerne i Eksponent-sagen skal tilbudslisten i regionernes udbud indgå i evalueringen, men det er en objektiv og en ren matematisk evaluering, og berigtigelsen indebærer ikke, at tilbudslistens indhold ændres. Den tillades alene fremsendt i det rigtige format. Hertil kommer, at det som med referencerne i Eksponent-sagen og dokumentformatet henholdsvis 3D-modellen i Dorte Mandrup-sagen kan dokumenteres, at tilbudslisten var udfyldt før tilbudsfristens udløb, og at den ikke er ændret siden denne frists udløb. Det fremgår således af e-mailen, som BKI fremsendte til regionerne den 24. november 2023, og af materialet fremlagt for klagenævnet, at tilbudslisten senest blev ændret og gemt før tilbudsfristens udløb den 14. november 2023, kl. 10. Den udskrevne og underskrevne pdf-version af tilbudslisten kan ikke ændres, da der er tale om et udskrevet og underskrevet dokument, som efterfølgende er indscannet.

Adgangen til berigtigelse ifølge Eksponent-dommen er i realiteten mere vidtgående end en adgang for BKI til at fremsende den rigtige, aktuelle tilbudsliste. I BKIs tilfælde findes der kun én rigtig, aktuel tilbudsliste, og dens indhold er identisk med indhold udarbejdet og udfyldt før tilbudsfristens udløb. I Kruso A/S' tilfælde i Eksponent-dommen fandtes der ikke kun én rigtig reference, som kunne anvendes i stedet for den af Kruso A/S indleverede reference, som ikke opfyldte Gentofte Kommunes mindstekrav til referencerne. Østre Landsret anerkendte, at Kruso A/S kunne vælge mellem flere forskellige referencer, og i øvrigt også udarbejde et dokument til brug for kommunens udbud efter berigtigelsesansøgningen blev fremsendt, blot referencernes indhold konstaterbart var udført før fristen, da Kruso A/S i så fald også kunne have indleveret den nye reference inden fristen. I den situation indebærer adgangen til berigtigelse, at Kruso A/S fik adgang til at "ændre" sit tilbud, således at indholdet blev et andet, og at Kruso A/S endda kunne vælge mellem flere forskellige referencer og dermed indgive tilbud med forskelligt indhold.

Det er ikke tilfældet i BKIs situation, hvor BKI ikke har valget – og ikke beder om muligheden for at kunne vælge – mellem flere forskellige tilbudslistes eller ændrer den underskrevne tilbudslistes indhold, men hvor der alene findes én udfyldt, rigtig version af den aktuelle tilbudsliste.

Via zip-filen med det korrekte udbudsmateriale, herunder tilbudslisten, og den korrekte tilbudslistes metadata, som fremgår af skærbilledet og selvstændigt kan konstateres i zip-filen, er det bevist, at den korrekte tilbudsliste senest er ændret den 14. november 2023, kl. 7:33 for så vidt angår dokumentet i Excel formatet og kl. 8:14 for så vidt angår den printede, underskrevne og indscannede pdf-version af tilbudslisten.

Særligt vedrørende påstand 1 og 2 har regionerne gjort gældende, at regionerne ikke har pligt til at anmode BKI om at berigtige sit tilbud ved at indlevere den rigtige version af tilbudslisten i medfør af udbudslovens § 2.

Regionerne har efter udbudslovens § 159, stk. 5, og udbudslovens § 2 heller ikke ret til at lade BKI berigtige sit tilbud ved at indlevere den rigtige version af tilbudslisten.

Indleveringen af den forkerte tilbudsliste skyldes, at BKI ikke har opdateret udbudssiden med de nye tilbudsliste, men derimod ved en fejl har beholdt de gamle tilbudsliste, der var overført fra det forrige udbud.

Som anført i Mercells svar af 20. november 2023 til regionerne viser BKIs revisionsspor, at BKI har slettet og uploadet en række forskellige dokumenter, men at dette ikke var tilfældet for tilbudslisten, hvor BKI blot har bibeholdt den eksisterende tilbudsliste.

Det fremgår endvidere af Mercells svar til regionerne, at ”De skabeloner under Krav/Kriterier du har genbrugt fra det tidligere udbud gør sådan, at filerne forbliver uploadet på tilbudsgiversiden, hvorfor mapperne er grønne fra start. Tilbudsgiveren kan herefter vurdere om de samme dokumenter skal medsendes tilbuddet eller om disse skal opdateres eller slettes.”

Det var klart for BKI, at udbudssiden var sat op således, at filerne fra det gamle system blev flyttet med over til det nye udbud, og at BKI skulle udskifte de gamle filer med nye filer, hvor det var relevant.

Det forhold, at mapperne var grønne som en markering af, at der allerede lå filer i mapperne sammenholdt med, at BKI har formået at udskifte samtlige andre relevante dokumenter fra tilbudsiden på korrekt vis, viser, at udbudssiden var indrettet således, at tilbudsgiverne blev gjort opmærksom på, at der

allerede lå filer i mapperne, og at indlevering af de forkerte tilbudslister skyldes en menneskelig fejl fra BKIs side.

Herudover fremgår det af vejledningen, at præudfyldte spørgsmål ville være markeret med gul, hvorefter BKI kunne identificere, hvilke dokumenter der var videreført fra det forrige udbud.

Ved at orientere sig i vejledningen på udbudsportalen kunne BKI have opnået viden om, hvordan udbudsplatformen fungerede i forhold til overførte filer fra tidligere udbud.

Fejlen beror derfor ene og alene på BKIs forhold, da BKI ikke har udskiftet de gamle tilbudslister med den nye, på samme måde som BKI ellers havde gjort med samtlige andre dokumenter på udbudssiden.

Proceduren – hvorefter de gamle filer automatisk blev ført med over til det nye udbud – gav ikke anledning til fejlbehæftede tilbud fra andre tilbudsgivere.

BKI havde mulighed for at afværge fejlen ved at kontrollere samtlige uploadede filer på udbudssiden forud for indlevering af tilbuddet.

Fejlen skyldes derfor ikke forhold, som regionerne eller regionernes udbydere, Merzell, bærer ansvaret for. Det er tilbudsgivers ansvar at indlevere sit tilbud rettidigt og med omhu at sikre sig, at det indleverede tilbud er korrekt.

Med den teknologi, der er til rådighed, kan det ikke på betryggende vis dokumenteres, at en tilbudsliste eller et hvilket som helst andet dokument er udfyldt forud for en bestemt dato og sidenhen uændret.

En adgang for BKI til at fremsende den korrekte tilbudsliste vil være i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, da der i så fald vil blive givet adgang til, at BKI kan aflevere sit tilbud/den væsentligste del af tilbuddet efter tilbudsfristens udløb den 14. november 2023, kl. 10.00, uden at det reelt kan kontrolleres (og dokumenteres over for øvrige tilbudsgivere), at tilbudslisten er uændret og udfyldt før tilbudsfristens udløb og dermed også forud for, at regionerne som ordregiver er blevet bekendt med indholdet af de øvrige indkomne tilbud.

De domme og kendelser, som BKI har henvist til, adskiller sig fra denne sag, og de giver ikke grundlag for at fastslå, at regionerne har haft pligt til at anmode BKI om at berigtige sit tilbud.

Berigtigelse i form af indlevering af en korrekt tilbudsliste adskiller sig væsentligt fra en situation, hvor et tilbud berigtiges ved, at en tilbudsgiver efter tilbudsfristens udløb anmodes om at berigtige sit tilbud ved at fremsende dokumentation for referencer eller ved at søge uklarheder afklaret, idet rigtigheden af oplysninger om referencer til forskel fra oplysninger i en tilbudsliste nemt lader sig kontrollere, da det for så vidt angår referencer objektivt kan konstateres, at de relevante oplysninger forelå på tidspunktet for tilbudsfristens udløb.

Regionerne har ikke grund til at betvivle, at den korrekte tilbudsliste er udfyldt af BKI forud for tilbudsfristens udløb og sidenhen uændret, men det vil grundlæggende stride imod ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet at tillade BKI at indlevere det korrekte dokument allerede af den grund, at det principielt ikke kan udelukkes, at en tilbudsgiver i en situation som den foreliggende kan ændre tilbudslisten eller være i besiddelse af flere udfyldte tilbudsliste indeholdende forskellige tilbud.

Det forhold, at der undtagelsesvist kan være tilfælde, hvor en ordregiver har pligt til at berigtige eller se bort fra helt bagatelagte og åbenlyse fejl, jf. Rettens dom af 10. december 2009 i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen, kan ikke sidestilles med omstændighederne i denne sag, hvor der er indleveret en forkert tilbudsliste.

Tilbudslisten er et helt centralt og for tilbudsvurderingen afgørende dokument, og som efter udbudsbetingelserne derfor naturligvis også skulle være indeholdt i tilbuddet. Tilbudslisten indeholder i denne sag ud over oplysninger om priser også oplysninger om produkter, doseringer mv.

Der er således ikke tale om sådanne helt begrænsede og undskyldelige misforståelser og uklarheder i tilbuddet, som det undtagelsesvis kan påhvile ordregiveren at få afklaret, jf. også klagenævnets kendelse af 6. april 2010, Triona AB mod Vejdirektoratet.

Klagenævnets kendelse af 20. oktober 2020, Rohde & Schwarz Danmark A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, omhandlede en situation, hvor et dokument slet ikke var indleveret, hvilket netop understøtter et synspunkt om, at regionerne i denne sag ikke har pligt til at anmode BKI om at berigtige sit tilbud, da en forkert indleveret tilbudsliste mest nærliggende må svare til, at tilbudslisten er indleveret for sent eller slet ikke indleveret.

En kendelse, der taler for det modsatte synspunkt, ville kunne medføre en praksis, hvorefter enhver tilbudsgiver, der f.eks. er under tidspres, bevidst kan indlevere et tilbud uden tilbudsliste, hvorefter ordregiveren vil være forpligtet til at lade tilbudsgiveren indlevere et korrekt tilbud efter tilbudsfristens udløb, og efter ordregiveren er blevet bekendt med tilbudssummer i de øvrige tilbud.

I de tilfælde hvor der er tale om udbud af bygge- og anlægskontrakter, vil også tilbudsgivere i medfør af tilbudslovens § 7a – der tillige er gældende ved udbud omfattet af udbudsloven – blive bekendt med de øvrige tilbudsgivers tilbudssummer inden fremsendelse af egen tilbudsliste/revideret tilbudsliste.

Indhentning af den korrekte tilbudsliste vil indebære, at der er tale om et nyt tilbud. Sagen adskiller sig derfor også på dette punkt væsentligt fra Østre Landsrets dom af 10. oktober 2023, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune, BS-27079/2022-OLR, hvor det tværtimod objektivt kunne konstateres, at tilbudsgiveren havde udført de omstridte referenceopgaver forud for tilbudsfristen. Dommen fastslår, at der kan indhentes supplerende eller manglende oplysninger efter tilbudsfristens udløb i det tilfælde, hvor det er objektivt konstaterbart, at forholdet var til stede før tilbudsfristens udløb. Dette kan dokumenteres ved indhentning af referencer eller årsrapporter, men derimod ikke ved en tilbudsliste, da der i princippet kan foretages ændringer heri, uden at dette kan konstateres.

Risikoen for uklarheder påhviler tilbudsgiveren, og principperne om ligebehandling begrænser muligheden for at søge forhold berigtiget eller afklaret i tilfælde, hvor forholdet ikke efterfølgende objektivt kan konstateres, jf. klagenævnets kendelse af 27. marts 2015, Colas Rails Limited mod Banedanmark, og kendelse af 27. april 2022, Dorte Mandrup A/S mod Aarhus Kommune.

BKI har uploadet to versioner af tilbudslisten – en PDF-fil og en Excel-fil. Såfremt BKI alene havde indleveret én tilbudsliste, og dette havde været den korrekte, havde situationen svaret til Dorte Mandrup-sagen, idet regionerne derved ville have haft mulighed for at gøre sig bekendt med indholdet af tilbudslisten gennem et dokument, der var indleveret inden for tidsbudsfristens udløb, hvorefter det ville have været objektivt konstaterbart, hvad den korrekte tilbudsliste havde indeholdt. Da begge BKIs tilbudslistes er forkerte, lader indholdet af den korrekte tilbudsliste sig dog ikke objektivt konstatere.

Oplysninger i en tilbudsliste udgør en af de vigtigste og mest afgørende dokumenter ved evalueringen af et samlet tilbud. Henset til vigtigheden af netop indholdet i tilbudslisten og da det reelt ikke er muligt at verificere, om et dokument er udfyldt inden en given dato, er der ikke tale om en fejl, der nemt lader sig berigtige.

En berigtigelse ville i givet fald kræve, at det på betryggende vis kunne kontrolleres, at den pågældende tilbudsliste var udfyldt forud for fristens udløb, samt at netop dette tilbud var det eneste udfyldte, således at det kunne sikres, at tilbudsgiveren ikke efter fristens udløb havde en valgfrihed (og derved en konkurrencefordel) med hensyn til, hvilket tilbud tilbudsgiveren ville indlevere. En sådan kontrol og verificering er ikke mulig.

Særligt vedrørende påstand 3 har BKI gjort gældende, at regionernes beslutning af 15. november 2023 under henvisning til det under påstand 1 og 2 anførte skal annulleres, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

En overtrædelse af en pligt til at lade en tilbudsgiver berigtige sit tilbud har væsentlig betydning for udbuddet, da tilbudsgiveren udelukkes fra udbuddet. Tilsvarende vil regionernes ret til at lade BKI berigtige tilbuddet føre til, at regionerne har ret til at annullere sin afvisningsbeslutning, som derfor også skal føre til, at klagenævnet annullerer denne.

Særligt vedrørende påstand 3 har regionerne gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere regionernes beslutning af 15. november 2023 om at erklære BKIs tilbud for ukonditionsræssigt, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, da regionerne under henvisning til det under påstand 1 og 2 anførte ikke har handlet i strid med udbudslovens regler.

Regionerne var berettiget til at basere sig på de oplysninger, som fremgik af tilbuddet, hvorfor regionerne var berettiget til at afvise BKIs tilbud, da BKI havde indleveret en forkert tilbudsliste og derved ikke var konditionsræssig.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) og betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) gengives ikke i kendelsen.

Retsgrundlag

I udbudslovens § 159 hedder det bl.a.:

”Stk. 5. Ordregiveren kan under overholdelse af principperne i § 2 anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud.”

Af bestemmelsens forarbejder, jf. lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015, fremgår bl.a. følgende af de specielle bemærkninger:

”Til § 159

Det gældende direktivs artikel 44, stk. 1, fastlægger kronologien for den procedure, ordregiver skal gennemføre, herunder opdelingen af udvælgelses- og tildelingsfasen. I henhold til § 12, stk. 1, nr. 3, i bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter kan ordregiver anmode ansøgere eller tilbudsgivere om inden en fastsat frist at berigtige fejl eller mangler i ansøgninger eller tilbud. § 159 gennemfører artikel 56, stk. 1 og 3, og viderefører gældende ret... Derudover er det i forhold til gældende ret præciseret, at ordregivere kan supplere, præcisere eller fuldstændiggøre en ansøgning eller tilbud.

...

Bestemmelsens stk. 5 er en kodificering af blandt andet EU-domstolens retspraksis, herunder afgørelse af 10. oktober 2013 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, C-336/12. Endvidere findes en lignende bestemmelse i § 12, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, udstedt i medfør af § 1 og § 2, stk. 1, i lov om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter og indkøb m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 600 af 30. juni 1992.

Denne bestemmelse regulerer den situation, hvor de relevante oplysninger eller den dokumentation, som en ansøger eller tilbudsgiver indsender i sin ansøgning eller sit tilbud, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede. Dokumentationen kan være specifikke dokumenter, der skal dokumentere specifikke forhold. Hvis en ansøgning eller et tilbud, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, kan ordregiveren i henhold til denne bestemmelse anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende de relevante oplysninger og/eller den relevante dokumentation inden for en passende frist. Dog kan sådan en anmodning alene fremsættes ved overholdelse af principperne i § 2, herunder i særdeleshed ligebehandlingsprincippet. Dette betyder eksempelvis, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke må opnå en fordel i viden eller tid ved at få mulighed for at indsende relevante oplysninger og dokumentation efter ansøgning- eller tilbudsfristens udløb.

Anmodning om relevante oplysninger og dokumentation kan fremsættes efter udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen.

Såfremt en ansøgning eller et tilbud indeholder fejl eller mangler, er ordregiveren ikke forpligtet til at anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet. Dog kan det efter omstændighederne være hensigtsmæssigt, at ordregiveren fremsætter en anmodning, hvis der er tale om fejl eller mangler.

En anmodning om relevante oplysninger og dokumentation skal rettes mod alle virksomheder i samme situation i samme udbud. Anmodningen skal angå alle de punkter i ansøgningen eller tilbuddet, der skal suppleres, præciseres eller fuldstændiggøres. Endvidere må anmodningen ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Endelig skal ordregiveren behandle ansøgere og tilbudsgivere ens og rimeligt.

Ordregiveren kan fremsætte en anmodning om relevante oplysninger og dokumentation, selvom ansøgningen eller tilbuddet helt mangler de efterspurgte oplysninger eller dokumentation. Hermed er ordregiveren ikke begrænset til alene at kræve oplysninger, der supplerer eller præciserer allerede indsendte oplysninger og dokumentation, men kan også anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, der fuldstændiggør ansøgningen eller tilbuddet, selvom disse oplysninger og dokumentation ikke fremgik af ansøgningen og tilbuddet. Eksempelvis kan ordregiveren anmode om at få fremsendt en manglende årsrapport.

Det vil være en konkret vurdering, om nye oplysninger medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Det vil eksempelvis ikke betragtes som en fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren efter anmodning, indsender relevante oplysninger, hvis det objektivt kan konstateres, at de relevante oplysninger forelå på tidspunktet for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. Det er ikke et krav, at selve dokumentet forelå på tidspunktet forud for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, men det skal objektivt konstateres og dokumenteres, at oplysningerne forelå, og at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke har opnået nogen konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne til ordregiveren efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

Det vil være fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ordregiveren anmoder en ansøger eller tilbudsgiver om at sende nye oplysninger, der kan give ansøgeren eller tilbudsgiveren en konkurrencemæssig fordel.

Ordregiver kan også anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at genfremsende et dokument med den manglende datering, såfremt de relevante dele af ansøgningen eller tilbuddet kan anses for bindende, uden den manglende underskrift eller datering. Endvidere vil det være muligt for ordregiveren at anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at udbedre formelle fejl, såsom for få indsendte eksemplarer eller indsendelse i et forkert format.

...Som følge heraf kan ordregiveren som udgangspunkt uden tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre oplysninger i det fælles europæiske udbudsdokument. Dette finder også anvendelse i den situation, hvor en ansøger eller tilbudsgiver ikke har fremsendt det fælles europæiske udbudsdokument til ordregiveren. I denne situation kan ordregiveren som udgangspunkt anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at fremsende det fælles europæiske udbudsdokument efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.”

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets 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.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet følgende:

Ad påstand 1 og 2

Påstandene drejer sig om, hvorvidt regionerne havde pligt til at anmode BKI om at berigtige sit tilbud ved at indlevere den rigtige version af tilbudslisten (påstand 1), og om regionerne havde ret hertil (påstand 2), jf. udbudslovens § 2 og § 159, stk. 5.

Ordregiver er som udgangspunkt ikke berettiget til at tage dokumentation og oplysninger, som er modtaget efter tilbudsfristens udløb, i betragtning, medmindre dokumentationen eller oplysningerne fremsendes som led i en lovlige berigtigelse efter udbudslovens § 159, stk. 5.

Det følger af udbudslovens § 159, stk. 5, at ordregiveren under overholdelse af principperne i § 2 kan anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Ifølge bestemmelsens forarbejder vil det være en konkret vurdering, om nye dokumenter og oplysninger medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

Ordregiveren har således efter udbudslovens § 159, stk. 5, 1. pkt., ret – men ikke pligt – til at indhente supplerende oplysninger, hvis der er indgivet et mangelfuldt eller fejlbehæftet tilbud, medmindre der er tale om åbenlyse fejl, der er nemme at berigtige, jf. Rettens dom af 10. december 2009 i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen.

Ifølge forarbejderne til udbudslovens § 159, stk. 5, kan der f.eks. indhentes en manglende årsrapport, ligesom ordregiveren kan anmode om at få genfremsendt et dokument med manglende datering eller underskrift. Ordregiveren kan også anmode tilbudsgiveren om at udbedre formelle fejl, såsom for få indsendte eksemplarer eller indsendelse af et forkert format. Endelig nævner forarbejderne det eksempel, at ordregiveren som udgangspunkt kan anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at fremsende det fælles europæiske udbudsdokument efter ansøgnings- og tilbudsfristens udløb.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 14.1, at tilbuddet skulle udarbejdes i overensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet. I udbudsbetingelsernes pkt. 14.1 er det fastsat, at Kontraktbilag 3, Tilbudslisten, skulle vedlægges tilbuddet.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 14.1 fremgår videre, at regionerne som udgangspunkt ville være forpligtet til at se bort fra et tilbud, som ikke nøje overholder forskrifterne i udbudsmaterialet, og at regionerne kun kunne tillade tilbudsgiverne at korrigere et fejlbehæftet tilbud efter tilbudsfristen inden for de snævre rammer i udbudslovens § 159, stk. 5.

BKIs tilbud var ikke vedlagt tilbudslisten, som var udarbejdet til brug for udbuddet, idet tilbuddet indeholdt tilbudslisten fra det forudgående annullerede udbud af kaffe, te og kakao. Den tidligere version var ikke identisk med tilbudslisten i det aktuelle udbud. BKIs indsendelse af den forkerte tilbudsliste svarer til, at tilbudslisten ikke blev indleveret.

Tilbudslisten udgør grundlaget for, hvad tilbudsgiveren kan kræve som betaling for arbejdet. Tilbudslisten indeholder ud over oplysninger om priser også oplysninger om produkter, doseringer mv. Tilbudslisten er også et afgørende element i selve tildelingen af kontrakten.

Tilbudslisten har således en helt anden karakter end de dokumenter, som er eksemplificeret i forarbejderne til udbudslovens § 159, stk. 5.

Berigtigelse af tilbuddet i form af indlevering af en korrekt tilbudsliste indebærer en ændring af tilbuddet af afgørende evaluermæssig betydning. Det adskiller sig dermed væsentligt fra den situation, hvor et tilbud berigtiges ved, at en tilbudsgiver efter tilbudsfristens udløb anmodes om at berigtige sit tilbud ved at fremsende dokumentation for referencer, manglende årsrapport eller ved at søge uklarheder afklaret eller udbedre formelle fejl.

Indlevering af en helt ny tilbudsliste udgør heller ikke et bagatelagtigt forhold, da BKI herved får adgang til at aflevere den væsentligste del af tilbuddet efter tilbudsfristens udløb.

En efterfølgende fremsendelse af tilbudslisten betyder således, at BKI opnår en konkurrencemæssig fordel, og der er derfor ikke tale om sådanne helt begrænsede og undskyldelige misforståelser og uklarheder i tilbuddet, som det undtagelsesvis kan påhvile ordregiveren at få afklaret, jf. Rettens dom af 10. december 2009 i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen, præmis 55-57. Det er tillige klagenævnets vurdering, at BKIs tilbud ikke for regionerne fremstod som indeholdende en åbenlys fejl, der

nemt kunne berigtiges, da det fremgik af CTM, at dokumenterne var opdateret den 14. november 2023. Det kan ikke føre til et andet resultat, at regionerne allerede den 15. november 2023 meddelte BKI, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt.

Det er klagenævnets vurdering, at BKI med fremsendelse af tilbudslisten ville få adgang til at afgive et nyt tilbud, som det vil være i strid med udbudslovens § 159, stk. 5, at tage i betragtning, jf. også Domstolens dom af 4. maj 2017 i sag C-387/14, Esaprojekt, navnlig præmis 41-42. Det ville give BKI ikke mindst en tidsmæssig konkurrencemæssig fordel i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2.

Det kan ikke i sig selv føre til et andet resultat, hvis det med den fornødne objektive sikkerhed – som det f.eks. er tilfældet med en årsrapport eller en reference – måtte kunne dokumenteres, at den tilbudsliste, som BKI ønsker at fremsende, blev udfyldt forud for tilbudsfristens udløb, og at den sidenhen ikke er ændret.

Regionerne kunne således ikke uden at handle i strid med udbudslovens § 2 have opfordret BKI til efter udbudslovens § 159, stk. 5, at ”supplere, præcisere eller fuldstændiggøre” sit tilbud, som klart var ukonditionsmæssigt, fordi den korrekte version af tilbudslisten ikke var medsendt.

Det er på den baggrund klagenævnets vurdering, at regionerne under de foreliggende omstændigheder hverken havde ret eller pligt til at lade BKI supplere, præcisere eller fuldstændiggøre sit tilbud, jf. udbudslovens § 159, stk. 5. Regionerne har således været berettiget til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Det kan ikke føre til et andet resultat, at udbudssiden var sat således op, at filerne fra det tidligere udbud blev flyttet med over til det nye udbud.

Det er BKI som tilbudsgiver, der bærer risikoen for fejl og ufuldstændigheder i tilbuddet. Det var således BKIs ansvar som tilbudsgiver at indlevere sit tilbud rettidigt og med omhu at sikre sig, at det indleverede tilbud var korrekt og i overensstemmelse med udbudsmaterialet.

Det er klagenævnets vurdering, at det på baggrund af udbudssidens opsætning, herunder indholdet af tilbudsgivernes brugermanual, har været klart for

tilbudsgiverne, at de gamle filer skulle udskiftes med nye filer, hvor det var relevant, forinden tilbuddet blev indsendt. Kravene til tilbuddet har således ikke været udformet uklart eller tvetydigt, og regionerne har dermed kunnet lægge vægt på den manglende overholdelse af kravene.

At det har været klart for tilbudsgiverne, at de gamle filer skulle udskiftes med nye filer, støttes af, at Merzell har oplyst, at revisionssporet viser, at BKI havde slettet andre dokumenter og uploadet nye, men at dette ikke var sket for så vidt angår Kontraktbilag 3, Tilbudslisten, og at proceduren – hvorefter de gamle filer automatisk blev ført med over til det nye udbud – ikke gav anledning til fejlbehæftede tilbud fra andre tilbudsgivere.

BKI havde endvidere ifølge revisionssporet for BKIs aktivitet på udbudsportalen allerede den 12. oktober 2023 fået vist dokumentet Kontraktbilag 3, Tilbudsliste, hvorved BKI kunne konstatere, at det var tilbudslisten fra det annullerede udbud, som var uploadet. Det fremgår endvidere af BKIs henvendelse til regionerne den 16. november 2023, at BKI var klar over, at de to eksisterende filer på udbudssiden under spørgsmålet om tilbudsliste var filer, som hidrørte fra det sidste udbud, og som derfor skulle slettes, hvorefter der skulle uploades og indsendes nye filer.

BKI kunne have afværget fejlen ved at kontrollere, at det var den korrekte udgave af Kontraktbilag 3, Tilbudsliste, som var uploadet på udbudssiden, forinden tilbuddet blev indleveret. Dette var særligt nærliggende, da filstørrelserne på de overførte Kontraktbilag 3 filer afveg fra filstørrelserne på samme bilag i det nye udbud, hvilket klart fremgår af dokumentoversigten i EU-Supply, hvor filstørrelsen for henholdsvis Excel-udgaven og pdf-udgaven er på henholdsvis 59 kb og 742 kb, mens størrelsen for samme bilag i BKIs bibliotek vedrørende det nye udbud er på henholdsvis 62 kb og 770 kb.

Efter de foreliggende oplysninger fra Merzell er der ikke grundlag for at antage, at det har været tekniske problemer, der har forårsaget BKIs manglende uploadning af det korrekte Kontraktbilag 3, Tilbudslisten. Det bemærkes i den forbindelse, at Merzell har oplyst, at årsagen til, at der er registreret aktivitet under tilbudslisterne den 14. november 2023, kl. 08.23, er, at BKI på dette tidspunkt gemte de gamle tilbud på portalen.

Indleveringen af den forkerte tilbudsliste skyldes således, at BKI ikke opdaterede udbudssiden med de nye tilbudslistes, men derimod ved en fejl beholdt de gamle tilbudslistes, der var overført fra det forrige udbud.

Der er derfor på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstandene vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

På baggrund af det under påstand 1 og 2 anførte er der på det grundlag, der foreløbigt foreligger, ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig