

Klagenævnet for Udbud

(Jakob O. Ebbensgaard, Dorthe Kristensen Balshøj)

J.nr.: 26/01009

27. februar 2026

Udbuddet er efterfølgende annulleret af Evida Service A/S og klagen herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Elster-Instromet A/S

(advokat Anders Birkelund Nielsen og
advokat Sofie Fischermann, Nordhavn)

mod

Evida Service A/S

(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Århus)

Klagenævnet har den 23. januar 2026 modtaget en klage fra Elster-Instromet A/S (herefter ”Elster”).

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

Evida Service A/S (herefter ”Evida”) 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 – 14, svarskrift med bilag A – B, replik med bilag 15 – 17 samt duplik.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med princippet om proportionalitet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at have fastsat et betalingsvilkår i de udbudte delaftaler, der er uforholdsmæssigt byrdefuldt for leverandøren og samtidig ulovligt, idet Indklagede i den udbudte aftale har indsat – og efter forhandlingerne fastholdt – vilkår om, at Indklagede skal indrømmes en betalingsfrist på mindst 60 og op til 90 dage.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, da de udbudte delaftaler som følge af aftalernes indhold og karakter skal klassificeres som rammeaftaler, og da Indklagede ikke i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale har angivet en maksimal mængde eller værdi for de ydelser, der skal leveres i henhold til de udbudte delaftaler.

Påstand 3a (principalt)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i de tekniske specifikationer at have beskrevet en række udbudte produkter ved anvendelse af produkt- og producentnavne, selvom undtagelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, ikke konkret fandt anvendelse.

Påstand 3b (subsidiært)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, sidste pkt., og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i de tekniske specifikationer at have beskrevet en række udbudte produkter ved anvendelse af produkt- og producentnavne, uden at efterfølge beskrivelserne af udtrykket ”eller tilsvarende”.

Påstand 4a (principalt)

Klagenævnet for Udbud skal annullere Indklagedes udbud med titlen ”EU-Tender – Contract for BMR Stations” med udbudsbekendtgørelse nr. 602067-2025.

Påstand 4b (subsidiært)

Klagenævnet for Udbud skal annullere Indklagedes beslutning af 10. december 2025 om tildeling af delaftale 1 til Engineered Market Solutions ApS delaftale 2 til MS Flowtechnic ApS.”

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 602067-2025 af 11. september 2025, offentliggjort den 15. september 2025, udbød Evida som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt vedrørende indkøb af BMR-stationer til anvendelse af kontrol, dokumentation og sikring af kvaliteten af biogas. Udbuddet var opdelt i to delaftaler om indkøb af forskellige typer BMR-stationer.

Delaftalerne har en samlet anslået værdi på 110 mio. kr. eksklusive moms.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår følgende bl.a.:

“1.1. Køber

Officielt navn: Evida Service A/S

...

Køberens retlige status: Offentligretligt organ

Den ordregivende myndigheds aktivitet: Generelle offentlige tjenesteydelser

Den ordregivende enheds aktiviteter: Produktion, transport eller distribution af gas eller varme

...

2.1. Procedure

Titel: EU-Tender - Contract for BMR Stations

Beskrivelse: The Contracting Entity wishes to procure BMR stations used to control the quality of the biogas cf. Appendix 1 – Technical Specification. 1. Subcontract 1 – BMR station 20 800 to 2400 Nm³/h at 4,5 bar(g) inlet pressure and main pipe dimension DN 100 mm. Complete BMR station delivered in an enclosure corresponding to a standard 20-foot ISO container in size, including all equipment, fittings, and accessories as specified in the Contract. 2. Subcontract 2 – BMR station 40 2400 to 6000 Nm³/h at 4,5 bar(g) inlet pressure and main pipe dimension DN 150 mm. Complete BMR station delivered in an enclosure corresponding to a standard 40-foot ISO container in size, including all equipment, fittings, and accessories as specified in the Contract.”

Udbudsbetingelserne angav endvidere for delkontrakt 1 vedrørende ”BMR station 20 800 to 2400 Nm³/h” en mængde på 8 stk. og en anslået værdi på 30 mio. kr. og for delkontrakt 2 vedrørende ”BMR station 40 2400 to 6000 Nm³/h” en mængde på 20 stk. og en anslået værdi på 80 mio. kr.

Derudover fremgår det af udbudsbekendtgørelsens punkt 5.1.6. enslydende for begge delaftaler:

”5.1.6 Generelle oplysninger

...

The candidate must also submit a letter of commitment in which the entity/entities on which the candidate relies has/have undertaken joint and several liability with the candidate if the candidate is awarded the framework agreement.

...

Before the award decision is made, the tenderer to whom the contracting entity intends to award the framework agreement must provide documentation of the information submitted in the ESPD pursuant to sections 150-155, cf. section 12 of the Danish Implementing Order (implementeringsbekendtgørelsen).

...

The value stated in the section ”Value” is the estimated value of the deliverables under the framework agreement. The contracting entity’s estimate of the estimated value of the contract is based on a forecast. In relation to the estimated value, particular attention is drawn to the fact that the tenderers are not guaranteed any minimum purchase under the contract. It is specifically pointed out to the tenderer that the tenderer is bound by the prices offered, irrespective of the turnover specifically achieved under the framework agreement. This means that the tenderer is also bound by the prices offered if the specific turnover deviates from the estimated value, both upwards and downwards.”

Aftalen var således i udbudsbekendtgørelsens punkt 5.1.6. omtalt som en rammeaftale. I modstrid hermed var der for begge delkontrakter under punktet: ”5.1.15., Teknikker - Rammeaftale” anført ”Ingen rammeaftale”.

Af udbudsbetingelserne fremgår:

”2. DESCRIPTION OF THE PROCUREMENT

The Contracting Entity wishes to procure BMR stations used to control the quality of the biogas cf. Appendix 1 – Technical Specification.

1. Subcontract 1 – BMR station 20

800 to 2400 Nm³/h at 4,5 bar(g) inlet pressure and main pipe dimension DN 100 mm. Complete BMR station delivered in an enclosure corresponding to a standard 20-foot ISO container in size, including all equipment, fittings, and accessories as specified in the Contract.

2. Subcontract 2 – BMR station 40

2400 to 6000 Nm³/h at 4,5 bar(g) inlet pressure and main pipe dimension DN 150 mm. Complete BMR station delivered in an enclosure corresponding to a standard 40-foot ISO container in size, including all equipment, fittings, and accessories as specified in the Contract.

...

The Contracting Entity expects a demand for 30 - 50 biogas plants to be connected to the natural gas grid during the next 4-8 years. Each biogas plant will be connected to the grid through a BMR station. The capacity of the BMR station will be determined on a project specific base and the determination of demand for capacity will dictate the categorization and thereby the subcontract the BMR station will be purchased upon.

...

The estimated value of each contract is specified below. The value is not binding for the Contracting Entity.

Subcontract	Estimated/forecasted volume (MDKK) in contract period including prolongation period (2 x 12 month)
Subcontract 1 BMR station 20	30 MDKK
Subcontract 2 BMR station 40	80 MDKK

The Contracting Entity expects to award 2 (two) separate subcontracts. The same tenderer cannot be awarded both subcontracts. **If** the same tenderer submits the best offer for both subcontracts, the tenderer will be awarded the subcontract that results in the most advantageous overall outcome for the Contracting Entity, taking both subcontracts into account.”

Af udkastet til kontrakt fremgår:

”1. BACKGROUND AND PURPOSE

...

The Contract governs the Supplier’s supply of BMR stations to the Customer in accordance with Appendix 1 – Technical Specification and Appendix 4 – Prices.

The Supplier provides the BMR stations according to Customers specifications and Supplier has an obligation to purchase the parts needed for assembling the BMR station.

...

3. THE SUPPLIER’S DELIVERY OBLIGATION

3.1 The Supplier’s delivery obligation

During the term of the Contract, the Supplier shall deliver the Goods in accordance with the Contract’s terms and conditions on the basis of the Customer’s order in accordance with the procedure set out in clause 9.

All agreements, between the Supplier and the Customer, deviating from the Contract must be amended to this Contract and only within the boundaries of applicable procurement law.

On the basis of the Customer’s order, the Supplier shall deliver the Deliverables in accordance with the terms and conditions of the Contract.

...

3.3 Delivery time

Deliverables shall be delivered according to lead time provided by Supplier in Appendix 4 – Prices

3.4 Scope of purchase

The Customer is obliged to use the Contract entered into to the extent that the Customer needs the Goods covered by the Contract.

The Supplier bears the full commercial risk of all prices offered, see Appendix 4 – Prices, and the financial balance of the Contract. In this con-

nection, the Supplier shall not rely on any estimated expenditure information that may have been provided in connection with the tendering of the Contract. The Customer thus does not warrant that the estimate provided to the Supplier will be realised, including (without limitation) the total estimated turnover and the frequency and volume of individual purchases during the term of the Contract. The forecast is a non-binding forecast.

...

3.5 Changes in the Goods

3.5.1 Generally about the Supplier's right and obligation to make changes to the Goods

The products set out in the Customer's technical specification in Appendix 1 – Technical Specification, component list in Appendix 1.3 and the Supplier's tender in Appendix 4 – Prices shall not be discontinued from the Goods unless they are substituted by new products in accordance with clause 3.5.2. The Supplier shall include new products in the Goods, in addition to the products set out in the Customer's technical specification in Appendix 1 – Technical Specification and the Supplier's tender in Appendix 4 – Prices, in accordance with clause 3.5.3.

3.5.2 Substitution of the Goods

In connection with the Supplier's marketing of new products for substitution, in whole or in part, of products included in the Goods (for example because the product is supplied in an updated version), the Supplier may, at the latest at the same time as the new products are advertised to the Supplier's other customers, request the Customer to include the products in the Goods (in the following referred to as the "Substitute Product"). Such updating shall also cover associated products/services, including ancillary documentation and products/services, to the same extent as applicable to other products in that product category.

With a written notice of at least 120 Days, the Supplier shall notify the Customer of products which the Supplier ceases to supply and distribute in Denmark and which the Supplier therefore wishes to discontinue from the Goods.

Such discontinued products shall be substituted, and the discontinued products shall be deleted from Appendix 4 – Prices, when the Supplier ceases to supply and distribute the products, but not sooner than upon expiry of the notice.

Substitution shall not take place unless, on the basis of a specific assessment of the product in question, there are objectively justified grounds for substituting the product, for example if the product in question is no longer produced due to technical progress, and the product has been replaced by a new and updated version. In addition, the replacement of a product shall be in accordance with the public procurement rules in force at the time of the replacement.

A product shall not be withdrawn from the Goods until the Supplier has replaced the product in question in accordance with this clause 3.5.2.

The Substitute Product shall meet the following conditions:

- a) The Substitute Product shall have at least the same functional, technical characteristics, the same quality and fall under the same CPV code as the discontinued product.
- b) As a minimum, the Substitute Product shall comply with the requirements set out in Appendix 1 – Technical Specification and Appendix 2 – Requirements, which apply to the discontinued product.
- c) Where the Supplier has the option to choose between several products to substitute the discontinued product, the Supplier shall choose and present to the Customer the best quality / price ratio product.
- d) The Substitute Product shall not already be covered by the Contract.
- e) The substitution is subject to the Customer's approval, see clause 3.5.4.

The Supplier's obligation to substitute a discontinued product in accordance with the conditions set out in items a)-e) above shall apply notwithstanding the fact that the supply of the Substitute Product may result in performance in excess of the requirements set out in Appendix 1 – Technical Specification.

During the term of the Contract, the Supplier is entitled to discontinue a maximum of 100 % of the Goods as compared to the number of Goods included in the Supplier's tender when the Contract was tendered for.

At the Customer's request, the Supplier shall document that the Substitute Product complies with the conditions set out in a)-d).

3.5.3 New products

In addition to the cases referred to in clause 3.5.2, the Customer shall be entitled to require the inclusion of new products in the Goods, provided that the following conditions are met:

- a) The addition of products is due to market developments, changes in industry standards, certifications, standards or norms, technological developments, or new generations/variants/models/versions of the Goods, or if the Supplier sells/markets a new variant/configuration/version/model/generation of a product covered by the Goods.
- b) The product shall be of the same nature as the products included in the Goods and fall under the same CPV code as the products included in the Goods.
- c) The product shall not have been traded/marketed by the Supplier in Denmark at the time of the Supplier's submission of tender for the Contract.

3.5.4 The Customer's approval of changes to the Goods

Any change in the Goods is subject to the Customer's approval, see clause 3.5.2 and clause 3.5.3.

The Customer shall be entitled to make its approval conditional upon the Supplier providing appropriate documentation that the conditions set out in clauses 3.5.2 and 3.5.3 are met. Where, in connection with submission of tender during the tendering of the Contract, documentation of the product update was required, the Supplier shall also submit corresponding documentation for the new product.

Unless objectively justified, the Customer shall not withhold its consent to a change in the Goods, see clause 3.5.2, if the product is substituted because it is discontinued from the Supplier's range in Denmark.

Rejection shall be notified no later than five (5) Working Days after the Customer's receipt of the Supplier's notice to this effect. If the Supplier fails to provide evidence of compliance with the conditions set out in clause 3.5.2 without undue delay after the Customer's request, the deadline shall be postponed accordingly.

If the Customer rejects the products proposed for substitution, the Supplier shall propose new products or, alternatively, continue to deliver the original products.

The Supplier shall remain obliged to supply the original product until the Customer has approved a substitution of the product.

3.5.5 Effect of change of the Goods

After the Customer's approval of changes in the Goods, the new product shall be included in Appendix 4 – Prices.

If products are included in the Goods as set out in clauses 3.5.2 or 3.5.3, the price shall be determined as the lower of the following prices:

- a) The price of the product in the Goods that is substituted or supplemented by the product. In the case of products sold in packages of several units, the unit price shall apply, see below; or
- b) The Supplier's official list price for the product at the time of inclusion.

If, subsequently, it turns out that the product does not meet the conditions set out in clauses 3.5.2 or 3.5.3, the Supplier shall, within a period of 3 Working Days, offer another product which meets the conditions set out in clauses 3.5.2 or 3.5.3.

If the Supplier changes the number of units per normal sales unit, e.g. from a package of 250 pcs. to a package of 100 pcs., the Customer shall not be placed at a disadvantage in terms of price per unit.

The Supplier shall ensure that Appendix 4 – Prices is updated in the event of changes to the Goods. The Contract shall apply unchanged for those products that are not changed.

...

9. PROCEDURE FOR ORDERING GOODS

9.1 General

When the Customer wishes to receive Deliverables, this is done by placing an Order.

On the basis of the Customer's Order, the Supplier shall send an order confirmation to the Customer as soon as possible and not later than two (2) Working Days after receipt of the Customer's order.

In the event of incorrect orders, i.e. when placing the wrong item, quantity, etc., the Customer shall be entitled to cancel or correct the Order

until two (2) Working Days after receipt of order confirmation from the Supplier.

10. PRICES

The prices for the Goods are set out in Appendix 4 – Prices and include all taxes and duties applicable at the conclusion of the Contract, except VAT. ...

...

11. INVOICING AND PAYMENT

Invoicing requires that the Deliverables have been delivered free of defects in accordance with the Contract.

...

The amount invoiced shall be due for payment 60 Days from end of the current month the Supplier has sent a complete invoice.

...

17. DURATION AND TERMINATION FOR CONVENIENCE

17.1 General

The Contract shall become effective on 1st of January 2026, or date of latest signature, whichever comes first, and shall run until 31st of December 2029, at which time the Contract shall end without notice, unless the Customer chooses to extend the Contract, cf. clause 17.2.

The Customer may order Deliverables from the Supplier until the time of expiry or termination.

The Contract is terminable for convenience for both Parties with a 12-month notification period in addition to the causes of termination set out in clauses 17.3-17.6.

17.2 Option for extension

The Customer shall be entitled to extend the Contract on the same terms and conditions for up to 48 months. Extension shall not take place more than two (2) times. The Customer shall notify the Supplier of the extension not later than 3 Months before the expiry of the Contract.”

Af appendix 1, "Technical Specification for Biomethane Metering Receiving and Regulation Stations", fremgår:

"1 Introduction

This document provides the technical specification for Biomethane Metering Receiving and Regulation Stations (BMR Stations) intended for the injection of biomethane into the Danish natural gas grid. The specification defines the requirements for the supply of the mechanical and electrical equipment for the BMR Station as well as for the enclosure, and covers the functional, mechanical, and operational requirements that shall be fulfilled by the stations to ensure safe, reliable, and compliant integration with the existing transmission and distribution infrastructure.

...

3 Regulations, Norms & Standards

...

3.2 Norms & standards

Applicable norms and standards are:

- EN1092-1/DIN 2633 PN 16 pipe flanges
- API 5L, Specification for pipes.
- ASME (BPVC) VIII, Boilers and pressure vessels.
- EN 13501, fire classification of construction and building elements
- EN 9606, Qualification test of welders.
- EN 837, Pressure gauges.
- EN 17637, Non-destructive examination of fusion welds.
- EN 17636-1, Radiographic testing of welded joints.
- EN 1990 (Eurocode 0), Basis of structural Design, including Danish Annex to the code DS/EN 1990 DK NA:
- EN 1991 (Eurocode 1), Actions on Structures, including Danish Annexes to the codes, DS/EN 1991-1-(1-7) DK NA:2007.
- EN 10204, Metallic products - Types of inspection.
- DS/EN/ISO 3183, Steel pipes for pipeline transportation systems
- DS/EN/ISO 10675-1, Non-destructive testing of welds – Acceptance levels for Radiographic testing.
- EN 13445, Unfired pressure Vessels.
- EN 14382, Gas safety shut-off devices for inlet pressure up to 100 bar.
- EN 13480, Metallic industrial piping.
- EN 15609, Specification and qualification of welding procedures for metallic materials.
- EN 23278, Non-destructive testing of welds - Magnetic particle testing of welds - Acceptance levels.

- EN 60445, Basic and safety principles for man-machine interface, marking and identification - Identification of equipment terminals, conductor terminations and conductors.
- EN 60751, Industrial platinum resistance thermometers and platinum temperature sensors.
- ISO 3511, Industrial process measurement control functions and instrumentation.
- ISO 5208, Industrial valves - Pressure testing of metallic valves.
- ISO 10628, Diagrams for the chemical and petrochemical industry – Graphic symbols.
- ISO 17638, Non-destructive testing of welds - Magnetic particle testing.
- ISO 17640, Non-destructive testing of welds - Ultrasonic testing - Techniques, testing levels, and assessment.
- GPTC Z380.1 - Guide for Gas Transmission and Distribution Piping Systems

...

4.3 Functional requirements

The following functional requirements shall apply.

The BMR Station shall be able to control the gas quality according to BEK. 230 and shut off the gas flow if the limits for the gas quality are outside the specification. The gas flow shall be determined by a gas flow meter and transmitted online to Evida control system. Before the gas exits the BMR Station, odorant must be added in an amount of 15 mg/Nm³, but the amount must be adjustable. To protect piping downstream the BMR Station against excess pressure, 2 slam-shut valves (SSV) and Safety blowoff valve (SBV) must be installed. The settings for the SSV's are normally 7,0 – 7,4 bar(g). To measure the gas quality two (2) Elster Encal 3000 gas chromatograph (or similar) must be installed in a heated cabinet inside the enclosure with necessary calibration gasses and regulation equipment. To secure the required dewpoint a Bartec 5674 dewpoint meter (or similar) must be installed in the main pipe. To secure a continuously determination of the methane content in the gas, a GE XMTC Pro methane meter (or similar) must be installed in the BMR Station. See Appendix 1.3 – Component List where all main components in the BMR Station are listed.

...

5 Mechanical

5.1 General requirement

Main components as pipes, filters, valves, meters, slam shut valves, shall be mounted on solid hot-dip galvanized bearings supported by the floor. The gas chromatographs and the on-line methane meter (as XMTC) including pipes, regulations valves, instrumentations and calibration gas shall be mounted/placed in a separate heated cabinet that must be made of metal, but there are no requirements for the cabinet to be stainless material. If the cabinet is mounted on the wall, the bolts must be welded on the container wall, before the container has been painted. It is accepted to have only one sets of secondary equipment for the Gas chromatographs.

...

5.2.1 Ball valve design requirements

Ball valves shall be of the flanged fullbore type and meet the minimum requirements of API spec. 6D. Balls shall be in stainless steel. Ball valves must be CE-marked according to PED Directive 2014/68/EU.

On inlet pipe and outlet pipe and return gas pipe ball valves shall be of the double block and bleed type.

5.2.2 Gas filter requirements

The filter shall be a single stage gas filter for separation of solids and liquids larger than allowed for safe operation of the BMR Station. The minimum filter cartridge size must be equal or less than 2 μ m.

The filter cartridge shall be easily interchangeable installed downstream of the inlet ball valve. The filter shall be provided with a drain valve. Inside inspection of the filter shall be possible.

The filter shall be designed in accordance with ASME BPVC section VIII and vessel materials in accordance with DS/EN13445.

The filter shall be pressure tested to 1,5 x design pressure and tightness tested afterwards with soapy water or leakage spray.

5.2.3 Main gas control valve requirements

The main control valve shall be Samson regulation valve type 3241 with 3277 Pneumatic Actuator fail close or similar. Including Positioner 3730-4 for Profibus PA

5.2.4 Return gas control valve requirements

The return gas control valve shall be Samson regulation valve type 3241 with 3277 Pneumatic Actuator fail close or similar. Including Positioner 3730-4 for Profibus PA

5.2.5 Slam-shut valve requirements

Slam-shut (SSV) valves shall be Pietro Fiorentini type SBC 782 or similar.

5.2.6 Safety valve requirements

Safety valves (SBV) shall be Pietro Fiorentini type VS/AM 65 or similar.

5.2.7 Flow metering requirements

The gas meter is a turbine gas flow meter connected to a flow computer. The turbine gas flow meter is delivered by the Customer but installed by the Supplier.

...

5.2.8 Check-valve requirements

Check-valves shall be Flowserve Gestra type RK 86A or similar.

5.2.9 Dew-point meter requirements

The Dew-Point meter shall be Bartec type Hygrophil F5674 with extraction tool, fiber or laser technology (Emission free and measured at pipeline condition) or similar. It must be possible to dismantle probe under normal operation. For laser technology it is accepted to measure at lower pressure. If the laser dewpoint meter demands continuously flow. It must be placed in series with the methane meter.

The dewpoint meter must be able to measure 0°C – -70°C at atmospheric pressure and 0°C – -60°C at 4 barG.

The uncertainty must be equal or less than +/- 1Kelvin.

5.2.10 Gas chromatograph requirements

The Gas chromatographs shall be Honeywell/Elster ENCAL 3000 biogas or similar.

Gas chromatograph must be able to measure minimum following components.

- CH₄ (Range 60 %- 100 mol%)
- N₂ (Range 50 ppm - 15 mol%)
- CO₂(Range 50 ppm - 8 mol%)
- O₂ (50 ppm - 3 mol%)
- H₂S (2 ppm - 1 mol%)
- H₂ (0,01 % - 2 mol%)

The uncertainty must be less than 0,2 mol% for all calculated properties and a repeatability less than 0,03 mol %.

For H₂S the uncertainty must be less than 5% at 5mol ppm.

For O₂ the uncertainty must be less than 0,5% at 0,5 mol%.

The Gas chromatographs must be calibrated at the factory on all above mentioned components.

The carrier gas must be Helium, and the consumption must be lower than 10ml/min.

Specification must be equal or better than the Gas chromatograph in Appendix 1.3 – Component List.

The gas chromatograph must be prepared to measure H₂. The Supplier must specify if any retrofit is necessary.”

De tekniske specifikationer indeholder yderligere specifikationer, hvor der er anført et product- eller producentnavn efterfulgt af ordene “or similar”.

Af appendix 2, ”Requirements”, fremgår om ”switchboard design”:

”If Supplier intends to use alternative to the switchboard cabinet Cubic, documentation for alternative incl. description of how the alternative can be defined ”similar”, must be provided

Supplier must provide information as how they intend to adhere to the Appendix 1.3. Column G, H and I must be filled in for **each component line** in the tab ”Appendix 1.3 Component list”

Alternative component must be named with manufacturer, brand and model in column I.

Clause 5.2.1-5.2.16 of Appendix 1 must be adhered to for the use of alternatives.”

Under udbuddet besvarede Evida en række spørgsmål:

”Question:

Please confirm whether we can propose an alternative supplier to those listed in Appendix 1.3

Answer:

Yes it is possible, but the alternative component must have same specifications or better, the same interface and same footprint. Furthermore the lifetime of the component, must be documented that it is the same or better”

En række virksomheder blev opfordret til at afgive tilbud, herunder Elster, Engineered Market Solutions ApS og MS-Flowtechnic ApS.

Elsters indledende tilbud indeholdt flere forbehold, herunder bl.a. vedrørende betalingsvilkåret i kontraktudkastets punkt 11. På et efterfølgende forhandlingsmøde fastholdt Evida betalingsvilkåret.

Efter forhandlingerne blev processen for reviderede tilbud igangsat. Tilbudsfristen for afgivelse af revideret tilbud var fastsat til den 28. november 2025 kl. 13.00.

Evida traf den 10. december 2025 følgende tildelingsbeslutning:

”Notification of result in respect of contract (Contract Notice) no. 2025 / S 176 – 602067

...

Elster-Instromet was not included in the evaluation because no offer was submitted in the revised offer round.

Evida Service A/S has evaluated that MS Flowtechnic ApS in the overall evaluation has submitted the tender with the best price-quality ratio evaluated against the award criterion for the Lot 2 and Engineered Market Solutions ApS has submitted the best price-quality ratio bid for Lot 1.”

Ved mail af 22. december 2025 fremsatte Elster en række indsigelser imod den trufne tildelingsbeslutning. Ved mail af 20. januar 2026 fastholdt Evida tildelingsbeslutningen.

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

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

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

Særligt vedrørende påstand 1 har Elster gjort gældende, at Evida har handlet i strid med princippet om proportionalitet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at have fastsat et betalingsvilkår i de udbudte delaftaler, der er uforholdsmæssigt byrdefuldt for leverandøren og samtidigt ulovligt, idet Evida i den udbudte aftale har indsat og fastholdt vilkår om, at Evida skal indrømmes en betalingsfrist på mindst 60 og op til 90 dage.

Det udbudsretlige proportionalitetsprincip gælder i alle henseender under udbudsprocessen, herunder også i forhold til ordregivers udformning af kontraktkrav. Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1 understreger, at ordregiver i forbindelse med tildeling af offentlige kontrakter og rammeaftaler skal iagttage de grundlæggende udbudsretlige principper, herunder proportionalitetsprincippet, i forhold til alle de elementer af udbudsprocessen og udbudsmaterialet, som har relevans for tildelingen.

Klagenævnet har også i en række sager vurderet kontraktvilkårs overholdelse af proportionalitetsprincippet, jf. bl.a. klagenævnets kendelser af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden, og af 11. oktober 2019, Kinna A/S mod Region Hovedstaden.

Et betalingsvilkår som det i sagen foreliggende er uforholdsmæssigt byrdefuldt, idet leverandøren i hele denne periode – ud over perioden, hvor produktet bliver produceret og leveret – skal bære den fulde økonomiske byrde, som det koster at producere en BMR-station. Det er i denne sammenhæng uden relevans for spørgsmålet om betalingsvilkårets proportionalitet, om der

har været nogen tilbudsgiver ud over Elster, der har reageret på udformningen af vilkåret. Tilsvarende er det uden relevans for vurderingen, om en tilbudsgiver kan kommercialisere betalingsvilkåret i sin tilbudspris.

Det pågældende betalingsvilkår er i strid med rentelovens § 3 b, stk. 1. Bestemmelsen er beskrevet i Økonomistyrelsens vejledning om betalingsfrister og opkrævning af gebyrer og renter ved forsinket betaling, ligesom det også er almindelig praksis hos offentligretlige ordregivere og myndigheder, at deres betalingsfrist maksimalt er 30 dage efter modtaget faktura i kontraktforhold.

Bestemmelsen i rentelovens § 3 b, stk. 1, gælder for offentlige myndigheder, som også omfatter offentligretlige organer i henhold til forsinkelsesdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/7/EU af 16. februar 2011 om bekæmpelse af forsinket betaling i handelstransaktioner) artikel 2, nr. 2, samt betænkning nr. 1535 om gennemførelse af direktivet om bekæmpelse af forsinket betaling i handelstransaktioner.

Evida må anses for at være et offentligretligt organ, henset til at Evida er et aktieselskab, at Evida leverer ydelser vedrørende gasdistributionsnettet, som er en systemkritisk del af dansk energiinfrastruktur med afgørende betydning for energiforsyningsikkerhed, den grønne omstilling og energipolitik, at Evida er 100 % statsejet, og at den danske stat udøver afgørende indflydelse på strategi og centrale beslutninger.

Betalingsvilkåret strider endvidere imod principperne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 2. Selvom bestemmelsen efter sin ordlyd alene gælder for tekniske specifikationer, afspejler princippet et helt grundlæggende udbudsretligt formål om, at der skal skabes mest mulig konkurrence om en given opgave. En ordregiver kan således ikke opstille ubegrundede eller usaglige vilkår, som forhindrer eller mindsker en sådan konkurrence. Princippet er desuden udtrykt i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, 2. pkt., hvorefter udformningen af udbuddet ikke må foretages med den hensigt at udelukke kontrakten fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen.

Betalingsvilkåret pålægger leverandøren en meget tung og langvarig økonomisk byrde, selvom der ikke er nogen grund til, at Evida ikke kan følge de almindelige betalingsregler og praksis. At betalingsvilkåret er i strid med de

udbudsretlige regler understøttes desuden af klagenævnets praksis, jf. klagenævnets kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen. Selvom kendelsen vedrører en anden problemstilling end et ulovligt kontraktvilkår, viser kendelsen, at de grundlæggende udbudsretlige principper forpligter ordregiver til at forholde sig til, om den aftale, der påtænkes indgået på baggrund af udbuddet, lovligt kan gennemføres. Dette gælder i hvert fald i situationer, hvor omstændighederne giver anledning til tvivl herom.

En ordregiver er afskåret fra at kunne foretage en lovlig tildelingsbeslutning, hvis en på grundlag af udbuddet indgået aftale strider imod lovgivningen, i hvert fald når ulovligheden dels er åbenlys, kvalificeret og af reel betydning for aftaleforholdet, dels har haft en konkret betydning for det gennemførte udbud, herunder antallet af modtagne tilbud, og dermed den påtænkte tildelingsbeslutning.

Det er endvidere ikke korrekt, når Evida angiver, at forholdet ikke udgør et udbudsretligt forhold, men alene vil være et civilretligt spørgsmål mellem de to parter, der måtte indgå kontrakten.

Evida kan ikke efterfølgende foretage en ændring af eventuelle indgåede delaftalers betalingsvilkår, således at de kommer i overensstemmelse med rentelovens § 3 b, stk. 1. Det skyldes, at en sådan ændring af betalingsvilkåret uden et fornyet udbud vil udgøre en ændring af et grundlæggende element som formuleret i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4, litra a.

Betalingsvilkåret er således uforholdsmæssigt, ulovligt og i strid med almindelig praksis samt det udbudsretlige proportionalitetsprincip i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Særligt vedrørende påstand 1 har Evida gjort gældende, at Evida ikke har handlet i strid med proportionalitetsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved fastsættelsen af det pågældende betalingsvilkår i de udbudte delaftaler.

I udbudsretten har proportionalitetsprincippet tre anerkendte funktioner: I) en konstitutionel funktion, der begrænser medlemsstaternes implementering af direktivet, II) en forvaltningsretlig funktion, f.eks. ved vurdering af om or-

dregiver skal anmode om supplerende oplysninger, og III) en funktion svarende til det indre markeds regler, hvor det efter princippet afvejes, om en begrænsning af de frie bevægeligheder kan retfærdiggøres, hvilket i praksis betyder, at princippet har sin reelle betydning i forbindelse med udformningen og brugen af egnethedskrav og udelukkelsesgrunde. Ingen af disse funktioner omfatter til gengæld en materiel prøvelse af indholdet af delelementer i konkrete kontraktvilkår.

At princippet efter udbudsretten primært har betydning for krav, som ordregiver stiller i selve udbudsprocessen, dvs. egnethedskrav, udelukkelsesgrunde og mindstekrav til ydelsen, fremgår også af både EU-Domstolen og klagenævnets praksis, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 8. december 2025, T1A A/S mod Region Hovedstaden. Kendelsen illustrerer, at klagenævnet ikke foretager en prøvelse af, hvilke krav ordregiver burde have fastsat, så længe kravene er fastsat inden for den udbudsretlige kompetence og er ens for alle. Det ligger således fast, at proportionalitetsprincippet ikke finder anvendelse som hjemmel til at underkaste kontraktvilkår en materiel rimelighedsvurdering.

På den baggrund kan proportionalitetsprincippet ikke udstrækkes til at omfatte en prøvelse af konkrete kontraktvilkår eller delelementer heri. Princippets tre anerkendte funktioner i udbudsretten vedrører ikke en materiel prøvelse af aftalemæssige vilkår. Der er hverken i EU-praksis eller udbudsdirektivet støtte for, at individuelle delelementer i et kontraktvilkår skal underlægges en selvstændig proportionalitetsvurdering.

Det fremgår herudover af lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, at proportionalitetsprincippet ikke finder anvendelse i forhold til vurderingen af, om varetagelsen af de hensyn, der ligger bag udbuddet, er de omkostninger værd, som et krav i udbudsmaterialet vil medføre. Princippet finder derimod anvendelse i forhold til vurderingen af, om et krav i udbudsmaterialet kunstigt indskrænker konkurrencen. Dette vil være tilfældet, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere en enkelt eller visse økonomiske aktører eller stille den eller dem mindre gunstigt. Tilsvarende gør sig gældende ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Det er således udbuddets udformning med henblik på konkurrenceforvriddning, som bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk.

1, søger at forhindre, og ikke en generel kontrol med indholdet af de kontraktvilkår, som efterfølgende skal gælde for alle tilbudsgivere.

Dette understøttes af forsyningsvirksomhedsdirektivets præambelbetragtning nr. 2, som fremhæver, at direktivet har til formål at sikre øget konkurrence og gennemsigtighed ved offentlige indkøb. Direktivet regulerer alene processen for indkøb og ikke indholdet af selve kontrakterne. De processuelle regler angår, hvordan det offentlige skal købe ind, men ikke hvad der skal købes ind. Dette formålsbestemte fokus på konkurrence og markedsadgang taler direkte imod, at proportionalitetsprincippet skulle kunne påberåbes over for enkelte kontraktvilkår eller delelementer heri, blot fordi de måtte opleves som kommercielt ufordelagtige for én aktør. Når vilkåret er identisk for alle, er ingen tilbudsgiver blevet stillet bedre end andre, og konkurrencen er ikke påvirket.

Evida har ikke udformet vilkår i sit materiale med henblik på at kunne undgå at gennemføre et udbud. Tværtimod er der netop gennemført et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, herunder med offentliggørelse af det fulde udbudsmateriale. Alle vilkår i de udbudte kontrakter er udformet ens og lige i forhold til alle tilbudsgivere, ligesom der ikke har været spørgsmål til vilkårenes klarhed i den forudgående høringsproces eller den gennemførte udbudsproces.

Ingen af de udformede kontraktvilkår er udformet med henblik på kunstigt at indskrænke konkurrencen eller uretmæssigt at favorisere en eller flere økonomiske aktører. De fastsatte betalingsbetingelser har heller ikke konkret medført en indskrænkning af konkurrencen, da vilkåret gælder ensartet for alle tilbudsgivere og således ikke indebærer, at enkelte økonomiske aktører stilles mere gunstigt end andre. Det er i den forbindelse ikke afgørende, om en eller flere økonomiske aktører opererer med interne retningslinjer for egne, ønskelige betalingsvilkår. Det bemærkes i den forbindelse, at Elster også tidligere – herunder få måneder før det aktuelle udbud i forbindelse med indgåelse af kontrakter om turbine og rotationsmålere til Evida – har accepteret betalingsvilkår med betalingsfrister, der er længere end 30 dage.

Elster har ikke dokumenteret, at betalingsbetingelsen skulle være egnet til faktisk at afholde kvalificerede tilbudsgivere fra at deltage. Af referat fra feedbackmødet mellem parterne i december 2025 fremgår det, at Elster selv var af den opfattelse, at virksomheden havde indsendt og således afleveret sit

tilbud – muligvis fortsat med et ønske om at drøfte en ændring af betalingsvilkårene, herunder muligvis også med afsæt i, at et endeligt tilbud også ville indeholde et ønske om ændring eller forbehold til betalingsvilkårene. Elster har ikke på noget tidspunkt angivet, at vilkåret ville afholde Elster fra at deltage. Dette indikerer og dokumenterer, at betalingsbetingelsen ikke i sig selv har været en hindring for Elsters deltagelse i udbudsproceduren.

Ingen af de øvrige tilbudsgivere har stillet spørgsmål, kommet med bemærkninger eller fremsat indsigelser vedrørende betalingsvilkårene. Det forhold, at markedet som helhed ikke har reageret på betalingsvilkåret, taler for, at det ikke har været uforholdsmæssigt byrdefuldt eller konkurrencebegrænsende.

I tilfælde af, at klagenævnet skulle finde, at proportionalitetsprincippet finder anvendelse på situationen, har Evida som ordregiver et vidt skøn ved fastlæggelsen af kravene i den underliggende kontrakt i udbudsmaterialet, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 16. maj 2023, Fitness Engros A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse. Håndhævelsen af proportionalitetsprincippet i relation til udformningen af kontraktgrundlaget kan kun i klare tilfælde begrunde, at grænserne for ordregivers dispositionsbeføjelse er overskredet, og en sådan situation foreligger ikke i det konkrete udbud.

Spørgsmålet om betalingsvilkårenes overensstemmelse med renteloven udgør ikke et udbudsretligt forhold, men vil være et civilretligt spørgsmål mellem de to parter, der måtte indgå kontrakten. Klagenævnet har ikke kompetence til at tage stilling til, om elementer i betalingsvilkår er i overensstemmelse med renteloven, herunder også selvom de underliggende elementer til forklaring af rentelovens mekanismer måtte henvise til f.eks. en forståelse af ”offentlig myndighed” som et udbudsretligt begreb.

Særligt vedrørende påstand 2 har Elster gjort gældende, at Evida har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, da de udbudte delaftaler som følge af aftalernes indhold og karakter skal klassificeres som rammeaftaler, og da Evida ikke i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale har angivet en maksimal mængde eller værdi for de ydelser, der skal leveres i henhold til de udbudte delaftaler.

Overordnet udgør delaftalerne efter deres funktion og karakter hver især en rammeaftale, og derfor skal de vurderes som sådan. Delaftalerne er i udbudsmaterialet primært omtalt som kontrakter. Delaftalernes karakteristika viser imidlertid, at der er tale om to rammeaftaler og ikke delkontrakter.

Det, som adskiller rammeaftaler fra almindelige offentlige kontrakter er bl.a., at der for rammeaftaler efterfølgende tildeles yderligere kontrakter i henhold til rammeaftalen, og at formålet med en rammeaftale derfor er at fastsætte vilkårene for kontrakter i en nærmere fastsat periode, jf. princippet i definitionen af en rammeaftale i udbudslovens § 24, nr. 30, og forsyningsvirksomhedsdirektivets præambelbetragtning nr. 71, sidste pkt. Tilsvarende fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbudsreglerne.

Kendetegnene for delaftalerne i dette udbud er bl.a., at Evida kun er forpligtet til at anvende delaftalerne, i det omfang Evida har behov for de omfattede produkter, at leverancer udløses af konkrete bestillinger fra Evida, og at Evida i udbudsmaterialet flere gange og løbende tager udtrykkeligt forbehold for, at den forventede volumen/omsætning ikke kan påregnes. Udbudsmaterialet henviser derudover gentagne gange til forventede/estimerede, ikke-bindende mængder, og leverandøren har ingen ret til et minimumskøb.

I klagenævnets kendelse af 7. oktober 2020, Remondis A/S mod Hedensted Kommune, anså klagenævnet en kommunes kontrakt vedrørende indsamling af kildesorteret dagrenovation for ikke at være en rammeaftale. Klagenævnet lagde vægt på, at det konkrete udbudsmateriale var udformet sådan, at den vindende leverandør havde sikkerhed for at skulle hente dagrenovation i det angivne omfang og til de enhedspriser, som leverandøren havde angivet i sit tilbud. Det forhold, at omfanget af leverandørens ydelser kunne variere efter borgernes valg, medførte ikke, at der ved sådanne ændringer blev tildelt nye kontrakter. I modsætning hertil står de konkrete delaftaler i denne sag, hvor Evida ikke giver leverandøren nogen sikkerhed for et minimumskøb og alene afgiver en ordre til leverandøren, når et behov hos Evida opstår.

At delaftalerne er eksklusive for den valgte leverandør er ikke afgørende eller nødvendigt for vurderingen af, om de skal karakteriseres som offentlige delkontrakter eller rammeaftaler. Afgørende er derimod, om aftalerne indeholder en mekanisme, hvor kontrakter bliver tildelt i henhold til aftalernes (ramme)vilkår og den usikkerhed vedrørende løbende omsætning, der som

konsekvens heraf medfølger for leverandøren. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forudsætter også i sin vejledning om udbudsreglerne, at en rammeaftale kan gøres eksklusiv for en leverandør, men fortsat være en rammeaftale. Delaftalerne er derfor i deres funktion og indhold ikke almindelige offentlige delkontrakter, men rammeaftaler, hvorfor udbudsrettens krav til rammeaftaler finder anvendelse herpå.

I klagenævnets kendelse af 11. juli 2025, Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen, var der ikke tvivl om, at der med de ydelser, som kontrakten omfattede, var en sikkerhed for et betragteligt minimumsindkøb. Tilsvarende gør sig gældende i klagenævnets kendelse 7. oktober 2020, Remondis A/S mod Hedensted Kommune. Delaftalerne i denne sag er efter ydelsernes karakter og vilkårene i aftalerne afgørende forskellige fra omstændighederne i de nævnte kendelser. Der er således i den konkrete sag tale om produktion og levering af BMR-stationer, hvor der – i modsætning til de nævnte kendelser – ikke er behov for at få leveret med samme hyppighed. Usikkerheden om, hvornår og hvor mange BMR-stationer der skal leveres i delaftalernes løbetid, er desuden belagt med betydelig usikkerhed.

Det følger af klagenævnets praksis, at det er et krav, at der fastsættes en maksimal mængde eller værdi for en rammeaftale, jf. bl.a. klagenævnets kendelser af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark, af 28. februar 2023, Mediq Danmark A/S mod Aarhus Kommune, og af 26. september 2023, Konsortiet Abena A/S og Coloplast Danmark A/S mod Esbjerg Kommune m.fl. Evida har ikke angivet en maksimal mængde eller værdi for delaftalerne i udbudsbekendtgørelsen eller andre dele af udbudsmaterialet. Angivelsen af 8 henholdsvis 20 enheder som mængde i udbudsbekendtgørelsen kan ikke anses som maksimummængder, da det ikke er angivet, at mængderne vedrører maksimummængder, ligesom mængderne alene er beskrevet som ”Forecast volume” i Appendix 4, og det fremgår generelt af udbudsmaterialet, at den forventede volumen ikke kan påregnes. Det er således ikke tilstrækkeligt, at Evida har udbudt delaftalerne og angivet en anslået værdi og mængde, når der ikke samtidig er angivet nogen maksimal værdi eller mængde for indkøbet.

En sådan mangel udgør en overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Særligt vedrørende påstand 2 har Evida gjort gældende, at de udbudte delaftaler korrekt er udbudsretligt klassificeret og udformet som kontrakter og ikke som rammeaftaler.

Evida har et vidt skøn ved fastlæggelsen af de udbudte ydelser, herunder hvordan de beskrives og kontraheres, samt ved fastlæggelsen af kontraktvilkår og kontraktgrundlag. Klagenævnet kan alene efterprøve, om dette skøn er overskredet, jf. bl.a. klagenævnets kendelser af 21. december 2011, Ortos A/S mod Odense Kommune, og af 15. oktober 2014, Saferoad RRS GmbH mod Vejdirektoratet. Det ligger også inden for det skønsmæssige råderum at beslutte, om en delaftale skal udbydes som en kontrakt eller rammeaftale. Kun hvis det er åbenbart, at en aftale, der reelt har karakter af en rammeaftale, er udbudt som en kontrakt med henblik på at omgå udbudsreglerne, kan klagenævnet tilsidesætte den foretagne klassifikation. Der er ikke tale om omgåelse af udbudsreglerne i udbuddet, og Evida har således med rette betegnet og udformet de udbudte delaftaler som kontrakter.

Delaftalerne er kontrakter, idet leverandøren for det første opnår en eksklusiv ret til at levere de omfattede varer til Evida, der omvendt er forpligtet til at benytte kontrakterne, jf. kontrakternes afsnit 3.4. Bestemmelsen etablerer en forpligtelse for Evida til – i det omfang der opstår et behov – at anvende kontrakten og dermed købe de omfattede varer hos den vindende tilbudsgiver. Dette udgør et klassisk eksklusivitetsforhold.

Dette følger også af klagenævnets praksis, jf. klagenævnets kendelse af 11. juli 2025, Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen, hvor det blev fastslået, at en aftale kan udgøre en gensidigt bebyrdende kontrakt, selvom hverken mængde eller værdi ligger fast, og selvom bestillinger sker løbende. Det afgørende for klassificeringen som kontrakt er således, at aftalens vilkår og bestillingsproces er fastlagt, og at aftalen indebærer eksklusivitet for leverandøren. Tilsvarende i klagenævnets kendelse af 7. oktober 2020, Remondis A/S mod Hedensted Kommune, hvor klagenævnet lagde vægt på, at leverandøren havde eksklusivitet til at levere de ydelser, der var omfattet af aftalen. Klagenævnet lagde derudover vægt på, at aftalen ikke forudsatte efterfølgende tildeling af nye kontrakter, men derimod etablerede en bindende forpligtelse for ordregiver til at aftage de omfattede ydelser på de fastlagte vilkår.

At en rammeaftale efter praksis også kan udformes som eksklusiv kan ikke føre til, at den udbudte kontrakt skulle være en rammeaftale. Der er tværtimod støtte i praksis for, at netop eksklusivitet kan tale for, at en aftale lovligt kan kvalificeres som en kontrakt frem for en rammeaftale.

Sondringen mellem rammeaftaler og kontrakter er også forankret i udbudslovens § 24, nr. 24 og nr. 30, jf. § 97, samt udbudsdirektivets artikel 2, stk. 1, nr. 5, og artikel 33. En kontrakt er en konkret og gensidigt bebyrdende aftale om levering af en ydelse, mens en rammeaftale er karakteriseret ved, at den alene fastsætter vilkårene for senere (yderligere) kontrakter, der tildeles i aftalens løbetid. Tilsvarende må gælde for udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Der er ingen bestemmelser i de foreliggende aftaleudkast, som tilsiger, at der skal indgås nye kontrakter efter aftalens indgåelse. Tværtimod er der tale om en bindende forpligtelse for Evida til at lade den vindende leverandør levere de produkter og ydelser, som er specificeret i udbudsmaterialets kravspecifikation og kontraktudkast, og på de forud fastlagte vilkår. At udbudsmaterialet ikke indeholder en fuldstændig eller udtømmende opgørelse over antallet af BMR-stationer i hele kontraktperioden ændrer ikke på aftalens udbudsretlige karakter, herunder henset til at der er oplyst et forecast på antallet af BMR-stationer og en tilhørende estimeret værdi. En eventuel usikkerhed om den præcise mængde eller sammensætning er ikke tilstrækkeligt til at kvalificere aftalen som en rammeaftale.

Heller ikke det forhold, at Evida konkret skal afgive en bestilling forud for en leverance, ændrer på, at der er tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 11. juli 2025, Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen. Det understreges i denne forbindelse, at det ikke er Evidas egne forhold, som fører til en bestilling, og at Evida således ikke blot kan beslutte at undlade at bruge aftalen. Biogasprojekter er således kendetegnet ved at blive forberedt og gennemført hos uafhængige tredjemænd, hvorefter Evida er forpligtet til at inkludere biogassen i gasinfrastrukturen.

En kontrakt kan være udbudsretlig lovlig, selvom den indeholder en vis mængdeusikkerhed, så længe der ikke er usikkerhed om selve behovets eksistens. Det afgørende er, at leverandøren har sikkerhed for et reelt og løbende indkøbsbehov, og at usikkerheden alene knytter sig til naturlige variationer i

mængden. Behovet for BMR-stationer følger ikke af Evidas eget skøn, men af eksterne forhold. I de udbudte delaftaler opstår variationen som følge af nye biogasprojekter, der etableres af eksterne aktører, og som Evida er forpligtet til at tilslutte gasnettet. Variationen påvirker imidlertid ikke den overordnede indkøbsforpligtelses realitet.

Såfremt klagenævnet måtte nå frem til, at delaftalerne burde have været klassificeret som rammeaftaler, kan dette ikke føre til annullation af udbuddet eller tildelingsbeslutningen. Baggrunden herfor er, at aftalerne – uagtet klassificering – har været udbudt efter de gældende procedureregler, at løbetiden ikke overstiger den maksimalt tilladte varighed for rammeaftaler i forsyningsvirksomhedsdirektivet, og at Evida i udbudsmaterialet udtrykkeligt har oplyst både den forventede værdi og den maksimale volumen. Markedet har således haft et fuldt tilstrækkeligt grundlag for at afgive tilbud, uanset om delaftalerne formelt skulle have været betegnet som en rammeaftale.

Formålet med kravet om, at ordregiver skal angive den maksimale mængde eller værdi i en rammeaftale, er allerede opfyldt i Evidas udbud. Reglen har til formål at sikre gennemsigtighed for markedet. Evida har angivet både mængder og værdier i udbudsbekendtgørelsen, hvilket i sig selv opfylder dette gennemsigtighedshensyn, idet oplysningerne – også i tilfælde af en eventuel fejkategorisering – udgør udtrykket for den maksimale mængde/værdi. Dette synspunkt understøttes også af EU-Domstolens praksis, jf. sag C-216/17, *Autorità*, hvor Domstolen fastslog, at selv en kontrakt, der burde have været kvalificeret som en rammeaftale, fortsat kan anses for gyldig i den periode, hvor rammeaftaler lovligt kan løbe, og at kontrakten efter udløbet af denne periode blot anses for at have udtømt sine virkninger.

Særligt vedrørende påstand 3a har Elster gjort gældende, at Evida har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i de tekniske specifikationer at have beskrevet en række udbudte produkter ved anvendelse af produkt- og producentnavne, selvom undtagelsen i bestemmelsen ikke konkret fandt anvendelse.

Det er et grundlæggende princip i forsyningsvirksomhedsdirektivet og udbudsretten generelt, at udbudte produkter som altovervejende udgangspunkt ikke må beskrives ved anvendelse af produkt- og producentnavne. Det følger

således af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 3, at en ordregiver som klart udgangspunkt skal beskrive de udbudte produkter ved funktions- og/eller præstationskrav og alternativt ved henvisninger til tekniske specifikationer, der skal efterfølges af ”eller tilsvarende”. Denne hovedregel har til formål at sikre, at der undgås kunstig indsnævring af konkurrencen gennem tekniske krav.

Som en snæver undtagelsesregel kan tekniske specifikationer i visse helt ekstraordinære situationer beskrives ved at henvise til produkt- og producentnavne, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4. Denne undtagelse skal fortolkes indskrænkende.

Komponentlisten i udbudsmaterialet indeholder beskrivelser af en lang række udbudte produkter ved anvendelse af produkt- og producentnavne. Evida har således handlet i strid med det udbudsretlige forbud mod at beskrive udbudte produkter ved produkt- og producentnavne. Det må være Evidas bevisbyrde, at de konkret udbudte produkter kunne beskrives ved produkt- og producentnavne i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, og at det ikke konkret og ubegrundet har begrænset konkurrencen i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Af Evidas svar på spørgsmål nr. 36 under udbuddet fremgår, at der påhviler tilbudsgivere, der måtte ønske at tilbyde alternative produkter i forhold til de, som Evida har angivet i kravspecifikationen og komponentlisten, en forpligtelse til som minimum at matche de navngivne produkters specifikationer og en dokumentationsforpligtelse knyttet hertil.

Heri ligger for det første, at de navngivne produkters specifikationer og levetid reelt er en integreret del af de tekniske specifikationer, uanset at disse specifikationer alene fremgår indirekte af det offentliggjorte udbudsmateriale gennem angivelsen af de navngivne produkter.

For det andet er det mere besværligt og risikofyldt for tilbudsgiverne at tilbyde alternative produkter end de navngivne produkter, der fremgår af udbudsmaterialet, da tilbudsgiverne har skullet sikre, at de alternative produkter ikke alene har opfyldt de udtrykkelige krav i udbudsmaterialet, men desuden som minimum matchet de nævnte produkters specifikationer. Tilbudsgiverne måtte samtidig løbe en risiko for, at de alternative produkter eller dokumentationen derfor ikke blev godtaget af Evida.

Angivelserne af konkrete produktnavne i udbudsmaterialet udgør en væsentlig og – som minimum – indirekte favorisering af de navngivne produkter, og dette skærper Evidas bevisbyrde i forhold til anvendeligheden af undtagelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4.

Evida har på ingen måde godtgjort, at det var nødvendigt at henvise til produkt- og producentnavne. Evida har ikke forholdt sig konkret til, hvorfor angivelserne af de navngivne produkter efter Evidas opfattelse ikke kunne være undgået gennem funktionskrav.

At der er tale om kritisk infrastruktur, er ikke tilstrækkelig grund til, at komponenterne til BMR-systemerne alene kan beskrives ved produkt- og producentnavne. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, giver ikke ved sin ordlyd eller forarbejderne hertil særlig adgang til at beskrive produkter til kritisk infrastruktur ved angivelse af produkt- og producentnavne. Heller ikke ønsket om kompatibilitet mellem komponenter og hovedydelse er en tilstrækkelig begrundelse, idet udgangspunktet om, at der ikke må laves beskrivelser af de udbudte produkter ved anvendelse af produkt- og producentnavne, ville blive udvandet.

Kompatibilitetshensyn går ud på, at den udbudte ydelse skal ”passe sammen” med ordregivers eksisterende materiel, og for at varetage hensynet er det derfor relevant, at tilbudsgiverne er bekendt med, hvad deres ydelse skal passe sammen med. Kompatibilitetshensyn understøtter omvendt ikke, at Evida kan angive specifikke produktnavne i forhold til tilbudsgivernes leverancer. Kompatibilitetshensynet angår desuden alene snitfladen mellem Evidas eksisterende gasinfrastruktur og BMR-stationerne, og ikke ”interne” forhold i BMR-stationerne.

Særligt vedrørende påstand 3b har Elster gjort gældende, at Evida har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, sidste pkt., og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i de tekniske specifikationer at have beskrevet en række udbudte produkter ved anvendelse af produkt- og producentnavne uden at efterfølge beskrivelserne af udtrykket ”eller tilsvarende”.

I Appendix 2 fremgår det, at der kan tilbydes "Alternative components". Evidas svar på spørgsmål nr. 36 bekræfter også, at det er muligt at tilbyde alternative komponenter.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, sidste pkt., indeholder imidlertid et helt klart krav om, at hvis en ordregiver undtagelsesvis er omfattet af den snævre undtagelse, skal sådanne produkt- og producentbeskrivelser efterfølges af begrebet "eller tilsvarende". Bestemmelsen åbner ikke op for, at "eller tilsvarende" må formuleres på nogen anden måde end netop sådan. Da Evidas udbudsmateriale er på engelsk, skulle Evidas derfor konsekvent have anvendt formuleringen "or equivalent", da det er den korrekte engelske formulering for "eller tilsvarende".

Den af Evidas anvendte formulering "or similar" betyder på dansk "eller lignende" og opfylder derfor ikke kravet i direktivets artikel 60, stk. 4.

Det er desuden uklart, om Evidas formulering om, at "the alternative component must have the same specifications or better", er et hårdere krav end "eller tilsvarende".

Særligt vedrørende påstand 3a og 3b har Evidas gjort gældende, at Evidas angivelse af producentnavne for enkelte komponenter i de tekniske specifikationer ikke er i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4.

Efter bestemmelsen må tekniske specifikationer ikke henvise til et bestemt fabrikat eller en bestemt oprindelse eller produktion, medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, eller det ikke er muligt at beskrive kontraktens genstand tilstrækkelig præcist på anden måde. I disse tilfælde er henvisningen undtagelsesvist tilladt, når den efterfølges af "eller tilsvarende". Dette er netop situationen i det aktuelle udbud.

Bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivet svarer til udbudslovens § 42, stk. 2, og udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 42 fremgår, at artikel 42, stk. 4, alene indeholder en undtagelse, hvorefter en ordregiver kan henvise til et bestemt fabrikat m.v., hvis kontraktens genstand gør det berettiget, fordi en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse ikke kan lade sig gøre.

Der er ikke tale om, at Evida har udbudt konkrete eller specifikke komponenter. Evida har udformet sine tekniske specifikationer ud fra funktioner, og derudover eksemplificeret disse funktioner enkelte steder ved angivelsen af f.eks. et producentnavn, alene med det formål at sikre en eksemplificerende indsigt i det nødvendige funktionsniveau og derved kompatibilitet i Evidas kritiske gasinfrastruktur.

Forarbejderne understøtter denne forståelse og dermed Evidas konkrete tilgang. Af bemærkningerne til udbudslovens § 42, stk. 2, fremgår, at hvis ordregiveren har behov for, at et indkøb er kompatibelt med ordregiverens eksisterende produkter, kan ordregiveren være berettiget til at henvise til det eksisterende produkt for at tydeliggøre ordregiverens behov. Evida befinder sig i den situation, der er forudsat i lovgivningen, og som også gælder i udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. De udbudte komponenter skal integreres i et eksisterende og teknisk komplekst gasinfrastruktursystem, hvor driftssikkerhed og kompatibilitet er afgørende. De pågældende komponenter indgår i komplekse tekniske sammensætninger, hvor den krævede funktionalitet beror på en kombination af specifikke egenskaber. Disse kan ikke beskrives fyldestgørende gennem generelle funktionskrav alene, hvorfor en generel funktionsbeskrivelse ikke vil kunne angive de tekniske karakteristika tilstrækkeligt præcist til at sikre korrekt sammenkobling med det eksisterende system.

Henvisningerne til specifikke producenter, brands eller partnumre er således alene anvendt som tekniske referencepunkter og ikke som krav om oprindelse eller anvendelse af bestemte komponenter fra bestemte leverandører. Formålet har alene været at sikre en eksemplificerende og tilstrækkelig præcis, entydig og forståelig beskrivelse af de funktionelle krav til visse elektroniske komponenter, der indgår i BMR-stationerne. Henvisningerne er derfor anvendt afklarende og vejledende med henblik på at sikre gennemsigtighed og sammenlignelighed i tilbuddene. Alle henvisninger er ledsaget af formuleringen ”eller tilsvarende”, hvilket har givet tilbudsgiverne reel mulighed for at tilbyde teknisk og funktionelt ækvivalente løsninger.

Under forhandlingsmøderne med de enkelte tilbudsgivere blev det endvidere udtrykkeligt præciseret, at komponentlisten var udarbejdet som teknisk reference, og at Evida naturligt ville acceptere tilsvarende komponenter. Dette blev kommunikeret mundtligt på dansk som ”eller tilsvarende”. At udbudsmaterialet i den engelske ordlyd anvender formuleringen ”or similar” ændrer

ikke ved, at Evidas intention og faktiske praksis har været at acceptere teknisk og funktionelt ækvivalente løsninger.

Det følger at klagenævnets praksis, at producenthenvisninger er tilladt, når de er begrundet i sådanne tekniske hensyn, og når der er et sagligt behov for kompatibilitet med eksisterende systemer, jf. klagenævnets kendelser af 5. november 2008, Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården, og af 11. maj 2023, Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

BMR-stationen skal ikke alene passe fysisk til det eksisterende net, idet stationens interne komponenter og opsætning ligeledes skal være indbyrdes kompatible og kunne fungere sammen som en samlet teknisk løsning. En række af stationens interne dele har betydning for driften, sikkerheden og funktionaliteten også ude i infrastrukturet, og det er derfor nødvendigt at sikre, at de tekniske specifikationer samlet set kan fungere i den konkrete konfiguration. Henvisningen til bestemte produkter er således ikke alene begrundet i de ydre tilslutninger, men også i nødvendigheden af, at stationens interne opbygning kan fungere som en integreret teknisk helhed.

Hertil kommer, at de angivne producentnavne er almindeligt kendte i branchen og dermed bidrager til at tydeliggøre de funktioner og egenskaber, som komponenterne skal have. Henvisningerne har således også haft en klar oplysningsmæssig værdi for tilbudsgiverne, hvilket må indgå som et relevant hensyn ved vurderingen af Evidas specifikationsmåde. Alle komponenter har i øvrigt kunnet indkøbes hos en række distributører, således at der også har kunnet være konkurrence om de konkrete komponenter.

Udbudsmaterialet sikrer, at tilbudsgiverne kan tilbyde alternative komponenter. Dette fremgår blandt andet af Appendix 2 og af Evidas svar på spørgsmål nr. 36. Det kan på den baggrund ikke give anledning til tvivl for tilbudsgiverne, når henvisningerne til bestemte komponenter ikke er foretaget for at begrænse eller skræddersy konkurrencen, men for at sikre, at komponenterne er kompatible med Evidas eksisterende system. Der findes i øvrigt i de afgivne tilbud, herunder også i det vindende tilbud, en række eksempler på, at disse tilbud både har kunnet indpasse komponenter som de eksemplificerede og komponenter med tilsvarende funktionalitet og kompatibilitet. Eksemplificeringerne i de tekniske specifikationer har således ikke ført til en afskærende effekt hos de deltagende tilbudsgivere eller en ”komponentnormerende” effekt.

Efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, og udbudslovens § 42, stk. 2, skal en henvisning til et bestemt fabrikat være ledsaget af udtrykket ”eller tilsvarende”. Hverken lovbemærkningerne til udbudsloven eller præambelbetragtningerne til forsyningsvirksomhedsdirektivet angiver, at netop de specifikke ord ”eller tilsvarende” skal anvendes. Hvis man derimod kigger på hensynet bag reglen, fremgår det, at man ønsker at undgå en unødvendig indskrænkning af konkurrencen, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets præambelbetragtning nr. 83.

Dette understøtter, at det ikke er de konkrete ord, som er afgørende, men reglens formål, som er at åbne konkurrencen. Derfor er det centrale, om tilbudsgiverne faktisk har haft mulighed for at tilbyde alternative produkter, og ikke om Evida har brugt præcis de samme ord som i lovteksten. Udtrykket ”or similar” opfylder samme formål som ”or equivalent”. Begge udtryk understreger, at tilbudsgiverne har mulighed for at tilbyde andre produkter end de eksemplificerede, der lever op til de efterspurgte funktionelle krav. Dette understøttes også af klagenævnets praksis, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 7. marts 2006, Visborg Entreprenørfirma A/S mod Århus Amt.

Særligt vedrørende påstand 4a har Elster med henvisning til det, der er anført ad påstand 1-3b, gjort gældende, at udbuddet skal annulleres.

Til støtte herfor har Elster gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af forsyningsvirksomhedsdirektivet såvel isoleret som samlet må føre til, at udbuddet skal annulleres, da der er tale om væsentlige materielle udbudsretlige overtrædelser, som indebærer, at udbudsmaterialet ikke lovligt kan danne grundlag for indgåelse af delaftalerne.

Særligt i forhold til påstand 1 har overtrædelserne haft væsentlig betydning for, om Elster kunne fortsætte med at deltage i udbuddet, og det kan ikke udelukkes, at øvrige tilbudsgivere slet ikke har deltaget i udbudsprocessen som følge af det retsstridige og i øvrigt uforholdsmæssigt økonomisk byrdefulde betalingsvilkår.

Særligt i forhold til overtrædelserne i påstand 2 følger det af fast praksis, at der er grundlag for annulation, hvis der ikke i udbudsbekendtgørelsen eller det øvrige udbudsmateriale angives en maksimal mængde eller værdi af de ydelser, der skal leveres i henhold til en rammeaftale.

Særligt i forhold til påstand 3a og 3b er der tale om overtrædelser af noget af det mest essentielle i udbudsretten, nemlig som altovervejende udgangspunkt ikke at angive krav om bestemte producentnavne i udbudsmaterialet.

Særligt vedrørende påstand 4a har Evida gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere udbuddet.

For at tage en påstand om annulation af udbuddet til følge forudsættes det, at udbuddet stadig er igangværende. Med Evidas underretning om tildelingsbeslutningen er udbuddet formelt set afsluttet og kan således ikke annulleres i sin helhed., jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 7. november 2007, SJ AB mod Trafikstyrelsen for jernbane og færges.

Eftersom der ikke er sket en tilsidesættelse af reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet eller i øvrigt af de grundlæggende udbudsretlige principper, er der ikke grundlag for at tage en påstand om annulation af udbuddet til følge.

Særligt vedrørende påstand 4b har Elster med henvisning til det, der er anført ad påstand 1-3b, gjort gældende, at tildelingsbeslutningen af 10. december 2025 skal annulleres.

Særligt vedrørende påstand 4b har Evida gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen af 10. december 2025. Annulation af en tildelingsbeslutning forudsætter, at der efter en konkret væsentlighedsvurdering konstateres at være sket en grov tilsidesættelse af udbudsreglerne. Eftersom der ikke er sket en tilsidesættelse af reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet eller i øvrigt af de grundlæggende udbudsretlige principper, er der ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen. Selv hvis Elster måtte få medhold i en eller flere af de materielle påstande, er det ikke påvist, at det efter en konkret væsentlighedsvurdering har haft en betydning for udbuddets udfald.

Ad uopsættelighed

Elster har gjort gældende, at Evidas overtrædelser af udbudsreglerne er af særlig alvorlig karakter, da en manglende overholdelse af de grundlæggende udbudsretlige principper i forhold til en flerhed af elementer rejser tvivl om

integriteten af Evidas udbudsmateriale generelt. Betingelsen om uopsættelighed skal derfor lempes, jf. EU-Domstolens kendelse af 23. april 2015 i sag C-35/15 P (R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits.

Elster vil lide et uopretteligt retstab ved at afvente klagenævnets endelige afgørelse, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Evida vil således kunne indgå delaftalerne – og fortsætte i hele delaftalernes løbetid på samlet 8 år – idet udbudslovens § 185, stk. 2, ikke gælder for udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Samtidig vil Elster i praksis ikke kunne løfte bevisbyrden for, at Elster ville være blevet tildelt én af delaftalerne, idet Elster valgte ikke at afgive revideret tilbud som følge af Evidas overtrædelse af udbudsreglerne.

Elster er derfor i samme situation som en ansøger, der ikke opnår prækvalifikation, da Elster efter de almindelige erstatningsregler ikke har mulighed for at opnå økonomisk kompensation, selvom Elster ved en endelig afgørelse får medhold i klagen, jf. herved bl.a. klagenævnets kendelser af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune, og af 7. april 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB mod Region Midtjylland m.fl..

Elster er eksisterende hovedleverandør for Evida. Cirka 50 % af Elsters omsætning hidrører fra Evida, hvoraf langt størstedelen af indtægten er baseret på den eksisterende kontrakt vedrørende levering af BMR-stationer. Elster er således økonomisk afhængig af Evida som aftager af BMR-stationer.

Det er Elsters opfattelse, at Elster uden den forretning, som stammer fra Evida vedrørende levering af BMR-stationer, ikke økonomisk vil kunne opretholde værksteds- og produktionsfaciliteter i Danmark. Det er derfor Elsters forventning, at virksomheden i et sådant scenarie vil være nødsaget til at afvikle sine aktiviteter i løbet af en kort årrække.

Evida har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed indebærer, at opsættende virkning kun kan tillægges, når det er nødvendigt for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for en klager. Hvis en klager kan kompenseres økonomisk, er uopsættelighedsbetingelsen som udgangspunkt ikke opfyldt.

Tilsvarende gælder, hvis Elster slet ikke kan lide et uopsætteligt tab. Uopsættelighedsbetingelsen er således ikke automatisk opfyldt i de tilfælde, hvor det er svært eller umuligt for en klager at opnå erstatning.

Der findes i praksis flere eksempler på, at erstatning ikke er mulig, men hvor opsættende virkning alligevel ikke er berettiget, herunder eksempelvis når årsagen til, at en klager ikke kan få erstatning, er, at klager slet ikke har afgivet et tilbud, jf. bl.a. klagenævnets kendelser af 29. september 2009, Lekolar A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb, og af 23. marts 2011, AV Form A/S mod 12-by-gruppens Indkøbscentral.

Tilsvarende gælder, selv hvis det lægges til grund, at baggrunden for Elsters manglende tilbudsafgivelse er manglende intern godkendelse til at acceptere Evidas vilkår i de udbudte kontrakter.

I praksis ses der at være en enkelt undtagelse til, at en klager, som ikke har afgivet tilbud, kan få tillagt en klage opsættende virkning. Dette gælder i det tilfælde, at objektivt set ulovlige udbudsvilkår har afskåret en aktør fra at kunne deltage i udbuddet. I sådanne tilfælde kan opsættende virkning komme på tale, forudsat at klager i tide har gjort ordregiver opmærksom på ulovligheden, jf. herved klagenævnets kendelse af 28. juli 2016, UCPlus A/S mod Esbjerg kommune m.fl.

Sagen adskiller sig fra denne sag, idet betalingsvilkåret har været ens for alle tilbudsgivere og dermed ikke kan anses for at være diskriminerende, og idet lovligheden i øvrigt ikke i sig selv kan være genstand for efterprøvelse ved klagenævnet. Ligeledes kan producenthenvisningen ikke føre til andet resultat, idet producenteksemplificeringerne alene var udarbejdet med udgangspunkt i de komponenter, der blev anvendt af Evida forud for udbuddet, hvilket i øvrigt var Elsters egne komponenter. Elster har derfor haft fuld adgang til at deltage på lige vilkår med de øvrige tilbudsgivere.

Det følger af klagenævnets praksis, at betingelsen om uopsættelighed alene undtagelsesvist kan lempes i tilfælde, hvor ”fumus boni juris” er særlig stærk, dvs. hvor der foreligger en åbenbar og grov overtrædelse. Klagenævnets praksis viser imidlertid også, at denne undtagelse anvendes yderst restriktivt.

Ad interesseafvejning

Elster har gjort gældende, at betingelsen om interesseafvejning skal fortolkes snævert, da de to øvrige betingelser er opfyldt. Hensynet til Elster bør veje tungere end hensynet til Evidas interesse i at kunne indgå delaftalerne, når der er tale om en situation, hvor der fra Evidas side er begået væsentlige fejl i udbudsmaterialet, der har afskåret Elster fra at afgive et konditionsmæssigt tilbud, og som indebærer, at Evidas ikke har kunnet træffe en lovlig tildelingsbeslutning. Evidas har således bevidst indsat et uforholdsmæssigt byrdefuldt, uproportionalt og ulovligt betalingsvilkår i udbudsmaterialet, som Evidas end ikke ved Elsters gentagne opfordringer har ønsket at ændre.

Derudover har Evidas på flere andre punkter overtrådt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed som følge af væsentlige fejl i udbudsmaterialet i form af manglende angivelse af maksimal mængde og værdi samt beskrivelse af en række udbudte produkter ved anvendelse af produkt- og producentnavne i komponentlisten.

Evidas er derudover en del af en 100 % statsejet gasdistributionsleverandør med en meget stor økonomisk styrke. Udbuddet er endvidere ikke iværksat som følge af en force majeure-lignende situation eller af særligt hastende karakter i øvrigt, og Evidas har allerede en eksisterende aftale om levering af BMR-stationer.

På den anden side er Elster som eksisterende leverandør økonomisk afhængig af Evidas. Elster valgte alene som følge af Evidas påpegede væsentlige udbudsretlige fejl i udbudsmaterialet ikke at indlevere revideret tilbud.

Der er således ingen forhold, der taler for, at interesseafvejningen skal ske til fordel for Evidas. Derimod taler ovennævnte forhold for, at interesseafvejningen skal ske til fordel for Elster.

Evidas har gjort gældende, at Evidas interesse i at indgå kontrakterne vejer tungere end Elsters interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Evidas er ansvarlig for etablering, udbygning og vedligeholdelse af kritisk infrastruktur, og kontrakterne om levering af BMR-stationer indgår heri, herunder som afgørende for en funktionel gasinfrastruktur i Danmark. BMR-

stationernes funktion er grundlæggende at sikre, at kun biogas af korrekt kvalitet og tryk kommer ind i nettet. Uden BMR-stationer er der ikke en kontrolleret og sikker måde at integrere biogas i den eksisterende gasinfrastruktur, og udbygningen og vedligeholdelsen af infrastruktursystemet vil blive bremset.

Projekter med opkobling af biogasleverancer til naturgasinfrastrukturen er herudover direkte forbundet med Danmarks forpligtelser til den grønne omstilling og bindende CO₂-reduktionsmål.

Hertil kommer, at der blandt de projekter, som er medtaget i Evidas ”forecast” i udbudsmaterialet, er projekter, der allerede er igangsat, og som i forhold til at kunne sikre opkobling i Evidas gasinfrastruktur dermed er afhængig af Evidas etablering af BMR-stationer. Opsættende virkning vil således også medføre direkte forsinkelser og mulige bodssanktioneringer i disse projekter som i sagens natur dermed også vil medføre øgede omkostninger ud over de skadende påvirkninger af miljøforhold og risici i infrastrukturen.

Det følger af praksis, at der ved afvejningen kan tages hensyn til almenhedens interesse, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 18. marts 2020, Alcyon ApS mod Region Hovedstaden m.fl.

Heroverfor står Elsters interesse, som i første omgang alene udspringer af, at Elster ikke afgav et tilbud. Elsters interesse må derfor tillægges begrænset vægt, når den manglende deltagelse skyldes egne forhold, og hvor baggrunden for klagesagen derfor alene er at få fremprovokeret et nyt udbud. Elsters baggrund for klagen er dermed af ren kommerciel karakter, hvilket står i skarp kontrast til de samfunds- og miljømæssige konsekvenser for Evida.

Elsters økonomiske interesse – herunder den betydning eller de konsekvenser, som er anført af Elster – er alene hypotetisk, idet Elster, selv hvis et tilbud var blevet anset for rettidigt, ikke nødvendigvis ville have fået tildelt en af de udbudte kontrakter.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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:

Ad påstand 1

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, er sålydende:

”Ordregivende enheder overholder principperne om ligebehandling og ikkeforskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

Udførelsen af udbuddet må ikke foretages med den hensigt at udelukke kontrakten fra dette direktivs anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.”

Det følger heraf, at ordregivende enheder ved gennemførelsen af et udbud er forpligtede til at overholde de EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Proportionalitetsprincippet indebærer, jf. de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2 i lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015, som også er relevante for forståelsen af forsyningsvirksomhedsdirektivet, at:

”Ordregiveren er forpligtet til at tilrettelægge og gennemføre udbudsprocessen på en proportional måde. Det betyder, at ordregiveren i sit udbudsmateriale og ved tilrettelæggelsen, samt gennemførelsen af udbudsprocessen, kun skal stille krav til ansøgere og tilbudsgivere, som står i et rimeligt forhold til det konkrete indkøb og ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at imødekomme ordregiverens konkrete saglige behov. Dette gælder samtlige krav, som ordregiver stiller til interesserede økonomiske aktører, herunder tidsfrister for aflevering af tilbud eller ansøgning, krav til indkøbet, krav til deltagernes egnethed, krav til kontraktens udførelse m.v.”

Det følger herefter af proportionalitetsprincippet, at ordregiveren i kontrakten ikke må stille krav, som går videre end nødvendigt for at imødekomme ordregiverens saglige behov.

For at vurdere, om et stillet kontraktkrav går videre end nødvendigt for at imødekomme ordregiverens saglige behov, er det bl.a. nødvendigt at afklare, om det stillede kontraktkrav overhovedet er lovligt.

Klagenævnet er ifølge § 10, stk. 1, jf. § 1, stk. 2, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud kompetent til at træffe afgørelse om, hvorvidt der er sket en overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet, herunder om proportionalitetsprincippet er overholdt. Klagenævnet kan i den forbindelse tage stilling til, om et stillet kontraktvilkår er i overensstemmelse med gældende ret.

Klagenævnet er derfor i den foreliggende sag kompetent til at tage stilling til, om kontraktvilkåret i den udbudte kontrakts punkt 11 er i overensstemmelse med rentelovens § 3 b, stk. 1.

Rentelovens § 3 b, stk. 1, er sålydende:

”Angår kravet vederlag i henhold til en aftale omfattet af § 1, stk. 4, og er skyldner en offentlig myndighed, kan den aftalte betalingsfrist ikke være mere end 30 dage regnet fra det tidspunkt, da fordringshaver har afsendt eller fremsat anmodning om betaling.”

Det er ubestridt, at det krav på vederlag, som vil følge af gennemførelsen af den udbudte aftale, er omfattet af rentelovens § 1, stk. 4. Det er endvidere ubestridt, at den udbudte kontrakts punkt 11 er i strid med rentelovens § 3 b, stk. 1, såfremt Evida er omfattet af bestemmelsen. Det afgørende for, om bestemmelsen konkret finder anvendelse, er således, om Evida skal anses for at være en ”offentlig myndighed” i rentelovens forstand.

Rentelovens § 3 b blev indsat ved lov nr. 1244 af 18. december 2012 om ændring af lov om renter ved forsinket betaling m.v., lov om erstatningsansvar og lov om forsikringsaftaler. Formålet med ændringsloven var ifølge lovforarbejderne, jf. de almindelige bemærkninger i lovforslag nr. L 14 af 3. oktober 2012, at gennemføre Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/7/EU af 16. februar 2011 om bekæmpelse af forsinket betaling i handelstransaktioner. Det bagvedliggende hensyn med gennemførelsen af direktivet var ifølge lovforarbejderne at sikre et velfungerende indre marked og derved i højere grad fremme virksomhedernes, herunder navnlig de små og mellemstore virksomheders, konkurrenceevne.

Af de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. L 14 af 3. oktober 2012, fremgår endvidere:

”3.1.2. Direktivets artikel 2

Artikel 2 i direktiv 2011/7/EU indeholder ligesom direktiv 2000/35/EF definitioner af begreberne ”handelstransaktioner”, ”offentlig myndighed” (ordregivende myndighed), ”virksomhed”, ”forsinket betaling”, ”ejendomsforbehold” og ”tvangsfuldbyrdsgrundlag”.

...

3.1.3. Lovforslagets udformning

3.1.3.1. Det er arbejdsgruppens opfattelse, at det i forhold til renteloven er særligt vigtigt, at den er overskuelig og let anvendelig, idet renteloven er kendetegnet ved i vidt omfang at blive benyttet af mange praktikere hver dag.

Arbejdsgruppen finder, at direktivets definitioner er i overensstemmelse med forståelsen af disse begreber i den gældende rentelov. ...

...

3.2. Transaktioner mellem virksomheder og mellem virksomheder og offentlige myndigheder

3.2.1. Generelle bemærkninger

...

De særlige regler for offentlige myndigheder er bl.a. begrundet med, at offentlige myndigheders lange betalingsfrister påfører virksomhederne urimelige omkostninger, idet offentlige myndigheder som hovedregel har mere sikre, forudsigelige og vedvarende indtægter end virksomheder, og da offentlige myndigheder oftere vil kunne opnå finansiering på mere gunstige vilkår end virksomheder, jf. direktivets betragtning 23.”

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i rentelovens § 3 b, stk. 1, fremgår:

”Den foreslåede bestemmelse i § 3 b vedrører aftalen mellem en erhvervsdrivende (fordringshaver) og en offentlig myndighed (skyldner) (de såkaldte ”B2PA” - business to public authorities - transaktioner) og den situation, hvor parterne i forvejen har aftalt en betalingsfrist.

I *stk. 1* fastslås det, at den aftalte betalingsfrist højst må være 30 dage, når skyldner er en offentlig myndighed regnet fra det tidspunkt, da fordringshaver har afsendt eller fremsat anmodning om betaling.

...

Det følger af ordlyden af direktivets artikel 4, stk. 6, at en offentlig myndighed som skyldner har mulighed for at indgå aftale om en betalingsfrist på mellem 30 og 60 dage, hvis det er aftalt udtrykkeligt i kontrakten, og forudsat, at det er objektivt begrundet i lyset af aftalens særlige karakter.

Den foreslåede bestemmelse i § 3 b, stk. 1, giver ikke samme mulighed som direktiv til at aftale en betalingsfrist på mellem 30 og 60 dage. Forslaget begrænser aftalefriheden for offentlige myndigheder til alene at kunne aftale en betalingsfrist på op til 30 dage. Der er således tale om en merimplementering, der indebærer en bedre retsstilling for kreditor i den situation, hvor skyldner er en offentlig myndighed.”

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/7/EU af 16. februar 2011 om bekæmpelse af forsinket betaling i handelstransaktioner artikel 2, nr. 2, er sålydende:

”I dette direktiv forstås ved:

- 1) ...
- 2) »offentlig myndighed«: enhver ordregivende myndighed som defineret i artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/17/EF [forsyningsvirksomhedsdirektivet] og i artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18/EF, uanset kontraktens genstand eller værdi”

Direktiv 2004/17/EF er ophævet og erstattet af det gældende forsyningsvirksomhedsdirektiv, jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF.

Det gældende forsyningsvirksomhedsdirektivs artikel 3, stk. 1 og 4, er sålydende:

”1. I dette direktiv forstås ved »ordregivende myndigheder« staten, regionale og lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger bestående af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af sådanne offentligretlige organer.

...

4. Ved »offentligretligt organer« forstås organer, der har alle de følgende egenskaber:

- a) de er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter
- b) de har status som juridisk person, og

- c) de finansieres for størstedelens vedkommende af staten, regionale eller lokale myndigheder eller af andre offentligretlige organer, deres forvaltning er underlagt ledelsesmæssig kontrol af disse myndigheder eller organer, eller de har et administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan, hvor mere end halvdelen af medlemmerne udpeges af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer.”

EU-Domstolen har i dom af 27. februar 2003 i sag C-373/00, Adolf Truley, pr. 40, udtalt, at begrebet ”almenhedens behov” henhører under fællesskabsretten og skal fortolkes under hensyntagen til den sammenhæng, bestemmelsen indgår i, og det formål, der forfølges med det nævnte direktiv. Af præmis 42 og 43 fremgår endvidere:

”42 Endvidere følger det også af fast retspraksis, at formålet med fællesskabsdirektiverne om samordning af fremgangsmåderne for tildeling af offentlige kontrakter både er at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter, og muligheden for, at et organ, der er finansieret af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske (jf. bl.a. University of Cambridge-dommen, præmis 17, dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 42, og Universale-Bau m.fl.-dommen, præmis 52).

43 Henset til dette dobbelte formål, der er at åbne for konkurrence og skabe gennemsigtighed, må begrebet offentligretligt organ forstås vidt.”

Derudover udtalte EU-Domstolen om ”almenhedens behov uden for det industrielle eller forretningsmæssige område”, jf. dommens præmis 66:

”66 ...Det tilkommer den forelæggende ret at bedømme, om der er tale om et sådant behov eller ej, idet der skal tages hensyn til samtlige relevante retlige og faktiske omstændigheder, herunder de omstændigheder, der var afgørende i forbindelse med oprettelsen af det pågældende organ, og de betingelser, der regulerer dets virksomhed.”

EU-Domstolen har i en række domme taget stilling til forståelsen af begrebet ”almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter”, jf. fx EU-Domstolens dom af 15. januar 1998 i sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mod Strohal Rotationsdruck GesmbH, dom af 10. november 1998 i sag C-360/96, Gemeente Arnhem og Gemeente Rheden mod BFI Holding BV, dom af 12. december 2002 i sag C-470/99,

Universale-Bau AG m.fl. mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, dom af 10. maj 2001 i sagerne C-223/99 and C-260/99, Agorà Srl m.fl. mod Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano og Ciftat Soc. coop. arl., dom af 22. maj 2003 i sag C-18/01, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy m.fl. mod Varkauden Taitotalo Oy, dom af 16. oktober 2003 i sag C-283/00, Kommissionen mod Spanien, dom af 10. april 2008 i sag C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH mod Fernwärme Wien GmbH, dom af 5. oktober 2017 i sag C-567/15, LitSpecMet mod Vilniaus lokomotyvų remonto depas UAB, og dom af 3. februar 2021 i sagerne C-155/19 og C-156/19, FIGC m.fl. mod De Vellis Servizi Globali Srl.

EU-Domstolens praksis kan opsummeres således, at vurderingen af, om der er tale om opfyldelse af almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, skal foretages på baggrund af de konkrete omstændigheder, hvor alle relevante forhold og faktiske omstændigheder skal inddrages. Relevante forhold kan ifølge EU-Domstolen være de omstændigheder, der var afgørende i forbindelse med oprettelsen af det pågældende organ, og de betingelser, som regulerer dets aktiviteter, der har til formål at imødekomme almenhedens behov, herunder om der er konkurrence på markedet, om selskabet har vinding for øje, om det bærer de risici, der er forbundet med udøvelsen af aktiviteterne, samt om det eventuelt finansieres af det offentlige. Derudover skal der ses på, hvilket slags marked organet opererer på, herunder om der er konkurrence på det pågældende marked.¹

For at anse en enhed som et ”offentligretligt organ” er det endvidere en betingelse, at enheden har status som juridisk person, og at enheden finansieres for størstedelens vedkommende af staten, regionale eller lokale myndigheder eller af andre offentligretlige organer, at dens forvaltning er underlagt ledelsesmæssig kontrol af disse myndigheder eller organer, eller den har et administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan, hvor mere end halvdelen af medlemmerne udpeges af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 3, stk. 4, litra b) og c).

Der er ikke for klagenævnet redegjort nærmere for Evidas organisering og regulering, formålet med Evidas oprettelse, markedet, som Evidas agerer på,

¹ Grith Skovgaard Ølykke, Mette Ohm og Cecilie Fanøe Petersen, EU's Udbudsregler, 3. udgave, 2022, s. 158f.

om Evida har vinding for øje, om Evida bærer risiciene ved udøvelsen af sine aktiviteter, og om Evida finansieres af det offentlige. Der er heller ikke oplyst nærmere om statens ledelsesmæssige kontrol over Evida.

Efter de foreliggende foreløbige oplysninger finder klagenævnet, at det ved afgørelsen af, om klagen skal tillægges opsættende virkning, kan lægges til grund, at Evida er oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, at Evida er eneste aktør på markedet, at Evida, der er et aktieselskab, er en juridisk person, og at Evida er 100 % ejet af staten og underlagt statens ledelsesmæssige kontrol. Derudover er det i udbudsbekendtgørelsen anført om Evidas retlige status, at Evida er et "offentligretligt organ".

Klagenævnet finder herefter på det foreløbige foreliggende grundlag, at Evida må anses for at være en "ordregivende myndighed" i forsyningsvirksomhedsdirektivets forstand og dermed også som en "offentlig myndighed" i rentelovens forstand.

Evida er derfor underlagt kravet i rentelovens § 3 b, stk. 1, om, at den aftalte betalingsfrist ikke må være mere end 30 dage regnet fra det tidspunkt, hvor fordringshaver har afsendt eller fremsat anmodning om betaling.

Kravet i kontraktudkastets punkt 11 lever dermed ikke op til betingelserne i rentelovens § 3 b, stk. 1, og er derfor usagligt og i strid med proportionalitetsprincippet.

Evida har ved at fastsætte kravet i kontraktudkastet og fastholde dette i forbindelse med forhandlingerne handlet i strid med proportionalitetsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Der er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2, nr. 1, definerer "vareindkøbs-, bygge- og anlægs- og tjenesteydelseskontrakter" som:

”gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere ordregivende enheder, og en eller flere økonomiske aktører, og som vedrører udførelsen af arbejde eller levering af varer eller tjenesteydelser”.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 51, stk. 1, 2. pkt., definerer ”rammeaftale” som:

”en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende enheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal tildeles i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder”.

Det fremgår af den udbudte kontrakts punkt 9, at når ordregiveren ønsker at indkøbe en BMR-station, foregår det ved, at ordregiveren placerer en ordre hos leverandøren. Leverandøren er herefter pligtig at levere den bestilte BMR-station i overensstemmelse med vilkårene i kontrakten, herunder til den pris, der fremgår af kontrakten. Det er således først, når ordregiveren har afgivet en bestilling, at de gensidige forpligtelser, der knytter sig til hovedydelseerne i form af levering af en BMR-station og betaling herfor, opstår. Ifølge kontrakten er det op til ordregiverens vilje at bestemme, hvornår der skal ske bestillinger af BMR-stationer, og den udbudte kontrakt garanterer efter sit indhold ikke nogen minimumsomsætning, ligesom den heller ikke sætter grænser for en maksimumomsætning.

Den udbudte kontrakt fastsætter således alene vilkårene for Evidas bestillinger og leverandørens leveringer af BMR-stationer. Det forhold, at kontrakten indeholder visse gensidigt bebyrdende elementer i form af en leveringsforpligtelse for leverandøren og eksklusivitet i kontraktperioden, adskiller ikke aftalen fra andre rammeaftaler, der anvendes i praksis, og medfører ikke, at aftalen ikke kan kategoriseres som en rammeaftale.

Den udbudte kontrakt opfylder således definitionen af en rammeaftale, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 51, stk. 1, 2. pkt. Den udbudte kontrakt omtales i øvrigt i udbudsbekendtgørelsens punkt 5.1.6. flere gange som en rammeaftale (”Framework agreement”). De hensyn til ligebehandling og gennemsigtighed, som EU-Domstolen lagde vægt på i dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, Simonsen & Weel, pr. 62-64, og som førte til EU-Domstolens konklusion om, at ordregivere i rammeaftaler skal angive den maksimale mængde og/eller værdi, gør sig desuden tilsvarende gældende i forhold til den udbudte kontrakt i denne sag.

Det forhold, at Evida har en forpligtelse til at sikre, at leverandører af biogas kan tilsluttes biogas-netværket, medfører ikke, at kontrakten ikke kan karakteriseres som en rammeaftale. Det er sædvanligt for en lang række rammeaftaler, bl.a. inden for sundhedssektoren, at den ordregivende myndighed har en forpligtelse til at levere den ydelse, der knytter sig til den indkøbte vare.

Kontrakten adskiller sig i øvrigt væsentligt fra de kontrakter, som klagenævnet har behandlet i kendelse af 7. oktober 2020, Remondis A/S mod Hedensted Kommune, og kendelse af 11. juli 2025, Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen, bl.a. ved den måde, leveringsforpligtelsen bliver aktualiseret på.

Da den udbudte kontrakt således skal kategoriseres som en rammeaftale, har Evida haft en pligt til at oplyse rammeaftalens maksimale værdi eller mængde i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. herved EU-Domstolens dom af 19. december 2019 i sag C-216/17, Autorità Garante m.fl. mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST) m.fl., pr. 57-70.

Evida har i udbudsbekendtgørelsen oplyst om delaftalernes anslåede værdi, men har hverken i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet i øvrigt oplyst om rammeaftalens maksimale værdi og/eller mængde. Evida har dermed overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Der er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at påstanden tages til følge.

Ad påstand 3a – 3b

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 1-4, er sålydende:

”Artikel 60

Tekniske specifikationer

1. De tekniske specifikationer som defineret i punkt 1 i bilag VIII anføres i udbudsdokumenterne. I de tekniske specifikationer fastsættes de

egenskaber, der kræves af bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller varer.

...

2. De tekniske specifikationer skal give lige adgang for økonomiske aktører til udbudsproceduren, og de må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til offentlige udbud.

3. For så vidt andet ikke er fastsat i de retligt bindende nationale tekniske forskrifter, forudsat at de er forenelige med EU-retten, skal de tekniske specifikationer affattes:

- a) som en angivelse af funktionsdygtighed eller funktionelle krav, herunder miljøegenskaber, såfremt parametrene er så præcise, at tilbudsgiverne kan identificere kontraktens genstand, og de ordregivende enheder kan tildele kontrakten
- b) ved henvisning til tekniske specifikationer og, i nævnte rækkefølge, ved henvisning til nationale standarder til gennemførelse af europæiske standarder, europæiske tekniske godkendelser, fælles tekniske specifikationer, internationale standarder, andre tekniske referencer udarbejdet af europæiske standardiseringsorganer eller, når en eller flere af disse ikke eksisterer, nationale standarder, nationale tekniske godkendelser eller nationale tekniske specifikationer for design, beregning og udførelse af arbejder og anvendelse af varerne. Hver henvisning efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«
- c) som en angivelse af funktionsdygtighed eller funktionelle krav, jf. litra a), med henvisning til de tekniske specifikationer, jf. litra b), som et middel til formodning om overensstemmelse med denne funktionsdygtighed eller disse funktionelle krav
- d) ved henvisning til de tekniske specifikationer, jf. litra b), for så vidt angår visse karakteristika, og ved henvisning til funktionsdygtigheden eller de funktionelle krav, jf. litra a), for så vidt angår andre karakteristika.

4. Medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, må de tekniske specifikationer ikke angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, og de må ikke henvise til et bestemt fabrikat, et bestemt patent eller en bestemt type, til en bestemt oprindelse eller til en bestemt produktion med det resultat, at visse virksomheder eller produkter favoriseres eller elimineres. En sådan

henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis der ikke kan gives en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand efter stk. 3. En sådan henvisning skal efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«.

Det følger således af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, at en ordregiver er udelukket fra i de tekniske specifikationer at henvise til et bestemt fabrikat eller til en bestemt produktion med det resultat, at visse virksomheder eller produkter favoriseres, medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, eller hvis der ikke kan gives en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand efter stk. 3.

Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at betingelserne for at kunne henvise til et bestemt fabrikat eller til en bestemt produktion er opfyldt.

Evida har i de tekniske specifikationer for en række komponenter i BMR-stationerne henvist direkte til producentnavne og samtidig angivet nogle nærmere tekniske specifikationer, som de tilbudte komponenter skal leve op til.

Evida har på det foreløbige foreliggende grundlag ikke løftet bevisbyrden for, at kontraktens genstand gør det berettiget at henvise til specifikke producenter i kravspecifikationen. Evida har heller ikke løftet bevisbyrden for, at der ikke kan gives en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af de ønskede komponenter efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 3. Klagenævnet har ved vurderingen heraf lagt vægt på, at det for en lang række komponenter har været muligt at beskrive de tekniske specifikationer uden at henvise til specifikke producentnavne. Klagenævnet har endvidere lagt vægt på, at Evida har begrundet henvisningen til producentnavne med, at der var tale om eksemplificeringer. Klagenævnet må forstå dette således, at det ikke har været nødvendigt at henvise til producentnavne. Hertil kommer, at formålet med bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, netop er at hindre, at visse virksomheder eller produkter favoriseres, hvilket der er en risiko for, når specifikke producentnavne nævnes som eksempler, uanset om de efterfølges af ”eller tilsvarende”.

Der er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at påstand 3a tages til følge.

Ad påstand 4a - 4b

Henset til karakteren af påstand 1-3a, der efter det foreliggende er udsigt til bliver taget til følge, er der ligeledes udsigt til, at annullationspåstandene vil blive taget til følge. Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at hvis påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen ved den endelige kendelse tages til følge, vil klagenævnet også være kompetent til at tage stilling til en påstand om annullation af selve udbuddet.

Der er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at påstandene tages til følge.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at Elster efter det oplyste er eksisterende hovedleverandør for Evida for så vidt angår BMR-stationer, og at ca. 50 % af Elsters omsætning hidrører fra Evida, hvoraf langt størstedelen af indtægten er baseret på den eksisterende kontrakt vedrørende levering af BMR-stationer.

Derudover bemærker klagenævnet, at nævnet på det foreliggende foreløbige grundlag har fundet, at Evida har handlet i strid med proportionalitetsprincippet ved at fastsætte og fastholde et kontraktkrav i strid med rentelovens § 3 b, hvilket efter det oplyste har været årsag til, at Elster ikke har afgivet endeligt tilbud. Elster har derfor ikke efter de almindelige erstatningsregler mulighed for at opnå fuldstændig økonomisk kompensation, hvis Elster ved en endelig afgørelse får medhold i klagen.

Elster vil således efter de foreløbige foreliggende oplysninger lide en alvorlig og uoprettelig skade, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Vedrørende betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) bemærker klagenævnet, at en afvejning af parternes interesser ikke kan føre til, at klagen ikke skal tillægges opsættende virkning. Klagenævnet har herved lagt vægt på bl.a., at der er tale om kritisk infrastruktur, men at det ikke er oplyst nærmere, om der konkret foreligger sådanne tungtvejende hensyn til Evida, at Evida ikke kan afvente gennemførelsen af et nyt udbud.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning opfyldt.

Klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at Evida Service A/S ikke må underskrive kontrakt.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges opsættende virkning.

Jakob O. Ebbensgaard