

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

## K E N D E L S E

Liebherr-MCCtec Rostock GmbH  
(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Køge Havn  
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Klagenævnet har den 18. september 2023 modtaget en klage fra Liebherr-MCCtec Rostock GmbH (herefter ”Liebherr”).

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

Køge Havn 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 1-23, svarskrift med bilag A-E, replik med bilag 24-26 og duplik med bilag F-G.

### Klagens indhold

Klagerens processkrifter indeholder bl.a. følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Køge Havn har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 50, litra a, ved at gennemføre et udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud med henvisning til, at der under Køge Havns gennemførte offentlige udbud ikke blev afgivet nogen egnede tilbud, selv om ikke alle modtagne tilbud var irrelevante i forhold til den udbudte kontrakt, og det heller ikke var åbenbart, at ingen af de modtagne tilbud uden væsentlige ændringer kunne opfylde Køge Havns behov og krav som angivet i udbudsdokumenterne.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Køge Havn har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36, stk. 1, ved i udbudsbetingelserne at beskrive proceduren for gennemførelse af et forhandlingsudbud med afgivelse af successive tilbud og forhandlinger, og samtidig opfordre tilbudsgiverne til at undgå forbehold og forbeholde sig muligheden for at foretage tilbudsevaluering allerede på grundlag af de modtagne foreløbige tilbud.

#### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Køge Havn har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36, stk. 1, ved fastsættelse i udbudsbetingelserne af et unødvendigt mindstekrav om en løftekapacitet på 125 tons for den udbudte havnekran og en udvendig gangbro omkring fører kabinen, der favoriserede Konecranes GmbH, hvorved Køge Havn indskrænkede konkurrencen kunstigt.

#### Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Køge Havn har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 50, litra a, og direktivets 89. betragtning, samt direktivets art. 47, stk. 1 - 2, analogt, ved i udbudsbetingelserne af 25. august 2023 at fastsætte en tilbudsperiode på kun 4 arbejdsdage frem til tilbudsfristens udløb den 1. september 2023, kl. 10:00.

#### Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, annullere Køge Havns tildelingsbeslutning af 8. september 2023.”

#### Andre oplysninger i sagen

Køge Havn udbød ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 126-399676 af 29. juni 2023, offentliggjort den 4. juli 2023, som offentligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en mobil havne wire-kran på gummihjul, der skulle bruges til last og losning af skibe, både bulk gods og diverse projekt

løft. Udbuddet havde en anslået samlet værdi på 30 mio. kr., og tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor pris vægtede 30 %, og kvalitet vægtede 70 %. Køge Havn havde i udbuddet bl.a. stillet krav til en løftekapacitet på 125 ton og krav om en udvendig gangbro i begge sider af kabinen.

Det er oplyst, at Køge Havns nuværende kran inden årets udgang skal undergives et lovpligtigt 10-års eftersyn, der vil være kranens andet 10-års eftersyn, og at der i forbindelse med eftersynet sandsynligt vil blive stillet krav om udskiftning af visse reservedele som en forudsætning for havnekranens videre drift. Det vil efter Køge Havns vurdering kunne blive vanskeligt at rekvirere de nødvendige reservedele.

Køge Havn foretog inden offentliggørelse af udbuddet undersøgelser af, hvilken specifik løftekapacitet det ville være relevant at kræve for den kran, der skulle efterspørges ved udbuddet. Køge Havn kunne i den forbindelse konstatere, at flere leverandører på markedet tilbyder 125 tons havnekraner, som har en løftekapacitet på op til 125 ton ved ”heavy lift under hook”.

Desuden gennemførte Køge Havn en markedsdialog, der blandt andet bestod i et besøg hos Liebherr, hvor Køge Havn fik forevist en havnekran af typen ”LHM 280”.

Køge Havn rådførte sig også med de operatører, der dagligt opererer havnekranen hos Køge Havn. Operatørerne udtrykte ønske om, at der var gangbro udvendigt i begge sider af kabinen for derved særligt at kunne lette rengøringen af ruderne. Det var erfaringen, at det wirefedt, som kan komme fra wirerne, ikke kan afvaskes i tilstrækkelig grad med en svaber inde fra kabinen eller med en form for visker. Et krav om gangbro udvendigt i begge sider ville ifølge operatørerne også give bedre mulighed for at besigtige området i forbindelse med drift af kranen.

I forbindelse med det offentlige udbud havde tilbudsgiverne mulighed for at stille spørgsmål til udbudsmaterialet. Der blev bl.a. stillet og besvaret følgende spørgsmål:

”

Nr	Emne	Spørgsmål:	Svar	Besvaret
1	Kravspecifikation	I krav specifikationen under punkt 4 stilles der som et ”SKAL” krav at kranen skal kunne have en løftekapacitet på 125t. Dette ønsker vi gerne måtte blive ændret til 124t idet vores forventet tilbudte kran har denne kapacitet. Alternativt skal vi op på en større kran model og dermed også en højere pris og dette vurderer vi ikke giver mening for Køge Havn i forhold til deres behov og ønsker samtidig med at vi tror at dette beror på en taste fejl.	Ordregiver fastholder sit krav.	20.07.2023

Nr.	Emne	Spørgsmål:	Svar	Besvaret
2	Kravspecifikation	I kravspecifikationen under punkt 9 stilles der som et "SKAL" krav at man ønsker en gangbro på begge sider af kabinen i forbindelse med en lettere rengøring af ruderne. Vores kran og kabine er designet således at der kun er nødvendigt at bruge en gangbro i forbindelse med rengøring af ruderne - dette kan på vores kran gøres effektivt og sikkert med kun en gangbro. Vis Køge Havn fortsat ønsker to gangbroer taler vi igen om en større kranmodel til højre pris som vi ikke mener give mening for Køge Havn. Vi vil derfor foreslå om man ikke kan ændre teksten således at man skriver følgende tekst "At der minimum er en gangbro på siden af kabinen, for at lette rengøringen af ruderne".	Ordregiver fastholder sit krav.	20.07.2023

..."

Ved tilbudsfristens udløb havde Køge Havn modtaget tre tilbud, herunder tilbud fra Liebherr. Ved underretning af 18. august 2023 oplyste Køge Havn tilbudsgiverne om, at ingen af de indkomne tilbud var konditionsmæssige, og at Køge Havn på den baggrund havde besluttet at annullere udbuddet. Køge Havn meddelte samtidig tilbudsgiverne, at Køge Havn overgik til udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 50, litra a. I underretningen til Liebherr informerede Køge Havn ligeledes Liebherr om, at Liebherr ikke ville blive inviteret til at deltage i udbuddet med forhandling, idet Køge Havn ikke anså det for muligt, at Liebherr kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud.

Den 24. august 2023 blev der afholdt et møde mellem Liebherr og Køge Havn, hvor Køge Havn bl.a. redegjorde for de forhold, der havde været afgørende for, at tilbuddet fra Liebherr blev anset for ukonditionsmæssigt. Efter mødet meddelte Køge Havn officielt Liebherr, at Liebherr ville få mulighed for at deltage i det forestående udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud.

Den 25. august 2023 offentliggjorde Køge Havn udbudsbetingelserne for forhandlingsudbuddet. Tildelingskriteriet var som ved det offentlige udbud bedste forhold mellem pris og kvalitet med underkriterierne "Pris", der vægtede 30 %, og "Kvalitet", der vægtede 70 %. De ændringer, Køge Havn har foretaget fra det annullerede offentlige udbud, fremstår med rød skrift. Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a. følgende:

### "1.1 Indledning

Nærværende udbud vedrører anskaffelse af en mobil havne wire-kran til Køge Havn.

Udbuddet gennemføres som et **udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud** i overensstemmelse med art. 50 i Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Direktiv 2014/25/EU af 26.

Udbuddet gennemføres i udbudssystemet ETHICS. Al kommunikation i forbindelse med udbuddet foregår i udbudssystemet ETHICS jf. punkt 1.6.2.

**Inden udsendelse af nærværende dokumenter, har der været afviklet et orienterende møde, hvor parterne har haft mulighed for at gennemgå de først fremsendte tilbud fra det offentlige udbud, herunder evt. fravigelser fra mindstekrav og kommercielle vilkår.**

**Proceduren for afvikling af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er følgende:**

- Udbudsmateriale afsendes
- Tilbudsfrist
- Potentiel forhandlingsrunde
- Evt. endelig tilbudsfrist
- Underretning
- Kontraktindgåelse

Og uddybes nærmere i nærværende betingelser.

...

### 1.5 Vejledende tidsplan

Udbuddet forventes gennemført efter nedenstående vejledende tidsplan:

Aktivitet	Tidspunkt	Fase
Udbudsmateriale sendes til tilbudsgivere	25.08.2023	<b>Tilbudsfase</b>
Tidsfrist for besvarelse af spørgsmål	24.07.2023	
<b>1. Tilbudsfrist</b>	<b>01.09.2023, kl. 10.00</b>	
Evt. forhandling	05.09.2023	<b>Underretnings- og Aftale-indgåelsesfase</b>
<b>Evt. 2. tilbudsfrist</b>	<b>12.09.2023 kl. 10.00</b>	
Forventet udsendelse af underretninger	Ultimo uge 37 eller hurtigst muligt efter evaluering af	
Aktivitet	Tidspunkt	Fase
	indkomne tilbud fra 1. tilbudsfrist.	
Forventet kontraktindgåelse og underskrift	Hurtigst muligt efter udløb af stand-still periode	

...

### 2.5 Forbehold

#### 2.5.1 Ordregivers forbehold

Ordregiver gør opmærksom på, at trykket ved fuld last ikke må overstige 2,6 kg/cm<sup>2</sup>.

Ordregiver forbeholder sig ret til at annullere nærværende udbud, såfremt der foreligger en saglig grund hertil eksempelvis budgetoverskridelse, herunder at forkaste alle indkomne tilbud.

Førnævnte er uden ansvar for Ordregiver.

Ordregiver forbeholder sig ret til at antage det indledende tilbud, hvor Ordregiver i så fald vil gennemføre en tilbudsevaluering i overensstemmelse med afsnit 4.

#### 2.5.2 Tilbudsgivers forbehold

Eventuelle forbehold skal udtrykkeligt fremgå af tilbuddet.

Tilbudsgiver opfordres til at søge eventuelle uklarheder og usikkerheder i udbudsmaterialet afklaret ved at stille spørgsmål til udbudsmaterialet, således, at forbehold i videst muligt omfang kan undgås.

Det præciseres, at forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet vil medføre, at Ordregiver har pligt til at se bort fra tilbuddet, jf. punkt 2.2.

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

Faglige forbehold, såsom branchestandardforbehold, vil blive behandlet som ethvert andet forbehold. Tilsvarende gælder ved ændringer af udbudsmaterialets indhold, herunder men ikke begrænset til overstregninger, omskrivninger og lignende.

### 3.0 FORHANDLING

Ordregiver forbeholder sig ret til at tildele kontrakten allerede efter det indledende tilbud, hvilket betyder, at tilbudsgiverne ikke kan påregne, at der nødvendigvis bliver anledning til at forhandle om det afgivne tilbud. Tilbudsgiverne opfordres derfor til at undgå forbehold, jf. afsnit 2.5.2. Såfremt Ordregiver beslutter at tildele på baggrund af det indledende tilbud, vil kontrakten blive tildelt i overensstemmelse med afsnit 4. Såfremt Ordregiver afstår fra at tildele på baggrund af det indledende tilbud, gennemføres forhandlingsforløbet som beskrevet herunder.

Forhandlingsprocessen:

#### I. Indledende tilbud

Indledende tilbud skal være afgivet inden for den fastsatte tidsfrist, jf. afsnit 1.5. Tilbud der modtages efter den fastsatte frist afvises.

#### II. Indledende forhandlinger

De tilbudsgivere der har afleveret indledende tilbud inden for den fastsatte tidsfrist indbydes til forhandling. Forhandlingerne forventes gennemført i overensstemmelse med tidsplanen. Forhandlingerne vil blive gennemført via telefonkonference og nærmere information vil følge i forbindelse med indkaldelsen. For-



handlingsmødet har 3 primære formål; 1) Tilbudsgiver får mulighed for at præsentere sit tilbud 2) gennemføre forhandlinger og afklare misforståelser og uklarheder i henholdsvis udbudsmaterialet og tilbuddet og 3) give Ordregiver mulighed for at præsentere sit foreløbige syn på tilbuddets styrke og svage egenskaber. Resultatet af den indledende forhandling er således, at tilbudsgiver får mulighed for at revidere sit tilbud, og Ordregiver er berettiget til at foretage ændringer til udbudsmaterialet.

- III. Revideret tilbud  
Efter de indledende forhandlinger får tilbudsgiverne mulighed for at aflevere et revideret tilbud. Det reviderede tilbud skal afleveres med ”track change”-markering, således Ordregiver kan identificere de afsnit, der er blevet ændret. Ordregiver forbeholder sig ret til at tildele kontrakten på baggrund af det reviderede tilbud.
- IV. Efterfølgende forhandlingsrunder (hvis relevant)  
Ordregiver forbeholder sig ret til at gennemføre en eller flere yderligere forhandlingsrunder, hvis dette findes nødvendigt. I givet fald vil formålet med forhandlingerne være det samme, som anført under sektion II. Ordregiver forbeholder sig i den forbindelse endvidere ret til at afvise ukonditionsmæssige tilbud samt begrænse antallet af tilbudsgivere (short listing), således at alene de 2 konditionsmæssige tilbudsgivere der er at anse som de økonomisk mest fordelagtige, jf. afsnit 4, indbydes.
- V. Efterfølgende revideret tilbud (hvis relevant)  
Efter forhandlingerne får tilbudsgiverne mulighed for at aflevere et revideret tilbud, jf. retningslinjerne i punkt III.
- VI. Aflevering af Best and Final Offer (BAFO)  
Efter forhandlingerne får tilbudsgiverne mulighed for at aflevere BAFO (medmindre kontrakten er blevet tildelt på baggrund af et revideret tilbud). BAFO skal afleveres med ”track change”-markering, således Ordregiver kan identificere de afsnit, der er blevet ændret. BAFO skal være afleveret inden for den fastsatte tidsfrist som meddeles tilbudsgiverne.
- VII. Tilbudsevaluering  
Når forhandlingerne er afsluttet, gennemfører Ordregiver den endelige tilbudsevaluering, jf. afsnit 4.

#### 4.0 TILBUDSEVALUERING

##### 4.1 Vurdering af konditionsmæssighed

Ordregiver konstaterer indledningsvist om tilbuddet er konditionsmæssigt, og at følgende punkter er opfyldt:

1. Tilbuddet er indkommet rettidigt.
2. Tilbuddet indeholder den efterspurgte dokumentation og information.
3. Der er ikke taget forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Er et eller flere af ovenstående punkter ikke opfyldt, vil tilbuddet som udgangspunkt ikke blive medtaget i evalueringen.

...”

Af kravspecifikationen til udbuddet med forhandling fremgår bl.a. følgende:

### ”1.0 KRAV

...

#### 1.3 Kategori

Nogle krav er SKAL-krav og skal således opfyldes af tilbudsgiver i sin besvarelse (tilbud). Hvis blot et enkelt SKAL-krav ikke er opfyldt, vil Ordregiver se bort fra tilbudsgivers tilbud.

Andre krav er derimod ØNSKE-krav og er nogle som ikke skal opfyldes, men som Ordregiver ønsker opfyldt.

#### 1.4 Kravspecifikation

Nr.	Krav	Kategori	Ordregivers bemærkninger	Udfyldes af tilbudsgiver		
				Krav opfyldt (sæt ét X)		Tilbudsgivers kommentarer
				Ja	Nej	
<b>Kranens specifikationer</b>						
...	...	...				
4	Kranens løftekapacitet skal være på 125 tons på en ra-	SKAL				

Nr.	Krav	Kategori	Ordregivers bemærkninger	Udfyldes af tilbudsgiver		
				Krav opfyldt (sæt ét X)		Tilbudsgivers kommentarer
				Ja	Nej	
	dus af minimum 17 meter ved heavy lift under krog					
...	...	...				
9	Gangbro udvendigt i begge sider af kabinen, for at lette rengøringen af ruderne	SKAL				

...”

Den 1. september 2023 indleverede Liebherr tilbud, hvori bl.a. står:

”There can no doubt be more solutions/ combinations in connection with the offered material, which after all, may result in economic savings for Køge Havn so we look forward to the further dialogue in terms of optimizing these opportunities technically as well as economically.

If you detect any inconsistencies in regards to the tender documents and the requirements in our sent offer, documentation and technical or commercial material, please consider this as unintentional and contact us for further explanation.

Lastly, we would like to express that we believe, the our offered Liebherr LHM 420 together with our service concept and digital solutions (appendixes 21.0 and 22.0) will be of best value for Køge Havn for many years to come.

We look forward to the further dialogue about the project.

...”

Den 4. september 2023 meddelte Køge Havn, at der ville blive foretaget tildeling på grundlag af de modtagne tilbud. I meddelelsen står bl.a:

”According to the Tender Conditions section 3 regarding negotiation, it is stated that the Contracting Authority reserves the right to award based on the initial tender and the tenderer are therefore not guaranteed a negotiation meeting.

Køge Havn have decided to award based on the initial tenders received and Køge Havn will therefore not invite you for a negotiation meeting.

Køge Havn will now continue with the evaluation and announce the award and rejection as soon as possible by letter directly to all involved tenderer at the same time.

...”

Liebherr gjorde den 4. september 2023 indsigelse mod Køge Havns beslutning om tildeling på grundlag af de indledende tilbud. Indsigelsen blev besvaret af Køge Havn den 7. september 2023.

Den 8. september 2023 meddelte Køge Havn, at Liebherr's tilbud var ukonditionsmæssig og ikke kunne tages i betragtning, bl.a. fordi tilbuddet ikke levede op til ”SKAL-krav” nr. 4 og 9. Samtidig oplyste Køge Havn, at Køge Havn havde til hensigt at indgå kontrakt med Konecranes GmbH (herefter ”Konecranes”).

### Parternes anbringender

#### Ad ”fumus boni juris”

Liebherr har gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Køge Havn har gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 2 har Liebherr gjort gældende, at Køge Havn har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36, stk. 1, fordi der for tilbudsgiverne ikke har været noget formål med at forberede sig på forhandlinger med Køge Havn.

Køge Havn har under udbudsbetingelsernes punkt 3.0 fastsat rammerne for gennemførelse af et forhandlingsforløb med tilbudsgiverne, men opfordrede samtidig tilbudsgiverne til ikke at tage forbehold, fordi Køge Havn skulle have mulighed for at foretage tildeling på grundlag af de modtagne foreløbige tilbud. Køge Havn fjernede dermed i realiteten grundlaget for gennemførelse af forhandlinger med tilbudsgiverne, fordi der i sagens natur ikke kunne være noget tilbage at forhandle om, hvis tilbuddene ikke indeholdt forbehold, eller som i Liebherr's tilfælde indeholdt et oplæg til forhandlinger.

Særligt vedrørende påstand 2 har Køge Havn gjort gældende, at det har været i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet at beskrive en procedure med afgivelse af successive tilbud og forhandlinger og samtidig opfordre tilbudsgiverne til at undgå forbehold og forbeholde sig muligheden for at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud.

Det, som Køge Havn har beskrevet i udbudsbetingelsernes afsnit 3.0, er således det, som en ordregivende myndighed er forpligtet til at anføre i udbudsbekendtgørelsen, når der gennemføres udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse efter udbudsloven. Køge Havn har ved at henholde sig til de procedureregler, der gælder for et udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse i henhold til udbudsloven handlet i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet.

Klagenævnet har fastslået, at en ordregivende myndighed har frie hænder til at tilrettelægge et forhandlingsudbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, så længe det sker under iagttagelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. nævnets kendelse af 13. april 2018, OneCo Elektro AS mod Verdo A/S, og kendelse af 30. april 2019, Indra Navia AS mod Naviair.

Det beror på en grundlæggende misforståelse fra Liebherr's side, når det anføres, at der aldrig kunne være noget at forhandle om, når Køge Havn specifikt opfordrede tilbudsgiverne til at undgå forbehold. En forhandling angår ikke kun tilbudsgivernes forbehold over for udbudsbetingelserne, men også tilbudsgivernes optimering af deres tilbud i henhold til udbudsbetingelsernes tildelingskriterium med underkriterier, herunder et priskriterium. Dertil kommer, at der, uanset at en ordregivende myndighed opfordrer tilbudsgiverne til at afstå fra at tage forbehold, ofte alligevel vil kunne konstateres forbehold i tilbuddene. Det var således også det, der var tilfældet for så vidt angår Liebherr's tilbud.

Køge Havn beskrev således en helt sædvanlig forhandlingsprocedure i udbudsbetingelserne og opfordrede samtidig tilbudsgiverne til at undgå forbehold. Køge Havn har desuden forbeholdt sig at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud.

Køge Havn valgte at udnytte muligheden for at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud, idet de to tilbudsgivere udover Liebherr havde afgivet konditionsmæssige tilbud, der kunne opfylde Køge Havns behov og ikke nødvendiggjorde yderligere forhandlinger. At Liebherr valgte at afgive et tilbud, der ligesom ved det offentlige udbud indeholdt afvigelser fra ”SKAL-kravene” og forbehold overfor grundlæggende kontraktkrav, har været Liebherrs egen risiko. Liebherr har således ikke, som udbudsbetingelserne var udformet, kunnet påregne at indgå i en forhandling, hvor afvigelserne fra mindstekravene og forbeholdene over for kontrakten kunne forhandles.

Særligt vedrørende påstand 3 har Liebherr gjort gældende, at Køge Havn har tilrettelagt udbudsbetingelserne i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, fordi de fastsatte ”SKAL-krav” i kravspecifikationens punkt 1.3, jf. krav nr. 4 og 9, om en løftekapacitet på 125 tons og udvendig gangbro omkring kabinen til rengøring af ruder alene begunstigede Konecranes. Kravet om løftekapacitet på 125 tons korresponderede direkte med Konecranes produktinddeling.

For så vist angår den udvendige gangbro omkring havnekranens førerkabine til brug for rengøring af kabinens ruder tilbød Liebherr desuden en mere praktisk vinduesviskerløsning med betjening fra førerkabinen.

Særligt vedrørende påstand 3 har Køge Havn gjort gældende, at det har ligget inden for Køge Havns skønsmæssige beføjelser at fastlægge de to ”SKAL-krav” om henholdsvis løftekapacitet og om en udvendig gangbro. Køge Havn har ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved fastsættelsen af disse to krav.

En ordregivende myndighed er tillagt et vidt skøn i forhold til at fastlægge og definere kravene til en udbudt anskaffelse, jf. eksempelvis kendelse af 21. december 2011, Ortos A/S mod Odense Kommune, kendelse af 20. marts 2018, Tunstall A/S mod Københavns Kommune, og kendelse af 30. august 2023, Oshkosh Airport Products, United States of America mod Forsvarets

Materiel- og Indkøbsstyrelse. Skønnet skal dog udøves under iagttagelse af de generelle udbudsretlige principper, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Kravene er begge udformet på baggrund af Køge Havns afdækning af egne behov samt de løsninger, som markedet tilbyder. Kravet til løftekapacitet blev fastlagt af hensyn til Køge Havns muligheder for at kunne stå stærkest muligt til fremtidige kranopgaver på havnen, herunder i forhold til at kunne håndtere store vindmølledele og andre specialløft, og på baggrund af en afdækning af de løftekapaciteter, der gør sig gældende for en række relevante havnekraner på markedet.

Kravet om udvendige gangbroer blev fastsat af hensyn til Køge Havns undersøgelser af interne behov for rengøring af kabinens ruder samt behov for bedre udsyn og overblik over driftsområdet med henblik på at sikre den mest optimale drift af havnekranen. Køge Havn stillede ikke krav til selve udformningen af gangbroen, men blot krav om gangbro udvendigt i begge sider af kabinen. Det har således været muligt for tilbudsgiverne at opfylde kravet til gangbro på forskellige måder.

Hverken kravet til løftekapacitet eller kravet om gangbro udvendigt i begge sider blev udformet af hensyn til de havnekraner, som netop Konecranes tilbyder på markedet.

Køge Havn har ikke forud for udbuddets iværksættelse været opmærksom på, at Liebherr i modsætning til øvrige leverandører på markedet havde en maksimal løftekapacitet på 124 ton for så vidt angår den krantype, som Liebherr anså det for relevant at tilbyde Køge Havn. Kravet på 125 ton løftekapacitet har således ikke været fastsat for derved at kunne holde Liebherr ude af konkurrencen om kontrakten.

Det følger desuden af klagenævnets praksis, at en ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at fastsætte sine krav på en måde, så alle potentielle tilbudsgivere har adgang til at afgive konditionsmæssige eller optimale tilbud ved udbuddet, jf. hertil nævnets kendelse af 20. marts 2018, Tunstall A/S mod Københavns Kommune.

Liebherr har haft mulighed for at opfylde de stillede krav ved at tilbyde en anden havnekranmodel end den, der konkret blev tilbudt ved både det offentlige udbud og forhandlingsudbuddet, jf. spørgsmål nr. 1 og 2, som Liebherr stillede i tilbudsfasen ved det offentlige udbud.

Parternes anbringender ad påstandene 1, 4 og 5 gengives ikke i klagenævnets afgørelse af spørgsmålet om opsættende virkning.

#### Ad uopsættelighed

Liebherr har gjort gældende, at Køge Havn har afskåret Liebherr muligheden for at optimere sit tilbud gennem forhandlinger med Køge Havn, idet Liebherr ikke fik adgang til at afgive et endeligt tilbud uden forbehold med den virkning, at Liebherr ikke kan godtgøre noget krav om erstatning.

Liebherr vil derfor lide en alvorlig og uoprettelig skade, hvis ikke klagen tillægges opsættende virkning af klagenævnet. Betingelsen om uopsættelighed er således opfyldt, jf. klagenævnets praksis.

Køge Havn har gjort gældende, at Liebherr har bevisbyrden for, at Liebherr vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og at Liebherr ikke er fremkommet med synspunkter, som støtter dette. Liebherr har heller ikke fremlagt nogen form for dokumentation for, at dette skulle være tilfældet.

Liebherr indgår i koncernen Liebherr Group, der i 2022 havde en samlet omsætning på mere end 12 milliarder € og en egenkapital på mere end 8,6 milliarder €, jf. dokumentet Facts and figures 2022, Liebherr, The Group. Det er på den baggrund ubestrideligt, at leverancen, der omfattede en enkelt havnekran, ikke har en sådan karakter og et sådant omfang, at Liebherr vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Desuden er det ubestridt, at Liebherr afgav et ukonditionsmæssigt tilbud ved såvel det gennemførte offentlige udbud som det gennemførte udbud med forhandling. Der er således ikke risiko for, at Liebherr vil lide et uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

#### Ad interesseafvejning



Liebherr har gjort gældende, at hensynet til Køge Havns mulighed for at indgå den udbudte kontrakt må vige for hensynet til udbudsreglernes effektive overholdelse og hensynet til Liebherrs berettigede varetagelse af sine økonomiske interesser.

Køge Havn har gjort gældende, at Køge Havns interesse i at kunne indgå kontrakt med Konecranes på baggrund af det gennemførte forhandlingsudbud må vægte betydeligt højere end Liebherrs interesse i at få tillagt klagen opsættende virkning. Liebherr er ikke fremkommet med synspunkter, der peger i modsat retning.

Såfremt klagen tillægges opsættende virkning, og Køge Havn dermed vil være forhindret i at indgå kontrakt på baggrund af forhandlingsudbuddet, vil Køge Havn stå i en situation, hvor der er risiko for, at Køge Havn i en længere periode ikke råder over en havnekran, der kan anvendes i forbindelse med havnens daglige drift og til betjening af de fragtskibe, der anløber havnen. Køge Havn kan ikke med sikkerhed forvente at kunne anvende den nuværende kran efter gennemførelsen af det forestående lovpligtige 10 års eftersyn som følge af vanskeligheder med at anskaffe reservedele. Køge Havn råder ikke over andre tilsvarende kraner, der vil kunne anvendes, såfremt den nuværende kran sættes ud af drift.

Det må endvidere indgå som et afgørende element ved interesseafvejningen, at Liebherr afgav ukonditionsræssige tilbud ved såvel det offentlige udbud som forhandlingsudbuddet. Liebherr har således aldrig haft en forventning om at kunne få tildelt kontrakten på baggrund af de krav, som udbuddet var bygget op omkring.

#### Klagenævnet udtaler

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

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

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

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

Påstand 2 angår, om det var gennemsigtigt for tilbudsgiverne, at kontrakten ville kunne blive tildelt på grundlag af det indledende tilbud.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets fastsætter ikke specifikke krav til fremgangsmåden for forhandlinger ved anvendelse af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50 om udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud.

Køge Havn har udtrykkeligt i bl.a. udbudsbetingelsernes punkt 3 fastsat, at Køge Havn forbeholdt sig ret til at tildele kontrakten allerede efter det indledende tilbud. Det fremgår således, at

”Ordregiver forbeholder sig ret til at tildele kontrakten allerede efter det indledende tilbud, hvilket betyder, at tilbudsgiverne ikke kan påregne, at der nødvendigvis bliver anledning til at forhandle om det afgivne tilbud. Tilbudsgiverne opfordres derfor til at undgå forbehold, ...”

At Køge Havn opfordrer tilbudsgiverne til at undgå forbehold kan i sammenhængen ikke føre til, at der dermed ikke kunne være grundlag for forhandlinger. Forhandlinger kan således angå ikke alene forbehold, men også andre elementer i en tilbudsgivers tilbud.

Køge Havn var således berettiget til at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud.

Der er derfor på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at Liebherr vil få medhold i påstand 2.

Påstand 3 angår, om Køge Havns mindstekrav om en løftekapacitet på 125 ton ved heavy lift under krog og om en gangbro udvendig på begge sider af kabinen favoriserede Konecranes, hvorved Køge Havn indskrænkede konkurrencen kunstigt.

Ved tilrettelæggelsen af et udbud har ordregiver pligt til at sikre ligebehandling af tilbudsgiverne. Dette medfører ikke, at en ordregiver har pligt til at fastsætte sine krav til den ønskede anskaffelse således, at der sikres en særligt bred konkurrence om udbuddet. Ordregiveren skal således ikke sænke sine krav til en ydelse, hvis kravene i øvrigt er stillet på et sagligt grundlag. Omvendt må ordregiver ikke bestemme sine behov eller fastlægge sine krav til den udbudte anskaffelse med det formål eller i den hensigt at favorisere bestemte leverandører.

Køge Havn har redegjort for, at der ved vurderingen af havnens behov har været ønske om at fremtidssikre havnen, som i dag har en 20 år gammel kran, med en kran med betydelig løftekapacitet inde ved tårnet samt længst mulig rækkevidde. Der er derfor forud for udbuddet gennemført en undersøgelse, der viste, at flere leverandører på markedet kunne tilbyde havnekraner med løftekapacitet på op til 125 ton ved ”heavy lift under hook”. Undersøgelsen viste desuden, at det var typisk for leverandører af havnekraner, at leverandøren har krantyper, som kan leveres i forskellige størrelser med forskellig løftekapacitet. Undersøgelsen viste endelig, at flere leverandørers kraner skiftede til en større model ved 125 ton. Køge Havn har oplyst, at det er på grundlag heraf, at den specifikke løftekapacitet for den kran, der blev udbudt, er fastsat.

Der er herefter på baggrund af de foreliggende foreløbige oplysninger ikke grundlag for at antage, at kravet om løftekapacitet er fastsat med det formål at favorisere Konecranes, er fastsat for at udelukke potentielle tilbudsgivere, herunder Liebherr, fra at deltage i udbuddet, eller i øvrigt ikke er sagligt. Det er da også ubestridt, at Liebherr i sit sortiment har en kran med en løftekapacitet på 125 ton, men at Liebherr som følge af sin prisstruktur har valgt at tilbyde en kran med en løftekapacitet på 124 ton.

Køge Havn har videre redegjort for, at Køge Havn konfererede med de operatører, der i det daglige opererer havnekranen hos Køge Havn, om ønsker til kranen, og at det i den forbindelse af flere årsager var et klart ønske, at der blev stillet krav om gangbro udvendig i begge sider af kabinen. Køge Havn har oplyst, at det er på den baggrund, at kravet til gangbroen blev fastsat.

Der er herefter på baggrund af de foreliggende foreløbige oplysninger ikke grundlag for at antage, at kravet om en gangbro udvendig på begge sider af kabinen er fastsat med det formål eller i den hensigt at favorisere Konecranes, er fastsat for at udelukke potentielle tilbudsgivere, herunder Liebherr, fra at deltage i udbuddet, eller i øvrigt ikke er sagligt.

Der er derfor på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at Liebherr vil få medhold i påstand 3.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagensævnet, at der jf. det, der er anført ad betingelse nr. 1, ikke foreligger en situation, hvor Liebherr er afskåret fra at søge erstatning, hvis Liebherr ved sagens endelige afgørelse måtte få medhold i klagen. Det er endvidere ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, godtgjort, at der foreligger en sådan særlig alvorlig ”*fumus boni juris*”, at Liebherr ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at Liebherr vil lide en uoprettelig skade.

Da Liebherr ikke har godtgjort, at virksomheden vil lide en uoprettelig skade, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, er betingelsen om uopsættelighed ikke opfyldt.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen  
specialkonsulent