

K E N D E L S E

EkspONENT ApS  
(advokat Marc Walther Hansen og  
advokat Niels Kristian Juhl, København)

mod

Gentofte Kommune  
(advokat René Offersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 084-200785 af 26. april 2019, offentliggjort den 30. april 2019, udbød Gentofte Kommune som offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt om at levere ny hjemmeside til Gentofte Kommune, herunder levering af designkoncept, CMS-plattform, support og vedligehold samt videreudvikling. Tildelingskriteriet var ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 31. maj 2019 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

- EkspONENT ApS (herefter EkspONENT)
- Peytz & Co A/S (herefter Peytz)
- Kruso A/S (herefter Kruso)

Den 21. juni 2019 besluttede Gentofte Kommune at indgå kontrakt med Kruso, og kontrakt blev indgået den 1. oktober 2019.

Den 18. oktober 2019 indgav Eksponent klage til Klagenævnet for Udbud over Gentofte Kommune. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Eksponent har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Gentofte Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Kruso, da Krusos tilbud ikke opfyldte mindstekravene til teknisk og faglig formåen, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 2.1.1.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Gentofte Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 159, stk. 5, ved at anmode Kruso om at fremsende en ny reference med henblik på at sikre Krusos opfyldelse af udbudsbetingelsernes mindstekrav til teknisk og faglig formåen efter tilbudsfristen og tildelingsbeslutningen.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Gentofte Kommunes beslutning af 21. juni 2019 om at tildele kontrakten til Kruso.

Eksponent har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Klagenævnet har den 21. oktober 2019 meddelt Gentofte Kommunes kontraktpart, Kruso, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Kruso har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

#### Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen indeholder følgende:

”...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Gentofte Kommune ønsker med nærværende udbud at anskaffe en ny hjemmeside.

Den udbudte ydelse består samlet af:

Design:

I form af en designproces for udarbejdelse og implementering af et nyt designkoncept og detaljedesign til gentofte.dk Designkonceptet skal udvikles og leveres i form af en designmanual.

Etablering af ny hjemmeside:

I form af en ny CMS-plattform der skal opfylde Gentofte Kommunes visioner for en moderne og fremtidssikret hjemmeside, herunder krav og ønsker til funktionalitet.

En række optioner:

I form af fire (4) optioner.

- Option 1 - i form af en brugertest af løsningen,
- Option 2 – i form af en abonnementsfunktion,
- Option 3 – i form af implementering af ny søgemaskine,
- Option 4 – i form af en multisiteløsning.

Videreudvikling:

I form af udviklingsbistand til sikring af en fortsat moderne hjemmeside, herunder den funktionalitet der fremadrettet kan understøtte Gentofte Kommunes forretningsmæssige behov.

Support og driftssamarbejde:

I form af support til Gentofte Kommunes CMS-organisation, samt driftsmæssig support og samarbejde med Gentofte Kommunes IT-afdeling.

...

Gentofte.dk er den digitale hovedindgang for kommunens borgere og har ca. 550 000 årlige besøg. Den nuværende hjemmeside blev lanceret i 2011, og der er behov for at forny den, så den er mere brugervenlig, effektiv og moderne end i dag.

...

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

...

III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

Tilbudsgiver skal anføre de op til tre (3) referencer, som alene eller samlet opfylder mindstekravene jf. sidste bullet i denne boks.

- Såfremt der oplyses flere referencer, vurderer Ordregiver alene på de tre (3) nyeste referencer. Ved nyeste forstås uafsluttede referencer eller referencer med ophør nærmest tilbudsfristen. Hvis flere referencer er uafsluttede, vurderer Ordregiver (hvor relevant) på referencerne med nyeste startdato,
- Referencerne skal være udført inden for de seneste tre (3) år regnet fra datoen for idriftsættelse af løsningen,
- Ordregiver vil se bort fra referencer, der er idriftsat mere end tre (3) år før tilbudsfristen.

Referencerne skal indeholde følgende:

- 1) Beskrivelse: Beskrivelse af opgaven/opgaverne med fokus på de elementer, som gør referencen konditionsmæssig ift. mindstekravene jf. sidste bullit. Der kan desuden i beskrivelsen oplyses den/de periode(r), hvor opgaven har været udført (start- og slutdatoer);
- 2) Dato: Dato for idriftsættelse (startdato) samt dato for færdiggørelsen (slutdato) af den seneste opgave, der er anført under ”Beskrivelse”. For referencer der endnu ikke er afsluttet (hvor samarbejdet fortsat pågår) efterlades feltet ”Slutdato” blank/tomt;
- 3) Modtagere: Kundenavn inkl. kontaktperson og telefonnummer på denne.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Mindstekrav:

- Det er et mindstekrav, at Tilbudsgiver har minimum tre (3) referencer fra tilsvarende opgave. Ved ’tilsvarende’ forstås levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en offentlig kunde. Med corporate hjemmeside skal forstås kundens hovedhjemmeside, som er det site der tilgås via URL’en [www.indsaetkundensnavn.dk](http://www.indsaetkundensnavn.dk)
  - Det er et mindstekrav, at minimum én (1) reference vedrører levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en dansk kommune. (se definition af corporate hjemmeside i bullit ovenfor).
- ...”

I udbudsbetingelserne er tilsvarende anført:

”...

1 Generelt vedr. udbudsprocessen

...

2 Tilbudsbetingelser

...

### 2.1.1 Oplysninger der skal udfyldes i ESPD'et

...

| Del IV: Udvælgelseskriterier, punkt C: Teknisk og faglig formåen   |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tilbudsgiver skal anføre de op til tre (3) referencer, som alene eller samlet opfylder mindstekravene jf. sidste bullet i denne boks.               <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Såfremt der oplyses flere referencer, vurderer Ordregiver alene på de tre (3) nyeste referencer. Ved nyeste forstås uafsluttede referencer eller referencer med ophør nærmest tilbudsfristen. Hvis flere referencer er uafsluttede, vurderer Ordregiver (hvor relevant) på referencerne med nyeste startdato.</li> <li>○ Tilbudsgiver trykker på "+" for at få mulighed for at udfylde flere referencer.</li> <li>○ Referencerne skal være udført inden for de seneste tre (3) år regnet fra datoen for idriftsættelse af løsningen.</li> <li>○ Ordregiver vil se bort fra referencer, der er idriftsat mere end tre (3) år før tilbudsfristen.</li> </ul> </li> <li>• Referencerne skal indeholde følgende:               <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <b>Beskrivelse:</b> Beskrivelse af opgaven/opgaverne med fokus på de elementer, som gør referencen konditionsmæssig ift. mindstekravene jf. sidste bullit. Der kan desuden i beskrivelsen oplyses den/de periode(r), hvor opgaven har været udført (start- og slutdatoer).</li> <li>2. <b>Dato:</b> Dato for idriftsættelse (startdato) samt dato for færdiggørelsen (slutdato) af den seneste opgave, der er anført under "Beskrivelse". For referencer der endnu ikke er afsluttet (hvor samarbejdet fortsat pågår) efterlades feltet "Slutdato" blank/tomt.</li> <li>3. <b>Modtagere:</b> Kundenavn inkl. kontaktperson og telefonnummer på denne.</li> </ol> </li> <li>• <b>Mindstekrav:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Det er et mindstekrav, at Tilbudsgiver har minimum tre (3) referencer fra tilsvarende opgaver. Ved 'tilsvarende' forstås levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en offentlig kunde. Med corporate hjemmeside skal forstås kundens hovedhjemmeside, som er det site der tilgås via URL'en <i>www.indsætkundensnavn.dk</i>.</li> <li>○ Det er et mindstekrav, at minimum én (1) reference vedrører levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en dansk kommune. (se definition af corporate hjemmeside i bullit ovenfor).</li> </ul> </li> </ul> <p>Tilbudsgiver har mulighed for at vedlægge supplement til besvarelsen, der ikke kan indeholdes i ESPD'et, f.eks. i form af billeder og illustrationer mv., jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens svar på: <a href="http://bedreudbud.dk/spoerg-eksperterne">http://bedreudbud.dk/spoerg-eksperterne</a>.</p> |

...

## 2.6 Forbehold

...

### 2.6.2 Tilbudsgivers forbehold

...

Det præciseres, at forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet vil medføre, at Ordregiver har pligt til at se bort fra tilbuddet.

Ved forbehold, der vedrører ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, har Ordregiver ret til at se bort fra tilbuddet eller alternativt søge forbeholdet prissat, i det omfang det skønnes muligt. Såfremt et forbehold af økonomisk værdi ikke kan prissættes, har Ordregiver pligt til at se bort fra tilbuddet. Tilbudsgiver bør derfor nøje overveje, om tilbuddet skal indeholde forbehold til udbudsmaterialet, idet ethvert forbehold indebærer en risiko for, at tilbuddet ikke indgår i tilbudsvurderingen.

...”

### *Krusos tilbud*

Det fremgår af tilbuddet, at Kruso baserede sin tekniske og faglige formåen på virksomheden Kontrapunkt Group A/S (herefter Kontrapunkt).

I ESPD’erne fra Kruso og Kontrapunkt er anført tre referencer med udvikling af hjemmesiderne [www.kl.dk](http://www.kl.dk) (Kommunernes Landsforening (KL)), [www.aarhus.dk](http://www.aarhus.dk) (Aarhus Kommune) og [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk).

Det er Eksponents opfattelse, at hjemmesiderne [www.kl.dk](http://www.kl.dk) og [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk) ikke opfylder de fastsatte mindstekrav til reference.

Vedrørende hjemmesiden til KL har Eksponent anført, at KL er organiseret som en privat medlemsforening, hvor danske kommuner har ret til at være medlem. På trods af, at medlemmerne af foreningen er kommuner, er der dermed tale om en privat forening. Mindstekravet til referencerne om, at disse vedrørte leveringer af en ”corporate hjemmeside” til en offentlig kunde, er derfor ikke opfyldt.

I forhold til [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk) har Eksponent anført, at hjemmesiden er bestilt af Udenrigsministeriet, men den er ikke Udenrigsministeriets ”corporate hjemmeside”, idet Udenrigsministeriets hovedhjemmeside er [www.udenrigsministeriet.dk/www.um.dk](http://www.udenrigsministeriet.dk/www.um.dk). Hjemmesiden [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk) er derimod en projekthjemmeside søsat af Udenrigsministeriet til et eksternt og afgrænset formål.

EkspONENT gjorde indsigelse over for Gentofte Kommune mod de to referencer. Kommunen var enig med EkspONENT i, at referencen [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk) ikke opfyldte mindstekravet, og sendte derfor en e-mail til Kruso den 2. september 2019:

”... Samtidig med meddelelsen til Kruso gav Gentofte Kommune meddelelse om tildelingsbeslutningen til øvrige tilbudsgivere. På vegne af EkspONENT har advokat Marc Walther Hansen gjort indsigelse mod tildelingsbeslutningen bl.a. med den begrundelse, at Kruso baseret på firmaet Kontrapunkt har angivet referencen [denmark.dk](http://denmark.dk). Under udbudsbetingelserne er angivet følgende mindstekrav for referencer: ”Med corporate hjemmeside skal forstås kundens hovedhjemmeside, som er det site der tilgås via URL’en [www.indsaetkundensnavn.dk](http://www.indsaetkundensnavn.dk)”. Ifølge EkspONENT er [Denmark.dk](http://Denmark.dk) bestilt af kunden Udenrigsministeriet, men er ikke Udenrigsministeriets ”corporate hovedhjemmeside”, således som det er fastlagt i definitionen. Derimod er [Denmark.dk](http://Denmark.dk) ifølge EkspONENT at betragte som en projekthjemmeside søsat af Udenrigsministeriet til et eksternt og afgrænset formål.

For Gentofte Kommune at se, har EkspONENT ret i, at referencen ikke opfylder mindstekravet.

Efter Udbudslovens § 159, stk. 2, kan Gentofte Kommune alene tildele kontrakten til en tilbudsgiver, hvor kommunen har verificeret, at tilbudet opfylder de krav, der er fastsat til egnethed. Kommunen kan derfor ikke på det foreliggende indgå kontrakt med Kruso på grundlag af tilbudet.

Gentofte Kommune er imidlertid efter Udbudslovens § 159, stk. 5, berettiget til at anmode Kruso om at supplere tilbuddet, når det er fejlbehæftet, hvis dette kan ske under overholdelse af de grundlæggende principper efter Udbudslovens § 2. Respekten for de grundlæggende principper betyder, at kommunen kun har ret til at indhente oplysninger, der objektivt forelå på tidspunktet for tilbudsgivningen.

På denne baggrund skal Gentofte Kommune anmode Kruso om hurtigst muligt og senest den 6. september 2019, at oplyse en forskriftsmæssig reference. Den forskriftsmæssige reference skal omfatte en reference, som Kruso i tid havde før tilbudsafgivelsen, og referencen skal være Kruso’s egen. Kruso kan altså ikke gå ud til tredjemand og indhente en reference, som Kruso støtter sig på.

Såfremt Kruso inden udløbet fristen kan fremlægge en reference, der med respekt for Udbudslovens § 2 opfylder mindstekravet, agter kommunen på det foreliggende grundlag at fastholde tildelingsbeslutningen.

...”

Kruso svarede ved e-mail af 4. september 2019:

”...

Med henvisning til nedenstående anmodning, fremsendes hermed en forskriftsmæssig reference. Den forskriftsmæssige reference vedrører Udenrigsministeriet.dk og optræder i et selvstændigt dokument Sammen med dette dokument har jeg vedhæftet yderligere 3 referencer, i et selvstændigt dokument, for at demonstrere bredden i vores referencer.  
...”

Ved e-mail af 6. september 2019 skrev Gentofte Kommune følgende til EkspONENTS advokat:

”...

Under henvisning til din e-mail af 30. august 2019 kan Gentofte Kommune oplyse, at kommunen har besluttet at fastholde beslutningen om at tildele Kruso ordren under udbuddet vedrørende anskaffelse af ny hjemmeside til Gentofte Kommune.

I din e-mail af 30. august 2019 beder du om supplerende begrundelse for antagelsen af referencerne vedrørende denmark.dk og KL.dk.

Gentofte Kommune har verificeret Krusos brug af referencen denmark.dk, og er enig i at denne ikke opfylder udbudsbetingelsernes mindstekrav. Den 2. september bad Gentofte Kommune derfor Kruso om at tilvejebringe en anden reference i medfør af Udbudslovens § 159, stk. 5.

Kommunen indskærpede overfor Kruso, at referencen skulle omfatte en leverance, der forelå på tidspunktet for tilbudsafgivelsen, og at referencen ikke måtte tilvejebringes gennem tredjemand, da Kruso ikke måtte få en konkurrenceforvridende fortrinsstilling i strid med Udbudslovens § 2 ved den indrømmede adgang til afhjælpning.

Ved e-mail af 4. september 2019 imødekom Kruso anmodningen med vedhæftede reference fra Udenrigsministeriet (UM.dk). Kruso vedhæftede udover referencen fra UM.dk tre yderligere referencer, der også opfylder mindstekravene.

Gentofte Kommune er ikke enig i, at KL.dk ikke opfylder kravet til at være en offentlig kunde, eftersom KL efter sine love har til formål at varetage danske kommuners fælles interesser. KL er endvidere bl.a. underlagt reglerne om aktindsigt.

Under alle omstændigheder har Kruso med de tre yderligere referencer til fulde dokumenteret sin egnethed.

Gentofte Kommune skal oplyse, at kommunen som alternativ til den indrømmede adgang til afhjælpning har overvejet at aflyse udbuddet, men altså som sin konklusion ikke har anset dette for nødvendigt.



...”

Det er under sagen ubestridt, at de nye referencer, som Kruso sendte til Gentofte Kommune den 4. september 2019 – [www.um.dk](http://www.um.dk) (Udenrigsministeriet), [www.horsens.dk](http://www.horsens.dk), [www.frederikshavn.dk](http://www.frederikshavn.dk) og [www.odder.dk](http://www.odder.dk) – indholdsmæssigt opfylder de stillede mindstekrav.

Vedrørende datoen for færdiggørelsen af referencerne fremgår det, at [www.kl.dk](http://www.kl.dk) blev afsluttet den 31. december 2018, [www.aarhus.dk](http://www.aarhus.dk) den 30. juni 2018, [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk) den 30. oktober 2018, [www.um.dk](http://www.um.dk) den 24. november 2017, [www.horsens.dk](http://www.horsens.dk) marts 2018, [www.frederikshavn.dk](http://www.frederikshavn.dk) marts 2018 og [www.odder.dk](http://www.odder.dk) januar 2017.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

EkspONENT har gjort gældende, at Gentofte Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have tildelt og indgået kontrakt med Kruso, selv om Kruso ikke opfyldte de fastsatte mindstekrav til egnethed.

Referencerne vedrørende [www.kl.dk](http://www.kl.dk) og [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk) opfyldte ikke de fastsatte mindstekrav til egnethed. For så vidt angår [www.kl.dk](http://www.kl.dk) opfyldte denne reference ikke kravet om levering til en offentlig kunde. I relation til [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk) kan referencen ikke betegnes som levering af en ”corporate hjemmeside”. Gentofte Kommune har erkendt, at denne reference ikke opfyldte mindstekravet til egnethed. Klagenævnet kan derfor lægge dette til grund som ubestridt.

Gentofte Kommune var i medfør af udbudslovens §§ 2, 140, stk. 2, og 159, stk. 2, nr. 2, samt forarbejderne til udbudsloven forpligtet til at afvise Krusos tilbud som ukonditionsmæssigt.

Kruso har indleveret fire nye referencer og har dermed indgivet i alt syv referencer. Hvis der ses bort fra, at indhentningen af de nye referencer er i strid med udbudsloven, efterlader det også en usikkerhed i relation til, hvilke referencer Gentofte Kommune rent faktisk kan lægge vægt på ved egnetheds-

vurderingen, da der var indsat et maksimalt antal på tre referencer. Af udbudsbetingelsernes pkt. 2.1.1 Del IV, punkt C: Teknisk og faglig formåen fremgår, at hvis der oplyses flere referencer, vurderer ordregiveren alene på de tre nyeste referencer. Ved nyeste forstås uafsluttede referencer eller referencer med ophør nærmest tilbudsfristen. Ved en gennemgang af referencerne kan det konstateres, at de oprindeligt indleverede referencer er de nyeste. De fire referencer, som blev indleveret efterfølgende, har alle en færdiggørelsesdato, som ligger længere tilbage.

Hvis Gentofte Kommune fulgte reglerne i udbudsbetingelserne, som kommunen har opstillet for sig selv, indebærer det, at Gentofte Kommune under alle omstændigheder skulle lægge vægt på de tre oprindelige referencer. Eftersom [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk) ubestridt ikke levede op til kravene, har Kruso heller ikke opfyldt mindstekravene til egnethed selv efter kommunens indhentelse af de nye referencer. Krusos tilbud skulle derfor også af denne grund have været afvist.

Kruso havde som tilbudsgiver redaktionel kontrol med indholdet af de indleverede referencer. Referencerne er med andre ord dokumenter, som Kruso selv har skabt og forfattet. Herved adskiller referencer sig væsentligt fra f.eks. årsregnskaber, serviceattester mv., som det uden videre kan lægges til grund fandtes på et tidligere tidspunkt før tilbudsfristen. Den samme kontrolmulighed og sikkerhed findes ikke for et dokument, som tilbudsgiveren selv har forfattet i forbindelse med tilbudsafgivelsen, og usikkerheden forbundet hermed må komme Gentofte Kommune til skade ved en vurdering af, om de ”nye” referencer forelå på tilbudstidspunktet. Det er et udsagn og et postulat, som det ikke (på samme måde som f.eks. et årsregnskab) er muligt at verificere.

Krusos [www.um.dk](http://www.um.dk) er ikke ”en udbedring af den for specifikke henvisning til en del af [www.um.dk](http://www.um.dk), nemlig til [denmark.dk](http://denmark.dk).” Der er tale om 1) udviklingen af to forskellige hjemmesider udført på forskellige tidspunkter og med helt forskellige funktioner og formål, 2) to forskellige domæner/webadresser, og 3) aftalerne blev indgået med Kontrapunkt ([www.denmark.dk](http://www.denmark.dk)) og Kruso ([www.um.dk](http://www.um.dk)).

Gentofte Kommune har gjort gældende, at referencen [www.kl.dk](http://www.kl.dk) opfylder mindstekravet om, at referencen skal være fra en offentlig kunde. KL består

af landets 98 kommuner og beskæftiger sig som sådan kun med det offentlige forhold. KL har efter sine love til formål at varetage danske kommuners fælles interesser og er underlagt reglerne om aktindsigt. En formålsfortolkning af udtrykket offentlig kunde efterlader ikke tvivl om, at KL er en offentlig kunde, og skulle der være tvivl om udtrykkets omfang, var det berettiget at lade tvivlen komme Kruso til gode.

Kruso har indleveret fire yderligere referencer, der alle opfylder de fastsatte mindstekrav, og det bestrider Eksponent ikke. Da Kruso har indleveret fire referencer, er det uden betydning, om [www.kl.dk](http://www.kl.dk) opfylder mindstekravet.

Gentofte Kommune forkastede referencen [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk), fordi den ikke opfyldte mindstekravene. Den skal ikke indgå i den oprindelige form og er derfor ikke relevant i forhold til udbudsbetingelsernes pkt. 2.1.1. Den mere generelle reference [www.um.dk](http://www.um.dk) skal ikke anses for en ny reference, men er udtryk for en udbedring af den for specifikke henvisning til en del af [www.um.dk](http://www.um.dk), nemlig til [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk). Det forhold, at tilbudsgiverne kunne indlevere mere end tre referencer, bekræfter blot, at Eksponent ikke blev udsat for en konkurrenceforvridende adfærd, da Gentofte Kommune besluttede at bede Kruso om at indlevere en reference baseret på historiske oplysninger. Det skabte ikke forvirring og uigennemsigthed, at Kruso valgte at indlevere fire referencer, der hver især opfyldte mindstekravene. Under alle omstændigheder var Gentofte Kommune berettiget til at udskifte referencen for [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk) vedrørende Udenrigsministeriet med den korrekte reference for Udenrigsministeriet, [www.um.dk](http://www.um.dk).

### Ad påstand 2

Eksponent har gjort gældende, at Gentofte Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 159, stk. 5, ved at give Kruso mulighed for at indlevere nye referencer efter tilbudsfristens udløb.

Ved at tillade Krusos nye referencer har Gentofte Kommune handlet imod de mindstekrav, som kommunen selv har opstillet i udbudsbetingelserne, og har dermed givet Kruso en konkurrencemæssig fordel. Det er en skærpene omstændighed, at Gentofte Kommune har givet Kruso adgang til at levere nye referencer på et tidspunkt (efter tildeling), hvor Gentofte Kommune selv erkendte, at den ene af Krusos tre referencer ([www.denmark.dk](http://www.denmark.dk)) ikke opfyldte

mindstekravene. Denne situation er derfor at sidestille med, at Gentofte Kommune har givet Kruso adgang til at fremsætte et nyt tilbud i en situation, hvor Krusos samlede tilbud var ukonditionsmæssigt.

Indleveringen af de nye referencer udgjorde således et nyt tilbud, og udbudslovens § 159, stk. 5, finder derfor ikke anvendelse i dette tilfælde, idet bestemmelsen alene hjemler en adgang til, at oplysninger i et tilbud kan berigtiges, suppleres eller præciseres.

Udbudslovens § 159, stk. 5, kan anvendes som hjemmel til at berigtige mindre fejl, men derimod ikke til at indhente helt nye oplysninger, som ikke var indeholdt i det oprindelige tilbud, og som er centrale i vurderingen af, om tilbuddet overhovedet er konditionsmæssigt. Der kan således ske en supplerings, præcisering eller fuldstændiggørelse af et tilbud, hvis dette relaterer sig til oplysninger, som allerede er en del af tilbudsgiverens tilbud.

Hvis det lægges til grund, at indhentelse af ny dokumentation for egnethed var inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5, var Gentofte Kommune alligevel afskåret fra dette efter udbudslovens § 159, stk. 6, idet udbudsbetingelserne angav, at en manglende opfyldelse af referencerne ville medføre afvisning.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 2.6.2 fremgår, at forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet vil medføre, at Gentofte Kommune har pligt til at se bort fra tilbuddet. Eftersom minimumskravene til egnethed har karakter af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, har Gentofte Kommune også afskåret sig selv fra at reparere på Krusos ukonditionsmæssige tilbud.

Eftersom Gentofte Kommune netop anmodede Kruso om at fremsende en ny reference, har Kruso ubestridt fået adgang til at forbedre sit (ukonditionsmæssige) tilbud efter tilbudsfristen. Dette er i strid med de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Gentofte Kommune har gjort gældende, at udbudslovens § 159, stk. 5, efter forarbejderne til bestemmelsen kan anvendes til at berigtige fejl, og at det afgørende for bestemmelsens rækkevidde er, om oplysningerne forelå på tidspunktet for tilbudsfristens udløb, og om tilbudsgiveren får en konkurrencemæssig fordel. Det er ikke tilfældet, når det kan dokumenteres, at de berigtigede oplysninger forelå forud for tilbudsfristen.

Kruso har ikke opnået en konkurrencemæssig fordel, idet referencerne ikke har indgået i evalueringen af tilbuddene, men alene har tjent til en konstatering af, om tilbudsgiveren opfyldte mindstekravene. Den efterfølgende indlevering af referencer udgør derfor ikke fremsættelse af et nyt tilbud.

Lovgiver har udtrykkeligt anført, at der ikke er tale om fremsættelse af et nyt tilbud, når oplysningerne objektivt forelå forud for tilbudsfristen. Gentofte Kommunes anvendelse af udbudslovens § 159, stk. 5, til at indhente oplysninger i form af referencer, der objektivt forelå forud for tilbudsfristen, falder således inden for bestemmelsens kerne og afspejler lovgivers intention med bestemmelsen.

Der er ikke grundlag for at fortolke Krusos fejlagtige anvendelse af en reference som et forbehold over for udbudsmaterialets krav, og der ville under alle omstændigheder ikke være tale om et grundlæggende element.

Efter modtagelsen af Gentofte Kommunes e-mail af 6. september 2019 var det klart for Eksponent, at kommunen anså sig berettiget til at anvende udbudslovens § 159, stk. 5. Eksponent fremsatte imidlertid ikke straks indsigelse, men valgte at afvente kommunens indgåelse af kontrakt med Kruso. Herefter indgav Eksponent ApS den 18. oktober 2019 klage til Klagenævnet for Udbud. Den passivitet, som Eksponent udviste, er retsfortabende.

### Ad påstand 3

Eksponent har gjort gældende, at Kruso ikke inden tilbudsfristen afgav et konditionsmæssigt tilbud. Gentofte Kommune kunne derfor ikke lovligt tildele kontrakten til Kruso under iagttagelse af udbudslovens § 2 og § 159, stk. 2, nr. 2. Gentofte Kommune havde heller ikke hjemmel til at lade Kruso indlevere et nyt tilbud efter tilbudsfristens udløb. De anførte forhold udgør så væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne, at Gentofte Kommunes tildelingsbeslutning skal annulleres.

Gentofte Kommune har ikke gjort særlige anbringender gældende i forhold til Eksponents annullationspåstand.

Klagenævnet udtaler:

### Ad påstand 1 og 2

Gentofte Kommune har i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne fastsat følgende mindstekrav til tilbuddene:

”...

- Det er et mindstekrav, at Tilbudsgiver har minimum tre (3) referencer fra tilsvarende opgave. Ved ’tilsvarende’ forstås levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en offentlig kunde. Med corporate hjemmeside skal forstås kundens hovedhjemmeside, som er det site der tilgås via URL’en [www.indsaetkundensnavn.dk](http://www.indsaetkundensnavn.dk)
- Det er et mindstekrav, at minimum én (1) reference vedrører levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en dansk kommune. (se definition af corporate hjemmeside i bullit ovenfor).

...”

Kruso, der desuden baserede sin tekniske og faglige formåen på virksomheden Kontrapunkt, indleverede tre referencer sammen med tilbuddet – [www.kl.dk](http://www.kl.dk), [www.aarhus.dk](http://www.aarhus.dk) og [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk).

Gentofte Kommune har ikke bestridt, at referencen [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk) ikke opfyldt mindstekravet om at være ”tilsvarende”, idet [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk) ikke er en ”corporate” hjemmeside for Udenrigsministeriet.

Ved e-mail af 2. september 2019 anmodede Gentofte Kommune Kruso om ”hurtigst muligt ... at oplyse en forskriftsmæssig reference. Den forskriftsmæssige reference skal omfatte en reference, som Kruso i tid havde før tilbudsafgivelsen, og referencen skal være Krusos egen. Kruso kan altså ikke gå ud til tredjemand og indhente en reference, som Kruso støtter sig på.”

Kruso indleverede herefter yderligere fire referencer, og klagenævnet har ikke grundlag for at antage, at disse referencer ikke også forelå, inden Kruso indleverede sit tilbud.

Det følger af EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova A/S, præmis 40, at det påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat. Gentofte Kommune fastsatte som mindstekrav, at tilbudsgiverne skulle indlevere tre referencer fra tilsvarende opgaver. Kruso indleverede tre referencer, hvoraf i hvert fald en reference

ikke opfyldte kravene til at være ”tilsvarende”. Herefter og da det ikke kan lægges til grund, at [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk) er en del af [www.um.dk](http://www.um.dk), var Krusos tilbud ikke konditionsmæssigt.

En ordregiver kan efter udbudslovens § 159, stk. 5, 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 tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a.:

”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 ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

...

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 er således efter bestemmelsen muligt for en tilbudsgiver at præcisere og supplere et afgivet tilbud og endda indlevere yderligere dokumenter.

En ordregivers mulighed for at indhente oplysninger i forhold til et afgivet tilbud er dog yderligere reguleret af udbudslovens § 159, stk. 6. Efter § 159, stk. 6, skal en ordregiver uanset stk. 5 afvise et tilbud, hvis det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel. Af forarbejderne til denne bestemmelse fremgår bl.a.:

”... Ordregiveren kan ikke anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, hvis ordregiveren udtrykkeligt i udbudsmaterialet har krævet fremsendelse af den manglende oplysning eller det manglende dokument og angivet, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers vil blive afvist. Det påhviler således ordregiveren at overholde de regler, som denne selv har fastsat.

Brugen af stk. 5 vil ikke være udelukket, hvis ordregiveren alene har anført, at en oplysning eller et dokument skal afleveres, men uden at det fremgår, at overtrædelse vil medføre afvisning.

Hvis ordregiver har fastsat kravet om indsendelse af specifik dokumentation som et mindstekrav, kan stk. 5 ikke benyttes til at indhente den manglende dokumentation eller supplere eller fuldstændiggøre den indsendte dokumentation, hvis det fremgår af udbudsmaterialet eller i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning.”

§ 159, stk. 6, er en kodificering af EU-Domstolens dom i sag C-336/12, Manova A/S. En anmodning om præcisering kan således ikke afhjælpe fraværet af et dokument eller en oplysning, der ifølge udbudsmaterialet skulle have været indleveret sammen med tilbuddet.

Da Krusos tilbud ikke indeholdt tre referencer, som alle opfyldte de mindstekrav, Gentofte Kommune havde fastsat, og da Kruso ikke efter udbudslovens § 159, stk. 6, var berettiget til at indlevere nye referencer efter tilbudsfristens udløb, har Gentofte Kommune handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at anmode Kruso om at indlevere nye referencer og ved at tildele kontrakten til Kruso.

Der er ikke grundlag for at konstatere, at Eksponent har udvist retsfortabende passivitet ved først at klage til klagenævnet den 18. oktober 2019.

Klagenævnet tager herefter påstandene til følge.



### Ad påstand 3

Efter det, som er anført ad påstand 1 og 2, tager klagenævnet påstanden om annullation til følge.

### Herefter bestemmes:

#### Ad påstand 1

Gentofte Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Kruso, da Krusos tilbud ikke opfyldte mindstekravene til teknisk og faglig formåen, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 2.1.1.

#### Ad påstand 2

Gentofte Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 159, stk. 5, ved at anmode Kruso om at fremsende en ny reference med henblik på at sikre Krusos opfyldelse af udbudsbetingelsernes mindstekrav til teknisk og faglig formåen efter tilbudsfristen og tildelingsbeslutningen.

Gentofte Kommunes beslutning af 21. juni 2019 om at indgå kontrakt med Kruso A/S annulleres.

Gentofte Kommune skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 30.000 kr. i sagsomkostninger til Eksponent ApS.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg  
kontorfuldmægtig