

13. november 2006. Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt

Udbudsbetingelserne gav ikke holdepunkter for, at udbyderen kunne undlade at tage et tilbud om en projekteringsydelse i betragtning, fordi tilbuddet ikke indeholdt angivelser om geotekniske undersøgelser. Udbyderen kunne have stillet spørgsmål til tilbudsgiveren om forholdet uden at overtræde forhandlingsforbuddet. En bemærkning i tilbuddet om dialog om mulige dilemmaer var sagligt begrundet i udbudsbetingelsernes udformning og kunne ikke begrunde undladelse af at tage tilbuddet i betragtning. Påstande om konstatering af det økonomisk mest fordelagtige bud og konstatering af, at udbyderen ikke kunne have annulleret udbuddet, afvist. Ikke opsættende virkning. Annulteration af udbyderens beslutning om ikke at tage et tilbud i betragtning

Et amt iværksatte et offentligt udbud i henhold til EU-udbudsdirektivet af en tjenesteydelse bestående af projektering m.m. vedrørende etablering af tre fiskepassager. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne pris, arbejdsbeskrivelse og organisation (samt et yderligere underkriterium for alternative tilbud). I udbudsbetingelserne var med hensyn til underkriteriet arbejdsbeskrivelse anført, at tilbudsgiverne skulle angive, hvilket delopgaver opgaven bestod af, og skulle beskrive udførelsen af delopgaverne samt hvilke nøglepersoner, der skulle deltage m.m.

Der indkom tilbud fra seks tilbudsgivere. Udbyderen besluttede derefter ikke at tage tilbuddet fra en tilbudsgiver, C, i betragtning, fordi tilbuddet ikke omtalte udførelsen af geotekniske undersøgelser.

C klagede til Klagenævnet herover. C nedlagde påstand om, at Klagenævnet skulle annullere udbyderens beslutning om ikke at tage C's tilbud i betragtning, og nedlagde desuden påstande om, at Klagenævnet skulle konstatere, at C's tilbud var det økonomisk mest fordelagtige bud, og at udbyderen ville have handlet i strid med udbudsreglerne ved at annullere udbuddet. En begæring fra C om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Med hensyn til påstanden om annullation af udbyderens beslutning om ikke at tage C's tilbud i betragtning gjorde udbyderen for Klagenævnet gældende, at tilbuddet ikke kunne tages i betragtning af følgende årsager:

a) Det var ikke muligt at vurdere C's tilbud i relation til underkriteriet arbejdsbeskrivelse, fordi tilbuddet ikke omtalte geotekniske undersøgelser, og det ville have været i strid med forhandlingsforbuddet at stille spørgsmål til C herom.

b) Opgavebeskrivelserne i C's tilbud var reelt intetsigende, således at det også af denne grund ikke var muligt at vurdere C's tilbud i relation til underkriteriet arbejdsbeskrivelse.

c) C's tilbud indeholdt ikke en beskrivelse af, hvilke nøglepersoner der skulle deltage i opgavens udførelse.

d) En bemærkning i C's tilbud om en forventet konstruktiv dialog om mulige dilemmaer var et forbehold, der ikke kunne prissættes.

Klagenævnet udtalte om disse spørgsmål:

ad a):

Geotekniske undersøgelser var et nødvendigt led i udførelsen af den udbudte tjenesteydelse, og udbudsbetingelserne angav da også, at geoteknisk bistand var en del af tjenesteydelsen. Udbudsbetingelserne stillede ikke krav

om, at tilbudsgiverne skulle redegøre for de påtænkte geotekniske undersøgelser, og der var heller ikke en position om sådanne undersøgelser i tilbudslisten. Udbudsbetingelserne måtte endvidere forstås sådan, at tilbuddenes beskrivelse af opgavens udførelse ville danne grundlag for den karakter, der blev tildelt tilbuddene vedrørende underkriteriet arbejdsbeskrivelse. Derimod var der ikke holdepunkter for at fortolke udbudsbetingelserne sådan, at et tilbud ikke kunne ventes taget i betragtning, blot fordi det ikke beskrev udførelsen af selvfølgelige og perifere ydelser som geotekniske undersøgelser.

Udbyderen var derfor ikke berettiget til at undlade at tage C's tilbud i betragtning, fordi tilbuddet ikke angav, hvilke geotekniske undersøgelser C ville udføre.

Klagenævnet udtalte med henvisning til forskellige omstændigheder i sagen, at udbyderen kunne have vurderet C's tilbud i relation til underkriteriet arbejdsbeskrivelse, selvom tilbuddet ikke omtalte geotekniske undersøgelser, og at udbyderen også kunne have stillet spørgsmål til C om, hvilke geotekniske undersøgelser C havde regnet med. Et sådant spørgsmål ville som følge af sagens omstændigheder have haft karakter af en teknisk afklaring, der ikke var i strid med forhandlingsforbuddet.

ad b): Opgavebeskrivelserne i C's tilbud var ikke af en karakter, der medførte, at udbyderen var berettiget til ikke at tage tilbuddet i betragtning. Udbyderen skulle have ladet sin vurdering af C's opgavebeskrivelser indgå i karaktertildelingen vedrørende underkriteriet arbejdsbeskrivelse.

ad c): C's tilbud opfyldte af nærmere angivne grunde udbudsbetingelsernes krav om angivelse af nøglepersoner.

ad d): Bemærkningen i C's tilbud om en konstruktiv dialog om mulige dilemmaer sigtede efter sit indhold til nogle projektforslag, der indgik i udbudsbetingelserne. Bemærkningen var sagligt begrundet i, at opgaven skulle udføres på grundlag af disse projektforslag og dermed på grundlag af nogle skitseprojekter, der var udarbejdet af en anden virksomhed. Udbyderen var herefter ikke berettiget til at undlade at tage C's tilbud i betragtning som følge af bemærkningen.

Klagenævnet konkluderede, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke at tage C's tilbud i betragtning, og Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning herom.

Klagenævnet afviste C's påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at C's tilbud var det økonomisk mest fordelagtige. Klagenævnet henviste herved til, at en udbyders vurdering af, hvilket tilbud, der er det økonomisk mest fordelagtige, nødvendigvis indeholder et skønsmæssigt element, og at Klagenævnet derfor ikke kan konstatere, hvilket tilbud, der er det økonomisk mest fordelagtige. Klagenævnet bemærkede, at nævnet under den efterfølgende behandling af erstatningsspørgsmålet i sagen ville kunne foretage en vurdering af sandsynligheden for, at udbyderen ville have tildelt C kontrakten, hvis udbyderen havde taget tilbuddet i betragtning. I denne vurdering ville indgå en tilkendegivelse fra udbyderen om, at C's tilbud var det økonomisk mest fordelagtige, hvis det skulle tages i betragtning.

Klagenævnet afviste desuden C's påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at udbyderen ikke ville have været berettiget til at annullere ud-

buddet. Klagenævnet henviste til, at denne påstand tilsigtede at få Klagenævnets stillingtagen til en hypotetisk beslutning, som udbyderen ikke havde truffet. Klagenævnet bemærkede, at Klagenævnet under den efterfølgende behandling af erstatningsspørgsmålet kunne vurdere den erstatningsretlige konsekvens af, om udbyderen ville have været berettiget til at annullere udbuddet og iværksætte et nyt udbud med en anden udformning af udbuds-betingelserne.

Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 4. april 2007.