

12. oktober 2004. Køster Entreprise A/S mod Morsø Kommune

En tilbudsgiver havde retlig interesse i at klage over udbyderens fejl i forbindelse med et udbud, som udbyderen annullerede på grund af fejlene, selvom tilbudsgiveren ikke afgav tilbud under et nyt udbud, der trådte i stedet for det annullerede udbud. Udbyderen skulle have indgået kontrakt med klageren, hvis udbyderen ikke havde annulleret det første udbud. Forskellige erkendte overtrædelser af Tjenesteydelsesdirektivet og de EU-retlige udbudsregler i øvrigt

En kommune udbød en entreprise bestående af spuling og tv-inspektion af nogle afløbssystemer. Udbudet skete ved annoncering i Dagbladet Licitation og en lokal avis. I annoncerne var anført, at udbudet skete under Tjenesteydelsesdirektivet.

I udbudsbetingelserne, der blev udsendt til nogle virksomheder, var angivet, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier: a) tilbudssummen, b) entreprenørens erfaring med tilsvarende opgaver og c) entreprenørens organisation og medarbejdere.

Der indkom tilbud fra et antal tilbudsgivere. Kommunen indkaldte derefter tilbudsgiverne til forhandlinger i henhold til Tilbudsloven. Efter at disse forhandlinger havde fundet sted, besluttede kommunen at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En anden tilbudsgiver, K, der havde afgivet tilbudet med den laveste tilbudspris, fremsatte derefter erstatningskrav over for kommunen, hvorefter kommunen annullerede udbudet med henblik på lovliggørelse. K tilkendegav herefter, at K på baggrund af forløbet havde besluttet ikke at deltage i et nyt udbud. Kommunen iværksatte på et tidspunkt et nyt udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet, og K afgav ikke tilbud i henhold til dette udbud.

K indgav klage til Klagenævnet vedrørende det annullerede udbud og nedlagde samtidig en påstand om erstatning. Klagenævnet udsatte erstatningspåstanden til senere påkendelse, og det følgende referat angår således kun klagepunkterne i K's klage, nedenfor gengivet som punkterne 1) – 5).

Kommunen erkendte rigtigheden af de klagepunkter, der nedenfor en gengivet som punkterne 1) – 4), men påstod klagen på disse punkter afvist under påberåbelse af, at K ikke havde retlig interesse i at klage. Kommunen fik ikke medhold heri. Klagenævnet henviste herved til, at K havde retlig interesse i at få fastslået, i hvilket omfang kommunen havde overtrådt udbudsreglerne under det første udbud, idet Klagenævnets afgørelse herom var en forudsætning for Klagenævnets senere stillingtagen til erstatningspåstanden.

Klagenævnet tog stilling til klagepunkterne således:

1) Klage over, at kommunen i udbudsbekendtgørelsen havde forbeholdt sig ret til at vælge frit mellem tilbudene eller frit at forkaste dem alle: Erkendt af kommunen, jf. ovenfor, og taget til følge.

2) Klage over, at underkriterierne entreprenørens erfaring med tilsvarende opgaver og entreprenørens organisation og medarbejdere ikke var egnede til at fastlægge det økonomisk mest fordelagtige bud: Erkendt af kommunen, jf. ovenfor, og taget til følge.

3) Klage over, at kommunen havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 18, stk. 3 og 4, (om udbudsbetingelser) og principperne om ligebe-

handling og gennemsigtighed ved at have ændret i udbudsbetingelserne efter tilbudsfristens udløb: Erkendt af kommunen, jf. ovenfor, og taget til følge.

4) Klage over, at kommunen havde overtrådt det EU-retlige forhandlingsforbud: Erkendt af kommunen, jf. ovenfor, og taget til følge.

5) Klage over, at kommunen ikke havde indgået kontrakt med K, hvis tilbud havde den laveste tilbudspris, uanset at underkriterierne til tildelingskriteriet bortset fra underkriteriet pris ikke var egnede, således at tilbudene skulle vurderes efter tildelingskriteriet laveste pris.

Kommunen gjorde på dette punkt bl.a. gældende, at K's tilbud skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, fordi det indeholdt et forbehold om et grundlæggende element. Kommunen fik ikke medhold heri, idet Klagenævnet henviste til, at den pågældende angivelse ikke var et forbehold.

Klagenævnet udtalte videre (referatet er til dels sammentrængt og ombrudt): Da kommunen ikke havde fastsat andre anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet end tilbudssummen, havde kommunen haft pligt til at anvende tildelingskriteriet laveste pris og derfor indgå kontrakt med K, såfremt udbudet var blevet gennemført. Kommunens annullation af udbudet var sagligt velbegrundet, men virkningen af en udbyders sagligt korrekte annullation af et udbud på grund af egne fejl bør ikke afskære en stillingtagen til den erstatningsretlige konsekvens. Det omhandlede klagepunkt måtte forstås sådan, at det ønskedes fastslået, at kommunen havde haft pligt til at indgå kontrakt med K, hvis kommunen havde valgt at gøre brug af de indkomne tilbud.

På denne baggrund blev klagepunktet taget til følge.

Opretholdt ved Østre Landsrets dom af 19. december 2005 i sag 4. afd. nr. B-3256-04.