

K E N D E L S E
(sagsomkostninger)

Henrik Tofteng A/S
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

mod

Københavns Universitet
(advokat Andreas Estrup Ippolito, København)

Klagenævnet modtog den 27. november 2014 en klage fra Henrik Tofteng A/S (klageren). Klagen vedrørte et begrænset udbud, som Københavns Universitet (indklagede) havde iværksat ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 121-215679 i henhold til direktiv 2004/18EF (udbudsdirektivet) af en kontrakt om indsamling og transport af affald fra Københavns Universitets fakulteter. Henrik Tofteng A/S, som hidtil havde haft kontrakten, blev prækvalificeret den 21. august 2014 sammen med 6 andre ansøgere og afgav tilbud inden udløbet af tilbudsfristen. Ved tilbudsevalueringen blev tilbuddet fra Henrik Tofteng A/S anset for ukonditionsmæssigt, da tilbuddet ikke var vedlagt tilstrækkelig dokumentation for, at en i udbudsbetingelserne krævet sikkerhed kunne stilles.

I klageskriftet nedlagde Henrik Tofteng A/S påstand om, at Københavns Universitet med urette havde anset Henrik Tofteng A/S' tilbud for ukonditionsmæssigt og om, at klagenævnet skulle annullere tildelingsbeslutningen af 17. november 2014.

Henrik Tofteng A/S anmodede i klageskriftet om, at klagen blev tillagt opsættende virkning.

Klagenævnet for Udbud meddelte i brev af 28. november 2014, at der senest den 19. december 2014 ville blive truffet afgørelse om spørgsmålet om opsættende virkning.

Den 1. december 2014 meddelte Københavns Universitet, at universitet havde annulleret udbuddet, da universitetet havde konstateret uklarheder i udbudsmaterialet, som kunne have haft betydning for den trufne tildelingsbeslutning og for, om universitetet havde fået de bedst opnåelige tilbud på den tilbudte ydelse.

I mail af 4. december 2014 meddelte Henrik Tofteng A/S, at annullationen ikke bevirkede, at klagen blev trukket tilbage. Henrik Tofteng A/S havde den 19. november 2014 anmodet Københavns Universitet om aktindsigt og tilkendegav, at selskabet ville tage stilling til, om klagen opretholdtes, når aktindsigt var blevet givet, og når en uddybende begrundelse for annullationen af udbuddet var givet.

I brev af 16. december 2014 afgav Københavns Universitet en uddybende begrundelse for annullationsbeslutningen. Det anførtes, at der i udbudsmaterialet ikke var fuld klarhed over, hvorledes en "helhedsvurdering" ville blive foretaget, og der var uklarheder i de kvalitative kriterier for tildeling. Disse forhold bevirkede, at der i forhold til udbudsbeskrivelsen kun i et meget begrænset omfang var råderum for en evaluering af kvaliteten af de afgivne tilbud. Hertil kom på et enkelt punkt en modstrid mellem tilbudsliesterne og udbudsbeskrivelsen. Det blev samtidig tilkendegivet, at Henrik Tofteng A/S ville blive givet aktindsigt i de øvrige tilbud.

Den 19. december 2014 blev der givet Henrik Tofteng A/S aktindsigt i de øvrige tilbud. Samme dag fastsatte klagenævnet blandt andet en ny frist for klageren til at fremkomme med nye påstande og anbringender.

Henrik Tofteng A/S rettede den 13. marts 2015 henvendelse til klagenævnet i anledning af, at selskabet ikke havde fået fuld aktindsigt i de indkomne tilbud. I brev af 27. marts 2015 oplyste Københavns Universitets advokat, at der var givet aktindsigt i det fulde materiale. I mail af 8. april 2015 kommenterede Henrik Tofteng A/S behandlingen af anmodningen om aktindsigt og bad klagenævnet om at oplyse, om klagegebyret ville blive tilbagebetalt, hvis klagen blev trukket tilbage. Henrik Tofteng A/S gentog sin forespørg-

sel i mail af 7. juli 2015. I mail af 10. juli 2015 – genfremsendt den 22. juli 2015 – tilkendegav klagenævnet som sin foreløbige opfattelse, at betingelserne for at tilbagebetale klagegebyret ikke var opfyldt, men at den endelige afgørelse og afgørelse om sagsomkostninger ville blive truffet i forbindelse med sagens afslutning.

Den 17. august 2015 meddelte Henrik Tofteng A/S, at klagen opretholdtes og indleverede samtidig et revideret klageskrift med følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets art. 2, ved i udbudsbetingelserne at anføre uklare oplysninger om i) hvordan den ”helhedsvurdering”, der var foreskrevet i udbudsbeskrivelsens punkt 2.3, ville blive foretaget, ii) de kvalitative kriterier for tildeling, idet udbudsbetingelserne ikke indeholdt en beskrivelse af, hvilke forhold der ville blive tillagt positiv betydning ved evalueringen af de krævede oplysninger, og iii) hvorvidt tilbudsgivernes priser for engangsemballage ville blive tillagt vægt ved tilbudsevalueringen.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning af 17. november 2014 om at tildele kontrakten til M. Larsen Vognmandsfirma A/S.”

Som det ses gengiver påstand 1 Københavns Universitets begrundelse for at annullere udbuddet.

Der fremkom ingen reaktion fra Københavns Universitet på det reviderede klageskrift fra Henrik Tofteng A/S, og på grund af en fejl fra klagenævnets side blev universitetet heller ikke anmodet om bemærkninger hertil.

I mail af 18. august 2016 rettede Henrik Tofteng A/S henvendelse til klagenævnet om sagen. Det oplystes, at Henrik Tofteng A/S var indstillet på at trække klagen tilbage, hvis klagegebyret ville blive tilbagebetalt og universitetet pålagt at betale sagsomkostninger. Klagenævnet svarede, at en klage ikke betingelsesvist kunne tilbagekaldes, og opfordrede Henrik Tofteng A/S til at meddele, om klagen endeligt blev tilbagekaldt.

I mail af 19. september 2016 trak Henrik Tofteng A/S klagen tilbage.

Københavns Universitet har afgivet en udtalelse om sagsomkostningsspørgsmålet og har blandt andet anført, at universitetet afventede klagenævnets stillingtagen til sagens videre forløb efter indleveringen af det reviderede klageskrift, som universitetet havde svært ved se formålet med. Det reviderede klageskrift blev indleveret 8 måneder efter, at udbuddet var blevet annulleret og henviste blot til universitetets uddybende begrundelse for at annullere udbuddet. Universitetet kan ikke anses som den tabende part, da udbuddet blev annulleret af andre grunde end dem, klagen angår. En hvilken som helst klage – hvor udsigtsløs den end måtte være – kan ikke begrunde pålæggelse af sagsomkostninger, hvor udbuddet annulleres af grunde, der ingen sammenhæng har med det, som klagen angår. Henrik Tofteng A/S har valgt at fastholde klagen, selv om det eneste udestående spørgsmål mellem parterne efter annullationen alene var spørgsmålet om tilbagebetaling af klagegebyret og sagsomkostningsspørgsmålet. Den fastholdte klage har i sig selv påført universitetet omkostninger.

Klagenævnets resultat og begrundelse

I klageskriftet nedlagde Henrik Tofteng A/S blandt andet påstand om, at klagenævnet skulle annullere Københavns Universitets tildelingsbeslutning. Københavns Universitet annullerede efter klagens indgivelse udbuddet. Udgangspunktet er i en sådan situation, at det indbetalte gebyr skal tilbagebetales, og at der skal pålægges universitetet sagsomkostninger, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 3 og 4.

Henrik Tofteng A/S tilbagekaldte imidlertid ikke klagen, efter at udbuddet var blevet annulleret, men opretholdt klagen og indleverede et revideret klageskrift med til dels ændrede påstande og nye anbringender.

Da Københavns Universitet har ændret sin tildelingsbeslutning i overensstemmelse med den påstand om annullation, som Henrik Tofteng A/S nedlagde i klageskriftet, skal det indbetalte gebyr tilbagebetales til Henrik Tofteng A/S. Det må gælde, uanset om der er sammenhæng mellem beslutningen om at annullere tildelingsbeslutningen og den indgivne klage.

Når behandlingen af klagen er fortsat, efter at universitetet annullerede tildelingsbeslutningen, og først blev tilbagekaldt på et senere tidspunkt, er der

ikke grundlag for at anse Københavns Universitet som den tabende part. Udgangspunktet om, at der skal pålægges universitetet sagsomkostninger, kan derfor ikke opretholdes. Der er efter sagens forløb heller ikke tilstrækkeligt grundlag for at pålægge Henrik Tofteng A/S at betale et beløb til dækning af universitetets sagsomkostninger for perioden efter annullationen.

Derfor bestemmes:

Klagegebyret tilbagebetales.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
specialkonsulent