



RETTEEN PÅ FREDERIKSBERG DOM

afsagt den 30. juni 2022

Sag BS-13384/2021-FRB

Gentofte Kommune
(advokat Vibeke Fabricius Nordlander)

mod

Eksponent ApS
(advokat Marc Walther Hansen)

Denne afgørelse er truffet af dommerfuldmægtig Lise Troelsen.

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen angår navnlig, om et offentligt udbud vedrørende en ny hjemmeside foretaget af sagsøgeren, Gentofte Kommune, skal annulleres, fordi kommunen efter udbudsfristens udløb indhentede yderligere referencer fra den tilbudsgiver, Kruso A/S, som efterfølgende blev tildelt kontrakten, og – såfremt udbuddet skal annulleres – om sagsøgte, Eksponent ApS, som var bydende i udbuddet, er berettiget til erstatning.

Sagen har været behandlet i Klagenævnet for Udbud, som ved kendelser henholdsvis af 29. april 2020 og 10. februar 2021, har truffet bestemmelse om bl.a., at Gentofte Kommunes beslutning om at indgå kontakt Kruso A/S skal annulleres, og at kommunen skal betale 1.200.000 kr. i erstatning til Eksponent ApS.

Gentofte Kommune har efter lov om Klagenævnet for Udbud § 8 indbragt kendelserne for Retten på Frederiksberg den 6. april 2021.

Gentofte Kommune har nedlagt påstand om:

1. Eksponent ApS skal anerkende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingen af kontrakt om ny hjemmeside til Gentofte Kommune, som udbudt ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 084-200785, til Kruso A/S.
2. Eksponent ApS skal anerkende, at Eksponent ApS ikke er berettiget til erstatning som følge af det gennemførte udbud af kontrakt om ny hjemmeside til Gentofte Kommune, som udbudt ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 084-200785.

Eksponent ApS har heroverfor nedlagt påstand om frifindelse.

Eksponent ApS har nedlagt selvstændig påstand om betaling af 2.233.670 kr. ekskl. moms med tillæg af procesrente fra 13. maj 2020, subsidiært 120.000 kr. ekskl. moms med tillæg af procesrente fra 13. maj 2020.

Gentofte Kommune har heroverfor nedlagt påstand om frifindelse.

Sagsfremstilling

Gentofte Kommune foretog ved udbudsbekendtgørelse af 26. april 2019 offentligt EU-udbud efter udbudsloven af en ny hjemmeside til kommunen, herunder levering af designkoncept, CMS-plattform og vedligeholdelse og videreudvikling.

Af den standardskabelon, som i henhold til udbudsloven skal anvendes ved et sådant udbud, fremgår bl.a.:

”..

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

III. 1) Betingelser for deltagelse

III.1.1) Egnethed til at udøve en erhvervsaktivitet, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregistre

Liste over og kort beskrivelse af betingelser:

III.1.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

... Udvælgelseskriterier som angivet i udbudsmaterialet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet

... Udvælgelseskriterier som angivet i udbudsmaterialet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

...”

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen af 26. april 2019, som blev offentliggjort den 30. april 2019, bl.a.:

" ...

Del II: Genstand

...

II.2.4. Beskrivelse af udbuddet:

Gentofte Kommune ønsker med nærværende udbud at anskaffe en ny hjemmeside. Den udbudte ydelse består samlet af:

Design:

I form af en designproces for udarbejdelse og implementering af et nyt designkoncept og detaljedesign til gentofte.dk Designkonceptet skal udvikles og leveres i form af en designmanual.

Etablering af ny hjemmeside:

I form af en ny CMS-plattform der skal opfylde Gentofte Kommunes visioner for en moderne og fremtidssikret hjemmeside, herunder krav og ønsker til funktionalitet.

En række optioner:

I form af fire (4) optioner.

- Option 1 - i form af en brugertest af løsningen,
- Option 2 – i form af en abonnementsfunktion,
- Option 3 – i form af implementering af ny søgemaskine,
- Option 4 – i form af en multisiteløsning.

Videreudvikling:

I form af udviklingsbistand til sikring af en fortsat moderne hjemmeside, herunder den funktionalitet der fremadrettet kan understøtte Gentofte Kommunes forretningsmæssige behov.

Support og driftssamarbejde:

I form af support til Gentofte Kommunes CMS-organisation, samt driftsmæssig support og samarbejde med Gentofte Kommunes IT-afdeling.

Gentofte Kommune gennemgår i disse år en kraftig digitalisering af selvbetjening, service og dialog med borgere og virksomheder. Denne digitalisering kommer til udtryk i IT-udvikling og en lang række omlægninger af services og nye dialogformer. En analyse af Gentofte Kommunes digitale kanaler til borgerkontakt, herunder websites og selvbetjening, har vist, at der er et potentiale for at løfte kvaliteten af den service, der ydes over for kommunens borgere og virksomheder på kommunens digitale kanaler. En afdækning har samtidig vist, at kommunens nuværende hjemmeside-løsninger er baseret på forældet kode og forældet infrastruktur, og at det kræver en ny og mere moderne platform at gøre dem til effektive og anvendelige værktøjer i kommunens arbejde.

Løsningen skal blandt andet optimeres, så den også effektivt kan tilgås fra mobile enheder. Samtidig er der fokus på at udvikle mere sammenhængende digitale løsninger, der giver øget værdi for borgerne, bl.a. ved at tage udgangspunkt i borgernes samlede servicerejser.

Kommunen arbejder ud fra en fælles strategi med fokus på godt service-design og sammenhæng for borgerne på tværs af kanaler og services.

Kommunen tager udgangspunkt i data og viden om borgernes behov og brug af vores løsninger, og inddrager borgerne i udvikling af koncepter og test af kommunens kommunikation og løsninger.

Gentofte.dk er den digitale hovedindgang for kommunens borgere og har ca. 550000 årlige besøg. Den nuværende hjemmeside blev lanceret i 2011, og der er behov for at forny den, så den er mere brugervenlig, effektiv og moderne end i dag.

II.2.5) Tildelingskriterier

de nedenfor anførte kriterier

Kvalitetskriterium - Navn: Designfasen / Vægtning: 15

Kvalitetskriterium - Navn: Den tilbudte løsning / Vægtning: 35

Kvalitetskriterium - Navn: Den tilbudte implementering / Vægtning: 10

Kvalitetskriterium - Navn: Det tilbudte vedligehold / Vægtning: 10

Pris - Vægtning: 30

...

II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem

Varighed i måneder: 72

Denne kontrakt kan forlænges: nej

II.2.10) Oplysninger om alternative tilbud

Alternative tilbud vil blive taget i betragtning: nej

II.2.11) Oplysninger om optioner

Optioner: ja

Beskrivelse af optioner:

- Option 1 - i form af en brugertest af løsningen,
- Option 2 – i form af en abonnementsfunktion,
- Option 3 – i form af implementering af ny søgemaskine,
- Option 4 – i form af en multisiteløsning.

...

III.1.2) Økonomisk og finansiel kapacitet**III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet**

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

Tilbudsgiver skal anføre de op til tre (3) referencer, som alene eller samlet opfylder mindstekravene jf. sidste bullet i denne boks.

- Såfremt der oplyses flere referencer, vurderer Ordregiver alene på de tre (3) nyeste referencer. Ved nyeste forstås uafsluttede referencer eller referencer med ophør nærmest tilbudsfristen. Hvis flere referencer er uafsluttede, vurderer Ordregiver (hvor relevant) på referencerne med nyeste startdato,

- Referencerne skal være udført inden for de seneste tre (3) år regnet fra datoen for idriftsættelse af løsningen,

- Ordregiver vil se bort fra referencer, der er idriftsat mere end tre (3) år før tilbudsfristen.

Referencerne skal indeholde følgende:

- 1) Beskrivelse: Beskrivelse af opgaven/opgaverne med fokus på de elementer, som gør referencen konditionsmæssig ift. mindstekravene jf. sidste bullet. Der kan desuden i beskrivelsen oplyses den/de periode(r), hvor opgaven har været udført (start- og slutdatoer);
- 2) Dato: Dato for idriftsættelse (startdato) samt dato for færdiggørelsen (slutdato) af den seneste opgave, der er anført under "Beskrivelse". For referencer der endnu ikke er afsluttet (hvor samarbejdet fortsat pågår) efterlades feltet "Slutdato" blank/tomt;
- 3) Modtagere: Kundenavn inkl. kontaktperson og telefonnummer på denne.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Mindstekrav:

- Det er et mindstekrav, at Tilbudsgiver har minimum tre (3) referencer fra tilsvarende opgave. Ved 'tilsvarende' forstås levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en offentlig kunde. Med corporate hjemmeside skal forstås kundens hovedhjemmeside, som er det site der tilgås via URL'en www.indsaetkundens-navn.dk

- Det er et mindstekrav, at minimum én (1) reference vedrører levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en dansk kommune. (se definition af corporate hjemmeside i bullit ovenfor).

..."

Af udbudsbetingelserne af 26. april 2019, som er udarbejdet af virksomheden Tolstrup & Hvilsted ApS for kommunen, fremgår bl.a.:

"...

1 Generelt vedr. udbudsprocessen

...

1.1. Indledning

Nærværende udbud vedrører anskaffelse af ny hjemmeside til Gentofte Kommune (herefter benævnt Ordregiver).

Udbuddet gennemføres som et offentligt EU-udbud i henhold til LOV nr. 1564 af 15/12/2015 (Udbudsloven).

Udbuddet er bekendtgjort i Supplement til EU Tidende (TED) ved udbudsbekendtgørelse 2019/S 084-200785, der kan findes på <http://ted.europa.eu>.

...

1.4 Udbudsmaterialet

Det samlede udbudsmateriale består af:

- Nærværende udbudsbetingelser
- Bilag 1 – Støtteerklæring
- Bilag 2 – Erklæring og fælles hæftelse
- Bilag 3 – Udkast til Kontrakt
 - Kontraktbilag 1 – Tidsplan
 - Kontraktbilag 2 – Behovsopgørelse
 - Kontraktbilag 2a – Tilbudsbesvarelse
 - Kontraktbilag 3 – Vederlag og betalingsplan
 - Kontraktbilag 4 – Kundens it-miljø
 - Kontraktbilag 4a – 4c – underbilag til Kundens it-miljø
 - Kontraktbilag 4d – Krav til Kundens it-miljø
 - Kontraktbilag 4e – Eksempler på listekald
 - Kontraktbilag 6 – Kundens deltagelse
 - Kontraktbilag 7 – Specifikation af vedligeholdelse og support
 - Kontraktbilag 7a – Vedligeholdelsesplan
 - Kontraktbilag 8 – Prøver
 - Kontraktbilag 9 – Licensbetingelser (ikke vedlagt udbudsmaterialet – men udarbejdes og vedlægges tilbuddet af leverandøren såfremt relevant)

- Kontraktbilag 11 – Samarbejdsorganisation
- Kontraktbilag 12 – Ændringsprocedure
- Kontraktbilag 13 – Specifikation af optioner
- Kontraktbilag 14 – Databehandleraftale

...

1.5. Beskrivelse af udbuddet

...

Gentofte Kommune ønsker med nærværende udbud at anskaffe en ny hjemmeside.

Den udbudte ydelse består samlet af:

...

En række optioner,

I form af fire (4) optioner.

Option 1 – i form af en brugertest af løsningen

Option 2 – i form af en abonnementsfunktion

Option 3 – i form af implementering af ny søgemaskine

Option 4 – i form af en multisiteløsning

...

2 Tilbudsbetingelser

...

2.1. Det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD)

Tilbudsgiver skal som en del af tilbuddet udfylde Det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD), hvor de efterspurgte informationer jf. punkt 2.1.1 skal oplyses. ESPD'et er en egen-erklæring, der fungerer som foreløbigt bevis for, at Tilbudsgiver opfylder kriterierne med hensyn til udelukkelse, egnethed og udvælgelse. Disse oplysninger skal senere verificeres jf. punkt 2.3.

...

2.1.1. Oplysninger der skal udfyldes i ESPD'et

...

Del IV: Udvalgelseskriterier, punkt C: Teknisk og faglig formåen

...

- Tilbudsgiver skal anføre de op til tre (3) referencer, som alene eller samlet opfylder mindstekravene jf. sidste bullet i denne boks.
 - Såfremt der oplyses flere referencer, vurderer Ordregiver alene på de tre (3) nyeste referencer. Ved nyeste forstås uafsluttede referencer eller referencer med ophør nærmest tilbudsfristen. Hvis flere referencer er uafsluttede, vurderer Ordregiver (hvor relevant) på referencerne med nyeste startdato.
 - Tilbudsgiver trykker på "+" for at få mulighed for at udfylde flere referencer.
 - Referencerne skal være udført inden for de seneste tre (3) år regnet fra datoen for idriftsættelse af løsningen.
 - Ordregiver vil se bort fra referencer, der er idriftsat mere end tre (3) år før tilbudsfristen.
- Referencerne skal indeholde følgende:
 1. **Beskrivelse:** Beskrivelse af opgaven/opgaverne med fokus på de elementer, som gør referencen konditionsmæssig ift. mindstekra-

vene jf. sidste bullit. Der kan desuden i beskrivelsen oplyses den/de periode(r), hvor opgaven har været udført (start- og slutdatoer).

2. **Dato:** Dato for idriftsættelse (startdato) samt dato for færdiggørelsen (slutdato) af den seneste opgave, der er anført under "Beskrivelse". For referencer der endnu ikke er afsluttet (hvor samarbejdet fortsat pågår) efterlades feltet "Slutdato" blank/tomt.
 3. **Modtagere:** Kundenavn inkl. kontaktperson og telefonnummer på denne.
- **Mindstekrav:**
 - Det er et mindstekrav, at Tilbudsgiver har minimum tre (3) referencer fra tilsvarende opgaver. Ved 'tilsvarende' forstås levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en offentlig kunde. Med corporate hjemmeside skal forstås kundens hovedhjemmeside, som er det site der tilgås via URL'en *www.indsætkundensnavn.dk*.
 - Det er et mindstekrav, at minimum én (1) reference vedrører levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en dansk kommune. (se definition af corporate hjemmeside i bullit ovenfor).

Tilbudsgiver har mulighed for at vedlægge supplement til besvarelsen, der ikke kan indeholdes i ESPD'et, f.eks. i form af billeder og illustrationer mv., jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens svar på: <http://bedreudbud.dk/spoerg-ekspertesne>.

...

Det bemærkes, at ovenstående udvælgelseskriterier og dokumentation kan blive ændret i forbindelse med besvarelsen af indkomne spørgsmål eller offentliggørelse af eventuelle rettelsesblade, så længe dette sker indenfor de udbudsretlige rammer.

...

2.6.2. Tilbudsgivers forbehold

Eventuelle forbehold skal udtrykkeligt fremgå af tilbuddet.

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

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

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

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

...

3 Tilbudsevaluering

...

3.1. Vurdering af konditionsmæssighed

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

- Tilbuddet er indkommet rettidigt i Systemet
- Tilbuddet indeholder den efterspurgte dokumentation og information
- Der er ikke taget forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet
- Tilbuddet overholder samtlige mindstekrav

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

Ordregiver er berettiget, men ikke forpligtet, til at anmode en Tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, såfremt dette kan ske i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5.

...

3.3. Tildelingskriterium og underkriterier

Ordregiver vil identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriteriet "Bedste forhold mellem pris og kvalitet", hvor nedenstående under- og delkriterier, med angivelse af vægtning, lægges til grund for tildeling af Kontrakten.

Underkriterium	Vægt i procent
Pris	30 %
Designfasen	15 %
Den tilbudte løsning	35 %
Den tilbudte implementering	10 %
Det tilbudte vedligehold	10 %

...

3.3.1. Pointskala

...

Underkriterierne vurderes på en pointskala fra 0 – 5, hvor de tildelte point i den samlede evaluering bliver ganget med vægtningen af underkriteriet jf. punkt 3.3.

- Underkriteriet "Pris" evalueres jf. pkt. 3.3.2.
- De kvalitative underkriterier evalueres jf. nedenstående prosavurderinger, hvor 0 point tildeles tilbud uden nogen opfyldelse af underkriteriet og 5 point tildeles tilbud med bedst mulige opfyldelse af underkriteriet.

Point	Prosavurdering
0	Ingen opfyldelse af under- eller delkriteriet
1	Ikke tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet
2	Mindre tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet
3	Tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet
4	Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet
5	Bedst mulige opfyldelse af under- eller delkriteriet

...

3.3.2. Ad Underkriterium "Pris"

...

3.3.3. Ad. Underkriterium "Designfasen"

Underkriteriet vil blive vurderet på baggrund af Tilbudsgivers besvarelse af Kontraktbilag 2b - Tilbudsbesvarelse, hvor Tilbudsgiver bedes besvare følgende forhold:

Vurderingen af den tilbudte designfase foretages på baggrund af besvarelse af EK 3.05 i Kontraktbilag 2 – Behovsopgørelsen. Vurderingen foretages endvidere på baggrund af den tilbudte tids- og aktivitetsplan for designfasen jf. Kontraktbilag 1b.

Ordregiver lægger i sin evaluering af underkriteriet bl.a. vægt på:

- At besvarelsen afspejler at være baseret i konkret erfaring
- At besvarelsen tydeligt tager sit afsæt i Ordregivers forarbejde og opstillede forudsætninger
- I hvor høj grad målsætningerne indeholdt i Ordregivers designbrief indfries i designfasen
- At besvarelsen tydeligt håndterer og opstiller de konkrete leverancer der efterspørges i designfasen, herunder i relation til tidsplanen
- At besvarelsen tydeligt beskriver delprocesser med klar og begrundet ansvarsfordeling mellem Leverandøren og Ordregiver

Evalueringsmetode:

- Tilbuddene evalueres efter en absolut model jf. pointskalaen i punkt 3.3.1.
- Ordregiver foretager en samlet vurdering af det tilbudte for underkriteriet.

3.3.4 Ad. Underkriterium "Den tilbudte løsning"

Underkriteriet vil blive vurderet på baggrund af Tilbudsgivers besvarelse af Kontraktbilag 2b -Tilbudsbesvarelse, hvor Tilbudsgiver bedes besvare hhv. funktionelle og nonfunktionelle Evalueringskrav [EK] jf. instruksen i Kontraktbilag 2 – Behovsopgørelse.

Underkriteriet "Den tilbudte løsning", består af 2 delkriterier, hhv. "Funktionelle krav" og "Nonfunktionelle krav".

Delkriteriet "Funktionelle krav" udgøres af kravene i afsnit 4, Krav 4.01 til 4.97.

- Krav 4.01 vægter 30 %
- Kravene 4.02 – 4.97 vægter samlet 60 %

Delkriteriet "Nonfunktionelle krav" vægter 10 % og udgøres af kravene i afsnit 5, Krav 5.01 – 5.21.

Besvarelsen af de enkelte krav under hvert delkriterie, indgår i evalueringen af delkriteriet med en vægt svarende til deres respektive prioritering fra 1 til 4. Krav der er angivet som prioritet 1, indgår med størst vægt, mens krav der er angivet som prioritet 4, indgår med mindst vægt.

Evalueringsmetode:

- Tilbuddene evalueres efter en absolut model jf. pointskalaen i punkt 3.3.1. Ordregiver foretager en samlet vurdering af det tilbudte for hvert delkriterium.

3.3.5 Ad. Underkriterium "Den tilbudte implementering"

Vurderingen af den tilbudte implementering foretages på baggrund af besvarelse af Kontraktbilag 1 – Tidsplan, for så vidt angår hovedtidsplanen. Vurderingen foretages endvidere på baggrund af besvarelsen af Kontraktbilag 6 – Kundens deltagelse.

Ordregiver lægger i sin evaluering af underkriteriet bl.a. vægt på:

- *At tidsplanen kortlægger de centrale milepæle, herunder detaljeret udfolder processer og aktiviteter.*
- *At tidsplanen tager hensyn til, og viser sammenhæng mellem designfasen og etablering af hjemmesiden.*
- *At kritiske aktiviteter og aktiviteter med sammenhæng til andre aktiviteter tydeligt fremgår og håndteres*
- *At det af tidsplanen tydeligt fremgår, hvilke kompetencer/ressourcer leverandøren forventer, at Ordregiver skal stille til rådighed.*
- *At det tydeligt fremgår, hvor og med hvilket formål Ordregivers ressourcer skal involveres, således Ordregivers medvirken understøtter opfyldelsen af den samlede tidsplan.*
- *At tidsplanen tager højde for Ordregivers ønske om at få etableret basisløsning tidligt.*

Ordregiver vil i vurderingen af besvarelsen af Kontraktbilag 6 – bl.a. lægge vægt på:

- *At Ordregiver bliver inddraget iterativt i væsentlige beslutninger i forbindelse med kritiske milepæle i implementeringen*
- *Tydelige beskrivelser af efterspurgt personprofil, deltagelse, ansvar og mængden af ressourceforbrug for Ordregiver, herunder argumentation for formålet med inddragelsen af Ordregiver.*
- *En tydelig sammenhæng til Kontraktbilag 1 – Tidsplan*

Evalueringsmetode:

- Tilbuddene evalueres efter en absolut model jf. pointskalaen i punkt 3.3.1.
- Ordregiver foretager en samlet vurdering af det tilbudte for underkriteriet.

..."

Tilbudsgivere skulle i henhold til udbudsloven indgive tilbud ved anvendelse af det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD). Af ESPD, som er en standard-

formular for tilbudsgiveres afgivelse af egenerklæring, der fungerer som et foreløbigt bevis for, at en tilbudsgiver opfylder kriterierne med hensyn til udelukkelse, egnethed og udvælgelse, fremgår bl.a.:

" ...

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

III. 1) Betingelser for deltagelse

III.1.1) Egnethed til at udøve en erhvervsaktivitet, herunder krav optagelse i erhvervs- eller handelsregistre

Liste over og kort beskrivelse af betingelser:

III.1.2) Økonomisk og finansiel kapacitet

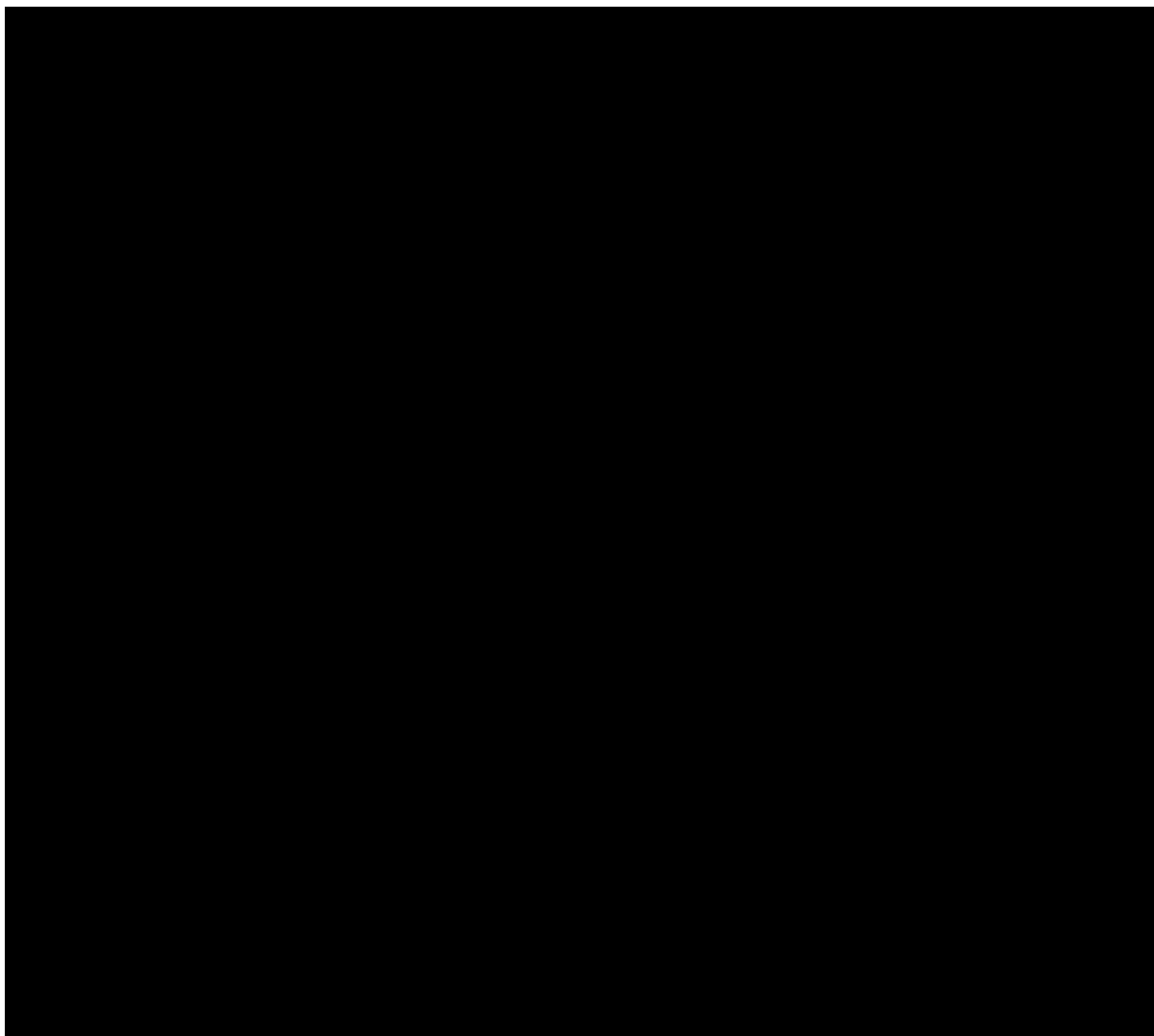
Udvælgelseskriterier som angivet i udbudsmaterialet

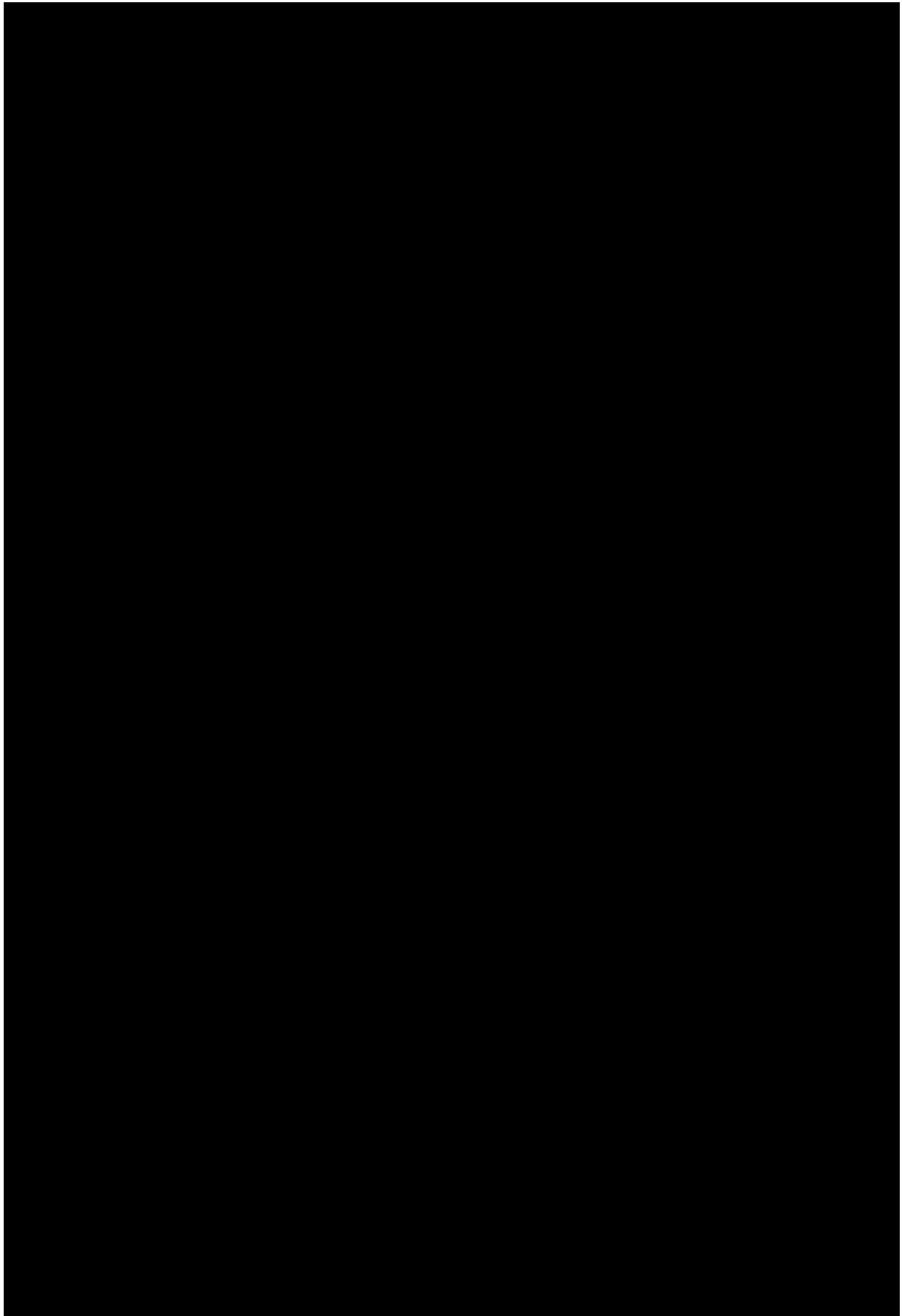
Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

..."

Fristen for at afgive tilbud udløb den 31. maj 2019, hvor der var indgivet tilbud af tre tilbudsgivere; Eksponent ApS, Kruso A/S og Peytz & Co ApS.





Af Kruso A/S' ESPD fremgår, at virksomheden benyttede sig af underleverandøren Kontrapunkt Group A/S for at opfylde udvælgelseskriterierne. Det fremgår endvidere bl.a.:

" ...

Del IV: Udvalgelseskriterierne

...

C: Teknisk og faglig formåen

For så vidt angår tjenesteydelseskontrakter: udførelse af tjenesteydelser af den anførte type

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.

...

Beskrivelse

KOMMUNERNES LANDSFORENING (KL) – RSPONSIVT SITE MED BRUGERVENLIGHED OG FOKUS PÅ KVALITET

...

KUNDEN OG BAGGRUND

Kommunernes Landsforening (KL) er interesse- og medlemsorganisation for de 98 kommuner i Danmark. KL består af en politisk ledelse og knap 400 medlemmer. I tæt samarbejde med kommunerne arbejder de med at styrke og udvikle det danske kommunestyre.

BESKRIVELSE AF OPGAVEN OG DENS UDFORDRINGER

KL havde brug for et nyt responsivt site, der understøttede deres indholdsstrategi og ambition om at være et samlingspunkt for de danske kommuner. KL var og er på den måde meget optaget af at tænke i behov for de besøgende og opretholde den høje faglighed og seriøsitet gennem kl.dk.

Det tidligere kl.dk bestod af et ældre Epierver-site. Sitet havde efterhånden vokset sig til en alder og kompleksitet, hvor det ikke længere gav mening at videreudvikle på sitet. Samtidig betød alderen at emner som responsivitet og hurtig tilpasning af indhold og opsætninger ikke lod sig gøre i det omfang, der var efterspurgt af KL. KL har en stærk identitet, og derfor bestod opgaven i at etablere en samlet fremtidssikret digital platform til kommunikation med KL's brugere og besøgende. Der skulle altså etableres en platform, KL kunne vokse med, efterhånden som behovet og opgaverne ændrer sig som i en så stærkt politisk orienteret organisation.

Den nye platform skulle udover et nyt design også bygges op omkring en stærkere informationsarkitektur, idet KL's site fungerer som deres primære kommunikationskanal ud mod kommunerne.

PROJEKTETS FOKUS

KL producerer rigtig meget information med henblik på at vidensdele og informere KL's besøgende på sitet. Da KL er en meget politisk orienteret organisation, stiller det krav til sans for detaljer og professionel kommunikation. Det var en væsentlig del af Krusos opgave at forstå at samarbejde med en stor politisk styret organisation om at oversætte KL's kernekrav til den færdige løsning. Det var særligt vigtigt for et projekt, der skulle afle-

veres til en organisation, der sjældent står stille, at Kruso var i stand til at tilpasse planer efter de overordnede dagsordner for KL.

Sitet skulle være meget brugervenligt for redaktørerne. I en organisation, der producerer meget indhold, og hvor kravene til kvaliteten altid er høje, var det væsentligt for KL at kunne tilbyde redaktørerne nogle intuitive og fleksible værktøjer. Redaktørværktøjerne skulle bidrage til at sikre fokus på korrekt leverance af indhold til kl.dk.

Det har været foretrukket af KL, at sitet blev udviklet i et Open Source-format. Ikke mindst for at understøtte en trend i den offentlige sektor om at undgå at blive låst på enkelte leverandører ved store, proprietære CMS-systemer. Heri lå også et generelt ønske om at sikre portabilitet, altså at løsningen kan videreudvikles af andre eller af KL selv.

...

Startdato

01-11-2017

Slutdato

31-12-2018

...

Beskrivelse

AARHUS KOMMUNE – FOKUS PÅ SAMARBEJDE, OPEN SOURCE OG CLOUD SKABER NYT UMBRACO-BASERET MULTISITE

...

Startdato

01-06-2017

Slutdato

30-06-2018

...

Del V: Begrænsning af antallet af kvalificerede ansøgere

Den økonomiske aktør skal kun afgive oplysningerne, hvis den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed har præciseret, hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler der skal anvendes med henblik på at begrænse antallet af ansøgere, som vil blive opfordret til at afgive tilbud eller til dialog. Disse oplysninger, som kan ledsages af krav vedrørende hvilke (typer) certifikater eller hvilke former for dokumentation – om nogen – der skal fremlægges, er fastsat i den relevante meddelelse eller i de udbudsdokumenter, der er omhandlet i meddelelsen. Kun for så vidt angår begrænsede udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerselskaber.

Den økonomiske aktør erklærer, at:

Denne opfylder de objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler, der skal anvendes for at begrænse antallet af ansøgere på følgende måde: Hvis der anmodes om visse certifikater eller andre former for dokumentation, angives det for hver enkelt, om den økonomiske aktør er i besiddelse af de dokumenter, der anmodes om.

Deres svar

[Ja]

Beskriv dem

Se besvarelsen i del IV: Udvælgelseskriterier.

Er disse oplysninger gratis tilgængelige for myndighederne fra en EU-medlemsstats database?

[Nej]

..."

I ESPD for Kontrapunkt Group A/S er som reference angivet www.denmark.dk med en startdato den 2. januar 2017 og en slutdato den 3. oktober 2018.

Gentofte Kommune besluttede den 21. juni 2019 på baggrund af pointtildelingen til tilbuddene at indgå kontrakt med Kruso A/S.

Resultatet af tilbudsevalueringen blev:

" ...

Tilbudsevaluering - Ny hjemmeside til Gentofte Kommune																
Underkriterier	Pris			1. Underkriterium			2. Underkriterium			3. Underkriterium			4. Underkriterium			
	Samlede pris	Point	Point væglet (%)	Designfasen - kommentarer	Point	Væglet - (15%)	Den tilbudte løsning - kommentarer	Point	Væglet - (35%)	Den Tilbudte implementering - kommentarer	Point	Væglet - (10%)	Den Tilbudte vedligehold - kommentarer	Point	Væglet - (10%)	Samlet Vinder
Virksomhed	kr 4.601.080,00	5,00	1,50	Mindre tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	2,00	0,30	Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	4,14	1,45	Tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	3,00	0,30	Tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	3,00	0,30	3,85
EKSONENT	kr 4.863.460,00	4,71	1,41	Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	4,00	0,60	Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	4,35	1,52	Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	4,00	0,40	Tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	3,00	0,30	4,23
KRUSO	kr 8.277.060,00	1,01	0,30	Mindre tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	2,00	0,30	Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	4,00	1,40	Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	4,00	0,40	Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	4,00	0,40	2,90
PEYTZ																

..."

Der blev foretaget en mindre korrektion, hvorefter den endelige pointtildeling vedrørende Eksponent ApS og Kruso A/S blev som følger:

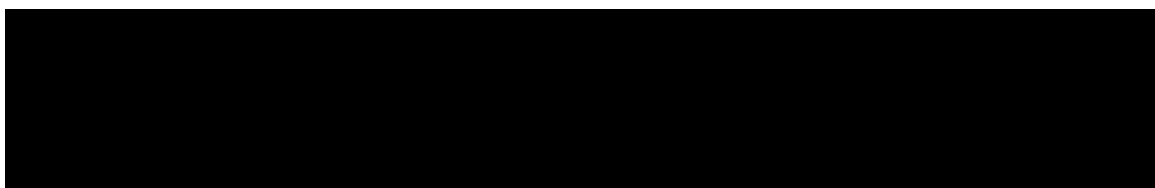
" ...

Tilbudsevaluering - Ny hjemmeside til Gentofte Kommune																
Underkriterier	Pris			1. Underkriterium			2. Underkriterium			3. Underkriterium			4. Underkriterium			
	Samlede pris	Point	Point væglet (%)	Designfasen - kommentarer	Point	Væglet - (15%)	Den tilbudte løsning - kommentarer	Point	Væglet - (35%)	Den Tilbudte implementering - kommentarer	Point	Væglet - (10%)	Den Tilbudte vedligehold - kommentarer	Point	Væglet - (10%)	Samlet Vinder
Virksomhed	kr 4.601.080,00	5,00	1,50	Mindre tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	2,00	0,30	Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	4,14	1,45	Tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	3,00	0,30	Tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	3,00	0,30	3,85
EKSONENT	kr 4.863.460,00	4,43	1,33	Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	4,00	0,60	Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	4,35	1,52	Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	4,00	0,40	Tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet	3,00	0,30	4,15
KRUSO																

..."

Evaluering af tilbuddene viste således, at Kruso A/S havde afgivet det bedste tilbud, Eksponent ApS det næstbedste tilbud og Peytz det tredjebedste tilbud.

Af underretning af 21. juni 2019 til Eksponent ApS vedrørende udbuddet udarbejdet af Tolstrup & Hvilsted fremgår bl.a.:



EkspONENT ApS søgte aktindsigt i bl.a. Kruso A/S' tilbud og gjorde i forlængelse heraf indsigelse mod tildelingsbeslutningen af 21. juni 2019 bl.a. med den begrundelse, at Kruso A/S' referencer ikke levede op til udbudsbetingelsernes mindstekrav.

Gentofte Kommune var enig i, at Kruso A/S' reference vedrørende www.denmark.dk ikke opfyldte mindstekravet til, at referencen skulle angå en kundes hovedhjemmeside, idet www.denmark.dk ikke var Udenrigsministeriets hovedhjemmeside, mens kommunen ikke var enig i, at referencen vedrørende www.kl.dk ikke opfyldte kravene.

Af materiale fra Det offentlige Danmark 2019, oversigt over indretning af den offentlige sektor, fremgår bl.a.:

"...

Publikationen er en oversigt over Kongeriget Danmarks offentlige myndigheder, herunder departementer og styrelser, domstolene, organiseringen af Folketinget, Statsrådet, kommuner og regioner samt rigsfællesskabet, herunder de offentlige institutioner på Færøerne og i Grønland

..."

Af Kommunernes Landsforenings hjemmeside fremgår bl.a.:

"...

Præsentation af KL

KL er interesseorganisation for de 98 kommunalbestyrelser og arbejder for, at kommunerne har de bedst mulige rammer til at prioritere velfærd og økonomi og til at udvikle kommunen lokalt. KL bidrager til – sammen med kommunerne – at videreudvikle det danske kommunestyre og lokaldemokrati. KL er samtidig arbejdsgiverorganisation og forhandler overenskomster for kommunernes ca. 500.000 ledere og medarbejdere.

...

KL's mission, vision og værdier

Mission

KL bidrager til at udvikle og fastholde et stærkt lokalt demokrati. KL varetager kommunernes fælles interesser og er kommunernes samlede forhandlingsorganisation, videnscenter og forum for fælles initiativer og beslutninger.

Vision

KL opnår, med et helhedsperspektiv på opgaveløsningen, indflydelse og resultater på kommunernes vegne, til gavn for borgerne og samfundet.

...

KL som medlemsorganisation

Som medlemsorganisation er det KL's opgave at støtte kommunernes forvaltninger og kommunalbestyrelser med rådgivning og information, så kommunerne kan løse opgaverne bedst muligt.

Kommunale medarbejdere og kommunalbestyrelser kan på en række forskellige måder få hjælp via KL til arbejdet i kommunerne. KL udsender løbende vejledninger, inspirationskataloger, pjecer og publikationer med opdateret og relevant information om aktuelle kommunalpolitiske emner. Derudover yder KL's sekretariat rådgivning til kommunerne om fx implementering af nye love og regler, juridiske spørgsmål og meget andet

....

KL's love

KL's love beskriver bl.a. KL's formål og de forskellige politiske organers opgaver og kompetencer.

KL's love beskriver rammerne for KL's delegeretmødet, bestyrelse, formand, formandskab, udvalg, repræsentantskab og KL's kommunekontakt-råd. Derudover beskriver lovene bl.a. regler for kontingent, regnskab og revision.

Lovene blev senest revideret den 1. januar 2006, hvor KL's fem kommune-kontaktråd blev oprettet. KL's love kan ændres, hvis det vedtages af 2/3 af de stemmeberettigede delegerede på et delegeretmøde."

Kruso A/S blev på et møde med Gentofte Kommune den 30. august 2019 orienteret om indsigelserne fra Eksponent ApS.

Den 2. september 2019 skrev teamleader og chefkonsulent [D] fra Gentofte Kommunes kommunikationsafdeling i en mail til [F] fra Kruso A/S med kopi til [G] fra Gentofte Kommune bl.a.:

"...

Kruso modtog den 21. juni 2019 fra Gentofte Kommune meddelelse om, at kommunen har truffet beslutning om at tildele Kruso ordren under det offentlige udbud af ny hjemmeside til Gentofte Kommune. Samtidig med meddelelsen til Kruso gav Gentofte Kommune meddelelse om tildelingsbeslutningen til øvrige tilbudsgivere.

På vegne af Eksponent har advokat Marc Walther Hansen gjort indsigelse mod tildelingsbeslutningen bl.a. med den begrundelse, at Kruso baseret på firmaet Kontrapunkt har angivet referencen denmark.dk. Under udbudsbetingelserne er angivet følgende mindstekrav for referencer: *"Med corporate hjemmeside skal forstås kundens hovedhjemmeside, som er det site der tilgås via URL'en www.indsaetkundensnavn.dk".* Ifølge Eksponent er [Denmark.dk](http://denmark.dk) bestilt af kunden Udenrigsministeriet, men er ikke Udenrigsministeriets "corporate hovedhjemmeside", således som det er fastlagt i definitionen. Derimod er [Denmark.dk](http://denmark.dk) ifølge Eksponent at betragte som en projekthjemmeside søsat af Udenrigsministeriet til et eksternt og afgrænset formål. For Gentofte Kommune at se, har Eksponent ret i, at referencen ikke opfylder mindstekravet.

Efter Udbudslovens § 159, stk. 2, kan Gentofte Kommune alene tildele kontrakten til en tilbudsgiver, hvor kommunen har verificeret, at tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat til egnethed. Kommunen kan derfor ikke på det foreliggende indgå kontrakt med Kruso på grundlag af tilbuddet.

Gentofte Kommune er imidlertid efter Udbudslovens § 159, stk. 5, berettiget til at anmode Kruso om at supplere tilbuddet, når det er fejlbehæftet, hvis dette kan ske under overholdelse af de grundlæggende principper efter Udbudslovens § 2. Respekten for de grundlæggende principper betyder, at kommunen kun har ret til at indhente oplysninger, der objektivt forelå på tidspunktet for tilbudsgivningen.

På denne baggrund skal Gentofte Kommune anmode Kruso om hurtigst muligt og senest den 6. september 2019, at oplyse en forskriftsmæssig reference. Den forskriftsmæssige reference skal omfatte en reference, som Kruso i tid havde før tilbudsafgivelsen, og referencen skal være Kruso's egen. Kruso kan altså ikke gå ud til tredjemand og indhente en reference, som Kruso støtter sig på.

Såfremt Kruso inden udløbet fristen kan fremlægge en reference, der med respekt for Udbudslovens § 2 opfylder mindstekravet, agter kommunen på det foreliggende grundlag at fastholde tildelingsbeslutningen.

..."

Kruso A/S ved [F] svarede ved mail af 4. september 2019
[D] med kopi til [G] således:

"...

Med henvisning til nedenstående anmodning, fremsendes hermed en forskriftsmæssig reference.

Den forskriftsmæssige reference vedrører Udenrigsministeriet.dk og optræder i et selvstændigt dokument

Sammen med dette dokument har jeg vedhæftet yderligere 3 referencer, i et selvstændigt dokument, for at demonstrere bredden i vores referencer.

..."

De nye referencer fra Kruso A/S angik Udenrigsministeriet (www.um.dk) med startdato i juni 2015 og slutdato den 24. november 2017, Horsens Kommune (www.horsens.dk) med startdato primo 2017 og slutdato marts 2018, Frederikshavn Kommune (www.frederikshavn.dk) med startdato juni 2017 og slutdato marts 2018) og Odder Kommune (www.odder.dk) med startdato juni 2016 og slutdato januar 2017.

I en mail af 6. september 2019 skrev [H], udbudskonsulent ved Gentofte Kommune, til Eksponent ApS ved advokat Marc Walther Hansen med kopi til bl.a. [D] og orienterede om, at kommunen havde besluttet at fastholde beslutningen om at tildele Kruso A/S ordren. Af mailen fremgår bl.a.:

" ...

Gentofte Kommune har verificeret Krusos brug af referencen denmark.dk, og er enig i at denne ikke opfylder udbudsbetingelsernes mindstekrav. Den 2. september bad Gentofte Kommune derfor Kruso om at tilvejebringe en anden reference i medfør af Udbudslovens § 159, stk. 5.

Kommunen indskærpede overfor Kruso, at referencen skulle omfatte en leverance, der forelå på tidspunktet for tilbudsafgivelsen, og at referencen ikke måtte tilvejebringes gennem tredjemand, da Kruso ikke måtte få en konkurrenceforvridende fortrinsstilling i strid med Udbudslovens § 2 ved den indrømmede adgang til afhjælpning.

Ved e-mail af 4. september 2019 imødekom Kruso anmodningen med vedhæftede reference fra Udenrigsministeriet (UM.dk). Kruso vedhæftede udover referencen fra UM.dk tre yderligere referencer, der også opfylder mindstekravene.

Gentofte Kommune er ikke enig i, at KL.dk ikke opfylder kravet til at være en offentlig kunde, eftersom KL efter sine love har til formål at varetage danske kommuners fælles interesser. KL er endvidere bl.a. underlagt reglerne om aktindsigt.

Under alle omstændigheder har Kruso med de tre yderligere referencer til fulde dokumenteret sin egnethed.

Gentofte Kommune skal oplyse, at kommunen som alternativ til den indrømmede adgang til afhjælpning har overvejet at aflyse udbuddet, men altså som sin konklusion ikke har anset dette for nødvendigt.

..."

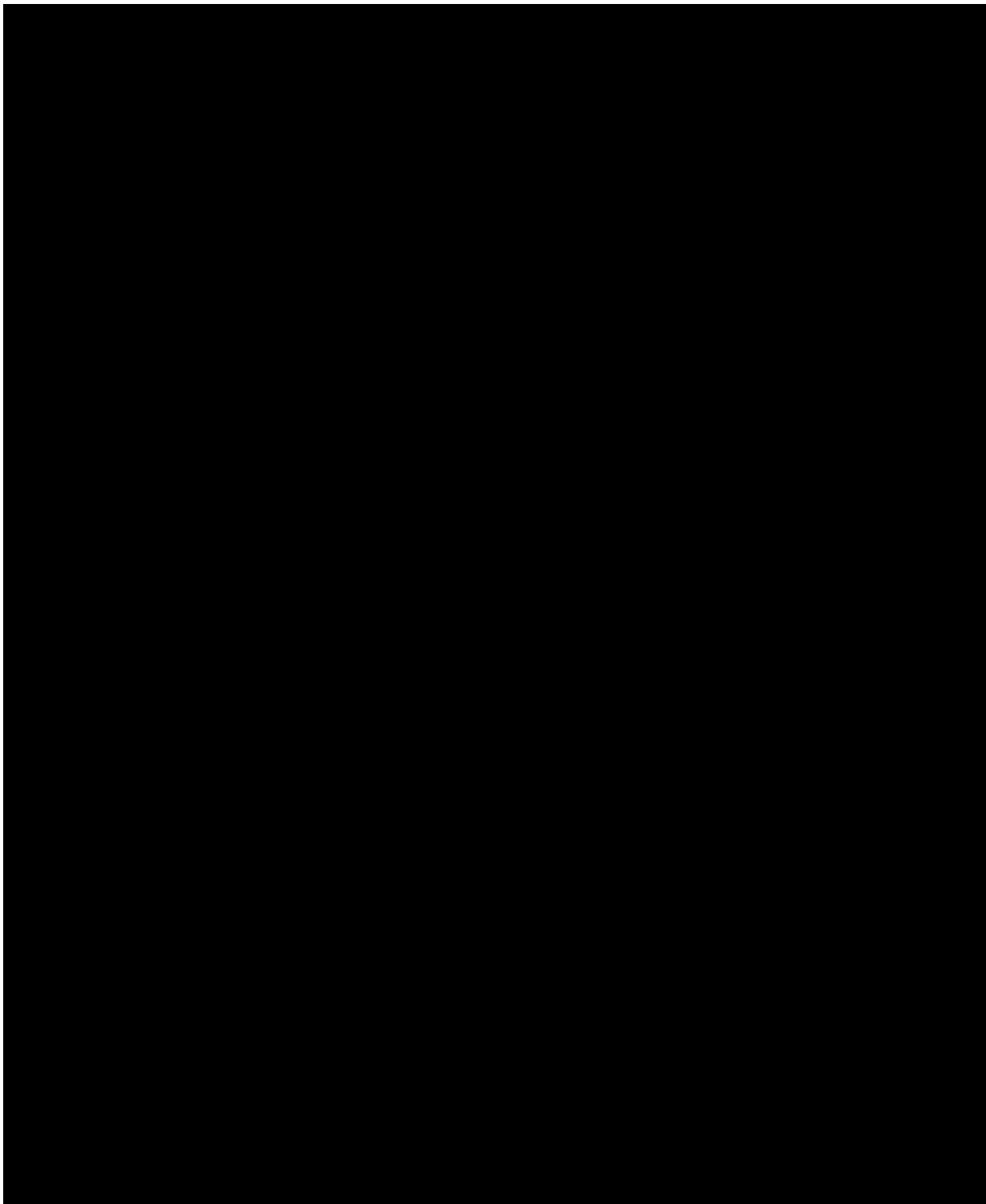
Ved bekendtgørelse af 14. oktober 2019 annoncerede Gentofte Kommune, at kommunen den 1. oktober 2019 havde indgået kontrakt med Kruso A/S, og at kontrakten havde en værdi på 4.863.460 kr. I kontrakten med Kruso A/S blev indsat følgende vilkår:

" ...

Såfremt Eksponent indgiver klage til Klagenævnet for Udbud, er Gentofte Kommune når som helst berettiget til at annullere den indgåede kontrakt, hvis kommunen skønner, at det er sandsynligt, at Eksponent helt eller delvist vil få medhold i klagen, eller hvis Klagenævnet for Udbuds afgørelse efter sit indhold efter kommunens skøn gør annullation nødvendig af hensyn til kommunens interesser. Ved annullation godtgøres Eksponent et ve-

derlag for det indtil annullationen faktisk udførte arbejde. Gentofte Kommune er ved annullation berettiget til at gøre brug af det arbejde, der er betalt vederlag for
...”

Da det fortsat var Eksponent ApS' opfattelse, at det vindende tilbud fra Kruso A/S ikke overholdt udbudsbetingelsernes mindstekrav til egnethed i form af tre relevante referencer, klagede Eksponent ApS den 18. oktober 2019 til Klagenævnet for Udbud.



Af en erklæring af 1. november 2019 fra Kruso A/S vedrørende håndtering af referencer i forbindelse med tilbudsafgivelse til Gentofte Kommune fremgår bl.a.:

"...

I forbindelse med nærværende klagesag omkring vores håndtering af referencer i forbindelse med tilbudsafgivelse til Gentofte Kommune er jeg blevet bedt om at afgive en erklæring, der belyser detaljerne omkring forløbet med fokus på vores referencer afgivet til Gentofte Kommune.

Generelt omkring vores referencer:

Kruso har været en aktiv digital leverandør til det offentlige Danmark i ca. 20 år. Salg og dermed besvarelse af offentlige udbud udgør dermed en central del af vores arbejdsgange. Her spiller gode referencer en afgørende rolle. Vi har derfor igennem årene opbygget et meget omfattende bibliotek med alle vores cases, mange af dem beskrives på vores hjemmeside, mens andre anvendes specifikt i vores tilbudsmaterialer. Vi har en fuldtidsansat Bid manager til bl.a. at opdatere og vedligeholde vores referencebibliotek, så vi til hver en tid er i stand til at dokumentere vores erfaringer.

Forløbet:

- I forbindelse med tilbudsafgivelsen indsendte Kruso tre referencer, som blev beskrevet i vores ESPD. Referencerne blev indsendt sammen med Krusos øvrige tilbud inden tilbudsdeadline den 31/5 2019 kl. 10.00.
- Den 2/9 2019 modtog Kruso en skriftlig henvendelse fra Gentofte Kommune, der bad Kruso oplyse en forskriftsmæssig reference. Kruso fremsendte derfor den 4/9 2019 en udbedret version af casen om Udenrigsministeriet til Gentofte Kommune. Denne reference opfylder alle de krav, Gentofte har opstillet, herunder en korrekt url. Sammen med denne reference fremsendte Kruso desuden yderligere tre referencer fra vores eksisterende casebibliotek.

..."

Den 29. april 2020 traf Klagenævnet for Udbud kendelse på skriftligt grundlag, hvorved Klagenævnet for Udbud fandt, at Gentofte Kommune havde handlet i strid med udbudsloven ved at tildele kontrakten til Kruso A/S, da Kruso A/S' tilbud ikke opfyldte mindstekravene til teknisk og faglig formåen i relation til referencerne. Klagenævnet for Udbud annullerede som følge heraf kommunens beslutning om at indgå kontrakt med Kruso A/S. Af kendelsen fremgår bl.a.:

"...

EkspONENT har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Gentofte Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Kruso, da Krusos tilbud ikke opfyldte mindstekravene til teknisk og faglig formåen, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 2.1.1.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Gentofte Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 159, stk. 5, ved at anmode Kruso om at fremsende en ny reference med henblik på at sikre Krusos opfyldelse af udbudsbetingelsernes mindstekrav til teknisk og faglig formåen efter tilbudsfristen og tildelingsbeslutningen.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Gentofte Kommunes beslutning af 21. juni 2019 om at tildele kontrakten til Kruso.

EkspONENT har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

Gentofte Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

...

Parternes anbringenderAd påstand 1

...

Gentofte Kommune har gjort gældende ...

...

Gentofte Kommune forkastede referencen www.denmark.dk, fordi den ikke opfyldte mindstekravene. Den skal ikke indgå i den oprindelige form og er derfor ikke relevant i forhold til udbudsbetingelsernes pkt. 2.1.1. Den mere generelle reference www.um.dk skal ikke anses for en ny reference, men er udtryk for en udbedring af den for specifikke henvisning til en del af www.um.dk, nemlig til www.denmark.dk.

...

Ad påstand 2

EkspONENT har gjort gældende...

...

Hvis det lægges til grund, at indhentelse af ny dokumentation for egnethed var inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5, var Gentofte Kommune alligevel afskåret fra dette efter udbudslovens § 159, stk. 6, idet udbudsbetingelserne angav, at en manglende opfyldelse af referencerne ville medføre afvisning.

...

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Gentofte Kommune har i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne fastsat følgende mindstekrav til tilbuddene:

" ...

o Det er et mindstekrav, at Tilbudsgiver har minimum tre (3) referencer fra tilsvarende opgave. Ved 'tilsvarende' forstås levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en offentlig kunde. Med corporate hjemmeside skal forstås kundens hovedhjemmeside, som er det site der tilgås via URL'en www.indsaetkundensnavn.dk

o Det er et mindstekrav, at minimum én (1) reference vedrører levering i form af design, udvikling og implementering af en ny corporate hjemmeside, leveret til en dansk kommune. (se definition af corporate hjemmeside i bullit ovenfor).

..."

Kruso, der desuden baserede sin tekniske og faglige formåen på virksomheden Kontrapunkt, indleverede tre referencer sammen med tilbuddet – www.kl.dk, www.aarhus.dk og www.denmark.dk.

Gentofte Kommune har ikke bestridt, at referencen www.denmark.dk ikke opfyldt mindstekravet om at være "tilsvarende", idet www.denmark.dk ikke er en "corporate" hjemmeside for Udenrigsministeriet.

Ved e-mail af 2. september 2019 anmodede Gentofte Kommune Kruso om "hurtigst muligt ... at oplyse en forskriftsmæssig reference. Den forskriftsmæssige reference skal omfatte en reference, som Kruso i tid havde før tilbudsafgivelsen, og referencen skal være Krusos egen. Kruso kan altså ikke gå ud til tredjemand og indhente en reference, som Kruso støtter sig på."

Kruso indleverede herefter yderligere fire referencer, og klagenævnet har ikke grundlag for at antage, at disse referencer ikke også forelå, inden Kruso indleverede sit tilbud.

Det følger af EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova A/S, præmis 40, at det påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat. Gentofte Kommune fastsatte som mindstekrav, at tilbudsgiverne skulle indlevere tre referencer fra tilsvarende opgaver. Kruso indleverede tre referencer, hvoraf i hvert fald en reference ikke opfyldte kravene til at være "tilsvarende". Herefter og da det ikke kan lægges til grund, at www.denmark.dk er en del af www.um.dk, var Krusos tilbud ikke konditionsmæssigt.

En ordregiver kan efter udbudslovens § 159, stk. 5, anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a.:

"Denne bestemmelse regulerer den situation, hvor de relevante oplysninger eller den dokumentation, som en ansøger eller tilbudsgiver indsender i sin ansøgning eller sit tilbud, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede. Dokumentationen kan være specifikke dokumenter, der skal dokumentere specifikke forhold. Hvis en ansøgning eller et tilbud, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, kan

ordregiveren i henhold til denne bestemmelse anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende de relevante oplysninger og/eller den relevante dokumentation inden for en passende frist. Dog kan sådan en anmodning alene fremsættes ved overholdelse af principperne i § 2, herunder i særdeleshed ligebehandlingsprincippet. Dette betyder eksempelvis, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke må opnå en fordel i viden eller tid ved at få mulighed for at indsende relevante oplysninger og dokumentation efter ansøgning eller tilbudsfristens udløb.

...

Det vil være en konkret vurdering, om nye oplysninger medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Det vil eksempelvis ikke betragtes som en fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren efter anmodning, indsender relevante oplysninger, hvis det objektivt kan konstateres, at de relevante oplysninger forelå på tidspunktet for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. Det er ikke et krav, at selve dokumentet forelå på tidspunktet forud for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, men det skal objektivt konstateres og dokumenteres, at oplysningerne forelå, og at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke har opnået nogen konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne til ordregiveren efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb”

Det er således efter bestemmelsen muligt for en tilbudsgiver at præcisere og supplere et afgivet tilbud og endda indlevere yderligere dokumenter.

En ordregivers mulighed for at indhente oplysninger i forhold til et afgivet tilbud er dog yderligere reguleret af udbudslovens § 159, stk. 6. Efter § 159, stk. 6, skal en ordregiver uanset stk. 5 afvise et tilbud, hvis det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel. Af forarbejderne til denne bestemmelse fremgår bl.a.:

”... Ordregiveren kan ikke anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, hvis ordregiveren udtrykkeligt i udbudsmaterialet har krævet fremsendelse af den manglende oplysning eller det manglende dokument og angivet, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers vil blive afvist. Det påhviler således ordregiveren at overholde de regler, som denne selv har fastsat.

Brugen af stk. 5 vil ikke være udelukket, hvis ordregiveren alene har anført, at en oplysning eller et dokument skal afleveres, men uden at det fremgår, at overtrædelse vil medføre afvisning.

Hvis ordregiver har fastsat kravet om indsendelse af specifik dokumentation som et mindstekrav, kan stk. 5 ikke benyttes til at indhente den manglende dokumentation eller supplere eller fuldstændiggøre den indsendte dokumentation, hvis det fremgår af udbudsmaterialet eller i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning.”

§ 159, stk. 6, er en kodificering af EU-Domstolens dom i sag C-336/12, Manova A/S. En anmodning om præcisering kan således ikke afhjælpe fraværet af et dokument eller en oplysning, der ifølge udbudsmaterialet skulle have været indleveret sammen med tilbuddet.

Da Krusos tilbud ikke indeholdt tre referencer, som alle opfyldte de mindstekrav, Gentofte Kommune havde fastsat, og da Kruso ikke efter udbudslovens § 159, stk. 6, var berettiget til at indlevere nye referencer efter tilbudsfristens udløb, har Gentofte Kommune handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at anmode Kruso om at indlevere nye referencer og ved at tildele kontrakten til Kruso.

Der er ikke grundlag for at konstatere, at Eksponent har udvist retsfortabende passivitet ved først at klage til klagenævnet den 18. oktober 2019.

Klagenævnet tager herefter påstandene til følge.

Ad påstand 3

Efter det, som er anført ad påstand 1 og 2, tager klagenævnet påstanden om annullation til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Gentofte Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Kruso, da Krusos tilbud ikke opfyldte mindstekravene til teknisk og faglig formåen, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 2.1.1.

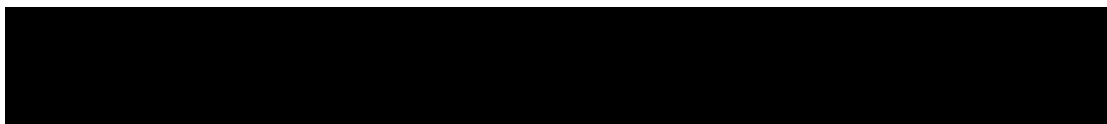
Ad påstand 2

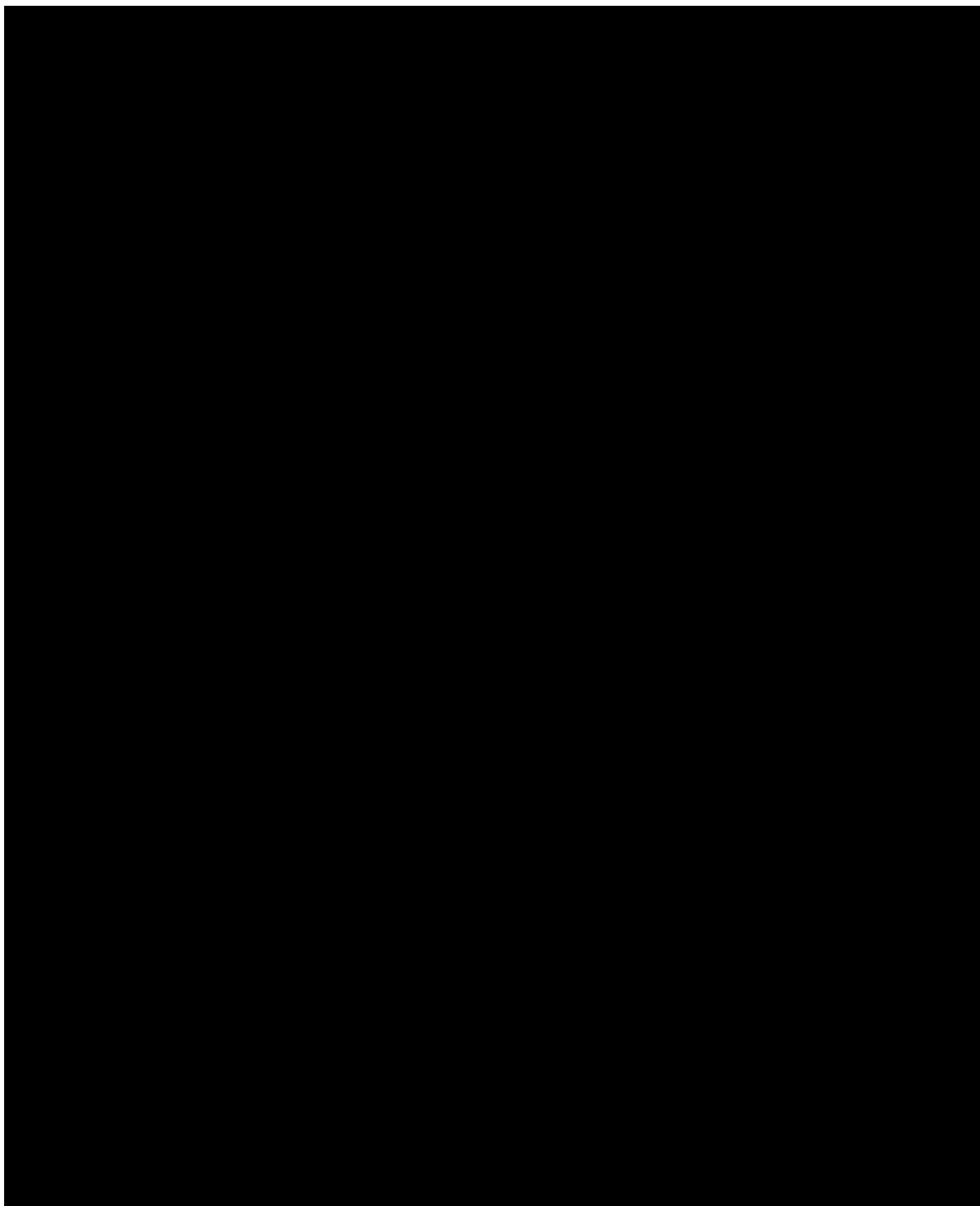
Gentofte Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 159, stk. 5, ved at anmode Kruso om at fremsende en ny reference med henblik på at sikre Krusos opfyldelse af udbudsbetingelsernes mindstekrav til teknisk og faglig formåen efter tilbudsfristen og tildelingsbeslutningen.

Gentofte Kommunes beslutning af 21. juni 2019 om at indgå kontrakt med Kruso A/S annulleres.
..."

I svarskrift af 27. maj 2020 til Klagenævnet for Udbud angav Gentofte Kommune at ville have ladet udbuddet gå om i stedet for at tildele kontrakten til Eksponent ApS, hvis der ikke havde kunnet indhentes nye referencer fra Kruso A/S.

Af en erklæring af 1. juli 2020 fra statsautoriseret revisor [] til Eksponent ApS fremgår bl.a.:





Klagenævnet for Udbud traf ved kendelse af 10. februar 2021 bestemmelse om erstatning i forlængelse af kendelsen af 29. april 2020. Klagenævnet for Udbud fandt, at Eksponent ApS havde krav på 1.200.000 kr. i erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Af kendelsen fremgår bl.a.:

" ...

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Klagenævnet har ved kendelse af 29. april 2020 konstateret, at Gentofte Kommune handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 159, stk. 5, ved at anmode Kruso om at fremsende en ny reference efter tilbudsfristen og tildelingsbeslutningen med henblik på at sikre Krusos opfyldelse af mindstekravene til teknisk og faglig formåen, og ved på den baggrund at tildele kontrakten til Kruso.

Gentofte Kommune har herved handlet ansvarspådragende over for Eksponent.

Ad erstatningskravet, herunder årssammenhæng og tab:

Eksponent har krævet erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Efter klagenævnets praksis er det en betingelse for en sådan erstatning, at det er bevist, at den forbigåede tilbudsgiver ville have fået kontrakten, hvis ordregiveren ikke havde overtrådt udbudsreglerne.

Det er ubestridt, at Eksponent afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, når det tages i betragtning, at tilbuddet fra Kruso var ukonditionsmæssigt. Selv om Eksponent afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, var Gentofte Kommune ikke forpligtet til at indgå kontrakt med Eksponent. En ordregiver har således ikke kontraheringspligt ved et udbud og kan derfor vælge at annullere udbuddet, forudsat at annullationen ikke forfølger et formål, der er i strid med princippet om ligebehandling eller i øvrigt må anses for usaglig. Dette forudsætter dog, at Gentofte Kommune påviser forhold, som gør det overvejende sandsynligt, at kommunen ville have annulleret udbuddet, hvis det var erkendt, at tilbuddet fra Kruso var ukonditionsmæssigt.

Gentofte Kommune har gjort gældende, at hvis kommunen havde undladt at indhente referencer hos Kruso i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5, ville alternativet have været, at kommunen havde annulleret udbuddet. Kommunen har til støtte herfor henvist til mailen af 6. september 2019 til Eksponent. Gentofte Kommune har yderligere gjort gældende, at kommunen under til-budsevalueringen og det efterfølgende arbejde med sagen var nået frem til den konklusion, at kommunen ikke kunne acceptere den løsning, som Eksponent havde tilbudt, og derfor hellere ville genudbyde kontrakten på grundlag af et nyt og ændret udbudsmateriale.

Mailen af 6. september 2019 fra Gentofte Kommune til Eksponent med indholdet: "... at kommunen som alternativ til den indrømmede adgang til afhjælpning har overvejet at aflyse udbuddet, men altså som sin konklusion ikke har anset dette for nødvendigt..." kan ikke i sig selv tages som udtryk for, at kommunen ville have annulleret udbuddet, hvis den ikke havde givet Kruso adgang til at indlevere nye referencer.

Efter oplysningerne om evalueringen af Eksponents tilbud, herunder de til-delte point og kommunens bemærkninger til den tilbudte løsning, kan klagenævnet desuden ikke lægge til grund, at Eksponent tilbød en løsning af den udbudte opgave, som kommunen ikke ville have accepteret, hvis den havde erkendt, at Krusos tilbud var ukonditionsmæssigt, og at udbuddet i stedet ville være blevet annulleret.

Da Gentofte Kommune efter det anførte ikke har sandsynliggjort, at udbudet ville være blevet annulleret, hvis det var erkendt, at Krusos tilbud var ukonditionsmæssigt, har Eksponent krav på erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse.

I overensstemmelse med sædvanlig klagenævns- og retspraksis skal erstatningen for positiv opfyldelsesinteresse fastsættes på grundlag af det forventede dækningsbidrag, som kan henføres til den konkrete opgave.

Eksponent har i kravet på 2.233.670 kr. indregnet 600 konsulenttimer, fordi "Eksponent i den indledende periode efter kommunens tildelingsbeslutning havde et direkte tab på 600 konsulenttimer. Eksponent havde således i perioden frie medarbejderressourcer, der ikke kunne allokeres til andre projekter med kort varsel". Allerede fordi Eksponent ikke kunne forvente at få kontrakten tildelt, og fordi de 600 timer ved kontraktens tildeling til Eksponent ville være blevet anvendt på opgaven for Gentofte Kommune og dermed vil indgå to gange i opgørelsen af Eksponents erstatning, tager klagenævnet ikke den del af kravet til følge.

Der er ikke grundlag for som anført af Gentofte Kommune at lade den del af den udbudte kontrakt, der vedrører vedligeholdelse og support, udgå ved opgørelsen af omsætningen på kontrakten. Derimod skal der tages højde for, at en del af kontrakten omhandlede optioner.

På denne baggrund og under hensyn til Eksponents redegørelse for sin erstatningsberegning og i øvrigt til den usikkerhed, der altid vil være ved indtægter og udgifter over en fremtidig 6-årig periode med løbende vedligeholdelse og support, pålægger klagenævnet Gentofte Kommune at betale en skønsmæssig fastsat erstatning til Eksponent på 1.200.000 kr. med procesrente som fastsat nedenfor.

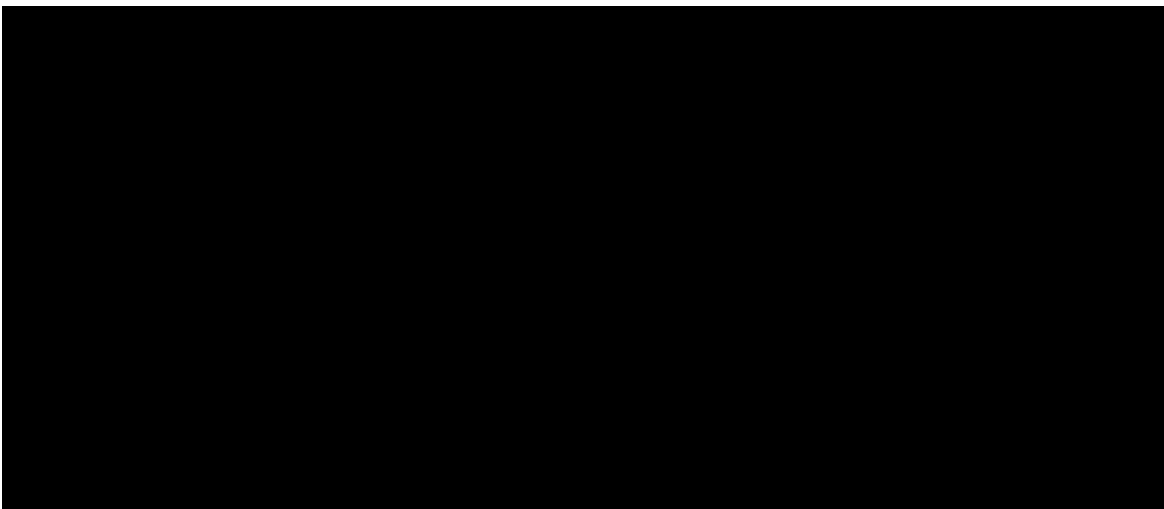
...

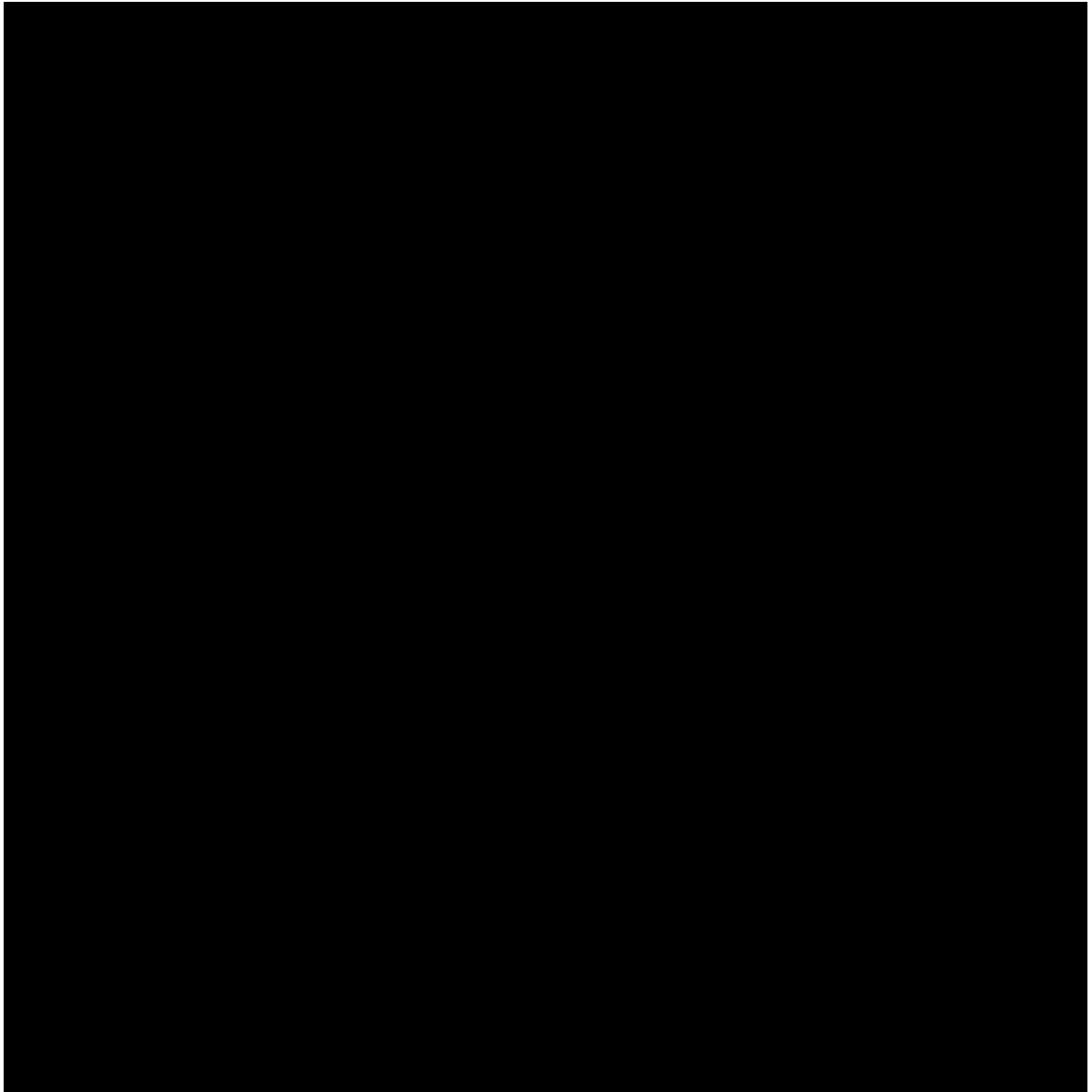
Herefter bestemmes:

Gentofte Kommune skal til Eksponent ApS betale 1.200.000 kr. med procesrente fra den 13. maj 2020.

..."

Stævning i nærværende sag er som ovenfor anført indgivet den 6. april 2021.





Rettens begrundelse og resultat

Spørgsmålet om Gentofte Kommunes adgang til at indhente nye referencer fra Kruso A/S

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne af 26. april 2019 vedrørende Gentofte Kommunes udbud af en ny hjemmeside, at det var et mindstekrav til tilbudsgiverne, at disse skulle have tre referencer vedrørende tilsvarende opgaver, hvormed skulle forstås levering i form af design, udvikling og implementering af en ny hovedhjemmeside til en offentlig kunde, heraf en dansk kommune.

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a., at ordregiver indledningsvis konstaterer, om et tilbud er konditionsmæssigt, herunder om tilbuddet overholder samtlige mindstekrav. Det er endvidere angivet, at tilbuddet som udgangspunkt ikke vil blive medtaget i evalueringen, hvis dette ikke er tilfældet. Herudover er det angivet, at ordregiver er berettiget, men ikke forpligtet til at anmode en tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet ved at indsende rele-

vante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, såfremt dette kan ske i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5.

Udbudsfristen udløb den 31. maj 2019. Der blev afgivet tilbud af tre tilbudsgivere, heraf Kruso A/S og Eksponent ApS. Begge tilbud blev indledningsvis anset for konditionsmæssige, herunder i relation til de indgivne referencer, og ved den efterfølgende evaluering endeligt tildelt henholdsvis det højeste antal point (4,15) og det næsthøjeste antal point (3,85).

Gentofte Kommune besluttede den 21. juni 2019 at tildele kontrakten til Kruso A/S.

Eksponent ApS gjorde indsigelse mod bl.a., at Kruso A/S havde oplyst referencerne www.aarhus.dk, www.denmark.dk og www.kl.dk. Parterne er enige om, at referencen til www.aarhus.dk opfylder mindstekravet vedrørende referencer, mens dette ikke er tilfældet for så vidt angår www.denmark.dk, da der ikke er tale om en offentlig kundes hovedhjemmeside. Retten bemærker, at heller ikke referencen til www.kl.dk kan anses for at opfylde dette krav, da Kommunernes Landsforening er en privat interesseorganisation og således efter en almindelig sproglig forståelse ikke kan anses for en "offentlig kunde".

Den 2. september 2019 indhentede Gentofte Kommune under henvisning til udbudslovens § 159, stk. 5, nye referencer fra Kruso A/S, hvilket fremsendtes den 4. september 2019. Der er enighed om, at de nye referencer opfylder mindstekravet.

En ordregiver kan efter udbudslovens § 159, stk. 5, under overholdelse af principperne i udbudslovens § 2 anmode tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som tilbudsgiveren har indsendt i forbindelse med tilbuddet, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at tilbudsgiveren fremsætter et nyt tilbud.

Ordregiveren skal, uanset udbudslovens § 159, stk. 5, afvise et tilbud, såfremt det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at tilbuddet afvises, og det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel, jf. § 159, stk. 6.

Det følger af forarbejderne til udbudsloven, lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, de specielle bemærkninger til § 159, bl.a.:

"...

Bestemmelsens stk. 5 er en kodificering af blandt andet EU-domstolens retspraksis, herunder afgørelse af 10. oktober 2013 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, C-336/12.

Endvidere findes en lignende bestemmelse i § 12, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, udstedt i medfør af § 1 og § 2, stk. 1, i lov om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter og indkøb m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 600 af 30. juni 1992.

Denne bestemmelse regulerer den situation, hvor de relevante oplysninger eller den dokumentation, som en ansøger eller tilbudsgiver indsender i sin ansøgning eller sit tilbud, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede. Dokumentationen kan være specifikke dokumenter, der skal dokumentere specifikke forhold. Hvis en ansøgning eller et tilbud, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, kan ordregiveren i henhold til denne bestemmelse anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende de relevante oplysninger og/eller den relevante dokumentation inden for en passende frist. Dog kan sådan en anmodning alene fremsættes ved overholdelse af principperne i § 2, herunder i særdeleshed ligebehandlingsprincippet. Dette betyder eksempelvis, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke må opnå en fordel i viden eller tid ved at få mulighed for at indsende relevante oplysninger og dokumentation efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

Anmodning om relevante oplysninger og dokumentation kan fremsættes efter udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen.

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. Dog kan det efter omstændighederne være hensigtsmæssigt, at ordregiveren fremsætter en anmodning, hvis der er tale om fejl eller mangler.

En anmodning om relevante oplysninger og dokumentation skal rettes mod alle virksomheder i samme situation i samme udbud. Anmodningen skal angå alle de punkter i ansøgningen eller tilbuddet, der skal suppleres, præciseres eller fuldstændiggøres. Endvidere må anmodningen ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Endelig skal ordregiveren behandle ansøgere og tilbudsgivere ens og rimeligt.

Ordregiveren kan fremsætte en anmodning om relevante oplysninger og dokumentation, selvom ansøgningen eller tilbuddet helt mangler de efterspurgte oplysninger eller dokumentation.

Hermed er ordregiveren ikke begrænset til alene at kræve oplysninger, der supplerer eller præciserer allerede indsendte oplysninger og dokumentation, men kan også anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, der fuldstændiggør ansøgningen eller tilbuddet, selvom disse oplysninger og dokumentation ikke fremgik af ansøgningen og tilbuddet. Eksempelvis kan ordregiveren anmode om at få fremsendt en manglende årsrapport.

Det vil være en konkret vurdering, om nye oplysninger medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Det vil eksempelvis ikke betragtes som en fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren efter anmodning, indsender relevante oplysninger, hvis det objektivt kan konstateres, at de relevante oplysninger forelå på tidspunktet for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. Det er ikke et krav, at selve dokumentet forelå på tidspunktet forud for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, men det skal objektivt konstateres og dokumenteres, at oplysningerne forelå, og at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke har op-

nået nogen konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne til ordregiveren efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

Det vil være fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ordregiveren anmoder en ansøger eller tilbudsgiver om at sende nye oplysninger, der kan give ansøgeren eller tilbudsgiveren en konkurrencemæssig fordel.

Ordregiver kan også anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at genfremsende et dokument med den manglende datering, såfremt de relevante dele af ansøgningen eller tilbuddet kan anses for bindende, uden den manglende underskrift eller datering. Endvidere vil det være muligt for ordregiveren at anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at udbedre formelle fejl, såsom for få indsendte eksemplarer eller indsendelse i et forkert format.

Det fælles europæiske udbudsdokument er et foreløbigt bevis for den dokumentation, ordregiveren som minimum skal kræve fra den vindende tilbudsgiver i henhold til § 151. I det fælles europæiske udbudsdokument anfører ansøgeren eller tilbudsgiveren, at denne kan fremsende bestemt dokumentation til ordregiveren inden udløbet af en passende tidsfrist, som ordregiveren har fastsat i henhold til § 151, stk. 1. Idet der er tale om et foreløbigt bevis for efterfølgende fremsendelse af dokumentation, opnår ansøgeren eller tilbudsgiveren som udgangspunkt ikke længere tid til at fremskaffe dokumenter eller længere tid til at udarbejde dokumentationen.

Endvidere er der som udgangspunkt ikke en væsentlig byrde for ansøgerne eller tilbudsgiverne forbundet med udarbejdelsen af det fælles europæiske udbudsdokument. Som følge heraf kan ordregiveren som udgangspunkt uden tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre oplysninger i det fælles europæiske udbudsdokument. Dette finder også anvendelse i den situation, hvor en ansøger eller tilbudsgiver ikke har fremsendt det fælles europæiske udbudsdokument til ordregiveren. I denne situation kan ordregiveren som udgangspunkt anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at fremsende det fælles europæiske udbudsdokument efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

Bestemmelsens stk. 6 er en kodificering af EU-Domstolens afgørelse af 10. oktober 2013 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, C-336/12.

Endvidere fremgår bestemmelsen også af § 12, stk. 4, i bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Ordregiveren kan ikke anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, hvis ordregiveren udtrykkeligt i udbudsmaterialet har krævet fremsendelse af den manglende oplysning eller det manglende dokument og angivet, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers vil blive afvist. Det påhviler således ordregiveren at overholde de regler, som denne selv har fastsat.

Brugen af stk. 5 vil ikke være udelukket, hvis ordregiveren alene har anført, at en oplysning eller et dokument skal afleveres, men uden at det fremgår, at overtrædelse vil medføre afvisning.

Hvis ordregiver har fastsat kravet om indsendelse af specifik dokumentation som et mindstekrav, kan stk. 5 ikke benyttes til at indhente den manglende dokumentation eller supplere eller fuldstændiggøre den indsendte dokumentation, hvis det fremgår af udbudsmaterialet eller i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning.

...”

Det fremgår af EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/2012, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, bl.a.:

”...

31 Ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen er til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver inden for rammerne af en udbudsprocedure, hvilket i princippet indebærer, at et tilbud ikke kan ændres efter dets afgivelse, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller tilbudsgiverens initiativ. Det følger heraf, at den ordregivende myndighed ikke må anmode en tilbudsgiver, hvis tilbud ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, om supplerede oplysninger (jf. i denne retning dom af 29.3.2013, sag C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 36 og 37).

32 Domstolen har imidlertid præciseret, at artikel 2 i direktiv 2004/18 ikke er til hinder for, at oplysningerne vedrørende budet i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør (dommen i sagen SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 40).

33 Domstolen har i den dom opstillet visse krav, som er forbundet med denne mulighed for skriftligt at anmode tilbudsgiverne om at præcisere deres tilbud.

...

39 Den ordregivende myndighed kan således anmode om, at de oplysninger, der fremgår af en sådan ansøgning, i enkelttilfælde berigtiges eller suppleres, for så vidt som en sådan anmodning vedrører forhold eller oplysninger, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud.

40 Det skal imidlertid præciseres, at dette ikke ville være tilfældet, hvis udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. Det påhviler således den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat (jf. i denne retning dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 115).

41 I det foreliggende tilfælde synes betingelserne nævnt i denne doms præmis 39 og 40 at være opfyldt. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at foretage de nødvendige vurderinger i denne henseende.

...”

Retten finder, at Kruso A/S' indsendelse af nye referencer ikke indebar en sådan indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige tilbud, at der forelå et nyt tilbud, og at Gentofte Kommune derfor som udgangspunkt kunne anmode

Kruso A/S om at fremsende nye referencer efter udbudslovens § 159, stk. 5. Det bemærkes herved, at det efter bevisførelsen må lægges til grund som objektivt konstaterbart, at de nye referencer forelå, inden Kruso A/S indleverede sit tilbud, idet disse stammede fra Kruso A/S' casebibliotek, og at Kruso A/S ikke opnåede en konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne efter fristens udløb.

Det er på ovennævnte baggrund afgørende for vurderingen af, hvorvidt Gentofte Kommune var afskåret fra at indhente nye referencer fra Kruso A/S, jf. udbudslovens § 159, stk. 6, når kommunen havde fastsat indsendelse af referencerne som et mindstekrav, om det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning. En ordregiver er således ikke i alle tilfælde, hvor der foreligger manglende dokumentation eller lignende vedrørende mindstekrav, afskåret fra at anvende udbudslovens § 159, stk. 5.

Herefter, og da det fremgår af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav alene som udgangspunkt vil medføre, at tilbuddet ikke vil blive medtaget i evalueringen, og at Gentofte Kommune i relation hertil udtrykkeligt har forbeholdt sig retten til at anvende udbudslovens § 159, stk. 5, finder retten, at Gentofte Kommune var berettiget til at indhente nye referencer fra Kruso A/S.

Da Kruso A/S således opfyldte egnethedskravene, var Gentofte Kommune berettiget til at tildele kontrakten til Kruso A/S.

Konklusion og sagsomkostninger

Gentofte Kommunes påstande tages på den ovennævnte baggrund til følge.

Sagsomkostningerne er efter sagens værdi, udfald og forløb, herunder hovedforhandlingens varighed, fastsat således, at Eksponent ApS til Gentofte Kommune til dækning af udgift til advokat skal betale 140.000 kr. inkl. moms og til dækning af udgift til retsafgift skal betale 29.100 kr., i alt 169.100 kr.

THI KENDES FOR RET:

Eksponent ApS skal anerkende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingen af kontrakt om ny hjemmeside til Gentofte Kommune, som udbudt ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 084-200785, til Kruso A/S.

Eksponent ApS skal anerkende, at Eksponent ApS ikke er berettiget til erstatning som følge af det gennemførte udbud af kontrakt om ny hjemmeside til Gentofte Kommune, som udbudt ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 084-200785.

Gentofte Kommune frifindes for den af Eksponent ApS selvstændigt nedlagte påstand om betaling af 2.233.670 kr. ekskl. moms med tillæg af procesrente fra 13. maj 2020, subsidiært 120.000 kr. ekskl. moms med tillæg af procesrente fra 13. maj 2020.

Eksponent ApS skal inden 14 dage til Gentofte Kommune betale sagsomkostninger med 169.100 kr.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.