

Ugeskrift for Retsvæsen 2011 s. 3129 H, Højesterets dom af 18. august 2011 i sag 185/2009, ISS Facility Services og Dansk Industri mod Silkeborg Kommune

Kort resumé

En udbyder er berettiget til at annullere udbuddet, medmindre formålet med annulationen strider mod ligebehandlingsprincippet eller er usaglig. Udbyderens annulation af det udbud, som sagen angik, stred endvidere ikke mod ligebehandlingsprincippet og var ikke usaglig, heller ikke selvom baggrunden var en uunderbygget formodning om den måde, som den udbudte opgave ville blive udført på af den tilbudsgiver, der skulle have været indgået kontrakt med, hvis udbuddet ikke var blevet annulleret. De udbudsretlige regler førte ikke til kontraheringspligt for udbyderen. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. juli 2007 ændret.

Kommentar

Gengivelsen af dommens præmisser i det korte resumé ovenfor er efter sagens natur stærkt sammentrængt, men også gengivelsen af præmisserne i det fulde resumé nedenfor er af overskuelighedsgrunde noget sammentrængt.

Man kan efter temperament søge at foretage en gennemgribende analyse af de enkelte udtalelser i landsrettens og Højesterets præmisser på grundlag af de to instansers domme. Efter min (H.P. Rosenmeiers) opfattelse vil dette imidlertid ikke være umagen værd, allerede fordi sagen angår et yderst særegent tilfælde, men også fordi noget sådant efter min opfattelse for det meste er ret formålsløst. Se herved bemærkningerne om fortolkning af domme i min artikel s. 337 i bogen »Mindeværdige retssager«, forlaget Thomson 2002.

Men følgende kan formentlig i hvert fald udledes af Højesterets dom:

1) Højesteret har reelt tilsluttet sig klagenævnets praksis, hvorefter en udbyder kan annullere udbuddet, medmindre der ikke er saglig grund til dette.

Højesterets henvisning til, at annulationen heller ikke må være i strid med ligebehandlingsprincippet, har næppe den store selvstændige betydning herudover og må nok ses som en reference til parternes procedure.

2) Det er ikke nødvendigvis en usaglig grund til udbyderens annulation af udbuddet, at udbyderen har uunderbyggede formodninger om, hvordan den udbudte opgave vil blive udført af den tilbudsgiver, der ellers skulle have haft opgaven. Det er formentlig dette punkt, der er det centrale i Højesterets afgørelse.

3) Som nævnt i det fulde resumé henviste Højesteret i denne forbindelse til følgende: I udbyderens formodninger om, hvordan den pågældende tilbudsgiver ville udføre opgaven, indgik tilbudsgiverens oplysninger om det timetal, som tilbudsgiveren ville anvende. Det ikke stred mod gennemsigtighedsprincippet, at tilbudsgiverens oplysning om timetallet indgik i udbyderens bevæggrunde for at annullere udbuddet.

Disse bemærkninger havde reference til parternes procedure, og der er nok ikke noget særlig principielt i dem, når det kommer til stykket. Tilbuds-

giverne skulle give oplysning om timetallet og måtte vel derfor forvente, at disse oplysninger indgik generelt i udbyderens beslutningsgrundlag.

4) Udbudsreglerne medfører ikke pligt for udbyderen til at indgå kontrakt med nogen tilbudsgiver.

Resumé

Denne dom angår samme sag som Klagenævnet for Udbuds kendelser af 24. juli og 20. august 2007.

Sagen drejede sig om en kommunes udbud efter udbudsdirektivet vedrørende rengøring. Tildelingskriteriet var det økonomiske mest fordelagtige tilbud. Tilbudsgiverne skulle give oplysning om de timetal, der ville blive anvendt for rengøringen, og i udbudsbetingelserne var vedrørende et underkriterium »Kvalitet/timer« angivet, at tilbuddene ville få jo flere points i relation til dette underkriterium, jo højere timetal de ville blive anvende.

Efter at der var indkommet forskellige tilbud, foretog kommunens administration en tilbudsvurdering og konstaterede herved, at tilbuddet fra en tilbudsgiver ISS var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Kommunens byråd traf imidlertid beslutning om at annullere udbuddet og om ikke at udlicitere rengøringen.

Konkurrencestyrelsen klagede til klagenævnet over kommunens annullation af udbuddet. Ved kendelsen af 24. juli 2007 udtalte klagenævnet, at annullationen af udbuddet byggede på uunderbyggede formodninger og subjektive forventninger om, at ISS ikke ville opfylde kravene vedrørende rengøringens standard og arbejdsmiljømæssige forhold. Klagenævnet udtalte videre, at kommunen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved med denne begrundelse at annullere udbuddet.

Sideløbende havde Dansk Industri, ISS og nogle andre af tilbudsgiverne klaget til klagenævnet over kommunens annullation af udbuddet, og klagenævnet tog stilling til denne klage ved kendelsen af 20. august 2007. Ved denne kendelse gentog klagenævnet sin konstatering i kendelsen af 24. juli 2007 af, at kommunen havde været uberettiget til at annullere udbuddet med den omtalte begrundelse. Ved kendelsen af 24. august 2007 frifandt klagenævnet imidlertid kommunen for nogle erstatningspåstande fra ISS og de øvrige klagende tilbudsgivere med henvisning til, at kommunen havde været berettiget til at annullere udbuddet med en anden begrundelse, dvs. hensynet til mulige effektiviseringer ved kommunesammenlægningen.

Dansk Industri og ISS indbragte sagen for Vestre Landsret ved et sagsanlæg mod kommunen, og kommunen indbragte sagen for Vestre Landsret ved et sagsanlæg mod Konkurrencestyrelsen. De to sager blev behandlet sammen og afgjort ved en dom afsagt af Vestre Landsrets 15. maj 2009. Ved dommen konstaterede landsretten, at kommunen ikke havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at annullere udbuddet, og landsretten frifandt i konsekvens heraf kommunen for et erstatningskrav fra ISS.

Dansk Industri og ISS indbragte landsrettens dom for Højesteret, der imidlertid ved dommen af 18. august 2011 stadfæstede landsrettens dom.

Højesterets begrundelse henviser delvis til landsrettens begrundelse og kan ved en sammenskrivning med denne noget sammentrængt gengives således:

En udbyder er som udgangspunkt berettiget til at annullere udbuddet. En annulation må dog ikke forfølge et formål, der er i strid med ligebehandlingsprincippet, eller som i øvrigt er usagligt.

De udbudsretlige regler førte ikke til, at kommunen havde pådraget sig en kontraheringspligt, og kommunen havde heller ikke på andet grundlag skabt forventning herom.

Kommunens beslutning om at annullere udbuddet byggede på en vurdering af, at hensynet til arbejdsvilkårene for medarbejderne og kravene til rengøringsstandard og -kvalitet bedre ville kunne sikres ved en fortsat kommunal opgaveløsning end ved en løsning i privat regi. Samtidig ville kommunen undersøge mulighederne for effektivisering bl.a. ved at inddrage erfaringerne fra de kommuner, som skulle lægges sammen med kommunen.

Kommunen havde ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at annullere udbuddet, da alle tilbudsgivere havde haft ens chancer. Kommunens beslutning om at annullere udbuddet var endvidere ikke usaglig, heller ikke selvom baggrunden var en uunderbygget formodning om, at timetallet i ISS' tilbud var urealistisk lavt, hvis den ønskede standard og kvalitet og det ønskede arbejdsmiljø skulle kunne opretholdes. At kommunen på denne måde lod timetallet indgå som en bevæggrund for beslutningen om at annullere udbuddet, var ikke i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Kommunen havde endvidere ikke handlet på en måde, der ud fra et synspunkt om loyalitetspligt kunne pådrage kommunen erstatningsansvar over for ISS.