

11. august 2000. Kirkebjerg A/S mod Ribe Amt

Mange overtrædelser af ligebehandlingsprincippet m.m. Brug af referenceprodukt var uberettiget. Annullation af et udbud skal angå hele udbudet. Et annulleret udbud er bortfaldet. Ikke tilsidesættelse af udbyders vurdering af, hvilket af tilbudene, der var det økonomisk mest fordelagtige. Klagenævnet har ikke kompetence med hensyn til, om en tilbudsgiver har krav på ordren

Sagen angik et udbud af el-entreprisen ved et amts udbygning af et sygehus. Udbudet blev foretaget som offentligt udbud i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet. Udbyderen indgik kontrakt med en tilbudsgiver, og en anden tilbudsgiver klagede til Klagenævnet over forskellige forhold i forbindelse med udbudet.

Som led i entreprisen skulle der leveres og monteres et antal såkaldte sengestuepaneler, og i udbudsbetingelserne var anført, at sengestuepanelerne skulle være af fabrikatet Fagerhult eller dermed ligestillet. Klageren havde i sit tilbud angivet, at der ville blive anvendt sengestuepaneler af det omtalte fabrikat, hvorimod den valgte tilbudsgiver havde angivet sengestuepaneler af fabrikatet Aluflex.

Essensen i klagen var, at udbyderen efter klagerens opfattelse var forpligtet til at vælge et tilbud, der anvendte sengestuepaneler af fabrikatet Fagerhult, og at udbyderen derfor skulle have valgt klagerens tilbud. Som det fremgår af det nedenstående, fik klageren imidlertid ikke medhold på disse centrale punkter, selvom Klagenævnet ganske vist statuerede, at udbyderen havde overtrådt EU's udbudsregler på en række punkter. Klagenævnet udtalte i hovedtræk:

Der er tradition i den danske byggebranche for i udbud at henvise til referenceprodukter, således som det i det omhandlede udbud var sket med hensyn til sengestuepaneler. Dette har imidlertid tendens til at medføre uklarhed med hensyn til, hvad udbyderen ønsker, og det fremgik således heller ikke klart og tydeligt, på hvilke punkter et tilbudt sengestuepanel kunne adskille sig fra referenceproduktet. Desuden indeholdt udbudsbetingelserne en lang række specifikationer med hensyn til sengestuepaneler, således at henvisningen til et referenceprodukt kunne forekomme overflødig og derfor kunne forstås som et reelt krav om, at det var referenceproduktet, der skulle anvendes, således at henvisningen til dermed ligestillede fabrikater var en formalitet. Klagenævnet henviste desuden til, at udbyderens tekniske rådgiver havde haft en skiftende holdning til, hvordan udbudet skulle forstås på det pågældende punkt. På den anførte baggrund konstaterede Klagenævnet, at udbudsbetingelsernes angivelser om sengestuepaneler havde været en overtrædelse af det krav, der må anses indeholdt i EU's udbudsregler, om, at et udbud skal indeholde en klar og nøjagtig beskrivelse af det udbudte.

Udbudsbetingelsernes henvisning til referenceproduktet var en overtrædelse af Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, om principielt forbud mod at angive bestemte fabrikater i udbud, idet det ikke var oplyst, at det ønskede sengestuepanel ikke skulle kunne beskrives ved hjælp af specifikationer, der var tilstrækkeligt nøjagtige og forståelige for alle interesserede (jf. bestemmelsen).

Det var i strid med EU's udbudsregler, at udbyderen havde forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem tilbudene, idet udbyderen ved et EU-udbud kun

kan vælge kontraktspart ud fra de tildelingskriterier, der følger af udbudsdirektiverne, for Bygge- og anlægsdirektivets vedkommende dette direktivs kapitel 3.

Det var desuden i strid med EU's udbudsregler, at udbyderen havde forbeholdt sig ret til at lade dele af entreprisen helt eller delvis udgå, dels fordi dette medførte uklarhed med hensyn til, hvad der var udbudt, dels fordi det følger af EU's ligebehandlingsprincip, at et EU-udbud kun kan annulleres, hvis udbyder har saglig grund til annulation.

Det var endvidere i strid med EU's udbudsregler, at udbyderen på et tidspunkt havde annulleret udbudet med hensyn til sengestuepaneler, fordi udbyderen som følge af bl.a. den valgte tilbudsgivers tilbud var blevet opmærksom på, at der var ved at komme et nyt fabrikat på markedet, dvs. fabrikatet Aluflex. Klagenævnet henviste herved til, at annulationen var sket i henhold til udbudsbetingelsernes bestemmelse om, at udbyderen forbeholdt sig ret til at lade entreprisen helt eller delvis udgå, og at denne bestemmelse var i strid med EU's udbudsregler, jf. ovenfor. Også bortset herfra var annulationen imidlertid i strid med EU's udbudsregler. Klagenævnet udtalte herved, at hvis en udbyder har saglig grund til at annullere et udbud, må udbyderen annullere hele udbudet og kan ikke nøjes med at annullere en del af det, og at dette i hvert fald måtte gælde i et tilfælde som det foreliggende, hvor den delvise annulation sker efter tilbudenenes afgivelse, idet tilbud afgives på grundlag af vedkommende udbud i dets helhed, og idet en senere delvis annulation derfor forrykker konkurrencegrundlaget mellem tilbudsgiverne.

Det var endvidere i strid med EU's ligebehandlingsprincip, at udbyderen trods annulationen af udbudet med hensyn til sengestuepaneler desuagtet havde indgået kontrakt med den valgte tilbudsgiver også omfattende sengestuepaneler. Klagenævnet udtalte herved: Når et EU-udbud er annulleret, er det bortfaldet, og udbyderen må derfor foretage et nyt EU-udbud, hvis udbyderen ønsker den pågældende ydelse alligevel. Dette må også gælde, selvom annulationen har været i strid med EU's udbudsregler, idet der i modsat fald ville blive givet mulighed for en helt uigennemsigtig administration af EU's udbudsregler i strid med det almindelige EU-retlige princip om gennemsigtighed.

Det var udtryk for en forskelsbehandling i strid med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen havde valgt et tilbud omfattende fabrikatet Aluflex, der var omfattet af nogle af tilbudene, men ikke dem alle, efter at udbyderens rådgiver gennem længere tid havde indhentet oplysninger om og foretaget undersøgelser af dette fabrikat. Klagenævnet henviste herved til, at indkomne tilbud i henhold til et EU-udbud principielt skal bedømmes efter deres indhold og på det grundlag, der foreligger ved tilbudenenes modtagelse.

Klagenævnet konkluderede, at udbyderen ved udformningen af udbudsbetingelserne og sin administration af udbudet havde overtrådt EU's udbudsregler på en række punkter. Udbudet havde derfor ikke udgjort et fyldestgørende grundlag for en kontraktsindgåelse, hvorfor det havde været i strid med EU's udbudsregler, at udbyderen i det hele taget indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne på grundlag af udbudet.

Klageren havde bl.a. nedlagt påstand om, at Klagenævnet skulle fastslå, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige. Denne påstand blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste herved til, at en udbyders vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud nødvendigvis må bero på et skøn, og at der ikke var fremkommet noget, der tydede på, at udbyderen havde forfulgt usaglige hensyn ved valget af tilbudsgiver.

Klageren havde desuden bl.a. nedlagt påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at klageren havde krav på at få tildelt kontrakten. Denne påstand blev afvist med begrundelse, at Klagenævnet ikke har kompetence til at træffe afgørelse om spørgsmålet.