

1. marts 1999. Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening, Slagelse

Begrundelse for afvisning af tilbud som ukonditionsmæssigt skal henvise til konkrete forhold. Brug af referenceprodukt var i strid med Bygge- og anlægsdirektivet uanset angivelse af »eller dermed ligestillet«. Referencer og kapacitet skal vurderes ved prækvalifikationen

NB! Kendelsen er fortolket ved Højesterets kendelse af 10. august 2001 i Ugeskrift for Retsvæsen 2001 s. 2286 H. (Lagt til grund, at Klagenævnet ikke havde taget den påstand, der nævnes under punkt 4) nedenfor til følge, selvom dette kun fremgik af præmisserne til nævnets kendelse og ikke var nævnt i kendelsens konklusion).

Et boligselskab, der er et offentligretligt organ i henhold til EU's udbudsdirektiver og derfor er omfattet af udbudspligten i henhold til disse, udbød ved begrænset udbud i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet lukningsentreprisen ved renovering af nogle boligblokke. Som tildelingskriterium var angivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra pris, referencer og kapacitet. I udbudsbetingelserne var om altanlukningssystemet bl.a. angivet, at aluminiumsprofiler og tilhørende komponenter med hensyn til kvalitet, styrke og funktion skulle være som fabrikat EK-Viktoria eller et i alle henseender tilsvarende altanlukningssystem.

En prækvalificeret tilbudsgiver, hvis tilbud var blevet afvist som ukonditionsmæssigt, klagede til Klagenævnet over forskellige forhold (punkterne 1-4 nedenfor), og Klagenævnet tog et yderligere spørgsmål op ex officio (punkt 5 nedenfor).

Klagenævnet udtalte:

1) Klage over ufyldestgørende begrundelse for afvisningen af klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt: Taget til følge ved, at nævnet konstaterede, at udbyderen trods klagerens anmodning om begrundelse for afvisningen ikke rettidigt havde givet klageren en fyldestgørende begrundelse. Nævnet udtalte herved: En udbyder skal i henhold til Bygge- og anlægsdirektivets artikel 8, stk. 1, efter anmodning inden 15 dage meddele bl.a. forbigående tilbudsgivere begrundelsen for, at deres tilbud er blevet forkastet, og begrundelsen for en forkastelse af et tilbud som ukonditionsmæssigt må indeholde en henvisning til de konkrete forhold, der har bevirket vurderingen som ukonditionsmæssig. En sådan henvisning blev imidlertid først blev givet ved fremlæggelsen af nogle bilag for Klagenævnet, dvs. længe efter udløbet af 15-dages fristen i direktivets artikel 8, stk. 1.

2) Klage over, at udbyderen havde forkastet klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt: Taget til følge ved, at nævnet konstaterede, at forkastelsen var i strid med EU's udbudsregler. Nævnet udtalte herved: Forkastelsen var i det væsentligste var begrundet med, at det altanlukningssystem, som klageren havde tilbudt, ikke svarede til referenceproduktet EK-Viktoria, men udbudsbetingelsernes angivelse af referenceproduktet var i strid med bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, jf. nedenfor ad punkt 3. Desuden indebar den ikke en så nøjagtig og fuldstændig beskrivelse af det tilbudte, som må kræves efter de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, idet boligforeningen havde forsømt med tilstrækkelig tydelighed at angive, på hvilke punkter det tilbudte altanlukningssystem skulle

svare til referenceproduktet. Klagerens påstand om annullation af boligselskabets beslutning om forkastelsen af tilbudet blev ikke taget til følge, allerede fordi klagen til Klagenævnet først var blevet indgivet ca. 5 måneder efter forkastelsen.

3) Klage over, at udbudsbetingelsernes angivelse af referenceproduktet EK-Viktoria var i strid med bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6 (om principielt forbud mod at foreskrive varer af et bestemt fabrikat): Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede, at angivelsen var i strid med den nævnte direktivbestemmelse, allerede fordi der ikke var anvendt formuleringen »eller dermed ligestillet«, men også bortset herfra. Nævnets flertal begrundede denne afgørelse med, at der ikke var fremkommet noget, der tydede på, at boligselskabet ikke i udbudsbetingelserne kunne have givet tilstrækkelige specifikationer for altanlukningssystemet uden at skulle henvise til et referenceprodukt. Et mindretal i nævnet begrundede afgørelsen med, at angivelse af et referenceprodukt ikke er i strid med artikel 10, stk. 6, med hensyn til en kompleks bygningsdel, såfremt referencen alene har til formål at angive en overordnet beskrivelse og i øvrigt er alment kendt, men at referencen i det konkrete tilfælde havde været brugt til at fravælge et andet produkt delvis på detaljer, hvorom der ikke i udbudet havde været anført præcise krav.

4) Klage over, at udbyderen havde vurderet klagerens tilbud som ringere end tilbudet fra den valgte tilbudsgiver: Ikke taget til følge. Anført, at denne del af klagen angik det hypotetiske tilfælde, at klagerens tilbud ikke var blevet forkastet som ukonditionsmæssigt, og at den refererede til en slags subsidær vurdering, som boligselskabets tekniske rådgiver havde foretaget. Nævnet fandt ikke grundlag for at antage, at denne vurdering var sket under varetagelse af usaglige hensyn eller lignende.

5) Ex officio konstateret, at boligselskabet havde overtrådt bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, (om tildelingskriterier) ved i udbudsbekendtgørelsens angivelse af tildelingskriterium at henvise til referencer og kapacitet. Anført, at når en udbyder har prækvalificeret en potentiel tilbudsgiver og fremsendt opfordring til denne om at give tilbud, må det som udgangspunkt kunne anses for fastlagt, at udbyderen har accepteret den prækvalificerede som tilbudsgiver og herunder har accepteret den prækvalificeres referencer og kapacitet til at udføre opgaven. Det vil herefter som udgangspunkt vil være i strid med artikel 30, stk. 1, tillige at tage tilbudsgiverens referencer og kapacitet i betragtning som tildelingskriterium.