

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

## K E N D E L S E

Vognmand Andreas R. Søborg A/S  
(advokat Mia Anne Gantzhorn, København)

mod

Odsherred Kommune  
(advokat Anders Nørgaard, København)

Den 7. februar 2025 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1 og 2 i sagen.

Ved processkrift af 28. februar 2025 har Vognmand Andreas R. Søborg A/S ("Søborg A/S") nedlagt følgende nye materielle påstand (påstand 3) samt påstande om erstatning (påstand 4 og 5):

### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Odsherred Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved uden saglig grund at have annulleret udbuddet vedrørende transport af affald fra genbrugsstationer.

### Påstand 4

Odsherred Kommune skal til Søborg A/S betale 9.681.780 kr., med procesrente fra klagens indgivelse den 10. oktober 2024, subsidiært fra et senere tidspunkt fastsat af klagenævnet.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Odsherred Kommune skal til Søborg A/S betale 18.156,25 kr. med procesrente fra klagenes indgivelse den 10. oktober 2024, subsidiært fra et senere tidspunkt fastsat af klagenævnet.

Søborg A/S har opgjort sit krav i påstand 4 således:

-	Total DKK
Omsætning 2025-2030	30.569.580
-	
Omkostninger	
Diesel	6.480.000
Leje af biler	5.378.400
Diverse (reparationer og forsikringer)	1.200.000
Kilometerafgift	1.511.400
Chaufførlønninger	6.318.000
Omkostninger i alt	20.887.800
Forventet dækning i kr.	9.681.780
Forventet dækning i %	32 %

Søborg A/S har opgjort sit krav i påstand 5 således:

<b>Timeforbrug udbud Odsherred Genbrug</b>		
-	Indehaver	Bestyrelsesformand
Lønomkostninger	12 timer	2 timer
Tilbudsproduktion ESPD, Planlægning, Dokumenter	12 timer	2 timer
Indhentning af tilbud fra leverandører samt møder herpå	10 timer	2 timer
Kvalitetssikring af til- bud	1,5 timer	1,5 timer
Timeomkostning: 437,50 kr. pr. time		

<b>Timeforbrug udbud Odsherred Genbrug</b>		
Samlet timeantal:	<b>34 timer</b>	<b>7,5 timer</b>
Medarbejderomkostninger i alt		<b>= 18.156,25</b>

Søborg A/S har derudover fremlagt en revisorerklæring om opstilling af budget, en revisorerklæring om aftalte arbejdshandlinger vedrørende omsætning, årsrapport og specifikationshæfte for 2022 og 2023 for Søborg A/S, udkast til årsrapport og udkast til specifikationshæfte for 2024 for Søborg A/S, en oversigt vedrørende virksomhedens køretøjsdrift for 1. januar 2025 - 1. april 2025 og en ny reference, som blev fremlagt ved afgivelse af Søborg A/S' tilbud i forbindelse med Odsherred Kommunes genudbud.

Odsherred Kommune har nedlagt påstand om, at påstand 3 ikke tages til følge.

Odsherred Kommune har nedlagt påstand om frifindelse over for påstand 4-5.

### Supplerende sagsfremstilling

#### *Odsherred Kommunes udbud*

Odsherred Kommune har efter klagenævnets kendelse af 7. februar 2025 annulleret udbuddet.

Kommunen har i forlængelse af annullationen af det oprindelige udbud gennemført et genudbud, som blev iværksat ved offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse den 23. december 2024 med tilbudsfrist 28. januar 2025.

Ved meddelelse af 19. marts 2025 har Odsherred Kommune orienteret tilbudsgiverne i genudbuddet om, at genudbuddet aflyses.

#### *Udbudsmaterialet*

Af udbudsbekendtgørelsen fra det oprindelige udbud fremgår blandt andet:

#### **”2.1. Procedure**

Titel: Transport af affald fra genbrugsstationer i Odsherred Kommune

Beskrivelse: Entreprisen vedrører Odsherred Kommunes 4 genbrugsstationer og 1 grenplads:

- Fårevejle Genbrugsstation
- Nykøbing Genbrugsstation
- Hønsinge Genbrugsstation
- Odden Genbrugsstation.
- Rørvig Grenplads

Kommunen udbyder følgende ydelser:

- Afhentning af containere fra 4 genbrugsstationer
- Læsning og afhentning af gren- og haveaffald med grab, inklusive stød og rødder (på Odden Genbrugsstation og Rørvig grenplads)
- Flytning af containere internt på pladserne
- Transport til anviste anlæg
- Udlejning af containere.

...

### **2.1.3 Værdi**

Anslået værdi eksklusiv moms: 60 000 000,00 DKK

...

### **5.1.9 Udvalgelseskræterier**

Kriterium:

Kriterium: Type: Teknisk og faglig formåen Navn: Referencer Beskrivelse: Tilbudsgiver skal godtgøre at have den tekniske kapacitet til at udføre opgaven enten ved at vedlægge mindst én reference fra en sammenlignelig opgave (sammenlignelig mht. opgavens art og størrelse) inden for de seneste 3 år eller, for nye aktører på området, på anden vis godtgøre den relevante erfaring på transportområdet, jf. Udbudslovens §155, stk. 1, nr. 2). Opgavens art, kontraktsum, kontraktperiode og kundens navn/kontakt bedes oplyst for hver enkelt reference.

### **5.1.10 Tildelingskriteriet**

Kriterium:

Type: Pris

Beskrivelse: Laveste evalueringssum i tilbudslstens sumfelt Vægtning (procentdel, præcis): 100”

Søborg A/S har som en del af sit tilbud vedlagt følgende referenceliste:

”...

1

Opgavested: [redacted]  
Entreprise: [redacted]  
[redacted]  
Opgavested: [redacted]  
Kunde: [redacted]  
Entreprisesum: [redacted]  
Udført: [redacted]

2

Opgavested: [redacted]  
Entreprise: [redacted]  
Kunde: [redacted]  
Entreprisesum: [redacted]  
Udført fra: [redacted]

3

Opgavested:-- [redacted]  
[redacted]  
Entreprise: [redacted]  
Kunde: [redacted]  
[redacted]  
Entreprise-  
sum: [redacted]  
Udført  
fra:

4

Opgave- [redacted]  
sted: En- [redacted]  
treprise:  
Kunde: [redacted]  
Entreprisesum: [redacted]  
Udført fra: [redacted]

5

Opgavested: [redacted]  
Entreprise: [redacted]  
Kunde: [redacted]  
Entreprisesum: [redacted]  
Udført fra: [redacted]

6

Opgavested: [REDACTED]  
 Entreprise: [REDACTED]  
 Kunde: [REDACTED]  
 Entreprisenum: [REDACTED]  
 Udført fra: [REDACTED]

7

Opgavested: [REDACTED]  
 Entreprise: [REDACTED]  
 Kunde: [REDACTED]  
 Entreprisenum: [REDACTED]  
 Udført fra: [REDACTED]

...”

Den 11. september 2024 orienterede Odsherred Kommune tilbudsgiverne om udbuddets udfald. Følgende fremgår blandt andet af underretningen til Søborg A/S:

”...

Jeres tilbud er afvist, da I ikke opfylder egnethedskravet vedrørende teknisk og faglig kapacitet som beskrevet i Udbudsbetingelsernes punkt 2.1:

*”Tilbudsgiver skal godtgøre at have den tekniske kapacitet til at udføre opgaven enten ved at vedlægge mindst én reference fra en sammenlignelig opgave (sammenlignelig mht. opgavens art og størrelse) inden for de seneste 3 år eller, for nye aktører på området, på anden vis godtgøre den relevante erfaring på transportområdet, jf. Udbudslovens §155, stk. 1, nr. 2).”*

Der er blandt de medsendte referencer ikke identificeret nogen, der kan siges at være sammenlignelige med hensyn til både art og størrelse. Enkelte opgaver (kørsel af grus, skærver mv. for [REDACTED], snerydning for [REDACTED]) har sammenlignelig størrelse, men er af en helt anden art. En enkelt opgave (kørsel af biomasse/haveaffald) er sammenlignelig med hensyn til art, men er væsentligt mindre i omfang.

...”

*Efter tildelingsbeslutningen*

Søborg A/S kontaktede den 18. september 2024 Odsherred Kommune, fordi virksomheden var uforstående overfor, at tilbuddet ikke var blevet vurderet

efter referencekravets 2. led, og at Søborg A/S af samme grund heller ikke havde fået en begrundelse for, hvorfor dette krav ikke var opfyldt. Af henvendelsen fremgår:

” ...

Det fremgår af vedhæftede e-mail, at Vognmand Andreas R. Søborg A/S' tilbud afvises, da egnethedskravet vedrørende teknisk og faglig kapacitet jf. Udbudsbetingelserne afsnit 2.1 ikke er opfyldt.

...

Som begrundelse for afvisningen af Vognmand Andreas R. Søborg A/S' tilbud er det lagt til grund, at **det første krav** til egnethed vedrørende den tekniske kapacitet ikke er opfyldt, da der *”blandt de medsendte referencer ikke (er) identificeret nogen, der kan siges at være sammenlignelige med hensyn til både art og størrelse.”* Som begrundelse for, at det første krav til egnethed ikke er opfyldt, anføres i øvrigt, at *”enkelte opgaver (kørsel af grus, skærver mv. for **Udeladt tekst**, snerydning for **Udeladt tekst**) har sammenlignelig størrelse, men er af en helt anden art. En enkelt opgave (kørsel af biomasse/haveaffald) er sammenlignelig med hensyn til art, men er væsentligt mindre i omfang”* .

Det må på denne baggrund lægges til grund, at Odsherred Kommune ikke anser Vognmand Andreas R. Søborg A/S' tilbud for indeholdende én reference fra en sammenlignelig opgave.

For så vidt angår **det andet krav** til egnethed vedrørende den tekniske og faglige kapacitet, har Odsherred Kommune i afvisningen ikke tilkendegivet, (i) at Vognmand Andreas R. Søborg A/S' tilbud er blevet vurderet herefter, eller (ii) en begrundelse for, hvorfor kravet ikke er opfyldt. Det ligger i sagens natur, at det andet krav til egnethed vedrørende den tekniske og faglige kapacitet indbefatter, at tilbudsgiver kan medsende referencer, der ikke opfylder kravet til ”sammenlignelige opgaver” (mht. opgavens art og størrelse jf. Udbudsbetingelserne afsnit 2.1).

Vognmand Andreas R. Søborg A/S har medsendt 7 referencer, der alle godtgør, at selskabet har den relevante erfaring på transportområdet jf. udbudslovens § 155, stk. 1, nr. 2. Referencerne opfylder i øvrigt kravene i Udbudsbetingelserne afsnit 2.1.

Odsherred Kommune har i sin afvisning af tilbuddet kvalificeret, at de angivne referencer indeholder *”enkelte opgaver (kørsel af grus, skærver mv. for **Udeladt tekst** snerydning for **Udeladt tekst**) har sammenlignelig størrelse”* , mens *”en enkelt opgave (kørsel af biomasse/haveaffald) er sammenlignelig med hensyn til art”* . I Odsherred Kommunes begrundelse for, at det første krav til egnethed ikke er opfyldt, angiver kommune således, at man har læst og forstået Vognmand Andreas R. Søborg A/S'

referencer således, at minimum to referencer er sammenlignelige i forhold til størrelse, mens én reference er sammenlignelig men hensyn til opgavens art. Odsherred Kommune har efter Vognmand Andreas R. Søborg A/S' opfattelse dermed netop tilkendegivet, at de angivne referencer er relevante på forskellig vis i forbindelse med den udbudte opgave.

Det gøres på denne baggrund gældende, at Vognmand Andreas R. Søborg A/S har den relevante erfaring på transportområdet som påkrævet – dette er ikke dokumenteret ved fremvisning af én enkelt reference fra en sammenlignelig opgave men ved fremvisning af flere referencer på transportområdet, der tilsammen godtgør, at Vognmand Andreas R. Søborg A/S besidder den relevante erfaring.

På denne baggrund bestrides det, at Vognmand Andreas R. Søborg A/S' tilbud retmæssigt er blevet afvist grundet manglende egnethed vedrørende teknisk og faglig kapacitet jf. Udbudsbetingelser afsnit 2.1.  
...”

Odsherred Kommune besvarede den 30. september 2024 henvendelsen:

”...

Jeg forstår det ovenstående sådan, at [Søborg A/S] efter din opfattelse kan opfylde Referencekravet ved eksempelvis at fremlægge flere i sig selv ufuldstændige referencer, som komplementerer hinanden, eksempelvis

- én reference, som er sammenlignelig i forhold til ”art”, og
- én reference, som er sammenlignelig i forhold til ”størrelse”.

...

Referencekravet er formuleret sådan, at sammenligneligheden vurderes på grundlag af både art og størrelse (det mellemkommende ”og”). Tanken bag formuleringen er, at en reference kun er sammenlignelig, hvis den i al væsentlighed har lighed med transport af affald og genanvendelige fraktioner, og værdimæssigt befinder sig i omegnen af en anslået værdi stor DKK 60.000.000 ekskl. moms, jf. også udbudsbekendtgørelsens punkt 5.1 og 5.1.5.

Ingen af de referencer, som [Søborg A/S] har fremlagt, opfylder ovenstående, kumulative betingelser. Hertil kommer, at ingen af de fremlagte referencers værdi ses at overstige DKK 6.418.167,66 ekskl. moms, svarende til omtrent 10 % af den udbudte aftales værdi. Endvidere bemærker jeg, at ingen af referencerne,

- Levering og bortkørsel af jernbaneskærver, levering af grus og sten, samt bortkørsel af jord
- Transport af tyndslam med tanktrailere
- Saltning og snerydning

- Transport af bioslam med containere samt containerbiler
- Levering af sten og grus, samt bortkørsel af jord

tåler artsmæssig sammenligning med transport af affald og genanvendelige fraktioner. Det er således ikke tilstrækkeligt, at [Søborg A/S] har erfaring ”på transportområdet”. Eksempelvis vil den i nærværende sag omhandlede opgave indbefatte varetagelse af en flerhed af administrative rutiner omkring afhentning på genbrugsstationerne og kørsel til en vifte af forskellige behandlingsanlæg.

Egnethedskrav såsom Referencekravet fastsættes i medfør af udbudslovens § 155 ved udbud i henhold til udbudslovens afsnit 2, i dette tilfælde bestemmelsens stk. 1, nr. 2):

*”En liste over de betydeligste leveringer af varer eller tjenesteydelser, der er udført inden for de seneste 3 år, med angivelse af beløb og tidspunkter og den offentlige eller private modtager.*

...

*Hvor det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence, kan ordregiveren angive, at der ligeledes vil blive taget hensyn til dokumentation for relevante leveringer af varer eller tjenesteydelser, der er leveret eller udført mere end 3 år tidligere.”*

Der tilkommer Kommunen et betydeligt skøn ved fastlæggelsen af det enkelte egnethedskrav under iagttagelse af gennemsigtighedsforpligtelsen. Normen er, at egnethedskravet skal kunne forstås af en rimeligt oplyst og påpasselig tilbudsgiver, jf. også kendelse af 30. november 2021, Holbøll A/S mod Næstved Fjernvarme a.m.b.a.

I kendelse af 15. februar 2018, Rengoering.com A/S mod Fredensborg Kommune, konstaterede klagenævnet, at indklagede var uberettiget til at afvise klageren med den begrundelse, at klageren ikke havde fremlagt referencer, som omfattede både rengøring og vinduespolering. Det i sagen omhandlede egnethedskrav var formuleret som følger:

*”[...] Tilbudsgiver skal have udført mindst tre lignende eller tilsvarende arbejder/opgaver inden for de seneste 3 år. [...]”*

Omstændighederne i det aktuelle udbud er diametralt modsatte, fordi Kommunen eksplicit har anmodet om mindst én reference, som er opgavemæssigt sammenlignelig i forhold til både art og størrelse.

Selv, hvis der indtales en uklarhedsmargin i Referencekravet til fordel for [Søborg A/S], afviger de afgivne referencer i både art og størrelse i et sådant omfang fra det udbudte, at en imødekommelse af [Søborg A/S]’

opfattelse på objektivt grundlag ville have givet adgang for andre deltagere inden for andre brancher end tiltænkt, eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det valgte, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren.

...”

### Parternes anbringender

#### Ad ny materiel påstand

Søborg A/S har vedrørende påstand 3 gjort gældende, at begrundelsen for Odsherred Kommunes annullation af kommunens udbud ikke udgør den reelle begrundelse og tilmed er usaglig og i strid med ligebehandlingsprincippet. Begrundelsen vedrører ikke uklarheder i udbudsmaterialet, som medfører, at den tekniske og faglige formåen ikke sikres. Den begrundelse stemmer ikke overens med de forhold, som kommunen tidligere i klagesagen har gjort gældende.

Søborg A/S har nærmere anført, at Odsherred Kommune den 6. december 2024 annullerede tilbudsbeslutningen og aflyste udbuddet med den begrundelse, at der var uklarheder i udbudsmaterialet. Ved kommunens uddybende begrundelse for annullation af udbuddet af 19. december 2024 var det kommunens vurdering, at referencekravets 2. led ikke sikrede den tekniske og faglige formåen, som, kommunen vurderede, var nødvendig for kontraktens opfyldelse. Videre fremgår det, at kommunen ikke ville have tildelt kontrakten til Søborg A/S, som ikke havde den nødvendige erfaring. Kommunens uddybende begrundelse for annullation af udbuddet stemmer dog ikke overens med det, kommunen anførte, om, at egnethedskravets 2. led er sekundært og alene kan anvendes af nystartede virksomheder, herunder at det er et udslag af ligebehandlingsprincippet, at egnethedskrav i udgangspunktet skal anvendes ens for alle, og at en ordregiver som udgangspunkt ikke kan anvende forskellige egnethedskrav for forskellige tilbudsgivere, medmindre der foreligger en saglig grund herfor. Videre anførte kommunen, at egnethedskravets 2. led netop var rettet mod nye aktører og efter sin ordlyd må forstås i overensstemmelse med principperne i udbudslovens § 154, stk. 2, hvilket indebærer, at kun nystartede virksomheder kan dokumentere egnethed ved egnethedskravets 2. led. Det var således kommunens opfattelse, at referencekravets 2. led var lovligt for virksomheder, der var nystartede, således at nystartede virksomheder, som opfyldte 2. led, besad den tekniske og faglige formåen, som kommunen vurderede nødvendig. Kommunen har

dermed også tilkendegivet, at referencekravets 2. led var anvendeligt for nystartede virksomheder. Denne fortolkning var klagenævnet ikke enig i. Klagenævnets vurdering og resultat medfører ikke en øget usikkerhed i relation til den påkrævede tekniske og faglige formåen. Havde kommunen anvendt klagenævnets fortolkning, ville kommunen blot være forpligtet til ikke at tage udgangspunkt i tilbudsgivers stiftelsestidspunkt og foretage en materiel vurdering af de indkomne referencer fra tilbudsgiverne i tråd med referencekravets 2. led. Annullationen af udbuddet kan derfor heller ikke objektivt begrundes med en overvejende og aktuel risiko for, at den vindende tilbudsgiver ikke besidder den nødvendige erfaring. Referencer indleveret i overensstemmelse med referencekravets 2. led udgør en tilstrækkelig sikkerhed, uanset om tilbudsgiver er nystartet eller etableret for 5 år siden. Det er derfor usagligt, når kommunen henviser til, at ”den forståelse af kravet, som Klagenævnet for Udbud anlagde i delkendelsen af 29. november 2024, ikke sikrer den tekniske og faglige formåen, som kommunen vurderer, er nødvendig for kontraktens forsvarlige opfyldelse”, idet klagenævnet ikke har anfægtet det materielle indhold af referencekravets 2. led, men alene at anvendelsesområdet for referencekravets 2. led ikke kan indskrænkes til nystartede virksomheder, men også må gælde for ”økonomiske aktører, der ikke tidligere har udført opgaver inden for transport af affald, uanset stiftelsestidspunktet for virksomheden”.

Søborg A/S har endelig anført, at en virksomheds stiftelsestidspunkt ikke er udtryk for og ikke kan benyttes til at vurdere, hvilken teknisk og faglig formåen, en virksomhed besidder. Det er derfor usagligt og i strid med ligebehandlingsprincippet, at ikke-nystartede virksomheder, der ikke er i stand til at fremlægge dokumentation for referencekravets 1. led, afskæres fra at benytte referencekravets 2. led. En sådan afgrænsning af anvendelsesområdet for referencekravets 2. led er derudover ikke i overensstemmelse med det princip, som følger af udbudslovens § 154, stk. 2, hvorefter en ansøger eller en tilbudsgiver kan godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som ordregiveren vurderer passende, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de dokumenter, som ordregiveren forlanger. Dette understøttes også af klagenævnets kendelser, hvorefter Odsherred Kommune ikke retmæssigt vurderede Søborg A/S' tilbud efter referencekravets 2. led. Kendelsen medfører dog ikke, at kommunen på baggrund af det foreliggende udbudsmateriale ikke kunne have truffet en lovlig tildelingsbeslutning.

Annulationen af udbuddet har derfor medført en direkte forskelsbehandling blandt tilbudsgiverne, som ikke er begrundet i et sagligt hensyn.

Det følger derudover af udbudslovens § 170, stk. 1, nr. 2, at det er en betingelse for, at ordregiver selv kan foretage en tilbagekaldelse af sin tildelingsbeslutning, at kontrakten endnu ikke er indgået. Efter kontraktindgåelse er foretaget, er det ifølge fast praksis fra klagenævnet kun nævnet (eller domstolene), der kan annullere en tildelingsbeslutning, jf. herved eksempelvis også klagenævnets kendelse af 27. maj 2020, DXC Technology Scandihealth A/S mod Frederikshavn Kommune. Når der er indgået kontrakt, er udbuddet afsluttet, og det er ifølge fast klagenævnspraksis ikke muligt at lovliggøre udbuddet. Klagenævnet skal derfor ikke tillægge det betydning ved afgørelse af erstatningsspørgsmålet, at Odsherred Kommune den 6. december 2024 annullerede tildelingsbeslutningen. Klagenævnet skal alene forholde sig til ansvarsgrundlaget som fastlagt i klagenævnets kendelse af 7. februar 2025.

Odsherred Kommune har vedrørende påstand 3 gjort gældende, at kommunen var uberettiget til at tillade anden dokumentation, at udbudsgrundlaget ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, at egnethedskravet ikke tjener det ønskede formål, og at kommunen var uberettiget til at foretage en fornyet tildelingsbeslutning, fordi vedståelsesfristen var udløbet.

Odsherred Kommune har nærmere anført, at det er ubestridt, at Søborg A/S ikke havde fremlagt referencer, der opfyldte egnethedskravets 1. led, og at egnethedskravets 1. led var klart formuleret og i overensstemmelse med de udbudsretlige principper. Kommunen var som følge deraf forpligtet til at behandle de indkomne tilbud i overensstemmelse med referencekravets 1. led. Det følger af ligebehandlingsprincippet, at egnethedskrav skal anvendes ens for alle tilbudsgivere, og at der ikke kan fastsættes forskellige egnethedskrav afhængigt af tilbudsgiverens konkrete omstændigheder. Det ville således være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis kommunen tillod, at Søborg A/S godtgjorde den relevante erfaring inden for transportområdet, hvilket også udelukker, at kommunen kunne have truffet en beslutning om at tildele kontrakten til Søborg A/S.

Odsherred Kommune har endvidere anført, at det følger af fast klagenævnspraksis, at uklare mindstekrav ikke kan håndhæves. Klagenævnets kendelse er ikke udtryk for, at klagenævnet har anlagt en bred anvendelsesfortolkning

af referencekravet, men at klagenævnet har ophævet dets virkning i sin helhed.

Klagenævnets kendelse af 6. oktober 2015, Human Care ApS mod Brøndby Kommune, er ikke relevant. Hvorvidt Brøndby Kommune ville have indgået aftale med Human Care ApS, hvis referencelisten havde været korrekt udfyldt, var ikke genstand for klagesagen. Dette er ikke tilfældet i denne sag.

Klagenævnets kendelse af 7. februar 2025 indebar, at referencekravet ifølge klagenævnet var uklart formuleret, hvorfor udbudsgrundlaget ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, og klagenævnet annullerede tildelingsbeslutningen af 11. september 2024.

Formuleringen i referencekravets 2. led kan have afholdt potentielle tilbudsgivere, der ligesom Søborg A/S ikke opfyldte referencekravets 1. led, fra at deltage i udbuddet, og kravet var således uklart og dermed uegnet og i strid med gennemsigtighedsprincippet. Udbudsmaterialet kunne på den baggrund ikke danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Kommunen var også berettiget til at aflyse udbuddet, da egnethedskravet ikke sikrede den fornødne tekniske og faglige formåen, når kravet skulle anvendes i overensstemmelse med klagenævnets kendelse.

Endelig kunne kommunen ikke have truffet en fornyet tildelingsbeslutning, da vedståelsesfristen var udløbet ved klagenævnets kendelse af 7. februar 2025.

#### Ad erstatningsgrundlaget og årsagssammenhæng

Ved kendelsen af 7. februar 2025 fandt klagenævnet:

”Odsherred Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise Vognmand Andreas R. Søborg A/S’ tilbud som ikke-konditionsmæssigt med den begrundelse, at tilbuddet ikke opfyldte egnethedskrav vedrørende teknisk kapacitet.

Odsherred Kommunes beslutning af 11. september 2024 om at indgå kontrakt med Olaf Jensen A/S annulleres.”

Søborg A/S har gjort gældende, at Odsherred Kommune ved den pågældende overtrædelse af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at kommunen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Søborg A/S, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

Søborg A/S har nærmere anført, at virksomheden ville have fået den udbudte kontrakt, eller at det i hvert fald er overvejende sandsynligt, at Søborg A/S ville have fået kontrakten, hvis Odsherred Kommune ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og erstatningspådragende. Virksomheden har derfor krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse, subsidiært negativ kontraktsinteresse.

Det følger også af klagenævnets praksis, at klagenævnet generelt lægger til grund, at der er handlet ansvarspådragende, hvis EU's udbudsregler er overtrådt, jf. herved også klagenævnets kendelse af 17. december 2020, De Forenede Dampvaskerier A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune. Videre følger det af klagenævnets praksis, at en tilbudsgiver kan få tildelt erstatning efter positiv opfyldelsesinteresse, allerede når en forbigået tilbudsgiver kan påvise en til vished grænsende sandsynlighed for, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis ordregiveren ikke havde begået fejl, jf. herved klagenævnets kendelse af 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune.

Det er forkert, at udbudsbetingelsernes referencekravs 2. led var uklart formuleret og derfor ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Uklarheden vedrører spørgsmålet om, hvilke tilbudsgivere var berettiget til at fremlægge referencer efter referencekravets 2. led. Uklarheden vedrørte ikke det materielle indhold af referencekravet, hvorefter der kunne rejses tvivl om, hvorvidt tilbudsgiverne besad den rette tekniske og faglige formåen. Klagenævnet har anlagt en bred fortolkning af referencekravets 2. led med den virkning, at alle tilbudsgivere – både nyetablerede og veletablerede – har haft mulighed for at benytte kravet.

Klagenævnspraksis understøtter ikke, at det forhold, at et mindstekrav til egnethed er uklart på en måde, som ordregiver må bære risikoen for, fører til, at udbudsgrundlaget ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, jf. herved blandt andet klagenævnets kendelse af 6. oktober 2015, Human Care ApS mod Brøndby Kommune.

Odsherred Kommune har under klagesagen tilkendegivet, at referencekravets 2. led var gældende for virksomheder, der var nystartede. Det må betyde, at kommunen vurderede, at nystartede virksomheder, som opfyldte referencekravets 2. led, besad den tekniske og faglige formåen, som kommunen anså for nødvendig for kontraktens opfyldelse.

Søborg A/S' referencer opfylder referencekravets 2. led, idet Odsherred Kommune vurderede, at visse af Søborg A/S' referencer er sammenlignelige af størrelse, og at visse var sammenlignelige af art. Det påhviler herefter kommunen at løfte bevisbyrden for, at kommunen ved en evaluering af Søborg A/S' referencer i medfør af referencekravets 2. led ville have fundet, at Søborg A/S' referencer ikke opfylder referencekravets 2. led, jf. herved tilsvarende om bevisbyrden i klagenævnets kendelse af 30. juli 2021, EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle. Kommunen har ikke løftet denne bevisbyrde.

Odsherred Kommune har forsøgt at omgå udbudsreglerne formentlig for at undgå at tildele kontrakten til Søborg A/S, hvilket understøttes af, at kommunen i sit genudbud valgte at slette referencekravets 2. led.

Søborg A/S afgav tilbud på Odsherred Kommunes genudbud af kontrakten, da virksomheden nu opfyldte det nye referencekrav, som i sin helhed svarede til det annullerede udbuds referencekravs 1. led. Søborg A/S' reference, som indgik i virksomhedens tilbud, kunne ikke benyttes i det første udbud, der blev annulleret, som følge af tidligere tvivl om opgavens størrelse. Søborg A/S har således forsøgt at begrænse sit tab ved at afgive tilbud på kontrakten igen. Søborg A/S har ikke vundet genudbuddet, hvorfor Søborg A/S' eneste mulige kompensation for Odsherred Kommunes overtrædelser af udbudsloven er erstatning.

I lyset af de oprindelige krav til tilbudsgivernes tekniske formåen medsendte Søborg A/S 7 referencer, der alle vedrører transport af forskellige typer materiel (herunder levering og bortskaffelse). Referencerne godtgør, at Søborg A/S har den relevante erfaring på transportområdet, jf. udbudslovens § 155, stk. 1, nr. 2. Ligeledes opfylder referencerne udbudsbetingelsernes afsnit 2.1.

Odsherred Kommune afviste Søborg A/S' tilbud med den begrundelse, at de ikke opfyldte de fastsatte egnethedskrav vedrørende teknisk og faglig kapacitet efter udbudsbetingelsernes afsnit 2.1. Kommunen anførte, at "[der] er blandt de medsendte referencer ikke [er] identificeret nogen, der kan siges at

være sammenlignelige med hensyn til både art og størrelse. Enkelte opgaver (kørsel af grus, skærver mv. for **Udeladt tekst**, snerydning for **Udeladt tekst**) har sammenlignelig størrelse, men er af en helt anden art. En enkelt opgave (kørsel af biomasse/haveaffald) er sammenlignelig med hensyn til art, men er væsentligt mindre i omfang.”

Odsherred Kommune har som begrundelse for afvisningen af Søborg A/S' tilbud konstateret, at Søborg A/S ikke havde vedlagt én reference fra en sammenlignelig opgave, der opfyldte de kumulative krav til både art og størrelse. Kommunen bemærkede imidlertid, at tre af Søborg A/S' referencer viste relevant erfaring på transportområdet som angivet i referencekravets 2. led. Odsherred Kommune har i forlængelse af referencekravet anmodet tilbudsgiverne om at begrænse omfanget af relevante referencer til 2-3. Odsherred Kommune tilkendegav i afvisningen, at minimum tre af de fremlagte referencer var relevante for opgaveløsningen, hvilket er i overensstemmelse med det kvantitative krav.

Det må lægges til grund, at Søborg A/S opfylder referencekravets 2. led, idet Odsherred Kommune har vurderet Søborg A/S' referencer således, at disse enten har en sammenlignelig størrelse i forhold til kontrakten, men er af en anden art, eller er sammenlignelige med hensyn til art i forhold til kontrakten, men som dog er mindre i omfang. Søborg A/S har således fremvist referencer, der tydeligt dokumenterer Søborg A/S' egnethed. Der er med kontrakten tale om en forholdsvis enkel og ukompliceret ydelse om transport af affald fra genbrugsstationer. Søborg A/S' referencer består blandt andet af kørsel af grus, skærver mv. og kørsel af biomasse/haveaffald, som til fulde viser, at Søborg A/S besidder den fornødne egnethed efter referencekravets 2. led. Når kommunen ikke tidligere har fremført et synspunkt om, at Søborg A/S ikke opfyldte referencekravets 2. led, men tværtimod selv har angivet, at referencekravets 2. led var lempeligere og blot forudsatte aktiviteter på området, som Søborg A/S har dokumenteret, må kommunen løfte bevisbyrden for, at man ikke ville have tildelt kontrakten til Søborg A/S. Det har kommunen ikke gjort.

Havde Odsherred Kommune taget det konditionsmæssige tilbud fra Søborg A/S i betragtning, havde Søborg A/S været den rette vinder af udbuddet, da Søborg A/S også ville have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Der foreligger på denne baggrund årsagsforbindelse mellem den usaglige annullation og det dokumenterede tab.

Det opgjorte tab på 9.681.780 kr. svarer til et dækningsbidrag på 32 %, som Søborg A/S er gået glip af som direkte konsekvens af kommunens overtrædelse af udbudsreglerne. At en dækningsgrad på 32 % er sædvanligt for Søborg A/S, fremgår både af den fremlagte revisorerklæring og af Søborg A/S' årsrapporter fra de seneste 3 regnskabsår med tilhørende specifikationer.

Søborg A/S har subsidiært gjort gældende, at virksomheden i hvert fald har krav på at få dækket sit tab opgjort som de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under udbuddet afgav tilbud, svarende til negativ kontraktinteresse.

Søborg A/S ville ikke have deltaget i udbuddet, hvis virksomheden havde haft kendskab til Odsherred Kommunes senere overtrædelse, således at Søborg A/S' udgifter til tilbudsudarbejdelse har været spildt som en direkte følge af kommunens ansvarspådragende adfærd.

Odsherred Kommune har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne ikke indebærer, at kommunen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Søborg A/S, idet udbudsgrundlaget ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning og Søborg A/S' tilbud må også anses for at være ukonditionsmæssig efter referencekravets 2. led.

Ved kommunens tildelingsbeslutning af 11. september 2024 begrundede kommunen, hvorfor Søborg A/S ikke opfyldte referencekravets 1. led. Kommunen nævnte to referencer, der havde sammenlignelig størrelse, men var af en helt anden art, og en reference, der var sammenlignelig med hensyn til art, men i væsentligt mindre omfang.

Kommunen har til støtte for, at Søborg A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt efter 2. led, nærmere uddybet, at Søborg A/S' reference nr. 1 "Levering af jernbaneskæver samt bortkørsel af gamle skæver samt levering af grus og sten og bortkørsel af jord" omhandler helt traditionelle transportopgaver af bulkmaterialer som sten og grus for anlægssektoren, hvilket ikke er sammenligneligt med transport af affald.

Kommunen har videre anført, at affaldstransport i vidt omfang er en specialfunktion, der ofte varetages af specialiserede virksomheder. I de tilfælde, hvor affaldstransport udføres af større generalisttransportfirmaer, udføres dette normalt af specialiserede afdelinger eller divisioner. Det skyldes blandt andet, at de miljømæssige konsekvenser af fejlhåndtering er større for affald end for sten og grus. Kravene til de chauffører, der skal afhente affaldsfraktioner på en genbrugsstation, er, at de kan skelne mellem forskellige affaldsfraktioner og dermed identificere korrekt håndtering og modtageanlæg for disse. Derfor er transportopgaver inden for anlægssektoren i vidt omfang irrelevante i forbindelse med affaldstransport.

Reference nr. 3 omhandler ”Saltning og snerydning [...]” og har karakter af en væsensforskellig, specialiseret tjenesteydelse, som efter kommunens vurdering ikke har nogen karakteristika tilfælles med affaldstransport og dermed heller ikke kan sidestilles med relevant erfaring med affaldstransport.

Endelig har reference nr. 6 ”Transport af biomasse/haveaffald med kranbiler og containerbiler” ikke et omfang, som er sammenligneligt med den udbudte opgave. Referencen er dels af væsentlig mindre økonomisk omfang end den udbudte og dels af mindre kompleksitet end den udbudte opgave, idet den alene omhandler en enkelt fraktion, mens den udbudte opgave er væsentligt større og kan omhandle håndtering af 10-15 forskellige affaldsfraktioner med forskellige destinationer og forskellige krav til håndtering på daglig basis.

Hvis kommunen havde anset sig berettiget til at acceptere anden relevant erfaring på transportområdet, er de øvrige fremsendte referencer fra Søborg A/S så fjerne fra referencekravet, at de hverken i art eller størrelse på anden vis godtgør den relevante erfaring inden for transportområdet.

Kommunen ville derudover aldrig have tildelt Søborg A/S kontrakten under det første udbud, som denne sag vedrører, idet referencekravets 2. led ikke sikrede den fornødne tekniske og faglige formåen, når kravet skulle anvendes i overensstemmelse med klagenævnets delkendelse af 29. november 2024.

Søborg A/S’ oplysning om, at virksomhedens fremsendte reference i forbindelse med genudbuddet ikke optrådte i Søborg A/S’ tilbud i forbindelse med det oprindelige udbud som følge af usikkerhed hos Søborg A/S om referencens eller opgavens størrelse, kan ikke tillægges betydning, selvom det betød,

at virksomhedens tilbud i genudbuddet dermed ikke blev afvist som ukonditionsmæssigt.

#### Ad erstatningskravet

Søborg A/S har gjort gældende, at virksomheden, hvis Odsherred Kommune ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået den udbudte kontrakt, og at virksomheden derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Søborg A/S har opgjort sit krav på negativ kontraktsinteresse til 18.156,25 kr., som udgør de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at Søborg A/S afgav tilbud. Tabet fremgår af den oversigt over timeforbruget for henholdsvis virksomhedens ejer og bestyrelsesformand, som Søborg A/S har fremlagt.

Erstatningen skal tillægges renter fra det tidspunkt, hvor Søborg A/S begyndte retsforfølgningen af kravet, jf. rentelovens § 3, stk. 4. Retsforfølgning påbegyndtes ved indlevering af klageskrift til klagenævnet den 10. oktober 2024. Renter skal således regnes fra sagens anlæg, selvom påstand om erstatning først nedlægges senere, jf. blandt andet U.1999.1093/2V.

Odsherred Kommune har gjort gældende, at Søborg A/S ikke har ført bevis for, at virksomheden, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten, at Søborg A/S heller ikke har ført bevis for, at det er overvejende sandsynligt, at virksomheden ville have fået kontrakten, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse.

Odsherred Kommune har derudover bestridt størrelsen af Søborg A/S' opgjorte tab svarende til positiv opfyldelsesinteresse og har gjort gældende, at et eventuelt tab må ansættes til et væsentligt lavere beløb.

Odsherred Kommune har nærmere anført, at erstatningen skal opgøres som mistet fortjeneste og ikke blot som anført af Søborg A/S som mistet dækningsbidrag. Søborg A/S' dækningsbidrag på knap 32 % er udokumenteret, urealistisk højt og fejlagtigt opgjort på flere områder. Erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse til en forbigået tilbudsgiver skal ikke blot opgøres til mistet dækningsbidrag, men som udgangspunkt til mistet fortjeneste,

jf. herved også Højesterets dom i U 2012.2952. Klagenævnet lægger i sin praksis også vægt på en række usikkerhedsmomenter ved opgørelsen af erstatningskrav, jf. herved blandt andet klagenævnets kendelse af 17. december 2020, De Forenede Dampvaskerier A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune.

Sammenfattende følger det af rets- og klagenævnspraksis, at navnlig følgende forhold skal tages i betragtning ved opgørelsen af en klagers erstatningskrav:

1. Fradrag for sparede omkostninger ved ikke at skulle gennemføre opgaven (sparede kapacitetsomkostninger).
2. Fradrag for den usikkerhed, der knytter sig til muligheden for rent faktisk at opnå den forventede fortjeneste.
3. Fradrag for den frigjorte risiko, som er forbundet med kontraktens gennemførelse.
4. Overholdelse af den almindelige tabsbegrænsningspligt, hvilket indebærer, at der i erstatningsopgørelsen skal ske fradrag for den indtjening, de frigjorte medarbejdere og materiel har kunnet skabe ved andre projekter.

Søborg A/S' tabsopgørelse forholder sig ikke til nogen af de fire ovennævnte aspekter. Odsherred Kommune har til uddybning heraf i det hele henvist til klagenævnets praksis, herunder blandt andet kendelse af 9. april 2014, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden.

Det bør også tillægges betydning, at Søborg A/S forhøjede sin pris væsentligt fra det tilbud, sagen handler om, til det efterfølgende udbud med ca. 28 %. Idet udbudsmaterialet i genudbuddet er uforandret for så vidt angår leverandørens risiko og forpligtelser, er det oplagt, at Søborg A/S' tilbudte pris på det oprindelige udbud indebar et marginalt dækningsbidrag. Søborg A/S' manglende erfaring med sammenlignelige opgaver må reducere virksomhedens forventede mistede fortjeneste, fordi Søborg A/S skal foretage nyinvesteringer, som tager højde for en væsensforskellig driftsopgave.

Det følger af klagenævnets faste praksis, at en eventuel erstatning ikke opgøres med tilføjelse af optionsperioden. Søborg A/S' erstatning kan derfor aldrig udstrækkes til en driftsperiode senere end den 31. marts 2029. Det fremgår af revisorerklæringen, at erstatningen er opgjort for perioden 2025 - 2030.

Omsætningen ses ikke at være periodiseret i overensstemmelse med kontraktens ordinære start- og slutdato, fra den 1. april 2025 - 31. marts 2029, hvilket tabsopgørelsen skal tage højde for. Revisorerklæringen indeholder en række generelle og væsentlige forbehold, og hele grundlaget for revisorerklæringen beror på oplysninger, som Søborg A/S egenhændigt har tilvejebragt, og som ikke er efterprøvet af revisor eller anden uafhængig tredjemand.

I tillæg til revisorerklæringen har Søborg A/S fremlagt en tillægserklæring om aftalte arbejdshandlinger vedrørende omsætning og omkostninger. Tillægserklæringen indeholder også væsentlige forbehold sådan, at revisor udelukkende har udført aftalte arbejdshandlinger uden at tage stilling til deres egnethed eller i øvrigt draget en konklusion med sikkerhed.

Tillægserklæringen udviser en kraftig vækst i autodrift hos Søborg A/S i perioden fra 2023 (6,5 mio. kr.) til 2024 (10,5 mio. kr.), hvor dækningsbidraget stiger fra 9 % til 34 %. Søborg A/S har fremskrevet sit dækningsbidrag for årene 2025 - 2030 med dette næsten samme høje dækningsbidrag (32 %) uden nærmere at redegøre for den historisk kraftige stigning og uden at tage højde for eksempelvis de ikrafttrådte diesel- og vejafgifter i 2025. Det er Odsherred Kommunes erfaring, at dækningsbidragene i tilsvarende kørselskontrakter i ingen sammenhænge overstiger 5 - 8 % afhængig af de konkrete omstændigheder. Søborg A/S' opgjorte dækningsbidrag beror således ikke på sammenlignelige kontrakter med sammenlignelige dækningsbidrag.

Søborg A/S har i sin opgørelse af erstatningskravet ikke foretaget fradrag for de omkostninger, som spares ved ikke at skulle gennemføre opgaven (sparede kapacitetsomkostninger), herunder eksempelvis mandskabsressourcer, eventuelle nyinvesteringer og andre variable omkostninger, som efter forholdets natur ikke afholdes, når kontrakten ikke gennemføres. Det fremgår ikke, at et sådant fradrag er foretaget.

En tilbudspris afspejler ikke kun de direkte leveringsomkostninger, men også de kontraktuelle risici, der følger med leverancen. Da der blev afgivet tilbud på den rammeaftale, der er genstand for sagen, har tilbudsgiverne – herunder Søborg A/S – indregnet de risici, som aftaleforholdet indebærer, i deres pris-sætning. I tråd med den gældende praksis skal der derfor i opgørelsen ske fradrag for den usikkerhed, der knytter sig til, om Søborg A/S rent faktisk kunne have realiseret den påståede gevinst, hvis leveringsaftalen var blevet gennemført, samt fradrag for den risiko, der er forbundet med at påtage sig

aftalen. Der er ikke noget i Søborg A/S' opgørelse, der indikerer, at den risikofrigørelse, herunder eksempelvis byrdefulde kontraktvilkår om sikkerhedsstillelse, misligholdelse af arbejdsklausuler og sociale klausuler og bod, er indregnet i opgørelsen af erstatningskravet.

Da Søborg A/S ikke har medtaget medarbejderudgifter i sin opgørelse, har virksomheden heller ikke fradraget den indtjening, som frigjorte medarbejdere måtte have indbragt ved at arbejde på andre opgaver. For at overholde den almindelige tabsbegrænsningspligt skal en sådan alternativ indtjening fratrækkes i erstatningskravet.

I forbindelse med genudbuddet, som stort set var uforandret fra det oprindelige udbud for så vidt angår operatørens økonomiske risiko, afgav Søborg A/S et tilbud med en tilbudssum på 27.859.285,57 kr., svarende til en forøgelse af tilbudsprisen fra det oprindelige udbud til genudbuddet med omtrent 27 %. Søborg A/S har ikke nærmere forklaret årsagen hertil. Søborg A/S' tilbud er således afgivet på skrømt med det underliggende sigte at foregive iagttagelse af tabsbegrænsningspligten.

Odsherred Kommune har vedrørende Søborg A/S' påstand om i hvert fald at have krav på negativ kontraktsinteresse gjort gældende, at det opgjorte tab i relation dertil fremstår udokumenteret og derfor ikke påviser, at Søborg A/S faktisk har lidt et tab.

Søborg A/S har ikke fremlagt dokumentation for de angivne timeantal eller timeomkostninger. Virksomheden har derudover ikke forklaret, hvilke opgaver posten "Løn- og omkostninger" dækker over. Odsherred Kommune antager, at posten dækker over andre opgaver end tilbudsproduktion, indhentning af tilbud fra leverandører og kvalitetssikring af tilbud, som alle indgår som selvstændige poster. Kommunen er derfor uforstående overfor, hvilke andre løn- og omkostninger Søborg A/S har haft i forbindelse med tilbuddets udarbejdelse.

### Klagenævnet udtaler

#### Ad ny materiel påstand (påstand 3)

Søborg A/S har ved klageskrift af 28. februar 2025 om erstatning nedlagt en ny materiel påstand om, at Odsherred Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2

ved uden saglig grund at have annulleret udbuddet vedrørende transport af affald fra genbrugsstationer.

Klagenævnet har ved kendelse af 7. februar 2025 konstateret, at Odsherred Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise Søborg A/S' tilbud som ukonditions-mæssigt med den begrundelse, at tilbuddet ikke opfyldte egnethedskrav vedrørende teknisk kapacitet.

Søborg A/S fik i forlængelse af kendelsen af 7. februar 2025 adgang til at nedlægge påstand om erstatning, dels fordi der var taget forbehold herfor, og dels fordi en oprindelig påstand om erstatning ville være blevet udskilt, hvis en sådan havde været nedlagt.

Odsherred Kommunes udbud er afsluttet ved kontraktens indgåelse. Kommunens efterfølgende annullation af udbuddet, herunder spørgsmålet, hvorvidt kommunen havde hjemmel hertil efter kontraktens indgåelse, angår efterfølgende forhold, der ikke er forbundet med påstanden om erstatning.

På den baggrund afvises påstand 3, idet behandlingen heraf forudsætter indgivelse af en ny klage.

#### Ad erstatningsgrundlaget:

Klagenævnet har ved kendelse af 7. februar 2025 konstateret, at Odsherred Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise tilbuddet fra Søborg A/S som ukonditions-mæssigt.

Odsherred Kommune har herved handlet ansvarspådragende over for Søborg A/S.

#### Ad erstatningskravet:

Ved kendelse af 7. februar 2025 udtalte klagenævnet ad påstand 1 blandt andet:

”Klagenævnet lægger til grund som ubestridt, at ingen af Søborg A/S’ fremlagte referencer er sammenlignelig med den udbudte opgave for så vidt angår opgavens art og størrelse (referencekravets 1. led).

Af referencekravets 2. led følger, at nye aktører på området på anden vis kan godtgøre, at de besidder den relevante erfaring på transportområdet. Referencekravet er ikke yderligere præciseret i udbudsmaterialet, herunder hvad der nærmere menes med ”nye aktører på området” eller ”relevant erfaring på transportområdet”.

Klagenævnet finder efter ordlyden af referencekravets 2. led, at en rimeligt velinformeret og normalt omhyggelig tilbudsgiver må forstå kravet således, at det vedrører økonomiske aktører, der ikke tidligere har udført opgaver inden for transport af affald, uanset stiftelsestidspunktet for virksomheden. Kravet, som det er formuleret, kan derfor ikke alene forstås som et krav, der udelukkende vedrører nystartede virksomheder.

Referencekravet er derfor uklart formuleret, og risikoen for denne uklare formulering påhviler efter fast klagenævnspraksis ordregiveren.

På denne baggrund, og idet det lægges til grund som ubestridt, at Odsherred Kommune ikke i overensstemmelse med referencekravets 2. led har vurderet, om Søborg A/S på anden vis har godtgjort den relevante erfaring inden for transportområdet, har Odsherred Kommune handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise tilbuddet fra Søborg A/S som ukonditions-mæssigt.”

Det følger således af klagenævnets kendelse, at referencekravets 2. led må forstås således, at dette vedrører økonomiske aktører, der ikke tidligere har udført opgaver inden for transport af affald, uanset stiftelsestidspunktet for virksomheden. I udbudsbetingelserne er det dog ikke nærmere præciseret, hvad der udgør ”relevant erfaring på transportområdet”, og det er således uklart, hvad der ville indgå i Odsherred Kommunes vurdering i forbindelse med evalueringen af tilbud i relation til referencekravets 2. led. På den baggrund kunne Odsherred Kommune heller ikke have truffet en lovlig tildelingsbeslutning. Der er derfor ikke grundlag for at tilkende Søborg A/S erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse som påstået i påstand 4.

Det afgørende for, om Odsherred Kommune skal erstatte Søborg A/S’ for-gæves afholdte omkostninger i forbindelse med tilbudsafgivelsen (negativ kontraktsinteresse), er, hvorvidt Søborg A/S’ tilbud kunne anses for at være

konditionsmæssigt. Såfremt tilbuddet var ukonditionsmæssigt, er der ikke årsagssammenhæng mellem overtrædelsen og Søborg A/S' tab.

Som følge af Odsherred Kommunes forståelse af mindstekravets 2. led foretog kommunen ved evalueringen af Søborg A/S' tilbud ikke en vurdering af, om Søborg A/S i overensstemmelse med referencekravets 2. led på anden vis havde godtgjort den relevante erfaring.

Odsherred Kommune har efter tildelingsbeslutningen den 30. september 2024 på baggrund af Søborg A/S' henvendelse af 18. september 2024 om Søborg A/S' tilbuds konditionsmæssighed og under erstatningssagen gjort gældende, at tilbuddet fra Søborg A/S også ville have været ukonditionsmæssigt, hvis kommunen havde vurderet Søborg A/S' tilbud efter referencekravets 2. led, og også selvom klagenævnets forståelse af referencekravets 2. led blev lagt til grund. Uanset at kommunen ikke under den materielle sag gjorde gældende, at Søborg A/S' tilbud også var ukonditionsmæssigt efter referencekravets 2. led, er kommunen under de foreliggende omstændigheder ikke afskåret fra at gøre dette gældende i forbindelse med erstatningssagen.

Det er Odsherred Kommune, der skal godtgøre, at kommunen ville have afvist Søborg A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1, at udbuddet vedrører en entreprise vedrørende Odsherred Kommunes fire genbrugsstationer og en grenplads, herunder at kommunen udbyder følgende ydelser:

- Afhentning af containere fra 4 genbrugsstationer
- Læsning og afhentning af gren- og haveaffald med grab, inklusive stød og rødder (på Odden Genbrugsstation og Rørvig grenplads)
- Flytning af containere internt på pladserne
- Transport til anviste anlæg
- Udlejning af containere.

Referencekravets 2. led lyder:

”Tilbudsgiver skal [...] på anden vis godtgøre den relevante erfaring på transportområdet, jf. Udbudslovens §155, stk. 1, nr. 2). Opgavens art, kontraktsum, kontraktperiode og kundens navn/kontakt bedes oplyst for hver enkelt reference.

Den udbudte entreprise har en anslået værdi på 60.000.000 kr.

Det fremgår af de referencer, Søborg A/S har fremlagt, at disse vedrører:

- levering og bortkørsel af jernbaneskærver, levering af grus og sten, samt bortkørsel af jord,
- transport af tyndslam med tanktrailer
- saltning og snerydning
- transport af bioslam med containere samt containerbiler, og
- levering af sten og grus samt bortkørsel af jord

Det fremgår derudover af de fremlagte referencer, at de har en økonomisk værdi, der varierer fra 1.000.000 kr. + moms til 6.418.167,66 kr. + moms, og at nogle er af flere års varighed.

Kommunen har vedrørende referencerne 1, 3 og 6 redegjort for, at reference nr. 1 og 3 er sammenlignelige af størrelse med en entreprisum på henholdsvis 6.418.167,66 kr. + moms og 4.391.950 kr. + moms pr. år (4 årig kontrakt), og at reference nr. 6 vedrører transport af biomasse eller haveaffald med kranbiler og containerbiler, og derfor er sammenlignelig af art. Kommunen har ikke fundet andre referencer relevante i relation til størrelse eller art (reference nr. 2, 4, 5 og 7).

Søborg A/S har gjort gældende, at virksomheden har fremlagt referencer, som af Odsherred Kommune blev anset for at være sammenlignelige af henholdsvis størrelse og art, og at Søborg A/S derfor opfylder referencekravets 2. led.

Af udbudslovens § 155, stk. 1, nr. 2, fremgår:

”En ordregiver kan kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren dokumenterer sin tekniske og faglige formåen. Dette skal ske på en eller flere af følgende måder:

...

2) En liste over de betydeligste leveringer af varer eller tjenesteydelser, der er udført inden for de seneste 3 år, med angivelse af beløb og tidspunkter og den offentlige eller private modtager. Hvor det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence, kan ordregiveren angive, at der ligeledes vil blive taget hensyn til dokumentation for relevante leveringer af varer eller tjenesteydelser, der er leveret eller udført mere end 3 år tidligere.”

Af forarbejderne til udbudslovens § 155, stk. 1, nr. 2 i lovforslag nr. 19. af 7. oktober 2015, følger det af de specielle bemærkninger til bestemmelsen blandt andet:

”Det fremgår af bestemmelsen i nr. 2, at ordregiveren kan kræve fremlagt en liste over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser i op til 3 år, hvilket betyder, at ordregiveren konkret kan kræve lister over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser fra en [periode], der er kortere end 3 år. De betydeligste leveringer eller tjenesteydelser kan eksempelvis angå den økonomiske værdi. Det kan også angå de leveringer eller tjenesteydelser, der har størst lighed med det konkrete udbud. Som følge heraf kan ordregiveren kræve en nærmere beskrivelse af leveringen eller tjenesteydelserne. Det kan desuden være nødvendigt at tage hensyn til dokumentation af relevante tjenesteydelser og leveringer, der er udført mere end 3 år tidligere, såfremt der er tale om varer eller tjenesteydelser, der kun sjældent udbydes som følge af eksempelvis lang kontraktvarighed.”

Klagenævnet finder i overensstemmelse med det, Søborg A/S har gjort gældende om de kumulative bestemmelser i referencekravets 1. led vedrørende kravet til både art og størrelse, at dette kumulative krav, henset til kravets formulering sammenholdt med udbudslovens § 155, stk. 1, nr. 2, og forarbejderne dertil, ikke også kan indfortolkes i referencekravets 2. led.

Spørgsmålet er herefter, hvorvidt Søborg A/S' fremlagte referencer tilsammen er tilstrækkelige til at opfylde kravet om teknisk formåen efter referencekravets 2. led.

Ved vurderingen har klagenævnet henset til udbudslovens § 155, stk. 1, nr. 2, og forarbejderne hertil, lagt vægt på, at de to referencer, som kommunen har vurderet som relevante i forhold til størrelse, adskiller sig markant i økonomisk værdi (størrelse) i forhold til den udbudte entreprise. I relation til den reference, kommunen har vurderet som relevant i forhold til art, har klagenævnet lagt vægt på, at det af referencekravets 2. led – trods manglende angivelse af, hvad der forstås ved ”relevant erfaring på transportområdet” – ikke kan udledes, at en enkelt reference opfylder kravet om teknisk formåen.

På denne baggrund finder klagenævnet ikke tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte Odsherred Kommunes vurdering, hvorefter Søborg A/S' tilbud også efter referencekravets 2. led ville være afvist som ukonditionsmæssigt. Klagenævnet finder heller ikke grundlag for at fastslå, at kommunen ved den efterfølgende evaluering har inddraget usaglige hensyn, herunder har handlet

uden for rammerne af det skøn, der tilkommer en ordregiver i forbindelse med dennes vurdering af en tilbudsgivers opfyldelse af mindstekrav.

Søborg A/S' nye reference, som virksomheden fremsendte i forbindelse med Odsherred Kommunes genudbud, hvorefter virksomhedens tilbud ikke blev afvist som ukonditionsmæssigt, kan ikke tillægges betydning ved vurderingen af Søborg A/S' tilbud i relation til kommunens første udbud, som denne sag vedrører.

Herefter foreligger der ikke den nødvendige årsagssammenhæng mellem de begåede overtrædelser og de afholdte udgifter ved udarbejdelse af tilbuddet. Søborg A/S har derfor heller ikke krav på erstatning i form af negativ kontraktinteresse.

#### Herefter bestemmes

Påstand 3 afvises.

I øvrigt frifindes Odsherred Kommune.

Vognmand Andreas R. Søborg A/S skal vedrørende denne del af sagen i sagsomkostninger betale 20.000 kr. til Odsherred Kommune.

Beløbet skal betales inden 14 dage efter, at denne afgørelse er meddelt parterne.

Johann Herzog