

27. juli 2009. Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S

En ordregivers forhåndsskøn med hensyn til, om en kontrakts anslåede værdi når op på tærskelværdien, skal af hensyn til udbudsdirektivernes effektive virkning udøves forsigtigt, og tærskelværdien skal anses nået, hvis der foreligger en ikke ubetydelig usikkerhed om værdien. En kontrakt om levering af maskinel og installation af maskinellet i en bygning under opførelse kunne betragtes som en delkontrakt vedrørende opførelsen af bygningen. Ordregiverens forhåndsskøn vedrørende delkontraktens anslåede værdi var utilstrækkeligt, og delkontraktens anslåede værdi var for høj til at opfylde Forsyningsvirksomhedsdirektivets regel om delkontrakter, der er undtaget fra udbudspligten. Annullation af ordregiverens beslutning om at iværksætte en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II vedrørende delkontrakten, selvom der var indgået kontrakt på grundlag af tilbudsindhentningen, og selvom der ikke var givet klagen opsættende virkning, da det var en grov overtrædelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, at delkontrakten ikke var udbudt efter direktivet, og da hensynet til udbudsdirektivernes effektive virkning talte for annullation. Ikke opsættende virkning, bl.a. med henvisning til, at der generelt er tungtvejende samfundsmæssige interesser knyttet til gennemførelsen af kontrakter under Forsyningsvirksomhedsdirektivet

En forsyningsvirksomhed iværksatte et begrænset udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende opførelse af bygning på et rensesanlæg. Bygningen skulle tjene til afvanding af slam. Udbuddet var opdelt i forskellige fagentrepriser.

Som led i byggeriet skulle der ud over de nævnte fagentrepriser yderligere udføres en entreprise bestående af levering og installation af 4 centrifuger, og ordregiveren betragtede centrifugeentreprisen som en »delkontrakt« i relation til reglerne om delkontrakter i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 6, litra a.

Som følge af reglen i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 6, litra a, 3. afsnit, medtog ordregiveren ikke centrifugeentreprisen i EU-udbuddet, idet det var ordregiverens opfattelse, at den anslåede værdi af denne entreprise var mindre end 20 % af delkontrakternes samlede værdi og mindre end bestemmelsens tærskelværdi på 7.455.555 kr. (I medfør af den nævnte bestemmelse kan udbud undlades med hensyn til delkontrakter under en vis tærskelværdi under forudsætning af, at den samlede anslåede værdi af sådanne delkontrakter ikke overstiger 20 % af alle delkontrakters samlede værdi). I stedet iværksatte ordregiveren en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II vedrørende centrifugeentreprisen, og der indkom tilbud fra tre tilbudsgivere. Ordregiveren afviste tilbuddet fra en tilbudsgiver A som ukonditionsmæssigt, hvorefter A klagede til Klagenævnet.

En begæring fra A om opsættende virkning blev ikke taget til følge med henvisning til en interesseafvejning. Klagenævnet udtalte herved, at der generelt må antages at være knyttet tungtvejende samfundsmæssige interesser til gennemførelsen af kontrakter under Forsyningsvirksomhedsdirektivet, ligesom Klagenævnet i denne forbindelse henviste til, at stand-still reglerne ikke gælder for udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Efter Klagenævnets afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning indgik ordregiveren kontrakt med en anden af tilbudsgiverne.

A nedlagde for Klagenævnet en række påstande gående ud på, at Klagenævnet skulle konstatere nærmere angivne overtrædelser af udbudsreglerne. Kendelsen af 27. juli 2009 angår kun en enkelt af disse påstande, som Klagenævnet havde udskilt til særskilt påkendelse.

Den omtalte påstand fra A gik ud på, at Klagenævnet skulle konstatere, at ordregiveren havde overtrådt Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at iværksætte en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II med hensyn til centrifugeentreprisen i stedet for et udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Klagenævnet udtalte, at centrifugeentreprisen i sig selv måtte anses for en vareindkøbskontrakt, og at entreprisens værdi oversteg Forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdi for vareindkøbskontrakter. Efter sagens oplysninger kunne det imidlertid ikke afvises, at ordregiveren havde foretaget en vurdering i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 6, litra a, 3. afsnit, af entreprisens anslåede værdi, og at ordregiveren havde antaget, at der efter denne bestemmelse ikke var pligt til at udbyde kontrakten efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Klagenævnet udtalte videre bl.a., at en ordregivers forhåndsskøn vedrørende en kontrakts anslåede værdi af hensyn til udbudsdirektivernes effektive virkning skal foretages forsigtigt, og at en ikke ubetydelig grad af usikkerhed med hensyn til, om kontraktens anslåede værdi når op på tærskelværdien i vedkommende direktiv, derfor skal medføre EU-udbud af kontrakten. Klagenævnet henviste endvidere til, at ordregiverens skøn vedrørende centrifugeentreprisens anslåede værdi af nærmere angivne grunde havde været utilstrækkeligt, og at det måtte lægges til grund, at centrifugeentreprisens anslåede værdi mindst udgjorde et beløb svarende til tærskelværdien på 7.455.555 kr. Betingelserne efter Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 6, litra a, 3. afsnit, for at undlade EU-udbud var herefter ikke opfyldt, hvorfor A's påstand blev taget til følge.

Klagenævnet annullerede ordregiverens beslutning om at iværksætte en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II og henviste herved til overtrædelsens grovhed og til hensynet til udbudsdirektivernes effektive virkning. Det kunne ikke føre til andet resultat, at Klagenævnet havde truffet afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da en sådan afgørelse ikke præjudicerer Klagenævnets afgørelse af klagesagen.