

K E N D E L S E

Zurich Danmark, Filial af Zurich Insurance PLC, Irland  
(advokat Søren Bergenser og advokat Mai-Brit Hauge Garval, Aalborg)

mod

København Kommune  
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

Klagenævnet har truffet afgørelse uden medvirken af sagkyndig, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 6.

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 188-424850 af 26. september 2018, udbød Københavns Kommune som offentligt udbud efter udbudsloven på Mercell Københavns Kommunes Property forsikring (bygning/løsøre) for perioden 1.1.2019 – 31.12.2021 med mulighed for forlængelse i 2 x 1 år. Udbuddet var inddelt i to delaftaler.

Ved tilbudsfristens udløb den 5. november 2018 havde blandt andre Zurich Danmark, Filial af Zurich Insurance PLC, Irland (Zurich), Protector Forsikring ASA og Swiss Re Denmark Services A/S afgivet tilbud på delaftalerne.

Den 28. november 2018 meddelte Københavns Kommune Zurich, at kommunen efter standstill periodens udløb den 10. december 2018 agtede at indgå kontrakt med Protector Forsikring ASA og Swiss Re Denmark Services A/S.

Den 7. december 2018 indgav Zurich klage til Klagenævnet for Udbud over Københavns Kommune. Zurich anmodede om, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning. Københavns Kommune protesterede mod, at der blev tillagt klagen opsættende virkning og anmodede klagenævnet om i stedet at træffe realitetsafgørelse i sagen. Da der den 4. januar 2019 skulle tages stilling til, om klagen skulle tillægges opsættende virkning, verserede en uafklaret aktindsigtssag med tilknytning til klagesagen, besluttede klagenævnet ikke at træffe materiel afgørelse i sagen, førend Københavns Kommune havde truffet afgørelse vedrørende aktindsigt, jf. herved forvaltningslovens § 9 b.

Klagenævnet besluttede samme dag ikke at tillægge klagen opsættende virkning under henvisning til, at der ikke forelå ”uopsættelighed”, og vedrørende ”interesseafvejning” at Zurich ikke havde godtgjort, at Zurich’s interesse i, at klagen tillagdes opsættende virkning, vejede tungere end kommunens interesse i det modsatte.

Klagenævnet har den 10. december 2018 meddelt Protector Forsikring ASA og Swiss Re Denmark Services A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Protector Forsikring ASA og Swiss Re Denmark Services A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Zurich har nedlagt følgende påstande:

#### ”Påstand 1

- (A) Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og/eller proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2 ved at forkaste Zurich Danmarks tilbud som ikke-konditionsmæssigt, samt
- (B) Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og/eller proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2 ved opstilling af et uklart udvælgelseskriterie og/eller

- (C) handlet i strid med udbudslovens § 2 og/eller udbudslovens 140, stk. 2 og/eller § 143 ved opstillingen af kravet om 3 referencer.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal pålægge Københavns Kommunes at annullere udbuddet.

#### Påstand 3 (subsidiær til påstand 2)

Klagenævnet for Udbud skal annullere Københavns Kommunes beslutning af 28. november 2018 om ikke at finde Zurich's tilbud konditionsmæssigt, og derfor ikke at tage Zurich's tilbud i betragtning.

#### Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal (A) annullere Københavns kommunes beslutning om at tildele Protector Forsikring A/S delaftale 1 samt (B) annullere indklagedes beslutning om at tildele hhv. Protector Forsikring A/S og Swiss Re Denmark Services A/S delaftale 2.”

Zurich har taget forbehold for at nedlægge påstand om erstatning.

Københavns Kommune har vedrørende påstand 1A, 1B, 1C, 3 og 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge og vedrørende Zurich's påstand 2 nedlagt principalt påstand om afvisning, subsidiært påstand om, at klagen ikke tages til følge.

#### Andre oplysninger i sagen:

Af udbudsbekendtgørelsen af 26. september 2018 fremgår blandt andet:

##### ”II.1.4 Kort beskrivelse

Den udbudte aftale angår København Kommunes udbud af Property forsikring (bygning/løsøre) for perioden 1.1.2019 – 31.12.2021 med mulighed for forlængelse i 2 x 1 år.

...

##### II.2.5 Tildelingskriterier

De nedenfor anførte kriterier

Pris

III.1.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

Udvælgelseskriterier som angivet i udbudsmaterialet

III.1 Betingelser for deltagelse

III:1.3 Teknisk og faglig kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

I referenceperioden har den økonomiske aktør leveret følgende betydelige tjenesteydelser af den anførte type. Ordregivende myndigheder kan kræve op til 3 års erfaring og tillade, at der tages hensyn til erfaring, som ikke er indhøstet inden for de seneste 3 år.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Mindstekrav til udvælgelseskriteriets opfyldelse:

Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver, der byder på delaftale 1, har udført mindst 3 tilsvarende opgaver inden for de seneste 3 år. Med tilsvarende opgaver anses opgaver, som illustrerer erfaring med håndtering af kundeforhold med et betydeligt antal bygninger (eks. 200). Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver, der byder på delaftale 2, har udført mindst 3 tilsvarende opgaver inden for de seneste 3 år. Med tilsvarende opgaver anses opgaver, som illustrerer evnen til at tilbyde kapacitet på min. 250 000 000 DKK, svarende til 10 % af Loss limit.

- Angiv om referencen vedrører delaftale 1 eller delaftale 2 - Navn på kunde - Opgavebeskrivelse (kort) med fokus på om reference illustrerer erfaring med håndtering af kundeforhold med et betydeligt antal bygninger fsva. delaftale 1 og evnen til at tilbyde kapacitet på min. 250 000 000 DKK fsva. delaftale 2 - Kontraktperiode. Ordregiver vurderer kun de 3 første referencer indenfor hver delaftale

...

En enslydende formulering fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 6 "Egnedetskriterier" under overskriften "Minimumskrav til teknisk og faglig formåen". Formuleringen vedrørende referencer er dog sålydende:

"Der må maksimalt angives 3 referencer. I det omfang tilbud indeholder flere end 3 referencer, vil alene de første 3 referencer blive tillagt betydning. Tilbudsgivers beskrivelse af referencer i ESPD udgør den endelige dokumentation for tilbudsgivers tekniske og faglige formåen".

Af udbudsbetingelsernes afsnit 7 "Udfyldelse af ESPD samt krav til dokumentation for egnethed" fremgår blandt andet:

"Dokumentation for egnethed;

Efterfølgende vil den vindende tilbudsgiver blive bedt om at dokumentere, at de krævede mindstekrav for egnethed er opfyldt.

...

Af hensyn til kontraktstart 1.1.2019 ser ordregiver gerne, at tilbudsgiver allerede i sit tilbud vedlægger den krævede dokumentation for egnethed."

Af udbudsbetingelserne fremgår endvidere af afsnit 14, "Tilbudsevaluering samt tildeling af kontrakt", under overskriften "Egnethedsvurdering":

”Ordregiver foretager indledningsvis en vurdering af tilbudsgivernes generelle egnethed til at varetage den udbudte opgave. Formålet med egnethedsvurderingen er at sikre, at konkurrencen om den tilbudte opgave kommer til at foregå mellem aktører, der er egnede til at varetage opgaven. Egnethedsvurderingen vil ske på baggrund af det udfyldte og underskrevne ESPD-dokument (”det fælleseuropæiske udbudsdokument”), samt de efterspurgte oplysninger under afsnittet ”Egnethedskriterier”.

...”

Zurich afgav tilbud inden tilbudsfristens udløb den 5. november 2018. Foruden tilbudsbeskrivelsen udfyldte Zurich et ESPD på den elektroniske platform Mercell. Zurich havde i ESPD'et indsat følgende reference:

”...

| Beløb              | Startdato  | Slutdato   |
|--------------------|------------|------------|
| 800.000.000,00 DKK | 01-06-2014 | 31-12-2018 |

Beskrivelse

Property forsikring - vores andel af nuværende Loss limit DKK 2.000.000.000

Modtagere Københavns Kommune

...”

Tilbuddet indeholder ikke andre oplysninger om referenceopgaver.

Af Københavns Kommunes underretning af 28. november 2018 til Zurich fremgår bl.a.:

Zurich Danmark har i sit tilbud (ESPD'et) alene givet én reference. Idet Zurich Danmark således ikke i tilbuddet har dokumenteret at have udført mindst 3 tilsvarende opgaver inden for de seneste 3 år, kan Kommunen ikke tage tilbuddet i betragtning. I overensstemmelse med Klagenævnet for Udbuds praksis anser Kommunen sig for *forpligtet* til at forkaste Zurich Danmarks tilbud.

Københavns Kommune oplyste i underretningen, at kommunen agtede at indgå kontrakt med Protector Forsikring ASA og Swiss Re Denmark Services A/S efter standstill periodens udløb den 10. december 2018.

Vedrørende tildelingen af delaftale 2 til Swiss Re Denmark fremgår ifølge Zurich, vedrørende selskabets opfyldelse af egnedetskriteriet: ”ikke vurderet”.

Københavns Kommune har redegjort for forløbet, der førte til, at kommunen besluttede at tildele kontrakten til Swiss Re Denmark. Kommunen har oplyst, at det dokument, som Zurich påberåber sig, er et udtræk fra den elektroniske platform Mercell, som kommunen anvendte til gennemførelsen af udbuddet. Tilbudsgiverne skulle som en del af tilbuddet udfylde ESPD'et på denne platform. Dokumentet er således en automatisk genereret udskift af de oplysninger og ”kommandoer”, som er afgivet i Mercell. Dokumentet afspejler ikke kommunens (endelige) vurdering af de modtagne tilbud.

Swiss Re Denmark Services A/S havde i ESPD'et vedrørende opfyldelsen af mindstekravet til teknisk og faglig formåen anført følgende:

”

| III.1.3) Dokumentationskrav vedrørende leverandørens tekniske og faglige kvalifikationer                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |          |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|------------|
| <p>For så vidt angår tjenesteydelseskontrakter: udførelse af tjenesteydelser af den anførte type<br/>           Kun for så vidt angår offentlige tjenesteydelseskontrakter: I referenceperioden har den økonomiske aktør leveret følgende betydelige tjenesteydelser af den anførte type. Ordregivende myndigheder kan kræve op til tre års erfaring og tillade, at der tages hensyn til erfaring, som ikke er indhøstet inden for de seneste tre år.<br/> <b>Mindstekrav til udvælgelseskriteriets opfyldelse</b><br/>           Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver, der byder på delaftale 1, har udført mindst 3 tilsvarende opgaver inden for de seneste 3 år. Med tilsvarende opgaver anses opgaver, som illustrerer erfaring med håndtering af kundeforhold med et betydeligt antal bygninger (eks. 200). Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver, der byder på delaftale 2, har udført mindst 3 tilsvarende opgaver inden for de seneste 3 år. Med tilsvarende opgaver anses opgaver, som illustrerer evnen til at tilbyde kapacitet på min. 250 mio. kr., svarende til 10% af Loss limit. - Angiv om referencen vedrører delaftale 1 eller delaftale 2 - Navn på kunde - Opgavebeskrivelse (kort) med fokus på om reference illustrerer erfaring med håndtering af kundeforhold med et betydeligt antal bygninger fsva. delaftale 1 og evnen til at tilbyde kapacitet på min. 250 mio. kr. fsva. delaftale 2 - Kontraktperiode<br/>           Ordregiver vurderer kun de 3 første referencer indenfor hver delaftale</p> |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |          |            |
| Indkøbers evaluering                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |          |            |
| Ikke vurderet                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |          |            |
| Beskrivelse                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Tidligere forsikringsgiver på Københavns Kommunes All-risks forsikring (2013 - 2015), Nuværende forsikringsgiver for Stockholms Läns Forsäkring.St. Erik, Stockholm Kommune captive, Göta Leon, Göteborg Kommune captive. Forsikring af anden offentlig og erhvervsmæssig all-risks forsikring, både i Norden, Europa og USA. |          |            |
| Beløb                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 250.000.000,00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | DKK      |            |
| Startdato                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 01-05-2013                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Slutdato | 01-10-2018 |
| Modtagere                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Københavns Kommune, Stockholms läns försäkring, Øvrige nordiske, europæiske og internationale kunder der ikke er offentligt publicerede.                                                                                                                                                                                      |          |            |

...”

En sektionschef i Københavns Kommune skrev i en mail til kommunens forsikringsmægler den 8. november 2018 blandt andet:

”vi bliver nødt til at udelukke de to selskaber der ikke har leveret den dokumentation, fra udbuddet og tilbudssammenligningen. I forhold til SwisRe, så er det vores forpligtelse at sikre den dokumentation de sender er korrekt. Så her vil bør vi godt kunne bede om en berigtigelse”

Forsikringsmægleren svarede senere samme dag blandt andet:

”På baggrund af dette, mener jeg det er korrekt, at vi nu beder Swiss Re bekræfte/udbyde det de skriver under referencer. Enig?”

Den 12. november 2018 skrev sektionschefen til forsikringsmægleren blandt andet:

”...Ja, jeg synes at vi skal bede Swiss Re om uddybning...”

Den 15. november 2018 skrev kommunen således til Swiss Re Denmark Services A/S:

”Spørgsmål til Swiss Re:

...

”Vi skal bede jer bekræfte, at der i ovenstående er tale om min. 3 referencer – og samtidigt bekræfte, at det for alle referencers vedkommende er tale om samme start- og slutdato.

Hvis det forholder sig anderledes bedes I oplyse dette.

...

Swiss Re – svar:

”Jeg kan bekræfte at vi har min. 3 referencer. Disse har ikke samme start og slut dato.

I forhold til Københavns Kommune er dette den eneste afsluttede relation, som vi som bekendt meget gerne etablerer igen.

Stocholms läns Forsäkring (Stockholms Regionens försäkrings AB - SRF captive) etableret pr. 1 Jan. 2018 og er fortløbende.

St. Erik - Stockholm kommune captive - eksisterende relation - ikke slutdato.

Göta Leon, Göteborg Kommune captive - eksisterende relation - ikke slutdato.

De nævnte referencer har alle et relativt højt selvrisko niveau og dermed sammenlignelige med nuværende Property udbud for Københavns kommune. De har alle en kapacitet på min. 250 MDKK pr kunde.

...”

## Parternes anbringender:

### Ad påstand 1

Zurich har til støtte for sin påstand gjort gældende, at det af de citerede udbudsbetingelser intetsteds fremgår, at det er en forudsætning for at deltage i udbuddet, at der fremlægges dokumentation for 3 referencer, alligevel har Københavns Kommune valgt ikke at tage Zurich's tilbud i betragtning alene med henvisning til de angiveligt manglende referencer.

Uklarheden i udbudsbetingelserne har resulteret i en vilkårlig forskelsbehandling af tilbudsgiverne, idet de tilbudsgivere, der har fremlagt dokumentation for tre referencer i deres ESPD, åbenbart er blevet favoriseret overfor de tilbudsgivere, som ikke har fremlagt sådan dokumentation.

I udbudslovens § 143 – såvel som i de generelle principper i § 2 – er indeholdt et krav om, at det klart skal anføres, hvilke(t) krav der stilles til tilbudsgiver, også i forhold til dokumentation.

Det er herunder København Kommunes pligt at gøre udbudsbetingelser tydelige, så der ikke opstår fortolkningstvivl, hverken i forhold til hvilke krav der materielt stilles eller i forhold til præcist hvilke dokumentationskrav, der stilles.

Af de ovenfor citerede udbudsbetingelser fremgår imidlertid intetsteds, at det er en forudsætning for, at et bud findes konditions-mæssigt, at der fremlægges dokumentation for 3 referencer. Det er et kriterium, at tilbudsgiver har udført ”3 tilsvarende opgaver”, ikke at dette dokumenteres ved tilbudsgivningen. Alligevel har Københavns Kommune valgt ikke at tage Zurich's tilbud i betragtning alene med henvisning til de angiveligt manglende referencer.

Det bestrides ikke, at det fremstår som værende et mindstekrav, at ordregiver har udført mindst 3 tilsvarende opgaver – eller at Zurich alene har oplyst én reference. Klager har imidlertid udført mindst 3 tilsvarende opgaver, og opfylder såvel kravet om ”evnen til at tilbyde en kapacitet på 250.000.000” (delaftale 2) som de øvrige kriterier indeholdt i mindstekravsangivelsen ad begge aftaler.



Det fremgår af pkt. 7 i udbudsbetingelserne, at ”Efterfølgende vil den vindende tilbudsgiver blive bedt om at dokumentere, at de krævede mindstekrav for egnethed er opfyldt.”

Det fremgår endvidere, at ordregiver ”gerne” ser, at tilbuddet er vedlagt dokumentation for egnethed; hvilket ”gerne ser” imidlertid heller ikke kan sidestilles med ”skal”, men netop også lægger op til den forståelse at dokumentation kan ske efterfølgende. Udbudsbekendtgørelsen opstiller heller ikke noget klart krav om dokumentation.

Det fremgår således ikke at være en egnethedsbetingelse henholdsvis et krav for, at tilbuddet ville komme i betragtning, at der fremlægges referencer, at der præsenteres dokumentation, allerede ved tilbudsgivningen, jf. udbudslovens § 142.

Derimod fremgår, at der må maksimalt angives 3 referencer, og at yderligere ikke vil blive taget i betragtning, hvilket ikke er det samme, som at der skal angives præcis 3 referencer endside ske dokumentation for mindstekravets opfyldelse.

Ordlyden er ikke bare uklar, men den har givet tilbudsgiver føje til at tro, at evt. dokumentation kunne ske efterfølgende.

Udbuddet har således ikke været tilrettelagt på en måde, der sikrer lighed mellem tilbudsgiverne, hvorfor Københavns Kommunes beslutning om ikke at tage Zurichs tilbud i betragtning er i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip.

Af udbudsbetingelserne fremgår, at tilbudsgiverne ”må” indlevere referencer, men ikke at tilbudsgiverne skal indgive tre referencer eller anden dokumentation, ligesom det ikke fremgår, at fremlæggelse af tre referencer er et mindstekrav for, at et tilbud overhovedet kan anses for konditionsmæssigt og dermed kan tages i betragtning, hvilket så meget desto mere øger kravene til klarhed i udbudsbetingelserne.

Københavns Kommune har derfor ikke overholdt sin forpligtelse til som ordregiver at udføre udbuddet så gennemsigtigt og forudsigeligt som muligt, idet udbudsbetingelserne ikke klart og præcist anfører, at tilbudsgivere skal fremlægge tre referencer. Såfremt fremlæggelse af dokumentation for

udførelsen af tilsvarende opgaver er afgørende for konditionsmæssigheden af et tilbud, burde Københavns Kommune i udbudsmaterialet have anført, at tilbudsgiverne ”skal” fremsende referencer. Uklarheden medfører derfor, at udbudsbetingelserne er i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip.

Derudover er Københavns Kommunes automatiske udelukkelse af at tage Zurich i betragtning en overtrædelse af proportionalitetsprincippet. Dokumentationskravet er ikke proportionalt. Det fremgår ikke af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne skal fremlægge tre referencer, forinden et tilbud kan tages i betragtning. Derfor burde Københavns Kommune have anmodet Zurich om at fremsende denne dokumentation, forinden tilbuddet blev erklæret ikke-konditionsmæssigt, jf. udbudsloven § 159, stk. 5. Det fremgår da også af kommunens korrespondance med forsikringsmægleren, at kommunen rettede henvendelse til Swiss med henblik på en uddybning af oplysninger.

Københavns Kommune har endvidere konkret forskelsbehandlet i strid med ligebehandlingsprincippet, idet der ved evalueringen og tildelingen konkret er sket tilsidesættelse af lighedsgrundsætningen.

Uanset det i evalueringsrapporten – netop ad punktet ”dokumentationskrav vedrørende leverandørens tekniske og faglige kvalifikationer”, under punktet ”indkøbers evaluering” – konstateres: ”ikke vurderet” ad Swiss Re Denmark Services A/S, ér Swiss tilbud taget i betragtning.

Dvs. selvom der konkluderes i forhold til Swiss Re Denmark Services A/S – præcist som for så vidt angår klager – at punktet ikke er vurderet, er Swiss’ tilbud ikke bare taget i betragtning, men Swiss blev tildelt delaftale 2, mens Zurich ikke blev taget i betragtning.

Det ses da heller ikke, at Swiss Re Denmark Services A/S i ESPD’et har meddelt de efterlyste oplysninger.

Ovennævnte uklarhed begrundes, at kommunen i det mindste, både kunne og burde have bragt udbudslovens § 159, stk. 5 i anvendelse, hvorved også bemærkes, at kommunen selv i udbudsbetingelserne har forbeholdt sig at efterlyse dokumentation, med henvisning til § 151, stk. 2.

Zurich har under henvisning til udbudslovens § 159, stk. 3, og princippet i denne bestemmelse bestridt, at en anmodning fra kommunen, jf. bestemmelsens stk. 5, sidste led, ville have ført til en ny ansøgning/nyt tilbud, og gjorde gældende, at undersøgelsen netop ville have afbødet de uklarheder, udbudsmaterialet frembød.

Der er således ikke tale om, at Zurich ”reelt ville have haft mulighed for at afgive et nyt tilbud”, således som anført af kommunen.

Zurich skulle selvsagt ikke have mulighed for at fastsætte ny pris eller i øvrigt ændre på de tilbudte vilkår for forsikring, men kunne/burde netop have haft mulighed for at dokumentere at opfylde det stillede mindstekrav, således buddet var kommet i betragtning.

Hertil bemærkes i øvrigt, at en ordregiver ifølge fast klagenævnspraksis ikke kan afvise et tilbud på baggrund af manglende overholdelse af uklare krav.

Angående kravet om tre referencer:

Af udbudslovens § 140, stk. 2, der implementerer udbudsdirektivets artikel 58, stk. 5, fremgår følgende:

”Ordregiveren skal fastsætte egnethedskravene som minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen. Ordregiveren kan kun anvende de minimumskrav til egnethed, der er relevante for at sikre, at ansøgere eller tilbudsgivere er egnede til at udøve det pågældende erhverv og har økonomisk og finansiel samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt.”

Af § 140, stk. 2 følger, at ordregiveren kun kan anvende minimumskrav til egnethed, der er relevante for at sikre, at ansøgere eller tilbudsgivere er egnede til at udøve det pågældende erhverv og har økonomisk og finansiel samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt. Af bestemmelsen følger tillige krav om en objektiv klar og entydig formulering, ligesom der skal iagttages det almindeligt gældende proportionalitetsprincip.

Det gøres gældende, at de i § 140 indeholdte generelle krav til opstilling af egnethedskrav som minimumskrav ikke er opfyldt.

Dels er der reelt – ad delaftale 2 - sket en ugenomsigtig sammenblanding af krav til 1) økonomisk kapacitet og 2) teknisk og faglig kapacitet – hvorved kravet om, at ordregiver skal foretage en objektiv klar og entydig formulering, ikke er iagttaget.

Ret beset er der tale om sammenblanding af egnethedskrav, idet krav om økonomisk kapacitet er indeholdt i sidstnævnte: ”evnen til at tilbyde kapacitet på min. 250.000.000 DKK”. At en vis økonomisk kapacitet er relevant bestrides selvfølgelig ikke. Men et krav herom, skal fremstå som et sådan, ikke et ”teknisk og fagligt” kriterium. I bedste fald må angivelsen anses uklar.

Det fremgår heller ikke, hvordan kriteriet vægtes, i det omfang der måtte være sammenfald i tilbudte priser (promillesatser).

Dertil er det grundlæggende proportionalitetskriterium ikke overholdt.

Selvom det ikke fremgår af udbudsbetingelserne, har det været en egnethedsbetingelse, at tilbudsgiverne fremlagde tre referencer for lignende opgaver, samt at referencerne indeholdt oplysninger om navnene på de pågældende kunder. Forsikringsaftaler af en sådan størrelse er sædvanligvis underlagt en fortrolighedsaftale, hvorfor kravet om fremlæggelse af navne på de pågældende forsikringstagere ikke er en egnet, nødvendig og/eller forholdsmæssig oplysning i forhold til at blive bekendt med, om tilbudsgiverne har udført lignende opgaver. Dette krav er derfor i strid med proportionalitetsprincippet, da Københavns Kommune kunne have indhentet betryggende informationer om tilbudsgivers kvalifikationer/referencer uden, at navnene på tilbudsgivernes kunder skulle fremlægges.

Som anført ovenfor er kravet uklart, men dertil er det også i strid med de grundlæggende principper, jf. udbudslovens § 2, og håndteret i strid med principperne og i sig selv, efter sit indhold, i strid med § 140 og/eller § 143, herunder særligt i strid med det også i § 140 indeholdte proportionalitetskrav.

På baggrund af ovenstående bør klagenævnet konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og/eller proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2, både

generelt ved opstillingen af det uklare krav (Påstand 1A og B), ligesom klagenævnet bedes konstatere (Påstand 1C), at kommunen har handlet i strid med udbudslovens § 2 og/eller udbudslovens 140, stk. 2 og/eller § 143 ved selve opstillingen af kravet om 3 referencer.

Københavns Kommune har til støtte for sin påstand gjort gældende, at det entydigt fremgår af både udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, at det var et mindstekrav, at tilbudsgiver skulle have udført tre tilsvarende opgaver inden for de seneste tre år. Tilsvarende fremgår det af begge dokumenter, at tilbudsgiverne skulle erklære mindstekravets opfyldelse ved at udfylde og aflevere et ESPD som en del af tilbuddet.

Der hersker derfor ingen tvivl om, at Københavns Kommune i overensstemmelse med udbudslovens § 140, stk. 2, havde fastsat mindstekrav til tilbudsgivers tekniske og faglige formåen. Kommunen har bestridt, at ordlyden i udbudsbetingelserne er uklar og bestridt, at kommunen har givet tilbudsgiverne grund til at tro, at dokumentation vedrørende referencer kunne fremsendes efterfølgende.

Det følger i konsekvens heraf, at Københavns Kommune var forpligtet til at forkaste tilbud fra tilbudsgivere, som ikke opfyldte mindstekravet, jf. herved udbudslovens § 159, stk. 2, hvorefter en ordregiver alene kan tildele en kontrakt, hvis ordregiveren ”har verificeret, at tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale”, herunder at tilbuddet er afgivet af en tilbudsgiver, der ”opfylder de minimumskrav til egnethed, som ordregiveren har fastsat i henhold til §§ 140-143”.

Zurich bestrider ikke, at virksomhedens tilbud alene indeholdt én reference. Idet Zurich således ikke opfyldte det offentliggjorte mindstekrav til teknisk og faglig formåen, var kommunen forpligtet til at forkaste tilbuddet fra Zurich.

Det forhold, at det af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne følger, at tilbudsgiverne maksimalt måtte oplyse tre referencer, og at kommunen derfor kun ville vurdere de første tre referencer inden for hver delaftale, ændrer ikke på ovennævnte konklusion.

Det er tilsyneladende Zurichs opfattelse, at kommunen i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5, var forpligtet til at anmode Zurich om at fremsende dokumentation for yderligere referencer.

Hertil bemærkes indledningsvist, at en ordregiver ikke er forpligtet til at anmode en tilbudsgiver om at fuldstændiggøre tilbuddet. Det følger således af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 159, stk. 5, at

”Såfremt en ansøgning eller et tilbud indeholder fejl eller mangler, er ordregiveren ikke forpligtet til at anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet.”

Dette er endvidere fastslået i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. februar 2017 (Tangsø Idrætscenter mod Lemvig Kommune).

Dertil kommer, at Zurichs manglende opfyldelse af mindstekravet til teknisk og faglig formåen ikke kan kategoriseres som en bagatelagtig eller formel fejl eller mangel, som kan korrigeres ved indhentning af supplerende oplysninger, jf. herved Rettens dom af 10. december 2009 i sag T-195/08. Hvis kommunen havde anmodet Zurich om at supplere de afgivne oplysninger, ville Zurich reelt have haft mulighed for at afgive et nyt tilbud, hvilket går ud over adgangen til at "reparere" i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5.

Kommunen har endeligt bemærket, at de fortrolighedshensyn, som Zurich henviser til, ikke kan føre til, at Zurich ikke skulle opfylde det fastsatte mindstekrav. Ingen andre tilbudsgivere har da heller påberåbt sig sådanne fortrolighedshensyn.

Københavns Kommune har i udbudsgrundlaget entydigt beskrevet det fastsatte mindstekrav til teknisk og faglig formåen. Det er ubestridt, at Zurich ikke opfyldte det fastsatte mindstekrav til teknisk og faglig formåen. Kommunen var derfor berettiget og forpligtet til at forkaste Zurichs tilbud.

Kommunen forkastede tilbuddet fra Zurich og rettede henvendelse til Swiss Re Denmark Services A/S under iagttagelse af ligebehandlingsprincippet. Det er korrekt, at en af kommunens ansatte og forsikringsmægleren internt har anvendt ordet uddybning, men dette ord er irrelevant for den juridiske

vurdering af de nedlagte påstande. Kommunens henvendelse til Swiss Re Denmark Services A/S skete udelukkende for at få bekræftet indholdet af de referencer, som allerede var identificeret i tilbuddets ESPD. Swiss Re Denmark Services A/S havde således ingen adgang til at afgive nye referencer. Derved befandt Swiss Re Denmark Services A/S og Zurich sig ikke i sammenlignelige situationer, og kommunen har derfor ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at undlade at rette henvendelse til Zurich med det formål at få denne til at fremsende supplerende referencer.

Der er således ikke grundlag for at tage påstand 1 til følge.

#### Ad påstand 2-4

Zurich har til støtte for sin påstand gjort gældende, at klagenævnet kan lægge til grund, at Zurich har haft tre tilsvarende opgaver. Disse tre referencer er ikke fremlagt, da der er tale om fortrolige oplysninger. Såfremt klagenævnet finder fremlæggelsen af referencerne nødvendige for nærværende klage, vil referencerne kunne fremlægges. Det skal dog blot i den forbindelse bemærkes, at forsikringsaftaler af denne størrelse ofte er underlagt en fortrolighedsaftale, hvorfor fremlæggelsen af referencer forudsætter en godkendelse fra de respektive forsikringstagere.

Klagenævnet kan ydermere lægge til grund, at Zurich ville have fremlagt tre referencer, såfremt Københavns Kommune i udbudsmaterialet klart havde angivet, at tilbudsgivere skulle fremlægge tre referencer for, at tilbuddet kunne anses for konditionsmæssigt. Såfremt Københavns Kommune havde overholdt principperne i udbudslovens § 2 havde Zurich's tilbud været konditionsmæssigt, og tilbuddet havde dermed indgået i evalueringen af tilbudene. Det er vores opfattelse, at Zurich ville have vundet det pågældende udbud, såfremt Københavns Kommune havde overholdt principperne i udbudslovens § 2.

Københavns Kommunes overtrædelse af udbudsreglerne har dermed haft indvirkning på udfaldet af udbuddet.

Zurich var ikke forud for modtagelsen af Københavns Kommunes meddelelse af 28. november 2018 bekendt med, at Zurich's tilbud ikke var konditionsmæssigt. Zurich kunne ikke konstatere Københavns Kommunes overtrædelse af udbudsreglerne forud for modtagelsen af meddelelsen den 28.

november 2018, idet udbudsbetingelserne ikke giver anledning til tvivl. Af udbudsbetingelserne fremgår klart, at tilbudsgiverne ”må” indsende referencer, men ikke at tilbudsgiverne skal. Såfremt udbudsbetingelserne havde givet anledning til tvivl, ville Zurich have gjort Københavns Kommune opmærksom herpå ved at stille spørgsmål herom til Københavns Kommune.

Københavns Kommune havde ikke i udbuddet af deres Property forsikring i 2014 opstillet mindstekrav for egnethed i form af en referenceliste. Forud for modtagelsen af meddelelsen af den 28. november 2018 havde Zurich dermed heller ikke i øvrigt nogen anledning til at tro, at Københavns Kommune ville stille et sådant krav i nærværende udbudsbetingelser.

Zurich har dermed reageret så hurtigt som muligt på København Kommunes overtrædelse af udbudsreglerne.

Som tilbudsgiver har Zurich såvel som samfundet en klar interesse i, at de udbudsretlige principper i udbudslovens § 2 overholdes, idet det modsatte kan have ganske negative konsekvenser for den effektive konkurrence. Dette generelle beskyttelseshensyn til tilbudsgiver og samfundet overstiger i nærværende klage de samfundsmæssige interesser i at opretholde en tildelingsbeslutning.

Udbuddet angår Property forsikring af Københavns Kommune i en femårig periode med start den 1. januar 2019 og med mulighed for forlængelse, hvorfor kontrakten på nuværende tidspunktet slet ikke er påbegyndt, og hvorfor en annullering af tildelingsbeslutningen ikke vil medføre noget samfundsmæssigt værdispild. Tværtimod vil en manglende annulation medføre et samfundsmæssigt værdispil.

Københavns Kommune har principalt gjort gældende, at klagenævnet ikke har kompetence til at pålægge kommunen at annullere udbuddet.

I medfør af § 13, stk. 1, nr. 3 i lov om Klagenævnet for Udbud kan Klagenævnet ”udstede påbud om lovliggørelse af udbudsproceduren eller beslutninger i forbindelse med udbudsforretningen”. Der er ikke herved hjemmel til at pålægge (påbyde) kommunen at annullere udbuddet. Påstand 2 skal derfor afvises.



For det tilfælde, at klagenævnet har kompetence til at pålægge kommunen at annullere udbuddet (eller annullere tildelingsbeslutningen, hvis påstanden skal forstås således), gøres det gældende, at hverken kommunens udbudsgrundlag eller kommunens beslutninger under udbudsprocessen er behæftet med sådanne retlige mangler, at klagenævnet kan pålægge kommunen at annullere udbuddet (eller annullere tildelingsbeslutningen), jf. herved kommunens anbringender i relation til påstand 1.

Der er derfor ikke grundlag for at tage påstand 2 til følge.

### Ad påstand 3

Zurich har specifikt vedrørende denne påstand gjort gældende, at klagenævnet som det mindre i det mere bør annullere Københavns Kommunes beslutning om, at Zurichs tilbud ikke er konditionsmæssigt, idet denne beslutning er truffet i strid med de udbudsretlige principper i udbudslovens § 2, jf. det ovenfor anførte ad påstand 1 og 2.

Københavns Kommune har med henvisning til det ovenfor anførte vedrørende påstand 1 gjort gældende, at kommunens beslutning af 28. november 2018 om at forkaste Zurichs tilbud ikke er behæftet med sådanne retlige mangler, at beslutningen skal annulleres.

Der er derfor ikke grundlag for at tage påstand 3 til følge.

### Ad påstand 4

Parterne har vedrørende denne påstand henholdt sig til det ovenfor anførte ad påstand 1-3 og har ikke anført nærmere vedrørende denne påstand bortset fra, at Zurich har oplyst, at påstanden er nedlagt med henblik på, at udbuddet annulleres.

### Klagenævnet udtaler:

#### Ad Påstand 1-4

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. III.1.3 vedrørende ”Teknisk og faglig kapacitet”, hvilke udvælgelseskriterier der var gældende for udbud-

det, og det var fastsat, at tilbudsgiverne skulle have udført mindst 3 tilsvarende opgaver inden for de seneste 3 år. Det var herunder nævnt, hvad ordregiveren anså for at være en tilsvarende opgave vedrørende begge delaftaler. Det var endvidere oplyst, at tilbudsgiveren skulle angive, om en reference gjaldt delaftale 1 eller delaftale 2 samt ”navn på kunde” og en opgavebeskrivelse. Endelig fremgik, at ”Tilbudsgivers beskrivelse af referencer i ESPD udgør den endelige dokumentation for tilbudsgivers tekniske og faglige formåen.”

Zurich angav alene en ”tilsvarende udført opgave”, og dermed opfyldte Zurich ikke kommunens mindstekrav til tilbudsgivers tekniske og faglige formåen. Københavns Kommune var derfor forpligtet til at se bort fra det af Zurich afgivne tilbud.

Det af Zurich i øvrigt anførte vedrørende påstand 1-4 kan ikke føre til et andet resultat, hvorfor klagen ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Zurich Danmark, Filial af Zurich Insurance PLC, Irland skal i sagsomkostninger til Københavns Kommune betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig