

(Carsten Haubek, Jens Fejø, Flemming Lethan)

2:714-8/96-23.167

21. februar 1996

K E N D E L S E

IBF Nord A/S
og
Frejlev Cementstøberi A/S
(advokat Torben Simonsen)

mod

Aalborg Kommune
(advokat S. Torp Andersen)

Den 24. januar 1995 udbød Aalborg Kommune som offentligt udbud efter direktiv 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb et indkøb af fliser/belægningssten og IG/EURO-rør. Udbyderen var i udbudsbekendtgørelsen angivet således:

»Aalborg kommune, Lager- & indkøbskontoret
Hjulmagervej 24, Postboks 463, 9100 Aalborg«.

Udbudsbekendtgørelsen indeholdt følgende oplysninger, jfr. direktivets bilag IV, B, 6.a. samt 6.b. og 7.a. og 7.b. :

6.a.

Sidste frist for modtagelse af bud:
»20. marts 1995 kl. 12:00«

b.

Den adresse, hvortil de skal sendes:
»Aalborg kommune, Journalen,
Boulevarden 13, Postboks 462, 9100 Aalborg«

7.a.

De personer, der har adgang til at overvære åbningen af buddene:
»Tilbudsåbningen kan overværes af de bydende.«

b.

Dato, klokkeslæt og sted for denne åbning:
»Mandag den 20. marts 1995 kl. 12:00,
Boulevarden 13, Aalborg.«

Kommunen modtog anmodning om at få tilsendt udbudsmateriale fra følgende:
IBF Nord A/S, Nørresundby

Brønderslev Cementfabrik A/S, Brønderslev
Unicon Beton A/S, Middelfart.

Kommunen fremsendte udbudsmaterialet til de 3 virksomheder og vedlagde ved fremsendelsen af tilbud en rød A 4-kuvert med angivelsen af adressaten således: »Aalborg Kommune, Journalen, Postboks 462, 9100 Aalborg« og med teksten »Tilbud« og »Må ikke åbnes« påtrykt.

Den 14. marts 1995 skrev kommunen således til de 3 virksomheder, der havde rekvireret udbudsmaterialet:

»Vedr.: Tilbudsåbning betonvarer.

21. Åbning af tilbud:

»Åbningen af indkomne tilbud vil kunne overværes af de bydende og foregår mandag den 20. marts 1995 kl. 12:00, Boulevarden 13, Aalborg.«

På grund af ombygning på Boulevarden 13 er vi desværre nødt til at flytte tilbudsåbningen til Lager- og Indkøbskontoret, Hjulmagervej 24, 1. sal, kl. 12:15. Ønskes tilbudet afleveret personligt kan dette ske i umiddelbar tilknytning til tilbudsåbningen.«

Den 20. marts 1995 kl. 12.00 indfandt ekspeditionssekretær Finn Andersen fra kommunens Lager- og Indkøbskontor sig i Journalen, Boulevarden 13, Aalborg, for at få udleveret de tilbud, der var modtaget. Han fik udleveret ét tilbud, som var fremsendt i den foreskrevne røde kuvert, og fortsatte straks til Lager- og Indkøbskontoret, Hjulmagervej 24, 1. sal, hvor tilbudsåbningen skulle finde sted. Til tilbudsåbningen var mødt direktør Jens Mortensen, IBF Nord A/S, og direktør Jens Erik Mølgaard, Frejlev Cementstøberi A/S, der ved mødets start afleverede et fælles tilbud fra de to selskaber. Der var ikke mødt andre tilbudsgivere. For kommunen deltog ekspeditionssekretær Finn Andersen samt konsulent Jan Andersen og Finn Køhler. Det blev konstateret, at kommunen havde modtaget 2 tilbud, nemlig dels det tilbud, som direktør Jens Mortensen og direktør Jens Erik Mølgaard havde afleveret for IBF Nord A/S og Frejlev Cementstøberi A/S, dels et tilbud fra Unicon Beton A/S, som havde ligget i den kuvert, som ekspeditionssekretær Finn Andersen havde hentet i Journalen.

Den 21. marts 1995 kl. 8.00-8.30 blev ekspeditionssekretær Finn Andersen ringet op af fuldmægtig Kirsten Hansen, Journalen, Boulevarden 13, Aalborg, som oplyste, at der var modtaget yderligere et tilbud vedrørende udbuddet. Kort efter modtog ekspeditionssekretær Finn Andersen på Lager- og Indkøbskontoret dette tilbud, som viste sig at komme fra Brønderslev Cementfabrik A/S. Ekspeditionssekretær Finn Andersen kontaktede samme dag telefonisk direktør Ole Schønning, Brønderslev Cementfabrik A/S, og fik – uden at tilkendegive noget over for ham om tilbuddets modtagelse – oplyst, at kuverten med tilbuddet af direktør Ole Schønning personligt lørdag den 18. marts 1995 ved middagstid var lagt i postkassen ved Aalborg Hovedpostkontor, Postmestervej 1, 9000 Aalborg. Kommunen rettede endvidere samme dag telefonisk henvendelse til Aalborg Postkreds, der i en skrivelse af 24. marts 1995 adresseret til »Aalborg Kommunes Budservice« besvarede henvendelsen således:

»Iflg. telefonisk oplysning fra Aalborg Kommunes Budservice skulle Brønderslev Cementstøberi angiveligt den 18 ds. have afgivet en brevforsendelse til postbesørgelse, ved at nedlægge den i postkassen ved Aalborg Postkontor, Postmestervej 1.

Forsendelsen der efter det oplyste var adresseret til Aalborg Kommune, Magistratens 1. afdeling, postboks 462, 9100 Aalborg, bør efter det oplyste være opsorteret i nævnte postboks senest mandag morgen den 20 ds. så betids, at den forelå til afhentning samme dag.

Det skal tilføjes, at postkontoret med nærværende erklæring ikke har bekræftet, at forsendelsen forelå til postbesørgelse som oplyst, men blot peget på, hvordan postbehandlingen vil være foregået, for så vidt de givne oplysninger er korrekte.«

Den 24. marts 1995 besluttede Lager- og Indkøbskontoret, at tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S skulle anses for rettidigt modtaget. Dette meddelte ekspeditionssekretær Finn Andersen telefonisk direktør Jens Mortensen og direktør Jens Erik Møller, der samtidig blev orienteret om, at åbning af tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S ville ske på et senere tidspunkt samme dag. Åbningen af tilbuddet senere samme dag blev overværet af direktør Jens Mortensen, og fra kommunen deltog ekspeditionssekretær Finn Andersen og konsulent Jan Andersen.

Den 21. april 1995 besluttede kommunen at antage det tilbud, som var modtaget fra Brønderslev Cementstøberi A/S.

Den 16. maj 1995 indgav IBF Nord A/S klage over kommunen til Klagenævnet for Udbud. Sagen har været behandlet på et møde i Klagenævnet den 24. januar 1996, hvor Frejlev Cementstøberi A/S indtrådte som klager sammen med IBF Nord A/S.

Klagerne har nedlagt påstand om, at Klagenævnet skal fastslå, at Aalborg Kommune under udbuddet har handlet i strid med indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, sammenholdt med bilag IV, B, 6.a. og 7.b. ved at tage tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S i betragtning, uagtet tilbuddet ikke var modtaget rettidigt.

Indklagede, Aalborg Kommune, har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Det er under Klagenævnets behandling af sagen oplyst, at fuldmægtig Kirsten Hansen, der efter det oplyste var den person, der den 21. marts 1995 først blev opmærksom på, at der var modtaget yderligere et tilbud, ikke husker de nærmere omstændigheder vedrørende fremkomsten af dette tilbud. Den røde kuvert, som tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S blev fremsendt i, indeholder et modtagelsesstempel fra Magistratens 1, afdeling med datoen 21. marts 1995 og et modtagelsesstempel fra Lager- og Indkøbsafdelingen med datoen 22. marts 1995. Kuverten har et stempel fra postvæsenet over frimærkerne, men dette stempel er anbragt således på kuverten, at der ikke er nogen dato for afstemplingen på kuverten.

Klagerne har til støtte for deres påstand gjort gældende, at tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S ikke var rettidigt modtaget, og at kommunen derfor har tilsidesat indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, jfr. bilag IV, B, 6.a. og 7.b., ved at tage tilbuddet i betragtning under udbuddet. Kommunen har undladt at iværksætte en procedure, som sikrer, at alle tilbud, der var modtaget i kommunen, var til stede ved den annoncerede tilbudsåbning, og kommunens løsning af de problemer, der opstod som følge heraf, er i strid med direktivet.

Indklagede har til støtte for sin påstand gjort gældende, at kommunen ikke har tilsidesat de anførte regler, idet tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S var modtaget rettidigt af kommunen. Det er ikke en betingelse for, at et tilbud kan anses for rettidigt, at det er til stede ved tilbudsåbningen. Blot det efterfølgende med sikkerhed eller dog med stor sandsynlighed kan konstateres, at tilbuddet på det relevante tidspunkt var kommet frem til kommunen, må tilbuddet anses for rettidigt. På grundlag af de undersøgelser, som kommunen efterfølgende iværksatte, kunne det med stor sandsynlighed konstateres, at tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S var modtaget af

kommunen på det relevante tidspunkt, og kommunen var derfor såvel berettiget som forpligtet til at tage dette tilbud i betragtning.

Der har mellem parterne været enighed om, at ændringen af stedet for åbningen af tilbuddene og ændringen af tidspunktet herfor fra kl. 12.00 til kl. 12.15 er uden betydning for Klagenævnets afgørelse i denne sag.

Klagenævnet udtaler:

Under hensyn til formålet med, at der i indkøbsdirektivet er fastsat regler om, at det ved offentlige udbud efter dette direktiv i udbudsbekendtgørelsen skal oplyses, hvornår sidste frist for modtagelse af tilbud er, samt hvor og hvornår åbningen af tilbud finder sted, må reglerne forstås således, at kun tilbud, som er tilstede på det sted, hvor åbningen skal finde sted, på det tidspunkt, hvor åbningen skal påbegyndes, kan anses for rettidigt modtaget af udbyderen. Da tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S ikke var tilstede i det lokale på Lager- og Indkøbskontoret, hvor åbningen af tilbud skulle finde sted, da åbningen blev påbegyndt, var kommunen uberettiget til at tage dette tilbud i betragtning. Klagenævnet træffer derfor afgørelse i overensstemmelse med klagernes påstand.

Herefter bestemmes:

Aalborg Kommune handlede i strid med direktiv 93/36/EØF artikel 9, stk. 4, sammenholdt med bilag IV, B, 6.a. og 7.b. ved under det offentlige udbud at anse tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S for rettidigt indgivet.

Aalborg Kommune betaler inden 14 dage fra modtagelsen af kendelsen i sagsomkostninger 10.000 kr. til IBF Nord A/S og Frejlev Cementstøberi A/S.