

10. juli 2008. European Land Solutions Ltd. mod Kystdirektoratet

En angivelse i et tilbud om sædvanlig udførelse af en tjenesteydelse var ikke et forbehold, selvom tjenesteydelsen ikke kunne udføres på sædvanlig måde, da udbyderen vidste dette og skulle have angivet det i udbudsbetingelserne. En angivelse i udbudsbetingelserne om kontrol af den valgte tilbudsgivers udstyr var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, da kontrollen først skulle finde sted efter tildelingsbeslutningen. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved væsentlig ændring af udbudsbetingelserne og ved anvendelse af en pointmodel, der bevirkede, at forskelle i tilbudspriserne havde vilkårlige konsekvenser. Overtrædelse af Udbudsdirektivet ved angivelse i udbudsbetingelserne af, at den udbudte tjenesteydelse var omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B, selvom den var omfattet af bilag II A, ved forbehold om at forkaste alle tilbud og annullere udbuddet og ved forbehold om at forkaste eller acceptere tilbud med forbehold og alternative tilbud. Delvis ændret ved dommen i Ugeskrift for Retsvæsen 2012 s. 2952 H, der tillige tog stilling til erstatningsspørgsmålet i sagen

Kystdirektoratet iværksatte et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet af en tjenesteydelse, der bestod af rydning af et område ved Vestkysten for miner. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriteriet pris og nogle andre underkriterier.

Der indkom tilbud fra 4 prækvalificerede virksomheder, hvorefter udbyderen indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne. Ca. et år derefter klagede en af de andre tilbudsgivere til Klagenævnet, der tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet indeholdt et forbehold vedrørende et grundlæggende element i udbudsbetingelserne.

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Udbudsbetingelserne indeholdt nogle angivelser om, hvor dybt minerydningen skulle gennemføres, og den valgte tilbudsgivers tilbud indeholdt angivelser om, hvor dybt minerydningen ville blive gennemført. Udbyderen vidste imidlertid fra tidligere minerydningsprojekter, at rydning af miner i vådt sand ved brug af sædvanligt minerydningsudstyr ikke kan udføres så dybt som angivet i tilbuddet, og udbyderen lagde derfor ved tilbudsvurderingen et beløb til den valgte tilbudsgivers tilbudspris.

Klagenævnet henviste til følgende: Markedets viden, herunder den valgte tilbudsgivers viden, omfattede ikke kendskab til nogle helt specielle vanskeligheder ved minerydning i vådt sand, og udbyderen, der havde et sådant kendskab, skulle have oplyst om forholdet i udbudsbetingelserne. På denne baggrund kunne angivelserne om rydningsdybden i den valgte tilbudsgivers tilbud ikke anses for et forbehold om et grundlæggende element med den konsekvens, at tilbuddet ikke måtte tages i betragtning.

Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

2) Subsidiær klage over, at udbyderen havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at prissætte angivelserne om rydningsdybde i den valgte tilbudsgivers tilbud, selvom disse angivelser ikke var et forbehold:

Taget til følge i konsekvens af afgørelsen ad punkt 1.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at beslutte at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver uden forinden at have foretaget kontrol af den valgte tilbudsgivers opfyldelse af udbudsbetingelsernes krav om rydningsgenstand og rydningsdybde.

Dette klagepunkt sigtede til følgende: I udbudsbetingelserne var angivet, at der efter kontraktindgåelsen, men før rydningens påbegyndelse, skulle foretages en nærmere angivet kvalitetskontrol af den valgte tilbudsgivers rydningsudstyr. Efter udbyderens indgåelse af kontrakt med den valgte tilbudsgiver blev der foretaget en sådan kvalitetskontrol af tilbudsgiverens udstyr, og denne kvalitetskontrol førte tilsyneladende til forskellige ændringer i opgaven.

Klagepunktet blev taget til følge. Klagenævnet udtalte, at en udbyder som udgangspunkt ikke har pligt til at sikre sig, at tilbud lever op til det tilbudte, men at udbyderen i dette tilfælde havde fastsat, at der skulle foretages en kontrol heraf. Denne kontrol blev imidlertid først foretaget efter tildelingsbeslutningen, hvilket var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristens udløb at ændre udbudsbetingelserne væsentligt.

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Efter den omtalte kontrol af den valgte tilbudsgivers udstyr blev der foretaget en række ændringer i opgaven, og den valgte tilbudsgiver udførte disse ændringer som ekstraarbejder mod betaling ud over tilbudsprisen (sådan som denne var forhøjet, jf. punkt 1). Et af ekstraarbejderne angik minerydning i vådt sand, og ekstrabetalingen herfor svarede til ca. 80 % af den valgte tilbudsgivers forhøjede tilbudspris.

Klagepunktet blev taget til følge med henvisning til, at ændringen vedrørende minerydning i vådt sand var så væsentlig, at den havde krævet nyt udbud.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet pris at have anvendt en pointmodel, der ikke fremgik af udbudsbetingelserne, og hvorefter de enkelte tilbud fik points på en vilkårlig og uigennemskuelig måde.

Den omtalte pointmodel gik ud på, at tilbuddet med laveste tilbudspris fik 4 points, og at tilbud med tilbudspris 0-20 %, 20-50 %, 50-100 % og mere end 100 % over laveste tilbudspris fik henholdsvis 3, 2, 1 og 0 points.

Klagepunktet blev taget til følge med henvisning til, at forskelle i tilbudspriserne som følge af pointmodellen medførte vilkårlige konsekvenser ved tilbudsvurderingen.

6) Klage over, at udbyderen i udbudsbetingelserne havde angivet, at den udbudte tjenesteydelse var omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B, kategori 27, »andre ydelser«, selvom tjenesteydelsen er omfattet af direktivets bilag II A, kategori 16, »Kloakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser«:

Erkendt af udbyderen og taget til følge med bemærkning, at den fejlagtige klassificering ikke havde haft betydning for udbyderens gennemførelse af udbuddet.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at have forbeholdt sig ret til at acceptere eller afvise et hvilket som helst tilbud, og ret til at annullere udbuddet og afvise alle tilbud, samt havde forbeholdt sig ret til at acceptere eller afvise afvigelser, forbehold og alternative tilbud:

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

Højesteret tog stilling til erstatningsspørgsmålet i sagen ved dommen i Ugeskrift for Retsvæsen 2012 s. 2952 H, hvor Højesteret desuden ændrede klagenævnets afgørelse under klagepunkt 1.

Den forudgående landsretsdom ændrede desuden klagenævnets afgørelse under klagepunkt 3. Landsrettens dom synes endelig på dette punkt, men ændringen synes uden selvstændig betydning.