

K E N D E L S E

UCplus A/S  
(advokat Gitte Holtsø og  
advokat Peter Stassen, København)

mod

Esbjerg Kommune  
Vejen Kommune  
Varde Kommune  
v/Esbjerg Kommune  
(advokat Andreas Christensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 059-098857 af 21. marts 2016 udbød Esbjerg Kommune, Vejen Kommune og Varde Kommune som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit 3, kapitel 16, om ”light-ydelser” en kontrakt om levering af danskuddannelse til voksne udlændinge efter lovbe- kendtgørelse nr. 772 om danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl. med senere ændringer. Kontrakten blev udbudt med Esbjerg Kommune som an- svarlig for gennemførelsen af udbuddet og driftsansvarlig i forhold til un- dervisning for kursister henvist fra Esbjerg Kommune, Vejen Kommune og Varde Kommune. Det blev oplyst, at kontrakten havde en anslået værdi på 160 mio. kr. ekskl. moms.

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 079-139644 af 19. april 2016 med- delte kommunerne, at de havde besluttet at annullere udbuddet om levering af danskuddannelse og arbejdede på et snarligt genudbud.

Ved udbudsbekendtgørelse offentliggjort den 27. maj 2016 på udbudsportalen, Merzell, blev kontrakten på ny udbudt. Det anføres i udbudsbekendtgørelse, at udbudsproceduren er offentligt udbud. I udbudsbetingelsernes punkt 1.3 er det anført, at udbuddet er omfattet af reglerne vedrørende light-tjenesteydelser i udbudslovens afsnit 3, kapitel 16, at ordregiver efter lovens § 186 selv fastsætter en procedure for indkøbet, og at udbuddet gennemføres som udbud med forhandling uden prækvalifikation.

Fristen for indgivelse af tilbud var ifølge udbudsbekendtgørelsen og -betingelserne den 3. juni 2016. Det fremgår, at udbuddet forventedes afsluttet i uge 34 med kontraktstart den 1. januar 2017 og varighed frem til den 31. december 2020.

Klagenævnet har den 8. juli 2016 modtaget en klage fra UCplus A/S.

UCplus A/S ("UCplus") har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Esbjerg Kommune har på vegne af de tre kommuner protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning. Det er oplyst, at der endnu ikke er sket tildeling af kontrakten.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 9 og svarskrift med bilag A og parternes besvarelse af klagenævnets spørgsmål med et unummereret bilag fra UCplus og bilag B fra kommunerne.

### Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Esbjerg Kommune, Vejen Kommune og Varde Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 186, jf. § 2, ved at fastsætte et usagligt og disproportionalt minimumskrav til tilbudsgivernes økonomiske/finansielle formåen om, at tilbudsgiverne i 2015 som minimum skulle have en omsætning på 40 mio. kr. stammende fra aktiviteter på lovområdet for danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl. efter lovbekendtgørelse nr. 772 af 10. juni 2015.

### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Esbjerg Kommune, Vejen Kommune og Varde Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 186, jf. § 2, ved uden saglig grund at fastsætte differentierede minimumskrav til økonomisk/finansiell formåen for henholdsvis nystartede og etablerede tilbudsgivere.

### Påstand 3

Klagenævnet skal pålægge Esbjerg Kommune, Vejen Kommune og Varde Kommune at lovliggøre udbudsproceduren, jf. § 13, nr. 3, i lov om Klagenævnet for Udbud, således at kommunerne skal aflyse udbuddet af kontrakt om levering af danskundervisning til Esbjerg, Varde og Vejen kommuner.

Esbjerg Kommune, Vejen Kommune og Varde Kommune (i det følgende ”kommunerne”) har påstået, at påstand 1 og 2 ikke skal tages til følge, og at påstand 3 skal afvises, subsidiært ikke tages til følge.

### Andre oplysninger i sagen:

Under det først annoncerede udbud stillede kommunerne, jf. de daværende udbudsbetingelser, blandt andet følgende egnethedskrav:

#### ”5.2 Økonomisk og finansiell formåen

Tilbudsgiver skal opfylde følgende mindstekrav til økonomisk og finansiell formåen:

- Tilbudsgiver skal oplyse om tilbudsgivers omsætning på lovområdet. Omsætningen skal som minimum være 50.000.000 dkk årligt, udfyld udbudsbilag A.
- Inden kontraktindgåelse skal tilbudsgiver fremvise udfyldt bankgaranti, se kontraktbilag 4 samt kontraktens § 9 og § 23.

#### 5.3 Teknisk og/eller faglig formåen

Tilbudsgiver skal opfylde følgende mindstekrav til teknisk og faglig formåen:

- Tilbudsgiver skal angive minimum 3 kommuner, hvor tilbudsgiver leverer samme ydelse. Omsætningstal for disse 3 kommuner

skal oplyses for de seneste 3 år, udfyld udbudsbilag A. Det skal angives, hvornår kontrakterne er indgået.”

Der blev under udbudsprocessen stillet spørgsmål vedrørende nødvendighed og proportionalitet af disse krav, jf. et notat af 19. april 2016, som kommunerne offentliggjorde i forbindelse med aflysningen af det første udbud. I notatet anføres det efter gengivelsen af spørgsmålene, at kommunerne i forbindelse med forberedelsen af genudbuddet vil overveje, i hvilket omfang de stillede spørgsmål vil kunne få betydning ved udarbejdelsen af det nye udbudsmateriale.

UCplus havde i en e-mail af 19. april 2016 stillet et yderligere spørgsmål vedrørende egnethedskravene, som ikke blev offentliggjort i forbindelse med aflysningen. Det er heri blandt andet anført:

”... Fra UCplus’ side har vi forsøgt og er nået frem til, at det er aldeles sandsynligt, at kun 4 af de ikke kommunale sprogskoler i Danmark har en omsætning på over 50 millioner kr. på lovområdet på en juridisk enhed. ...”

I udbudsbetingelserne vedrørende det nuværende udbud er der blandt andet stillet følgende egnethedskrav:

#### ”5.2 Økonomisk og finansiell formåen

Tilbudsgiver skal opfylde følgende mindstekrav til økonomisk og finansiell formåen:

- Tilbudsgiver skal bekræfte ved underskrift på bilag A, at dennes omsætning på lovområdet for Danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl. efter lovekennetgørelse nr. 772 af 10. juni 2015, som minimum har været 40.000.000 dkk årligt i 2015.
- Inden kontraktindgåelse skal tilbudsgiver fremvise en udfyldt bankgaranti, se kontraktbilag 4 samt kontraktens § 9 og § 23.

#### 5.3 Teknisk og/eller faglig formåen

Tilbudsgiver skal opfylde følgende mindstekrav til teknisk og faglig formåen:

- Tilbudsgiver skal angive minimum 3 kommuner, hvor tilbudsgiver leverer Danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl. efter lovekennetgørelse nr. 772 af 10. juni 2015. Omsætningstal for

disse 3 kommuner skal oplyses for de seneste 3 år, udfyld udbudsbilag A. Omsætningen pr. kommune pr. år skal være på minimum dkk 8 mio. pr., eller dkk 20 mio. i alt for de tre kommuner pr. år. Det skal angives, hvornår kontrakterne er indgået

- ...

#### 5.4 Nystartede virksomheder

Såfremt tilbudsgiver er en nystartet virksomhed skal tilbudsgiver i stedet for kravene i pkt. 5.2 og 5.3, i medfør af principperne i udbudslovens § 154, stk. 2 fremlægge dokumentation for følgende:

- CV'er for de ledende medarbejdere i virksomheden, som samlet dokumenterer 4 års ledelseserfaring (forstander, afdelingsleder el. tilsvarende) inden for lovområdet samt kontraktansvar for kontrakter inden for lovområdet på minimum en værdi til dkk 40 mio. kr. – senest i 2010
- Et bindende forhåndstilsagn om en bankgaranti i form af en anfordringsgaranti på dkk 10 mio. Udfyld udbudsbilag G."

UCplus opfylder ikke kravet i punkt 5.2 om en minimumsomsætning "på lovområdet" på 40 mio. kr. og er dermed afskåret fra at afgive tilbud i forbindelse med genudbuddet. Det samme gjaldt det oprindelige udbud, hvor omsætningskravet "på lovområdet" var 50 mio. kr.

Kommunerne har den 17. maj 2016 offentliggjort spørgsmål/svar og har i den forbindelse i et særskilt notat af samme dato besvaret spørgsmål 6 og 7 om kravene i udbudsbetingelsernes punkt 5.2 - 5.4, (spørgsmål nr. 6 er stillet af UCplus).

De to spørgsmål lyder:

#### Spørgsmål 6

"Det er med beklagelse, at jeg er nødt til at skrive til jer igen, denne gang om genudbuddet af danskuddannelserne i de 3 kommuner. Igen er det om punkt 5 i udbudsmaterialet om udelukkelse og egnethed.

I genudbuddet er der korrektioner i forhold til det oprindelige udbud omkring udelukkelse og egnethed. Korrektionerne er dog ikke tilstrækkelige til, at kravene til minimums omsætning mv. er blevet saglige og hænger sammen med og står i forhold til kontraktens genstand, altså

vinderens evne til levering af danskuddannelse til Esbjerg, Varde og Vejen kommuner.

Som disse krav er formuleret, er det stadig ikke sandsynligt, at mere end 3 bydere vil kunne byde på danskuddannelserne i de 3 kommuner. (Se tidligere mail fra 19/4). Af disse 3 har den ene aldrig budt uden for eget lokalområde og jeg er alvorligt i tvivl om den 3. reelt kan vise en omsætning på mere end 40 millioner specifikt på lovgivningens område.

For X's vedkommende kan jeg sige, at vi havde en samlet omsætning på 90 millioner kr. i 2015 som udbyder af X, X, X og danskuddannelserne. Heraf var de 41 millioner på vores sprogcentre i 5 kommuner. En meget lille del af omsætningen på vores sprogcentre udgøres af X og X, hvilket dog betyder, at vi ikke helt kan fremvise en omsætning på 40 millioner på lovområdet i 2015, idet X og X ikke høre ind under lovbekendtgørelse nr. 772 af 10. juni 2015, selv om begge programmer er betalt af kommunerne og henvender sig til lignende målgrupper med et indhold af samme karakter, som danskuddannelserne i nævnte bekendtgørelse. I øvrigt kan jeg oplyse, at X indgik driftsaftale med den første kommune i X, at X har overenskomst med LC/Uddannelsesforbundet og at X soliditetsgrad i 2014 var X %. Regnskabet for 2015 er endnu ikke endeligt afsluttet.

At X er forhindret i [at] byde på danskuddannelsesopgaven i de 3 kommuner er ikke sagligt og hænger ikke sammen med og står ikke i forhold til X evne til at leverer danskuddannelse til de 3 kommuner. Jeg skal derfor desværre igen gøre opmærksom på, at fortsætter udbudsprocessen uden en eller anden form for korrigerende, som gør det muligt for X og andre seriøse bydere at byde på opgaven, så vil vi være nødsaget til at klage til Klagenævn for Udbud, over at de 3 kommuners udbud af danskuddannelserne er så snævert, at formodentlig kun en aktør vil og kan byde konditions-mæssigt. Klagen vil yderligere centreres om, at krav til tilbudsgivers minimumsomsætning skal være sagligt og hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand, hvilket vil sige vinderens evne til levering af Danskuddannelse til Esbjerg, Varde og Vejen Kommuner."

## Spørgsmål 7

"Spørger har i et svar (2) fra Ordregiver noteret sig, at "Ordregiver ved fastlæggelse af udvælgelseskriterierne har lagt vægt på en kontinuerlig erfaring". Dette var begrundelsen for, at Ordregiver i første omgang ikke ville ændre på udvælgelseskriterierne. Ordregiver har imidlertid efterfølgende valgt alligevel at ændre på udvælgelseskriterierne. Spørger lægger til grund, at Ordregivers formål fortsat er at sikre en udbyder, med en "kontinuerlig erfaring". Spørger beder på denne baggrund Or-

dregiver redegøre nærmere for, hvordan kravene bidrager til at opfylde formålet. Spørgsmålet gælder følgende krav:

1. Kravet om en omsætning i 2015 på minimum 40.000.000 kr.
2. Kravet om leverance af danskuddannelse til minimum 3 kommuner.
3. Præciseringen af at omsætningen pr. kommune i de seneste 3 år skal være på minimum 8.000.000 kr.

eller i alt 20.000.000 kr. pr. år for de 3 kommuner tilsammen.

Det ønskes yderligere oplyst, hvordan de stillede krav står i forhold til den opgave, der er i udbud.

Videre ønskes det oplyst, om Ordregiver er bekendt med, hvad det betyder i forhold til udelukkelse af tilbud fra kvalificerede tilbudsgivere – herunder fra tilbudsgivere, der gennem årene har vundet andre tilbud, som andre kommuner har valgt med afsæt i disse tilbudsgiveres (høje) kvalitet og service og (lave) pris. Eller spurgt på en anden måde: Ved ordregiver, hvor mange (eller rettere hvor få) mulige tilbudsgivere, der vil kunne honorere de stillede krav? Hvis ja, ønskes det oplyst, hvad der er formålet med en sådan voldsom indskrænkning af mulige tilbudsgivere. Hvis nej, ønskes det oplyst, hvordan Ordregiver vil forholde sig til det faktum, at de valgte kriterier udelukker hovedparten af alle – i øvrigt kvalificerede – udbydere med kontinuerlig erfaring fra at afgive tilbud.

Endelig ønskes det oplyst, om Ordregiver med de stillede krav reelt søger at tilgodese andre formål end det nævnte: ”En kontinuerlig erfaring” hos tilbudsgiverne.

Spørger forbeholder sig efter omstændighederne at indbringe sagen for Klagenævnet for Udbud. Forbeholdet tages bl.a. med afsæt i udbudslovens bestemmelser, der bl.a. fastslår, at udbud skal sikre en effektiv konkurrence og den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler, og at Udbudsgivere skal overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Hertil kommer forbuddet mod at udforme udbud på en måde, som kunstigt begrænser konkurrencen. Det forventes, at udbudsgivers svar på ovenstående er så fyldestgørende, at spørger kan vurdere, om udbudslovens ovennævnte bestemmelser er overtrådt.”

Af notatet med kommunernes besvarelse af de to spørgsmål fremgår:

”Ordregiver har i forbindelse med nærværende udbud fastsat krav til egnethed. Ordregiver har i den forbindelse modtaget flere spørgsmål, som ordregiver med dette notat søger at besvare.

...

Med de nye regler vedr. light-tjenesteydelser er ordregiver givet videre rammer for metodefrihed, end de der normalt gælder for udbud efter udbudslovens afsnit 2.

Ud fra en samlet vurdering af tid, transaktionsomkostninger og det kendskab ordregiver har til markedet faldt valget på en proces, hvor prækvalifikation ikke var en del af udbuddet. Havde ordregiver haft en prækvalifikation, ville et begrænset antal aktører have haft mulighed for at byde på opgaven, ligesom de egnethedskrav en ordregiver sætter i forbindelse med en prækvalifikation ville have begrænset feltet af ansøgere.

Ordregiver er ikke forpligtet til at lave sit udbudsmateriale, således at alle kan byde, og det følger af fast klagenævnspraksis, at ordregiver har et vidt skøn i forhold til at fastsætte såvel krav til egnethed som krav til kontraktens genstand.

Det var ordregivers vurdering, at i hvert fald 3-4 aktører ville kunne leve op til de egnethedskrav ordregiver nåede frem til. Hertil kunne ordregiver ikke sige, hvor mange potentielle tilbudsgivere, der kunne være, såfremt aktører på markedet skulle beslutte sig for at danne konsortier, men med konsortier er det ordregivers opfattelse, at der vil være et større marked. Hertil kan ordregiver ikke vide om tilbudsgivere, som lever op til egnethedskravene skulle vælge at lade være med at byde. Hvis der alene var 2 aktører på et marked, ville dette efter udbudslovens afsnit II næppe føre til, at vi kunne tilsidesætte vores udbudspligt, såfremt én aktør på forhånd havde meddelt manglende interesse. Ordregiver har ej heller modtaget sådanne tilkendegivelser. Tværtimod fremgår det fra spørgers side, at der er tre aktører, som kan leve op til egnethedskravene i forbindelse med nærværende udbud.

Kravene til egnethed er fastsat ud fra kontraktens værdi og størrelse. Kontraktens årlige værdi var anslået til at ligge i omegnen af dkk 40-50 mio., og ordregiver anslår stadig dette til at være tilfældet, som det fremgår af den nye udbudsbekendtgørelse (rettet i forhold til tidligere).

Omsætningskravet var sat til dkk 50 mio., hvilket modsvarer kontraktens værdi. Ordregiver finder både dette krav sagligt og proportionalt.

For det første er kravet stillet som et mindstekrav, hvilket ordregiver vil være forpligtet til at gøre såfremt udbuddet var omfattet af reglerne i afsnit II i udbudsloven. Her har lovgiver tilmed fastsat, at et omsætnings-

krav ikke må overstige det dobbelte af kontraktens værdi – lovgiver har i loven dermed givet nogle klare retningslinjer for saglighed. Ordregiver må således stille krav om op til ca. dkk 90 mio.

Ordregiver finder kravet proportionalt, og gør det fortsat. Området er et, der er i rivende udvikling, og det kan være svært at forudse, hvor stor kontrakten over de næste fire kan blive grundet flygtningesituationen. Ordregiver har behov for en leverandør, som har et indgående kendskab til, hvad det kræver at løfte en kontrakt af denne størrelse. Herunder som kan håndtere den udvikling området er i. Her er det nødvendigt med en leverandør, der kan tilføre området den fornødne kapacitet – det er ordregivers opfattelse, at der er langt mere heri, end blot evt. at overtage lokaler og medarbejdere. Ordregiver overvejede i den forbindelse også at stille højere krav til en bankgaranti, men var af den opfattelse, at det vil få negativ indflydelse på de tilbudte priser. Kravet til omsætning var derfor for ordregiver bedre som egnethedskrav.

I forbindelse med, at ordregiver satte kravet ned, blev det vurderet, at feltet af tilbudsgivere ville blive udvidet, men det var omvendt også ordregivers opfattelse, at dkk 40 mio. udgør grænsen for, hvad vores fremtidige samarbejdspartner(e) tilsammen skal kunne fremvise som kapacitet. Vurderingen blev lavet på baggrund af henvendelser fra markedet, uden at markedet i den forbindelse gav ordregiver nærmere eller korrekt anvisning på, hvor et sådant niveau bør ligge for at sikre den efter deres opfattelse mest optimale konkurrencesituation. Kravet er sat ned for at opnå bredere konkurrence, idet der var indikationer på, at det oprindelige krav ikke ville give konkurrence i det omfang, ordregiver havde forudsat.

Med dette krav kan en aktør nu få sin omsætning mere end fordoblet ved at vinde nærværende kontrakt. Dette stiller nogle krav til kapaciteten i virksomheden, og ordregiver finder som ovenfor nævnt området så vigtigt, at omsætningskravet matcher den kapacitet en tilbudsgiver samlet set skal besidde. Ordregiver modtager gerne tilbud fra konsortier. Der står tilmed i materialet, at ordregiver kan basere sig på andre enheders formåen.

Det er endvidere ordregivers opfattelse, at såfremt en leverandør har løftet tilsvarende kontrakter for et lignende antal kommuner, så bør omsætningstallene på området ligge i samme niveau. Hvor kravet nu er sat ned til ddk. 40 mio., så svarer dette til en omsætning hos tre mellemstore kommuner.

Det erindres endvidere at uklare formuleringer vedr. egnethed samt fejl i udbudsbekendtgørelsen om kontraktens værdi var årsag til annullationen. Ordregiver benyttede dog anledningen til at revurdere sine krav.

Dette gælder også for så vidt kravet til referencer, som gav anledning til uklarhed i forbindelse med vores svar i forbindelse med udbuddet, som vi formoder, er det en af spørgerne henviser til. Ordregiver har ikke yderligere kommentarer hertil, da der som sagt var tale om et forkert svar på grund af uklarhederne.

Ordregiver har nu omformuleret kravet til referencer, og de skulle dermed gerne være klare. Kravet om tre kommuner er igen sat, fordi det modsvarer kontraktens genstand, som indebærer kontrakt med 3 kommuner. Kravet er sat til dkk 8 mio. pr. kommune pr. år eller i alt dkk. 20 mio i alt i 3 år for tre kommuner – der henvises til den korrekte formulering i rettelsesbladet til udbudsbekendtgørelsen. Selvom kravet vedrører 3 kommuner, så er der sat lavere krav værdimæssigt.

Ordregiver har ved formuleringen af kravet lagt vægt på at få en leverandør, som ved hvad det kræver at samarbejde med 3 kommuner på samme tid. Men det behøvede ikke at være lige så store kontrakter. Ordregiver ville helst have sat kravet som årsværk (antal kursister), men vurderede det ikke muligt at anvise en model som tilbudsgiverne kunne bruge til opgørelse heraf. Derfor er den sat i værdi, og altså samlet til under halvdelen af værdien af ordregivers kontrakt.

Ordregiver har endvidere præciseret, at erfaringerne skal være inden for lovområdet, for det er kontraktens genstand.

Ordregiver ville sikre sig, at kontrakten tildeles en aktør, som kan håndtere at arbejde med 3 kommuner, og som har bevist at kunne håndtere kontrakter samlet set af en tilsvarende værdi. Området er som nævnt i rivende udvikling, og at der må forventes flere kursister i de kommende år. Leveringssikkerhed er af afgørende betydning, og området er af stor betydning til at kunne overlades mindre erfarne aktører. Kontrakten handler om danskundervisning, men det handler også om integration - så de afledte følger er uendelige, hvis leverandøren ikke er opgaven voksen.”

UCplus' advokat har ved brev af 3. juni 2016 rettet henvendelse til kommunerne om omsætningskravet. Kommunernes advokat har ved brev af 15. juni 2016 fastholdt kravet.

Kommunerne har i svarskriftet oplyst, at baggrunden for nedsættelsen af omsætningskravet på lovområdet fra 50 til 40 mio. kr. årligt var, at kommunerne ikke ønskede, at omsætningskravet skulle udelukke konkurrence om kontrakten. Kommunerne vurderede, at minimum 4 - 5 virksomheder selvstændigt ville kunne opfylde omsætningskravet på 40 millioner kr. årligt.

Endvidere mente kommunerne, at konsortier ville byde ind på den udbudte kontrakt.

På klagenævnets spørgsmål om kommunernes erfaringer med, at konsortier afgiver tilbud under udbud som dette – og om hvorvidt der under udbuddet er afgivet tilbud af konsortier – har kommunerne oplyst:

”Kommunerne kan oplyse, at et enkelt konsortium har afgivet tilbud under nærværende udbud. Den ene deltager i konsortiet er en virksomhed, som kommunerne vurderede ville kunne opfylde omsætningskravet selvstændigt. Kommunerne har ikke modtaget tilbud fra konsortier i tidligere udbud afholdt af kommunerne. Endvidere har kommunerne ikke kendskab til, om konsortier har afgivet tilbud ved lignende udbud.

For fuldstændighedens skyld skal kommunerne oplyse om, at der ved det aflyste udbud - foruden de fire-fem virksomheder kommunerne vurderede ville kunne opfylde omsætningskravet selvstændigt - var andre aktører, der viste interesse for den udbudte kontrakt. Disse andre aktører ville ikke selvstændigt kunne opfylde omsætningskravet. Interessen fra disse andre aktører gjorde dog, at kommunerne vurderede, at der var mulighed for, at de andre aktører kunne opfylde omsætningskravet ved at byde på kontrakten i konsortier. Dette var baggrunden for, at kommunerne vurderede, ”at der var mulighed for, at konsortier kunne byde ind på den udbudte kontrakt.” ”

UCplus har hertil anført:

”Der er - foruden Klager - næppe mere end fem, måske seks, mulige leverandører af danskundervisning på lovområdet:

- Lærdansk, der er en del af Dansk Flygtningehjælp og er Indklagedes eksisterende leverandør af danskundervisning
- AOF - Arbejdernes Oplysningsforbund
- LOF - Liberalt Oplysnings Forbund
- Sprogcenter Hellerup, der er en del FOF - Folkeligt Oplysningsforbund
- A2B A/S
- Muligvis Dekra A/S

Lærdansk, AOF, LOF og FOF er foreninger, og det er efter Klagers opfattelse urealistisk, at de skulle være interesserede i at indgå i et konsortium med andre aktører, herunder særligt private aktører. FOF tilbyder i øvrigt alene danskundervisning på lovområdet i Nordsjælland.

Endvidere leverer Dekra A/S Klager bekendt pt. ikke danskundervisning på lovområdet, og konsortiedannelse med Dekra A/S ville således ikke bringe Klager tættere på at kunne deltage i udbuddet.

Det efterlader således alene én enkelt mulig konsortiepartner for en privat aktør som Klager, nemlig A2B A/S.

Hertil kommer, at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 sætter begrænsninger for muligheden for konsortiedannelse, da en virksomhed, der vil kunne byde alene på en opgave, ikke lovligt vil kunne indgå i et konsortium med konkurrerende virksomheder, hvilket yderligere begrænser antallet af mulige konsortiepartnere. I lyset af dette virker det konkurrenceretligt betænkeligt, når Indklagede oplyser, at der er kommet et bud fra et konsortium omfattende en virksomhed, der ville kunne byde på egen hånd. Jeg henviser i den forbindelse til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning af 17. juni 2014 om konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven.

Muligheden for at indgå i et konsortium for at opfylde omsætningskravet på lovområdet, som Indklagede også tidligere i udbudsproceduren har fremhævet, jf. eksempelvis side 1 i Indklagedes notat af 17. maj 2016 ..., er således i bedste fald teoretisk, hvilket understøttes af, at der siden 2010 har været 23 udbud af danskundervisning (se vedhæftede oversigt), hvoraf ingen - så vidt Klager er bekendt - har haft deltagelse af konsortier."

Kommunerne har i den anledning videre anført:

"Klager anfører, at der er syv leverandører af danskundervisning på lovområdet for den udbudte kontrakt. Indklagede skal supplerende oplyse, at CLAVIS sprog & kompetence samt Integro – Job4Gruppen ApS udviste interesse for det aflyste udbud, hvorfor Indklagede har vurderet, at disse leverandører udgjorde en del af markedet for danskundervisning. CLAVIS sprog & kompetence og Integro – Job4Gruppen ApS' interesse fremgår ... af anskaffelsesrapporten for det aflyste udbud ..., som vedlægges dette brev."

Kommunerne har endvidere besvaret spørgsmål fra klagenævnet som følger:

"1) Hvorvidt der er modtaget tilbud fra udenlandske virksomheder (eksempelvis en tysk sprogskevirkssomhed, som har omsætning og erfaring inden for undervisning af voksne udlændinge (flygtninge/indvandrere) i tysk), og hvorledes sådanne tilbud er håndteret i relation til egnethedskravene i punkt 5.2-5.4?"

Indklagede har ikke i dette udbud modtaget tilbud fra udenlandske virksomheder.

*2) Hvis der ikke er modtaget tilbud fra udenlandske virksomheder, hvorvidt udenlandske virksomheder har stillet spørgsmål vedrørende udbuddet, herunder eventuelt egnethedskravene, eller på anden måde vist interesse i udbuddet?*

Ingen udenlandske virksomheder har stillet spørgsmål vedrørende nærværende udbud eller vist interesse for udbuddet.

*3) Hvis der hverken er modtaget tilbud eller henvendelser om tilbuddet fra udenlandske virksomheder, hvordan kommunerne har forestillet sig i givet fald at håndtere en ansøgning fra en udenlandsk virksomhed, eksempelvis en virksomhed med betydelig omsætning inden for og erfaring med undervisning af voksne udlændinge (flygtninge/indvandrere) i virksomhedens hjemland i sproget i virksomhedens hjemland, men som ikke opfylder de specifikke krav om, at omsætningen skal være på det i punkt 5.2 og 5.3 anførte lovområde – og som heller ikke er nyetableret, jf. punkt 5.4?*

Indklagede skal indledningsvist bemærke, at spørgsmålet efter Indklagedes opfattelse er meget teoretisk. Årsagen hertil er, at udenlandske virksomheder ikke i tidligere lignende udbud, som er afholdt af Indklagede, har udvist interesse for eller afgivet tilbud i disse udbud. Endvidere er Indklagede ikke bekendt med, at udenlandske virksomheder har udvist interesse for eller afgivet tilbud på lignende udbud afholdt i Danmark af andre kommuner.

Hvis Indklagede havde modtaget tilbud fra etablerede udenlandske tilbudsgivere ville indklagede kun have accepteret sådanne tilbud, såfremt de opfyldt de fastsatte krav i udbudsbetingelsernes afsnit 5.2 eller 5.3 ...

Som påpeget ... har Indklagede ud fra en faglig vurdering ikke har ønsket at medtage omsætning fra danskundervisning fra voksenuddannelser i henhold til lovbekendtgørelse nr. 226 af 4. marts 2014 om arbejdsmarkedsuddannelser ("AMU") eller lovbekendtgørelsen nr. 380 af 19. april 2011 om forberedende voksenundervisning ("FVU").

På samme måde ville Indklagede ligeledes vurdere, at omsætning, der hidrører fra undervisning af voksne udlændinge (flygtninge/indvandrere) i en medlemsstat i sproget i pågældende medlemsstat, ikke vil kunne medtages. Vurderingen bunder i, at undervisning et andet sprog end dansk i en anden medlemsstat end Danmark, ikke kan sammenlig-

nendes med den danskundervisning, der skal leveres under den udbudte kontrakt.

En udenlandsk tilbudsgiveres erfaring med undervisning [i] et andet sprog end dansk viser efter Indklagedes opfattelse ikke noget om den udenlandske virksomheds evne til at undervise i dansk. Foruden undervisning i dansk skal undervisningen, der skal leveres under den udbudte kontrakt, give kursisterne en indføring i kultur-, samfunds- og arbejdsmarkedsforhold i Danmark, jf. § 7, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 981 af 28. juni 2016 om danskuddannelse til voksne udlændinge. En sådan erfaring med undervisning i kultur, samfunds- og arbejdsmarkedsforhold i Danmark vil udenlandske virksomheder ikke have, hvis de eksempelvis har undervist udlændinge i et andet sprog end dansk i en anden medlemsstat.

Indklagede gør gældende, at danskundervisningen, der skal leveres i medfør af den udbudte kontrakt, ikke kan sammenlignes med undervisning [i] andre sprog i andre medlemsstater.

Indklagede ville afvise udenlandske tilbudsgivere – lige så vel som danske tilbudsgivere - der ikke kunne honorerer omsætningskravene på det i udbudsbetingelsernes afsnit 5.2-5.3... anførte lovområde.”

UCplus har bemærket:

”Indledningsvis bemærkes igen, at omsætningskravene burde vedrøre tilbudsgivernes økonomiske og finansielle kapacitet, frem for deres tekniske og faglige kapacitet. Indklagedes svar viser dog tydeligt, at sigtet har været tilbudsgivernes teknisk/faglige kapacitet.

Indklagede gør gældende, at erfaring med undervisning af et andet sprog end dansk ikke viser noget om ”virksomhedens evner til at undervise i dansk”. Det bemærkes hertil, at det ikke er selve virksomheden, men virksomhedens personale, der skal forestå undervisningen (samt indføringen i dansk kultur m.v., jf. § 7, stk. 1, i bekendtgørelsen nr. 981 af 28. juni 2016). Virksomheden står derimod for organiseringen af undervisningen, og som anført i klageskriftet stiller organisering af danskundervisning på lovområdet ikke særlige krav til administration, organisation, kompetencer etc. sammenlignet med udbud af andre undervisningstilbud.

Indklagede ville kunne sikre sig, at lovkravene til undervisningen vil blive overholdt, ved at indsætte krav i kontrakten om, at undervisningen vil blive gennemført af kvalificeret personale og i overensstemmelse med lovens krav. Et sådant krav vil indiskutabelt også kunne opfyldes af

udenlandske virksomheder, hvis de hyrer personale med de fornødne faglige kompetencer.

Omsætningskravet gør det imidlertid notorisk umuligt for virksomheder, der ikke allerede har den fornødne omsætning på lovområdet, at byde på kontrakten, selvom de vil kunne sikre den fornødne faglige kapacitet, og udelukker de facto udenlandske virksomheder uden sagligt grundlag. Indklagedes svar understreger således, at omsætningskravet ikke er i overensstemmelse med hverken ligebehandlingsprincippet eller forbuddet mod nationalitetsdiskrimination.”

#### Parternes anbringender:

##### Ad ”fumus boni juris”

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

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

##### Ad påstand 1

UCplus har gjort gældende, at kommunernes krav om en minimumsomsætning på 40 mio. kr. i 2015 ”på lovområdet” indebærer, at tilbudsgiverne i 2015 skal have opnået en omsætning inden for danskundervisning i henhold til lovbekendtgørelse nr. 772 af 10. juni 2015, og at kun meget få (sandsynligvis blot 2 - 3) leverandører, herunder kommunernes nuværende leverandør, har den fornødne omsætning ”på lovområdet” til at kunne afgive tilbud på kontrakten.

I et udbud efter det såkaldte light-regime skal udbudsbetingelserne, herunder minimumskrav til egnethed, være udformet i overensstemmelse med principperne om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet, jf. udbudslovens § 186, jf. § 2. Kommunerne kan som i udbud efter udbudslovens afsnit II, jf. udbudslovens § 142, stk. 2, stille minimumskrav til tilbudsgivernes omsætning. Det er eksempelvis sædvanligt at stille krav om en vis minimumsomsætning set i forhold til kontraktens samlede værdi, idet tilbudsgiverens omsætning giver et vist indtryk af virksomhedens aktivitetsomfang og økonomiske styrke. Dette gælder, uanset om omsætningen

konkret stammer fra andre eller tilsvarende aktiviteter. Formålet med økonomiske og finansielle kapacitetskrav er, at ordregiver kan sikre, at tilbudsgiveren har tilstrækkelig økonomisk kapacitet til at løfte den udbudte aftale, således at der ikke er nogen (eller kun en meget lille) risiko for, at tilbudsgiver i løbet af kontraktperioden på grund af økonomiske forhold vil være ude af stand til at opfylde sine forpligtelser i henhold til kontrakten. Proportionalitetsprincippet indebærer, at egnethedskrav, herunder kravene til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle kapacitet, skal stå i rimeligt forhold til kontrakten. Det betyder, at ordregiver ikke må opstille uforholdsmæssigt høje krav til eksempelvis omsætning, som uden saglig grund begrænser konkurrencen. De økonomiske og finansielle kapacitetskrav sigter endvidere ikke til at belyse tilbudsgiverens tekniske/faglige kundskaber og erfaring. Det må ganske vist antages, at det – i overensstemmelse med, hvad der gælder for udbud efter udbudslovens afsnit II, jf. udbudslovens § 154, stk. 1, nr. 3, – er muligt at efterspørge oplysninger om ”tilbudsgiverens samlede omsætning eller omsætningen inden for det område, som kontrakten vedrører”, men et krav om en minimumsomsætning ”på lovområdet” er så snævert, at det ikke kan anses for sagligt begrundet, og det afspejler ikke reelt, hvorvidt tilbudsgiveren vil være tilstrækkelig økonomisk robust til at kunne opfylde forpligtelserne i kontraktens løbetid. Kravet om en minimumsomsætning ”på lovområdet” indebærer nemlig, at tilbudsgiverne i forhold til opfyldelse af minimumskravet alene kan medregne omsætning fra danskundervisning i henhold til lovbekendtgørelse nr. 772 af 10. juni 2015. Derimod kan omsætning fra danskundervisning (eller anden undervisning) i regi af andre voksenuddannelser, eksempelvis i henhold til lovbekendtgørelse nr. 226 af 4. marts 2014 om arbejdsmarkedsuddannelser (”AMU”) eller lovbekendtgørelse nr. 380 af 19. april 2011 om forberedende voksenundervisning (”FVU”), ikke medregnes. Organisering af danskundervisning i henhold til lovbekendtgørelse nr. 772 af 10. juni 2015 stiller imidlertid ikke særlige krav til administration, organisation, kompetencer etc. sammenlignet med udbud af andre undervisningstilbud, herunder danskundervisning til voksne i offentligt regi. Tværtimod er administrationen formentlig mindre byrdefuld for udbyderen. Det savner saglig grund ikke at inddrage omsætning fra andre voksenuddannelser (eksempelvis AMU og FVU) eller i det mindste fra danskundervisning udbudt på andre voksenuddannelser i omsætningskravet i vurderingen af, om en bestemt tilbudsgiver vil være tilstrækkelig økonomisk robust til at kunne opfylde forpligtelserne i kontraktens løbetid.

Dertil kommer, at kommunerne også i relation til de tekniske/faglige egnethedskrav har inddraget omsætningskapacitet inden for dette helt særlige område for danskundervisning. Kommunerne har således i udbudsbetingelsernes punkt 5.3 stillet et delvist overlappende krav til teknisk/faglig kapacitet. Kravet indebærer, at tilbudsgiverne faktisk i de seneste tre år skal have haft en samlet omsætning inden for ”lovområdet” fordelt på mindst 3 kommuner på 20 millioner kr. pr. år. De mere lempelige krav til omsætning i relation til teknisk/faglig egnethed viser, at de økonomiske og finansielle krav ikke er saglige og proportionale.

Sigtet med krav til en tilbudsgivers økonomiske og finansielle egnethed er som ovenfor anført at sikre, at virksomheden er økonomisk robust, men kommunerne synes med minimumskravene til omsætning ”på lovområdet” at have fokus på at opnå sikkerhed for, at tilbudsgiverne har den fornødne tekniske og faglige erfaring og ekspertise til at løfte opgaven, jf. også notatet med svar på spørgsmål 6 og 7, hvorefter ”Ordregiver har behov for en leverandør, som har et indgående kendskab til, hvad det kræver at løfte en kontrakt af denne størrelse. Herunder som kan håndtere den udvikling området er i. Her er det nødvendigt med en leverandør, der kan tilføre området den fornødne kapacitet – det er ordregivers opfattelse, at der er langt mere heri, end blot evt. at overtage lokaler og medarbejdere”. At kravet om en minimumsomsætning ”på lovområdet” er usagligt og ikke proportionalt understreges af, at kommunerne for visse tilbudsgiveres vedkommende lader sig nøje med en garantistillelse.

Kommunerne har gjort gældende, at omsætningskravet ikke er ”usagligt og disproportionalt”. Omsætningskravet er fastsat med udgangspunkt i kommunernes kendskab til markedet og henvendelser fra aktører i markedet i forbindelse det aflyste udbud. Kommunerne har ønsket, at omsætningskravet ikke skulle være til hinder for konkurrence om kontrakten, og samtidigt villet sikre en leverandør, der havde den tilstrækkelige økonomiske og finansielle formåen til at sikre kontraktens gennemførelse. Omsætningskravet forfulgte således ikke usaglige formål.

Det forhold, at omsætningskravet kun gælder for omsætning inden for lovområdet for den udbudte kontrakt, må ses i lyset af, hvilke krav til økonomisk og finansiell formåen ordregivere kan stille i udbud efter udbudslovens afsnit II. Ordregivere kan her stille krav til økonomisk og finansiell kapacitet, der omhandler omsætning, der nøjagtigt modsvarer den konkrete udbud-

te opgave, jf. herved lovbemærkningerne til bestemmelsen i § 154, stk. 1, nr. 3, om dokumentation for økonomisk og finansiell kapacitet ved fremlæggelse af en erklæring fra tilbudsgivere om deres omsætning inden for det område, som kontrakten vedrører. Det anføres således herom: ”Sådanne omsætningstal kan eksempelvis vedrøre omsætningstal for aktiviteter, der nøjagtigt modsvarer den konkret udbudte opgave”. Da det vil kunne lade sig gøre at stille et omsætningskrav, som det under dette udbud stillede om omsætning inden for lovområdet efter udbudslovens afsnit II, må det også kunne lade sig gøre i udbud efter udbudslovens afsnit III.

Ud fra en faglig vurdering har kommunerne ikke har ønsket at medtage omsætning fra danskundervisning fra voksenuddannelser i henhold til lovbekendtgørelse nr. 226 af 4. marts 2014 om arbejdsmarkedsuddannelser (”AMU”) eller lovbekendtgørelse nr. 380 af 19. april 2011 om forberedende voksenundervisning (”FVU”). Undervisning inden for disse lovområder kan således ikke sammenlignes med danskundervisningen inden for den udbudte kontrakts lovområde. Der stilles eksempelvis andre krav til undervisere og dokumentation ved disse voksenuddannelser (AMU og FVU).

De fastsatte krav til teknisk og faglig formåen i udbudsbetingelsernes punkt 5.3 har et andet formål end omsætningskravet i punkt 5.2 som skal sikre leveringssikkerhed. Referencekravene giver derimod mulighed for at se mere konkret på tilbudsgivernes evner inden for den udbudte kontrakts lovområde.

Da omsætningskravet og referencekravet forfølger forskellige formål, kan det fastsatte referencekrav ikke understøtte, at omsætningskravet er usagligt og disproportionalt.

### Ad påstand 2

UCplus har gjort gældende, at de alternative egnethedskrav i udbudsbetingelsernes punkt 5.4 for ”nystartede virksomheder” indebærer, at nystartede virksomheder kan bevise deres økonomiske kapacitet i tilstrækkelig grad ved at fremlægge et bindende forhåndstilsagn om en garanti på 10 mio. kr. Kravet om CV’er for ledende medarbejdere angår således alene de ansattes faglige erfaring, men er ikke egnet til at belyse tilbudsgiverens økonomiske kapacitet til at opfylde forpligtelserne i henhold til den udbudte kontrakt.

Kommunerne kan formentlig i et vist omfang tage hensyn til nystartede virksomheders muligheder for at dokumentere, at man opfylder egnethedskrav, men differentierede krav er ikke uproblematisk i forhold til ligebehandlingsprincippet.

Et alternativt krav om garantistillelse, som alene kan benyttes af en bestemt gruppe tilbudsgivere, er ikke i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Der er ingen saglig grund til, at en garanti fra en etableret tilbudsgiver ikke på samme måde skulle kunne give kommunerne den fornødne økonomiske sikkerhed for, at kontrakten vil blive gennemført. Det bemærkes, at kommunerne selv i notatet med svar på spørgsmål 6 og 7 har anført, at et forhøjet garantikrav kunne have været et alternativ til minimumskravet til omsætning, jf. det oplyste om overvejelserne om at stille et sådant krav, men at man undlod dette.

Der er tale om forskelsbehandling, som ikke kan begrundes i de nystartede virksomheders forhold. De differentierede minimumskrav til egnethed er således i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 186, jf. § 2.

Kommunerne har gjort gældende, at nystartede virksomheder ikke kan opfylde de fastsatte krav til egnethed i udbudsbetingelsernes punkt 5.2 og 5.3, da disse egnethedskrav forudsætter, at en virksomhed har eksisteret i flere år. Kommunerne har derfor været berettiget til at tilgodese et ønske om, at nystartede virksomheder skulle have mulighed for at deltage i udbuddet af danskundervisning ved at tillade dem at dokumentere deres egnethed på anden vis.

Ønsket om at give så mange virksomheder som muligt adgang til at deltage i konkurrencen om en offentlig kontrakt, er fuldt ud i overensstemmelse med udbudsdirektivets overordnede formål, som er at åbne offentlige indkøb for konkurrence, jf. præambelbetragtning 1 til direktiv 2014/24/EU.

De fastsatte egnethedskrav til nystartede virksomheder, hvorefter de skal bevise deres økonomiske og finansielle formåen ved at fremlægge et bindende forhåndstilsagn om en anfordringsgaranti – ikke kun en garanti – på 10 mio. kr., er lige så byrdefulde som de egnethedskrav, der gælder for etablerede virksomheder. Kravene til nystartede virksomheder sikrer også kommunerne den fornødne økonomiske sikkerhed for, at kontrakten vil bli-

ve gennemført, ~~må afvises~~. Der er således ikke tilsigtet og heller ikke i praksis sket en favorisering af nystartede virksomheder.

Det er ikke en overtrædelse af det udbudsretlige princip om ligebehandling, at kun nystartede virksomheder kan dokumentere deres økonomiske og finansielle formåen ved at fremlægge et bindende forhåndstilsagn om en anfordringsgaranti på 10 mio. kr. Kommunerne har jo netop ikke kunnet stille samme krav til nystartede virksomheders økonomiske og finansielle formåen, som der er stillet til etablerede virksomheder, og har i stedet måttet stillet et alternativt krav (anfordringsgarantien).

Da nystartede virksomheder og etablerede virksomheder er i forskellige situationer, har kommunerne været berettiget til at behandle dem forskelligt.

Kommunerne er enige med UCplus i, at kravet om CV'er for ledende medarbejdere i punkt 5.4, første led, alene angår de ansattes faglige erfaring.

### Ad påstand 3

UCplus har gjort gældende, at overtrædelserne beskrevet i påstand 1 og 2 indebærer, at kommunerne ikke lovligt kan indgå kontrakt på baggrund af det igangværende udbud. Klagenævnet skal derfor i medfør af § 13, nr. 3, i klagenævnsløven pålægge kommunerne at lovliggøre udbudsproceduren ved at aflyse det igangværende udbud.

Kommunerne har gjort gældende, at kommunerne ikke har overtrådt udbudsreglerne som påstået af UCplus. Påstand 3 må derfor afvises.

Tager klagenævnet påstand 2 til følge, kan dette ikke føre til, at påstand 3 skal tages til følge. Der er således ikke nogen nystartede virksomheder, som har valgt at deltage i udbuddet. Det savner dermed mening at aflyse udbuddet.

### Ad uopsættelighed og interesseafvejning

UCplus har gjort gældende, at kontrakten er særdeles betydningsfuld for virksomheden, ikke blot som følge af dens væsentlige økonomiske betydning, men i højere grad som følge af dens betydning som reference i forbindelse med andre udbud. Som sagen tydeligt viser, er det af afgørende be-

tydning for en virksomhed som UCplus' muligheder for at deltage i fremtidige udbud, at virksomheden kan fremvise referencer fra sammenlignelige kontrakter. Dette tab, som UCplus påføres ved ikke at have mulighed for at opnå den udbudte kontrakt, er derfor ikke kvantificerbart og vil ikke kunne godtgøres med erstatning.

Eftersom UCplus ikke har kunnet deltage i udbuddet, er UCplus under alle omstændigheder afskåret fra at kunne få sit tab dækket ved erstatning, og formålet med at klage vil således forspildes, hvis ikke klagen tillægges opsættende virkning. Det vil i modsat fald stå kommunerne frit at indgå kontrakt til trods for de klare overtrædelser af ligebehandlingsprincippet, og UCplus vil ikke kunne stilles, som hvis kommunernes overtrædelse aldrig var begået. Kravene til uopsættelighed er derfor opfyldt. Det bemærkes, at det følger af klagenævnets praksis, at kravene til uopsætteligheden sænkes i tilfælde, hvor overtrædelserne af udbudsreglerne er klar og betydningsfuld, jf. eksempelvis kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo STS SpA mod Bannedanmark. Kommunernes overtrædelser må anses for sådanne grove overtrædelser.

Endelig vejer UCplus' interesse i at afklare, om der er begået en overtrædelse af udbudsreglerne, og om UCplus således uberettiget er blevet afskåret fra at byde på en meget væsentlig kontrakt, mærkbart stærkere end kommunernes interesse i at fortsætte det igangværende udbud. Udbuddet forventes således først afsluttet i uge 34, ligesom kontraktstart først er den 1. januar 2017, og der vil således være rigelig tid til at gennemføre et genudbud af kontrakten.

Kommunerne har gjort gældende, at den udbudte kontrakt ikke har en så stor økonomisk betydning for UCplus, at manglende deltagelse i udbuddet vil udgøre et alvorligt og uopretteligt tab for virksomheden. Udbuddet handler således om levering af danskundervisning til tre kommuner. Da der eksisterer 95 øvrige kommuner, hvoraf adskillige også indkøber danskundervisning, vil UCplus ikke lide et alvorligt og uopretteligt tab ved ikke at komme i betragtning i relation til dette udbud. Dette gælder også synspunktet om betydningen af kontrakten som reference.

En interesseafvejning taler imod at tillægge klagen opsættende virkning. Kommunerne har allerede tidligere aflyst udbuddet og nu foretaget et genudbud, hvor kommunerne har tilstræbt at fastsætte omsætningskrav, som på

bedste vis balancerer hensynene til tilstrækkelig konkurrence og leverings-sikkerhed. Endvidere er kommunerne i gang med en langstrakt forhandlingsproces i udbuddet, hvis formål vil fortabes, hvis klagen tillægges opsættende virkning.

#### Klagenævnet udtaler:

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

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

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

#### Ad ”fumus boni juris”

#### Ad påstand 1 og 2

Ifølge udbudslovens § 2 skal ordregiveren ved offentlige indkøb i medfør af lovens afsnit II - IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Med principperne menes de EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Principperne gælder i alle faser af udbuddet frem til tidspunktet for opfyldelsen af den udbudte kontrakt.

I de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2, jf. lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, er det om proportionalitetsprincippet anført, at det blandt andet indebærer, at

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

Udbudslovens § 2 gennemfører artikel 18, stk. 1, i udbudsdirektivet (2014/24/EU). Kravet om proportionalitet i udbudslovens § 2, som i direktivets artikel 18, stk. 1, er formuleret som et krav om en ”forholdsmæssig handlemåde”, er udtryk for det almindelige EU-retlige proportionalitetsprincip. Proportionalitetsprincippet indebærer, jf. blandt andet dommene i sag C-425/14, Impresa Edilux Srl., præmis 38, og sag C-376/08, Serrantoni og Consorzio stabile edili, præmis 33, at en foranstaltning, som medlemsstaterne har vedtaget, ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå formålet.

For udbud efter udbudslovens afsnit II følger det af udbudslovens § 140, stk. 1, nr. 2, jf. § 142, stk. 2, at ordregiveren kan stille krav til:

”ansøgeres eller tilbudsgiveres omsætning. Ordregiveren kan dog ikke kræve, at en ansøgers eller en tilbudsgivers minimumsomsætning pr. år er højere end den dobbelte anslåede værdi af kontrakten, undtagen i tilfælde, hvor der er særlige risici forbundet med bygge- og anlægsarbejderne, tjenesteydelserne eller vareleverancerne. Ordregiveren skal begrundede et sådant krav i udbudsmaterialet.”

Ifølge udbudslovens § 154, stk. 1, nr. 3, som gennemfører artikel 60, stk. 3, jf. bilag XII, del I, litra c, i udbudsdirektivet med ganske samme ordlyd, kan bevis for en tilbudsgivers økonomiske formåen føres ved blandt andet en erklæring om den pågældendes omsætning og i påkommende tilfælde omsætningen inden for det område, som kontrakten vedrører, i højst de tre seneste disponible regnskabsår.

Af de specielle bemærkninger til § 142 fremgår blandt andet:

”I forhold til gældende ret indebærer § 142, at ordregiver kan pålægge krav, så det sikres, at de økonomiske aktører har tilstrækkelig økonomisk og finansiel kapacitet til at opfylde kontrakten. Ordregiver kan kræve, at de økonomiske aktører har en vis minimumsårsomsætning. Den minimumsårsomsætning, som ordregiver kan kræve, må dog ikke være højere end den dobbelte anslåede værdi af kontrakten. Baggrunden for dette er, at erfaringerne har vist, at ordregivere ofte fastsætter omsætningskrav, der er uproportionale med kontraktens værdi, hvilket medvirker til at begrænse antallet af egnede kandidater og udgør en særlig hindring for små og mellemstore virksomheders deltagelse i offentlige udbud. Ordregiver kan i behørigt begrundede tilfælde, stille krav om en højere omsætning. ...

...

Ordregiveren kan i henhold til bestemmelsens stk. 2 som udgangspunkt ikke kræve en minimumsomsætning pr. år, som overstiger det dobbelte af kontraktens anslåede værdi. Højere krav kan imidlertid fastsættes i behørigt begrundede tilfælde. ...

...

Ordregiveren skal fastsætte kravene til egnethed under overholdelse af proportionalitetsprincippet i § 2. I konkrete sager kan det være i strid med proportionalitetsprincippet at fastsætte et minimumskrav til en omsætning, der er det dobbelte af kontraktens anslåede værdi. Eksempelvis kan det i konkrete situationer være uproportionalt at kræve, at tilbudsgivere skal have en minimumsomsætning, der er 2 gange kontraktens anslåede værdi, hvis der er tale om en kontrakt med en stor værdi, men hvor der skal ske en løbende levering over en meget lang periode.”

I de specielle bemærkninger til § 154, stk. 1, nr. 3, anføres det:

”Det følger af bestemmelsens stk. 1, nr. 3, at der kan stilles krav om omsætningstal. Sådanne omsætningstal kan eksempelvis vedrøre omsætningstal for aktiviteter, der nøjagtigt modsvarer den konkret udbudte opgave. Derudover kan det eksempelvis være omsætningstal for beslægtede aktiviteter, idet beslægtede aktiviteter kan give et indtryk af virksomhedens økonomiske og finansielle formåen til at håndtere den

konkrete opgave. Det følger af bestemmelsen, at der kan stilles krav om omsætningstal for de 3 seneste disponible regnskabsår. Perioden, for hvornår der kan stilles krav om omsætningstal, afhænger dog af, om omsætningstallene foreligger. Omsætningstallene foreligger eksempelvis ikke, hvis ansøgeren eller tilbudsgiverens virksomhed ikke har været etableret i 3 år.”

I præambelbetragtning 83 til direktivet er det anført:

”Alt for strenge krav vedrørende økonomisk og finansiell kapacitet udgør ofte en urimelig hindring for SMV’ernes inddragelse i offentlige udbud. Sådanne krav bør hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand. Navnlig bør ordregivende myndigheder ikke kunne kræve, at økonomiske aktører har en minimumsomsætning, som ikke står i forhold til kontraktens genstand. Der bør normalt ikke kunne kræves en minimumsomsætning på mere end to gange kontraktens anslåede værdi. ...  
...”

Ordregivere har et betydeligt skøn med hensyn til, hvilke krav til økonomisk og finansiell kapacitet det er påkrævet at stille i relation til den enkelte udbudte opgave. Ordregivere skal dog respektere kravene om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet og herved undlade at stille krav, som går videre end, hvad der er nødvendigt for at nå formålet, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, og udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1.

Selvom udbudslovens § 140, stk. 1, nr. 2, jf. § 142, stk. 2, jf. § 154, stk. 1, nr. 3, og udbudsdirektivets artikel 60, stk. 3, ikke gælder for udbud af ”light-ydelser”, må det antages, at der ved udbud af sådanne ydelser kan stilles samme krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle kapacitet som ved udbud efter udbudslovens afsnit II.

Udgangspunktet er dermed, at der kan stilles krav om en årlig minimumsomsætning på to gange kontraktens anslåede (årlige) værdi, og om, at omsætningen, jf. direktivets bilag XII, del I, litra c, og udbudslovens § 154, stk. 1, nr. 3, skal være ”inden for det område, som kontrakten vedrører”.

Et hovedspørgsmål i denne sag er, hvorledes ”det område, som kontrakten vedrører” skal afgrænses.

Kravene til dokumentation af økonomisk og finansiell kapacitet i artikel 60, stk. 3, jf. bilag XII, del I, må antages at varetage hensyn til leveringssikkerhed, medens kravene til teknisk kapacitet varetages ved fremlæggelse af dokumentation, jf. i artikel 60, stk. 4, jf. bilag XII, del II. Der kan imidlertid, jf. artikel 60, stk. 3, stilles krav om, at omsætningen, jf. bilag XII, del I, litra c, skal være ”inden for det område, som kontrakten vedrører”, hvilket synes (også) at tilgodese hensyn til ekspertise på det udbudte område (teknisk kapacitet). Det er ikke efter direktivet klart, hvordan og hvor snævert det område, som ”kontrakten vedrører”, kan afgrænses – herunder henset til det i betragtning 83 nævnte hensyn til at undgå urimelige hindringer for SMV’ernes inddragelse i offentlige udbud og henvisningen heri til proportionalitetsprincippet.

UCplus har anført, at den afgrænsning, kommunerne har foretaget af det område, som omsætningen skal være inden for (”som kontrakten vedrører”), til alene at omfatte aktiviteter på lovområdet for danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl. efter lovbekendtgørelse nr. 772 af 10. juni 2015, er for snæver.

Klagenævnet finder ikke for indeværende anledning til at tage stilling til dette spørgsmål

Uanset hvordan ”det område, som kontrakten vedrører” skal afgrænses, må det således kræves, at en ordregiver ved fastlæggelsen af omsætningskrav og det område, som kravet skal være inden for, ikke forskelsbehandler tilbudsgiverne, jf. det generelle ligebehandlingsprincip i udbudslovens § 2, stk. 1.

Begrundelsen for den i punkt 5.2 foretagne afgrænsning af det område, omsætningen skal være inden for, er ifølge kommunerne en ”faglig vurdering”, hvorefter undervisning i henhold til lovbekendtgørelse nr. 226 af 4. marts 2014 om arbejdsmarkedsuddannelser (”AMU”) eller lovbekendtgørelse nr. 380 af 19. april 2011 om forberedende voksenundervisning (”FVU”) ikke kan sammenlignes med undervisning af voksne udlændinge. Afgrænsningen af det område, som omsætningen skal stamme fra, synes efter denne begrundelse i højere grad relateret til et krav til tilbudsgivernes faglige ekspertise end et hensyn til leveringssikkerhed.

Der er endvidere i punkt 5.3 fastsat mindstekrav til teknisk og faglig formåen, hvorefter tilbudsgiveren skal angive minimum 3 kommuner, hvor den pågældende leverer danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl. efter lovbekendtgørelse nr. 772 af 10. juni 2015. For de 3 kommuner, skal tilbudsgiveren for de seneste 3 år kunne dokumentere en årlig omsætning på minimum 8 mio. kr. pr. kommune eller 20 mio. kr. i alt for de 3 kommuner pr. år. Mindstekravet herom synes at tilgodese det samme hensyn til sikring af tilbudsgivernes faglige ekspertise, som efter det af kommunerne anførte er årsagen til kravet i punkt 5.2 om, at omsætningen skal være inden for lovområdet for danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl.

Efter deres indhold og det af kommunerne oplyste gælder kravene i punkt 5.2 og 5.3 for både danske og udenlandske virksomheder, som ikke er ”nystartede”. Udenlandske virksomheder vil, uanset om de måtte have en meget betydelig omsætning og erfaring inden for undervisning af voksne udlændinge i virksomhedens hjemlands sprog, ikke kunne opfylde kravene i punkt 5.2 og 5.3 om omsætning inden for området for danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl. efter lovbekendtgørelse nr. 772 af 10. juni 2015. Dette er ifølge kommunerne begrundet i de særlige faglige krav om evne til at undervise i dansk og evne til at give en indføring i kultur-, samfunds- og arbejdsmarkedsforhold i Danmark, der stilles til leverandøren af den udbudte ydelse.

For nystartede virksomheder stilles der efter punkt 5.4, andet led, ikke samme krav om dokumentation for økonomisk og finansiell kapacitet koblet til lovområdet, som i punkt 5.2. Nystartede virksomheder kan endvidere opfylde kravet til dokumentation af faglig ekspertise ved at ansætte personer, hvis CV opfylder kravene i punkt 5.4, første led.

Selvom der i nogen grad kan stilles lempeligere krav til nyetablerede virksomheder indebærer den betydelige forskel i de dokumentationskrav, der stilles i forhold til etablerede virksomheder, herunder virksomheder fra andre medlemsstater og EØS-området, henholdsvis nyetablerede virksomheder (både danske og udenlandske), en forskelsbehandling, som ikke kan begrundes i den forskellige situation, som virksomhederne er i.

Der er dermed foreløbigt vurderet udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

### Ad påstand 3 og betingelsen om ”fumus boni juris”

Efter karakteren af den overtrædelse, som der foreløbigt vurderet må antages at foreligge, er der udsigt til, at påstanden om lovliggørelse i form af et pålæg om annullation af udbuddet vil blive taget til følge.

Betingelsen om ”fumus boni juris er” dermed opfyldt.

### Ad uopsættelighed og interesseafvejning

UCplus har under udbudsprocessen gjort kommunerne opmærksom på de mulige overtrædelser og har, da kommunerne fastholdt omsætningskravet, uden unødigt ophold indgivet denne klage.

Som følge af den overtrædelse, som der foreløbigt vurderet er begået, har UCplus ikke haft mulighed for at indgive et tilbud, som ville kunne tages i betragtning efter de af kommunerne fastholdte udbudsbetingelser.

UCplus vil følgelig ikke kunne opnå erstatning, såfremt der indgås kontrakt, og det efterfølgende måtte blive fastslået, at der er begået overtrædelser som påstået.

Henset hertil og efter omstændighederne i øvrigt er betingelsen om uopsættelighed opfyldt.

UCplus' interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning må anses for at overstige kommunernes interesse i uden forsinkelse at kunne indgå kontrakten, som efter det oplyste først skal have virkning fra den 1. januar 2017.

Betingelserne for opsættende virkning er dermed opfyldt.

Klagenævnet tillægger herefter klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at udbudsproceduren skal standses, således at kommunerne ikke må forhandle yderligere om de indgivne tilbud, foretage en kontrakttildeling og underskrive kontrakt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard  
fuldmægtig