

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Flemming Lethan, Jørgen Egholm)

K E N D E L S E

97-34.293

19. juni 1997

Højgaard & Schultz a/s
(advokat Claus Kaare Pedersen, København)

mod

Undervisningsministeriet,
Byggedirektoratet
(Kammeradvokaten ved advokat René Offersen, København)

Kammeradvokaten har i telefax af 23. maj 1997 anmodet om, at indklagede i kendelsen for god ordens skyld angives som Handelshøjskolen i København og ikke Undervisningsministeriet. Kammeradvokaten har herved henvist til, at Undervisningsministeriet alene har været rådgiver, og at Handelshøjskolen i København, der er en selvejende institution, er ordregiver.

Klagenævnet bortser imidlertid herfra, idet indklagede under hele sagens forløb, også af Kammeradvokaten, har været omtalt som Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet, og da der ikke bør ske ændringer af angivelsen af en part på et så sent tidspunkt af en klagesags forløb, d.v.s. efter skriftvekslingen og proceduren. Det bemærkes herved, at ordregiver i de udbud, som sagen angår, er beskrevet som Handelshøjskolen i København v/ Undervisningsministeriets Byggedirektorat.

Sagen angår råhusentreprisen ved et byggeri, der skal tjene til udvidelse af Handelshøjskolen i København.

I det følgende benævnes klager Højgaard & Schultz og indklagede Undervisningsministeriet. Endvidere benævnes tilbudsgiverne Poul Pedersen A/S og Monberg & Thorsen A/S henholdsvis Poul Pedersen og Monberg & Thorsen. Undervisningsministeriets tekniske rådgiver Carl Bro as benævnes Carl Bro.

I. De endelige påstande

Højgaard & Schultz har endeligt nedlagt følgende påstande:

Principal

1. Undervisningsministeriets beslutning om at annullere det ved udbudsbekendtgørelse af 11. november 1996 bekendtgjorte offentlige udbud annulleres.
2. Undervisningsministeriets beslutning om at gennemføre ny udbudsprocedure som offentligt udbud annulleres.

3. Klagenævnet skal fastslå, at det af Poul Pedersen afgivne tilbud er ukonditionsmæssigt i henhold til Rådets direktiv 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.
4. Undervisningsministeriets beslutning om ikke at erklære Poul Pedersens tilbud for ukonditionsmæssigt annulleres.
5. Undervisningsministeriets beslutning om at ville indgå aftale med Poul Pedersen om udførelse af råhusentreprisen i forbindelse med udvidelse af Handelshøjskolen i København annulleres.
6. Klagenævnet skal fastslå, at det af Monberg & Thorsen afgivne tilbud er ukonditionsmæssigt i henhold til Rådets direktiv 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Subsidiært

Klagenævnet skal fastslå, at Undervisningsministeriets beslutning om at annullere udbudsproceduren ikke har været sagligt begrundet.

Højgaard & Schultz har desuden påstået frifindelse over for Undervisningsministeriets subsidiære og mere subsidiære påstand.

Undervisningsministeriet har nedlagt følgende påstande:

Principal:	Frifindelse
Subsidiært:	Højgaard & Schultz tilpligtes at anerkende, at kontrakten ikke skal tildeles Højgaard & Schultz, idet det af Monberg & Thorsen afgivne tilbud af 14. februar 1997 er konditionsmæssigt.
Mere subsidiært:	Højgaard & Schultz tilpligtes at anerkende, at det af Monberg & Thorsen afgivne tilbud af 14. februar 1997 er konditionsmæssigt.

Højgaard & Schultz' påstande 3-5 er reelt bortfaldet som følge af, at Undervisningsministeriet har erkendt, at Poul Pedersens tilbud er ukonditionsmæssigt. Poul Pedersens tilbud og forbehold refereres dog nedenfor, da dette har betydning for vurderingen af sagens forløb.

II. Udbudet i november 1996, d.v.s. det centrale udbud i sagen

Byggeriet blev udbudt i EU-udbud i sommeren 1996. Dette udbud blev imidlertid tilbagekaldt, da det viste sig, at byggeriet ville blive for dyrt.

Efter ændring af projektet blev byggeriet påny udbudt i EU-udbud. Råhusentreprisen, som sagen angår, blev udbudt ved en udbudsbekendtgørelse i EF-tidende den 11. november 1996, sagens bilag 4. I udbudsbekendtgørelsen anførtes bl.a.:

»...

2. Udbudsform

a) Offentlig udbud

...

- c) Følgende entrepriser udbydes:
 E 02- Terræn- og råhusarbejder
 omfatter
 Jordarbejder for bygning
 Kloakarbejde
 Betonelementarbejde
 Betonarbejde
 Stålarbejde
4. Udførelsesfrist
 Byggeperioden:
 15. april 1997 til 1. juli 1999.

...

12. Frist for vedståelse af bud
 Den bydende skal vedstå sit bud i 40 arbejdsdage regnet fra licitationsdagen.
13. Kriterier for tildeling af kontrakt
 Fremgår af udbudsmaterialet
14. Alternative tilbud
 Alternative tilbud modtages. Det er dog en forudsætning, at der tillige afgives
 konditions-mæssigt tilbud.

...«

Der sendtes udbudsmateriale til en række interesserede virksomheder, herunder Højgaard & Schultz, Poul Pedersen og Monberg & Thorsen. Udbudsmaterialet bestod bl.a. af en udbudstidsplan, et dokument indeholdende tilføjelser og fravigelser til AB 92, benævnt »AB 92.TF«, et dokument indeholdende fællesbetingelser for alle entrepriser, benævnt »FB Fællesbetingelser« og et dokument indeholdende særlige betingelser for råhusentreprisen, benævnt »SB E 02 Råhusarbejder«.

Udbudsmaterialet indeholdt ikke angivelse af tildelingskriterium.

Udbudsmaterialet blev udsendt med en skrivelse af 2. januar 1997 fra Carl Bro, sagens bilag 5. I denne skrivelse anførtes bl.a.:

»...

Tilbudet skal afgives i fast pris og fast tid iht. Bygge
 - og Boligstyrelsens cirkulære nr. 174 af 10. oktober 1991.

...

Alternative tilbud modtages. Det er dog en forudsætning, at den bydende tillige afgiver konditionsmæssigt tilbud på det til udbyderens bud hørende udbudsgrundlag.

Tages der forbehold over for udbudsmaterialet, skal forbeholdet udtrykkeligt anføres på tilbudslisten under »forbehold«. Forbehold udover de vanlige forbehold fra brancheorganisationer, som er godkendt af Boligministeriet, vil kunne bevirke, at tilbudet afvises som ikke konditionsmæssigt.

...«

I januar og februar 1997 udsendte Carl Bro forskellige rettelsesblade, sagens bilag 10-13.

Udbudstidsplanen, sagens bilag 8, der havde overskriften »Rammetidsplan«, indeholdt angivelse af begyndelses- og afslutningstidspunkt for de forskellige entrepriser og tidspunkter for forskellige stadier af arbejderne.

I dokumentet AB 92.TF, sagens bilag 6, var bl.a. angivet:

»Med mindre andet er fastsat i Særlige Betingelser gælder følgende bestemmelser i Bygge- og Boligstyrelsens cirkulære nr. 174 af 10. oktober 1991 om pris og tid på bygge- og anlægsarbejder m.v. i forholdet mellem bygherre og entreprenører:

§ 2, stk. 2. 1. pkt. og stk. 3

§ 3, stk. 1-3

§ 4 stk. 1

§ 5 stk. 1-3

§ 8 stk. 1-5

§ 9 stk. 1-5

§ 10 stk. 1

...«

I fællesbetingelserne, sagens bilag 7, var s. 11-12 under punkt 00.4.02.02 angivet:

»Udbudsmaterialet tilsigter ikke at indeholde materialemængdeangivelser, og hvor sådanne måtte forekomme er de alene vejledende.

Det påhviler tilbudsgiveren og kontrollere og indregne alle mængder i tilbudet.

Tilbudet skal således indeholde alle ydelser og leverancer til entreprisens fulde færdiggørelse, herunder også ydelser, der på tegninger og i beskrivelse ikke er nævnt, men som normalt indgår i den færdige og afleverede ydelse.«

Fællesbetingelserne indeholdt s. 47 og følgende sider bestemmelser om dagbøder for entreprenørens forsinkelse.

I de særlige betingelser, sagens bilag 9, var s. 2.4.27 om SWT-stålbjælker bl.a. anført:

»Elementet skal overholde kravene til BS-bygningsdel 60. Dette kan gøres ved at den i samlingerne indstøbte armering dimensioneres herfor eller ved at brandmale de eksponerede stålfalder, d.v.s. underflanger. Det påhviler elementleverandøren at opnå myndighedernes godkendelse for brandstabilitet.«

III. Tilbudene

Tilbudene åbnedes den 14. februar 1997. Blandt tilbudsgiverne var Højgaard & Schultz, Poul Pedersen og Monberg & Thorsen. Poul Pedersen var lavestbydende med et tilbud på ca. 84 mio. kr., Monberg & Thorsen var næstlavestbydende med et tilbud på ca. 90 mio. kr., medens Højgaard og Schultz var tredjelavestbydende med et tilbud på ca. 98 mio. kr. Sagens bilag 14 er en oversigt over tilbudene. De tre tilbud var alle dateret 14. februar 1997.

I Højgaard & Schultz' tilbud, sagens bilag 16, var angivet, at entreprenørforeningens standardforbehold af november 1995 var gældende for tilbudet. Iøvrigt indeholdt Højgaard & Schultz' tilbud ikke forbehold. Derimod var der en række forbehold i Poul Pedersens og Monberg & Thorsens tilbud.

Forbeholdene i Poul Pedersens tilbud, sagens bilag 1, var sålydende:

»Entreprenørforeningens standardforbehold af nov 95.
Der forbeholdes ret til forhandling om tidsplan.
Forbehold iflg. bilag 1.«

I det omtalte bilag 1 til Poul Pedersens tilbud anførtes:

»Forbehold vedr. betonelementer

Elementerne forudsættes tilpasset vor standardproduktion.
Der må forudses strukturforskel på overflader støbt henholdsvis mod formbund, med sideform eller opside. Udfaldskrav for noter og recesser i opside fastlægges ved prøvestøbning.
Dækelementer

...

Der tages forbehold for brækage på skråt afskårne dækender med vinkel mindre end 45°.

Generelt:

Der forudsættes nærmere aftale om udsparringernes mængde, størrelse og placering under hensyn til elementernes bæreevne.

Elementerne leveres med løfte-anordninger i henhold til fabrikkens standard.

...

Kravet til kvalitetsstyring forudsættes opfyldt igennem vor certificering efter DN/EN/ISO 9001.

Ekstra kontrol og prøver er ikke inkluderet i vor pris.

Der forudsættes nærmere aftale om indeholdt i eventuelle generelle »underleverandørbetingelser«:

Fordeling af projekteringsydelser:

...

Tegninger fremsendt til godkendelse, forudsættes returneret indenfor en uge.«

Forbeholdene i Monberg & Thorsens tilbud, sagens bilag 15 og bilag B, var sålydende:

»Forbehold:

- Entreprenørforeningens standardforbehold af november 1995 og Betonelementforeningens salgs- og leveringsbetingelser af maj 1993 er gældende for tilbudet.
- Der bydes alene på de mængder og ydelser, som direkte, klart og entydigt fremgår af udbudstegningerne eller på tilsvarende vis er detaljeret angivet i beskrivelsen. Idet råhusentreprisen, i overensstemmelse med udbudsbrevet af 2. januar 1997 er udbudt efter Bygge- og Boligstyrelsens cirkulære nr. 174 af 10. oktober 1991, må bygherrens nødvendige supplerende detaljer og/eller ændringer, for at opfylde Bilag 2, foreligge min. 6 uger før opstart af tilhørende aktivitet.

...

Supplerende oplysninger:

...

Særbeskrivelse 2.4.1 - Betonelementer

... Det er forudsat, at udførelse af elementer kan ske i henhold til vor leverandørens produktkatalog, og at det derfor kan være nødvendigt, at ændre element opdelingen/placeringen og størrelser af udsparringer.
Indstøbninger for elinstallationer er ikke medregnet i leverancen.

...

Særbeskrivelse 2.4.1.2.7 - SWT-stålbjælker.

...Ikke tilbudet er ikke indregnet brandmaling eller anden inddækning som brandbeskyttelse.

Særbeskrivelse 2.5. - Stålkonstruktioner

Overfladebehandling af stålkonstruktioner udføres i henhold til vedlagte bilag 3772-B01.

...

Tilbudsliste pkt. 2.10.4. og 10.4.5.

Enhedsprisen er baseret på gennemsnitlig vægt af affald pr. tømning á 6 ton.

...«

De salgs- og leveringsbetingelser for betonelementforeningen, til hvilke der henvistes i Monberg & Thorsens tilbud under »Forbehold«, er »Salgs- og leveringsbetingelser for betonelementer gældende for Betonelement-Foreningens medlemmer - maj 1993«, sagens bilag 21. I disse betingelser anføres bl.a.:

»4. Uanset bestemmelsen i AB § 3, stk. 5, gælder for den i tilbudet anførte leveringstid følgende:

a. Såfremt den i tilbudet angivne leveringstid ikke kan overholdes på grund af dokumenteret indgang af andre ordrer, der indkommer inden accept, optages der forhandling om ændret leveringstid. Fører denne forhandling ikke til et resultat, forbeholder leverandøren sig helt eller delvis at træde tilbage fra sit tilbud.

b. Pkt. a frafalder mod aftale om levering forudsat køber får accept på den del af entreprisen, hvori leverancen indgår.«

Det bilag 3772-B01, til hvilket der henvistes i Monberg & Thorsens tilbud under »Særbeskrivelse 2.5 - Stålkonstruktioner«, var vedlagt tilbudet. Bilaget indeholdt en længere række forbehold under overskrifterne »Overfladebehandling« og »Overfladebehandlingssystem«. Bl.a. udtaltes i bilaget:

»Den beskrevne slutkulør kan ikke tilbydes, men vi tilbyder den ral kulør der kommer tættest på.«

Punkterne 2.10.4 og 2.4.5 (angivelsen 10.4.5 må være en skrivefejl) i Monberg & Thorsens tilbudsliste, til hvilke der henvistes i tilbudet, var sålydende:

»Tømning af containere incl. lossepladsafgiften m.v.

2.10.4	Lukket container, ruminhold 16 m ³ , brændbart affald	
	200 tømninger a kr. 2500	kr. 500.000
2.10.5	Lukket container, rumindhold 16 m ³ , ikke brændbart affald	
	200 tømninger a kr. 2900	kr. 580.000

...«

IV. Udbudssagens forløb efter åbningen af tilbudene og til indbringelsen for Klagenævnet

I notat af 20. februar 1997, sagens bilag E, gjorde Carl Bro rede for sin vurdering af forbeholdene i tilbudene fra Poul Pedersen og Monberg & Thorsen. I notatet udtaltes:

»Vi har gransket de to lavestbydendes forbehold, og vi har følgende kommentarer:

Poul Pedersen as

1. Sætningen »Der forbeholdes ret til forhandling om tidsplan« behandles ikke i det følgende, idet det er oplyst, at Undervisningsministeriets Byggedirektorat selv vil vurdere dette forbehold.
2. De tekniske redegørelse i bilag 1 er præciseringer, som er i fuld overensstemmelse med udbudsbetingelserne samt indhold i produktkataloger, mm.

Monberg og Thorsen as

Tilbudsbrev samt bilag 3772-b01 indeholder præciseringer, som er i fuld overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Der er dog en enkelt fravigelse fra projektforudsætningerne, idet det 2 stk. stålsøjler er regnet som BS60 i stedet for BS120, som forudsat i udbudsprojekt. Denne afvigelse fra udbudsprojekt kan prissættes, og udgør i øvrigt et minimalt beløb. Monberg og Thorsen har anført, at den krævede brandklassifikation BS120 ikke kan opnås.«

Ved skrivelse af 25. februar 1997 til Undervisningsministeriet, sagens bilag 2, fremsatte advokat Claus Kaare Pedersen på vegne Højgaard & Schultz krav om, at Poul Pedersens og Monberg & Thorsens tilbud blev erklæret for ukonditionsmæssige med den konsekvens, at der ikke blev indgået entreprisekontrakt med nogen af de nævnte firmaer. Advokat Claus Kaare Pedersen henviste herved til, at der til de to firmaers tilbud var knyttet en lang række forbehold, og gennemgik til dels forbeholdene.

25. februar 1997 sendte Carl Bro til Poul Pedersen en akcept, i hvilken der var indeholdt en begrænsning i Poul Pedersens forbehold med hensyn til tidsplan, jfr. oplysningerne i skrivelse af 7. marts 1997 fra advokat E. Winther Andersen, sagens bilag D.

Den 27. februar 1997 meddelte Poul Pedersen Carl Bro, at man ikke kunne acceptere denne indskrænkning, jfr. ligeledes oplysningerne i skrivelse af 7. marts 1997 fra advokat E. Winther Andersen, sagens bilag D.

Ved skrivelse af 27. februar til advokat Claus Kaare Pedersen, sagens bilag 3, udtalte Undervisningsministeriet:

»...

Da det er vores opfattelse, at de forbehold der er taget af Poul Petersen A/S ikke er en krænkelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip er der til Poul Petersen A/S afsendt en entreprisekontrakt med henblik på indgåelse af en aftale.«

Nogenlunde samtidig eller måske senere synes der at have været telefoniske drøftelser mellem Poul Pedersen og Carl Bro om Poul Pedersens forbehold med hensyn til tidsplanen, jfr. oplysningerne i advokat E. Vinther Andersens skrivelse af 7. marts 1997, sagens bilag D.

V. Udbudssagens forløb efter indbringelsen for Klagenævnet for Udbud og klagenævnsagens forløb

Advokat Claus Kaare Pedersen indbragte sagen for Klagenævnet for Udbud ved telefax af 3. marts 1997 med en foreløbig påstand om, at Klagenævnet skulle fastlå, at Poul Pedersens tilbud var ukonditionsmæssigt, og at Klagenævnet skulle annullere Undervisningsministeriets beslutning om at indgå entreprisekontrakt med Poul Pedersen. Advokat Claus Kaare Pedersen anmodede samtidig Klagenævnet om at tillægge klagen opsættende virkning. I et supplerende klageskrift af 7. marts 1997 uddybede advokat Claus Kaare Pedersen de nævnte påstande og anbringenderne til støtte for dem.

Ved skrivelse af 7. marts 1997 til Carl Bro, sagens bilag D, udtalte advokat E. Vinther Andersen på vegne Poul Pedersen, at Poul Pedersen, nøjagtig som man havde anført i sit tilbud, ønskede ved forhandling at få fastlagt tidsplaner, som var anderledes end tidsplanerne i udbudsmaterialet, idet Poul Pedersen inden for nogle områder ønskede længere tidsintervaller, end hvad der kunne udledes af udbudstidsplanerne. Advokat E. Vinther Andersen udtalte videre bl.a., at Poul Pedersen var løst fra sit tilbud på grund af uoverensstemmende aksept.

Ved telefax af 11. marts 1997 til Klagenævnet udtalte Kammeradvokaten på vegne Undervisningsministeriet, at Undervisningsministeriet havde besluttet at aflyse udbudet, og at Kammeradvokaten på denne baggrund gik ud fra, at Højgaard & Schultz ville frafalde klagen. Der blev ikke givet nogen begrundelse for aflysningen.

Ved skrivelse af 12. marts 1997, efter det foreliggende sendt til alle, der havde givet tilbud, sagens bilag 17, meddelte Carl Bro, at udbudet i henhold til udbudsbekendtgørelse af 11. november 1966, beskrevet som licitation afholdt den 14. februar 1997, var aflyst, og at der ville blive afholdt en ny indbudt licitation med anvendelse af hasteprocedure. Carl Bro vedlagde samtidig en udbudsbekendtgørelse for et nyt begrænset udbud og oplyste, at udbudsbekendtgørelsen ville blive indrykket i EF-tidende. I denne udbudsbekendtgørelse var bl.a. anført:

»...

2. Udbudsform

Begrænset udbud efter hasteproceduren.

...

4. Udførelsesfrist

Byggeperiode: maj 1997 - maj 1999

...

6. Anmodningsfrist

a) Sidste frist for anmodning om modtagelse af prækvalifikation er 1.4.1997, kl. 12:00

...

7. Sidste frist for afsendelse af opfordring til at afgive tilbud

11.04.1997

...

11. Tildelingskriterier

Laveste pris

12. Alternative tilbud

Alternative tilbud, der går ud over kravene i udbudsmaterialet, vil blive udskudt.

13. Andre oplysninger

...

Anvendelsen af hasteproceduren er begrundet i en formel fejl i udbudsbetingelserne for det udbud, der tidligere er annonceret ved udbudsbekendtgørelse modtaget den 11/11-1996.

...

15. Datoen for afsendelsen af bekendtgørelsen

12.03.1997

...«

Ved telefax af 13. marts 1997 anmodede advokat Claus Kaare Pedersen Kammeradvokaten om at oplyse begrundelsen for annullationen af udbudet foretaget ved udbudsbekendtgørelse af 11. november 1996 med henblik på en vurdering af annullationens lovlighed. Ved en anden telefax af samme dag anmodede advokat Claus Kaare Pedersen Kammeradvokaten om at oplyse den saglige begrundelse for, at det nye udbud skulle være begrænset udbud, og for, at der skulle anvendes hasteprocedure.

Ved telefax af samme dag til Klagenævnet nedlagde advokat Claus Kaare Pedersen for det tilfælde, at Kammeradvokaten ikke fremkom med en tilkendegivelse om at stille sagen i bero, en yderligere påstand om annullation af Undervisningsministeriets beslutning om at annullere udbudsproceduren, subsidiært om annullation af Undervisningsministeriets beslutning om at gennemføre en ny udbudsprocedure som begrænset udbud efter en hasteprocedure.

Den 19. marts 1997, sagens bilag F, afsendtes endnu en udbudsbekendtgørelse til EF-tidende vedrørende den omhandlede entreprise. I denne udbudsbekendtgørelse anførtes:

»...

2. Udbudsform

Offentlig udbud

...

4. Udførelsesfrist

Byggeperiode: maj 1997 - maj 1999

...

6. Modtagelse af bud

Sidste frist for modtagelse af tilbud er 28. april 1997, kl.10:00.

...

13. Tildelingskriterier

Laveste pris

14. Alternative tilbud

Der kan ikke afgives alternative bud

...«

Ved processkrift af 20. marts 1997 påstod Kammeradvokaten på vegne Undervisningsministeriet frifindelse for de påstande, som advokat Claus Kaare Pedersen havde nedlagt. Som begrundelse for den omhandlede aflysning af udbudet foretaget ved udbudsbekendtgørelse af 11. november 1996 henviste Kammeradvokaten i skrivelsen til:

- Udbudsbekendtgørelsen henviste med hensyn til tildelingskriterier til udbudsmaterialet, men tildelingskriterierne blev ved en fejl ikke oplyst i dette. Det forelå derfor en grundlæggende uafhjælpelig mangel ved udbudet.
- Udbudet var mangelfuldt ved, at beskrivelsen af muligheden for at tage forbehold havde fået en uhensigtsmæssig formulering, der også konkret havde givet anledning til tvivl blandt de bydende.
- Udbudsresultatet udviste usikkerhed omkring prisfastsættelsen. Kammeradvokaten henviste herved til, at Undervisningsministeriet skønnede Poul Pedersens og Monberg & Thorsens forbehold som værende uden betydning og lovlige, og at det derfor ville give en uantagelig retsstilling, hvis Undervisningsministeriet skulle have pligt til at meddele akcept til Højgaard & Schultz, selvom denne virksomheds tilbud var ca. 13 mio. kr. højere end lavestbydendes. Kammeradvokaten bemærkede videre, at den ordregivende myndighed under sådanne omstændigheder må have saglig grund til at aflyse og istedet iværksætte et nyt udbud.

- Det beror på en skønsmæssig vurdering, om den ordregivende myndighed har saglig grund til aflysning.

Kammeradvokaten oplyste samtidig, at Undervisningsministeriet havde besluttet at aflyse det begrænsede udbud med hasteprocedure, der var omtalt i Carl Bros skrivelse af 12. marts 1997, bilag 17, og at man i stedet havde besluttet at foretage et nyt offentligt udbud. Kammeradvokaten vedlagde samtidig udbudsbekendtgørelsen afsendt til EF-tidende den 19. marts 1997, sagens bilag F, jfr. om denne ovenfor.

Ved skrivelse af 21. marts 1997 til Klagenævnet nedlagde advokat Claus Kaare Pedersen en yderligere påstand om annullation af Undervisningsministeriets beslutning om nyt offentligt udbud.

Ved skrivelse af 25. marts 1997 til en række tilbudsgivere, sagens bilag M&T 1, meddelte Carl Bro, at Handelshøjskolen og Undervisningsministeriet efter samråd med Kammeradvokaten havde besluttet at aflyse udbudsproceduren i henhold til udbudsbekendtgørelsen om begrænset udbud afsendt til EF-tidende 12. marts 1997. Carl Bro oplyste samtidig, at der i stedet ville blive afholdt nyt offentligt udbud i henhold til udbudsbekendtgørelsen afsendt til EF-tidende den 19. marts 1997, der vedlagdes. Carl Bro redegjorde endvidere i skrivelsen for, at udbudet i henhold til udbudsbekendtgørelsen af 11. november 1996 ligeledes var aflyst efter Undervisningsministeriets samråd med Kammeradvokaten. Som begrundelse for dette anførte Carl Bro i skrivelsen:

»1. Manglende tildelingskriterier.

Udbudsdokumenterne indeholdt en grundlæggende, uafhjælpelig fejl, idet der ikke er gjort rede for tildelingskriteriet.

2. Uklarhed om adkomst til at tage forbehold.

Udbudsmaterialet var ikke præcis i beskrivelsen af muligheden til at tage forbehold, idet formuleringen gav anledning til konkret tvivl blandt de bydende.

3. Klage fra tredie-lavest bydende.

Tredie-lavestbydende har indbragt sagen for Klagenævn for Udbud med påstand om, at de to lavestbydende skal erklæres ukonditionsmæssige, og at kontrakten derfor skal overdrages til tredie-lavest bydende.

Forbehold taget af de to lavestbydende blev, efter en vurdering af Carl Bro as, af Byggedirektoratet vurderet som værende uden betydning, og i øvrigt lovlige i forhold til udbudsmaterialet. Kammeradvokaten har anført, at hvis det antages, at forbeholdene ikke var lovlige, ville de give en uantagelig retsstilling, at nogle efter skøn betydningsløse forbehold skulle føre til en pligt til at meddele accept af et bud, som er 13.817.400,- dkr. højere end lavestbydende.

På baggrund af ovenstående har bygherren og Byggedirektoratet følt sig forpligtet til at aflyse den afholdte licitation. For at fremme sagen blev der foretaget en udsendelse i begrænset udbud efter hasteproceduren. Til bygherrens overraskelse har tredie-lavestbydende også indanket denne beslutning for Klagenævnet for Udbud. Denne anke har medført, at bygherren og Byggedirektoratet har besluttet at aflyse

udbudet efter hasteproceduren og i stedet gennemføre et almindeligt offentlig udbud, jævnfør vedlagte annonce.«

Den 1. april 1997 udstedte Carl Bro et dokument, benævnt »DOKUMENT 1, vedr E02«, sagens bilag 22. I dette dokument anførtes:

»

1. Brandbeskyttelse til BS120 af 2 stk. søjler ved hovedindgang udføres med 20 mm »rørskåle«...
2. SWT-bjælker er ved andre byggerier i Frederiksberg kommune godkendt uden brandbeskyttelse af underflange. I nærværende tilbud skal der ikke medregnes brandbeskyttelse af -underflange...
- ...
3. ...Der skal regnes med en gennemsnitsvægt af ikke brændbart affald på 9 tons.
4. ...Farve: RAL 9007, glans 30, eller grafittal, eller tilsvarende.

...«

Ved skrivelse af 7. april 1997, sagens bilag 20, udsendte Carl Bro udbudsmateriale vedrørende det nye offentlige udbud foretaget ved udbudsbekendtgørelse afsendt til EF-tidende den 19. marts 1997. I skrivelsen henvises til det tidligere udbudsmateriale og til det ovenfor nævnte dokument 1, sagens bilag 22. I skrivelsen udtaltes bl.a.:

»...

Tilbudet skal afgives i fast pris og fast tid i h.t. Bygge- og Boligstyrelsens cirkulære nr. 174 af 10. oktober 1991 med følgende præciseringer:

- ad bilag 2, stk. 4 og 6: Disse to punkter er opfyldt. Udbudsprojektet vil ikke blive suppleret med yderligere tegninger. Det påhviler entreprenøren på det foreliggende grundlag at udarbejde alle arbejdsskitser, forskallingstegninger, m.m., der er nødvendige for udførelsen af betonarbejdet.
- § 7, stk. 4: Opgaven skal bemandes, så udbudstidsplanen kan overholdes.

Tildelingskriterium er laveste pris.

...

Der kan ikke afgives alternative bud.

Der kan tages forbehold. Eventuelle forbehold vil i forbindelse med evalueringen blive prissat af den ordregivende myndighed...

...

Tilbudskuerten skal...fremsendes eller afleveres...senest mandag den 28. april 1997, kl. 10, hvor licitationen vil blive afholdt i overværelse af de bydende...

...«

I skrivelse af 9. april 1997, sagens bilag H, kommenterede Carl Bro de synspunkter om Monberg & Thorsens tilbud af 14. februar 1997, som advokat Claus Kaare Pedersen havde fremsat i skrivelsen af 25. februar 1997, sagens bilag 2. I skrivelsen udtaltes som sammenfatning:

»Ingen af Monberg og Thorsens forbehold (præciseringer) er i modstrid med væsentlige krav i udbudsbetingelserne.«

Den 11. april 1997 holdtes mundtlig procedure for Klagenævnet med hensyn til, om Klagenævnet skulle tillægge klagen opsættende virkning. Proceduren kom navnlig til at angå spørgsmålet om, hvorvidt annullationen af udbudet foretaget ved udbudsbekendtgørelse af 11. november 1996 havde været tilstrækkeligt sagligt begrundet. Kammeradvokaten gentog herunder de begrundelser for annullationen, der var angivet i hans processkrift af 20. marts 1997, jfr. ovenfor, og gjorde nærmere rede for dem. Kammeradvokaten bemærkede herved, at udbudsbekendtgørelsen gennem sin angivelse af muligheden for alternative tilbud giver det indtryk, at kriteriet er det økonomisk mest fordelagtige. Advokat Claus Kaare Pedersen bemærkede bl.a., at angivelsen i Carl Bros skrivelse af 7. april, bilag 20, om, at der kunne tages forbehold uden begrænsning i henhold til det nye offentlige udbud, gjorde tildelingskriterierne for dette udbud helt uigennemsigtige, og at dette udbud allerede af denne grund måtte annulleres. Kammeradvokaten bemærkede hertil bl.a., det ville blive præciseret, at der ikke kunne tages forbehold om tidsplanen.

Efter afslutningen af den mundtlige procedure for Klagenævnet den 11. april 1997 tilkendegav Klagenævnet straks, at klagen tillagdes opsættende virkning. Klagenævnet berammede samtidig den endelige mundtlige forhandling til den 1. maj 1997.

Klagenævnet bekræftede disse tilkendegivelser i en skrivelse af 15. april 1997. Klagenævnet udtalte i skrivelsen, at det af Klagenævnets bestemmelse om opsættende virkning følger, at der, indtil Klagenævnets afgørelse i sagen foreligger, ikke må indgås kontrakt eller kontrakter om råhusentreprisen, således som denne er beskrevet i det udbud, som Højgaard & Schultz har afgivet tilbud på.

Den 16. april 1997, sagens bilag J, udstedte Carl Bro et rettelsesblad angående det nye offentlige udbud i henhold til udbudsbekendtgørelse afsendt til EF-tidende 19. marts 1997. I rettelsesbladet anførtes:

»...

Under henvisning til udbudsbetingelserne skal det præciseres, at der ikke må tages

forbehold mod grundliggende elementer i udbudsmaterialet, f. eks. udbudstidsplanen...

...

...På side 2 er anført, at tilbud skal afleveres senest fredag d. 1. maj 1997, kl. 10.00, hvor licitation vil blive afholdt. Sætningen ændres til senest **torsdag** den 1. maj kl. 10.00.

Alle bydende er tidligere gjort opmærksom på denne trykfejl.«

Den 18. april 1997 afgav Kammeradvokaten et processkrift med fortegnelse over Undervisningsministeriets påstande og anbringender. I dette processkrift blev Undervisningsministeriets påstande angivet således, som de er gengivet ovenfor under I. Som begrundelse for annullationen af udbudet foretaget ved udbudsbekendtgørelse af 11. november 1996 angaves i processkriftet:

- Det strider mod bygge- og anlægsdirektivets art. 30, at der hverken i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet er angivet tildelingskriterium. Udbudsbekendtgørelsens henvisning til udbudsmaterialet med hensyn til tildelingskriterium skaber det indtryk, at ordren skulle tildeles det økonomisk mest fordelagtige bud, hvilket i lyset af bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 2, tydeliggøres af udbudsbekendtgørelsens angivelse af, at alternative tilbud modtages.
- Tilbudene fra de lavestbydende var ledsaget af forbehold, og den opståede tvivl omkring prisfastsættelsen gør det berettiget at aflyse udbudet.

I en skrivelse til Klagenævnet af samme dag tilkendegav Kammeradvokaten, at Undervisningsministeriet frafaldt anbringendet om, at udbudsbetingelsernes bestemmelse vedrørende forbehold ikke havde den fornødne klarhed.

Resultatet af udbudet i henhold til udbudsbekendtgørelse afsendt den 19. marts 1997 forelå efter det oplyste den 28. april 1997. Der var forskellige tilbudsgivere, herunder Højgaard & Schultz og Monberg & Thorsen. Sagens bilag K er en oversigt over tilbudene. Monberg & Thorsen var lavestbydende med et bud på ca. 94 mio. kr., næstlavestbydende var en anden virksomhed med et bud på knap 99 mio. kr., og Højgaard & Schultz var tredje lavestbydende med et bud på godt 99 mio. kr. Ingen af tilbudene indeholdt efter det oplyste andre forbehold end entreprenørforeningens standardforbehold.

Den 29. april 1997 afgav advokat Claus Kaare Pedersen et processkrift indeholdende Højgaard & Schultz' påstande og anbringender. I dette processkrift er Højgaard & Schultz' påstande angivet, således som de er gengivet ovenfor under I.

Ved telefax af 30. april 1997 til Klagenævnet bekræftede Kammeradvokaten, at Undervisningsministeriet anså Poul Pedersens tilbud for ukonditionsmæssigt.

Under den mundtlige forhandling for Klagenævnet den 1. maj 1997 gentog Kammeradvokaten de begrundelser for annullationen, der var angivet i hans processkrift af 18. april 1997, jfr. ovenfor, og gjorde nærmere rede for dem. Kammeradvokaten bemærkede herved, at Undervisningsministeriet ikke fastholder sit tidligere argument om, at der var uklarheder i udbudets angivelser med hensyn til forbehold. Kammeradvokaten henviste yderligere til, at resultatet af det seneste udbud viser, at det har været fornuftigt at foretage det, idet man har sparet og skal overholde sit budget.

Efter den mundtlige forhandling for Klagenævnet den 1. maj 1997 vedtog Klagenævnet at udsætte sagen med henblik på at give Monberg & Thorsen lejlighed til at indtræde i sagen, jfr. § 14, stk. 2 og 3, i bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet meddelte parternes advokater dette ved en telefax af samme dag. Klagenævnet meddelte samtidig, at nævnet snarest ville henvende sig til Monberg & Thorsen om sagen.

Den 2. maj 1997 sendte Kammeradvokaten ved advokat K. Hagel-Sørensen Klagenævnet en telefax med anmodning om en fornyet afgørelse af spørgsmålet om opsættende virkning. Kammeradvokaten sendte samtidig Klagenævnets medlemmer en telefax, i hvilken det angaves, at situationen nu er meget alvorlig, og at der derfor særdeles hurtigt må træffes en afgørelse. I telefaxen til Klagenævnet nedlagde Kammeradvokaten påstand om, at klagen fra Højgaard & Schultz ikke længere skulle tillægges opsættende virkning, subsidiært at en fortsat opsættende virkning betinges af, at Højgaard & Schultz stiller sikkerhed med 50 mio. kr. Kammeradvokaten anførte forskellige argumenter til støtte for disse påstande og anførte endvidere, at telefaxen og påstandene i den ikke er udtryk for en anerkendelse af lovligheden af Klagenævnets afgørelse om opsættende virkning.

Ved telefax af 5. maj 1997 til Kammeradvokaten tilkendegav Klagenævnet, at nævnets tidligere bestemmelse om opsættende virkning stod ved magt, og at nævnet ikke fandt anledning til at ændre den. Nævnet henviste herved til, at der tidligere havde været holdt en indgående procedure om spørgsmålet, at nævnet var bekendt med konsekvenserne af sin afgørelse om opsættende virkning, og at nævnet havde truffet den ud fra en afvejning af sagens omstændigheder. Nævnet bemærkede videre, at nævnet naturligvis er af den opfattelse, at det har haft hjemmel til at træffe afgørelsen. Nævnet tilføjede, at det fortsat er indstillet på at ekspedere sagen så hurtigt som muligt.

Ved en overbragt skrivelse af 6. maj 1997 til Monberg & Thorsen bilagt kopi af sagens akter og et referat af de to møder i Klagenævnet opfordrede nævnet Monberg & Thorsen til at tilkendegive, om man ønsker at indtræde i sagen, idet nævnet samtidig meddelte Monberg & Thorsen tilladelse i medfør af § 14, stk. 2, i bekendtgørelsen om Klagenævnet for Udbud til at indtræde i sagen til støtte for Undervisningsministeriet. Nævnet fastsatte samtidig forskellige frister for tilkendegivelser fra Monberg & Thorsen og meddelte, at en eventuel mundtlig procedure skulle finde sted den 27. maj 1997.

Monberg & Thorsen tilkendegav i den anledning, at man ville indtræde i sagen for Klagenævnet, og Monberg & Thorsen er således med Klagenævnets tilladelse indtrådt i sagen til støtte for Undervisningsministeriet. Monberg & Thorsen har afgivet et skriftligt indlæg den 22. maj og har yderligere tilkendegivet, at man ikke ønsker at deltage i en mundtlig forhandling for Klagenævnet.

I anledning af Monberg & Thorsens indlæg har Klagenævnet modtaget et indlæg af 27. maj 1997 fra Kammeradvokaten og et indlæg af 4. juni 1997 fra advokat Claus Kaare Pedersen.

VI. Klagenævnssagens behandling generelt

Der er fremlagt enkelte bilag udover dem, der er nævnt ovenfor.

Som nævnt ovenfor under V har sagen været mundtligt forhandlet i Klagenævnet den 11. april og 1. maj 1997, ligesom Klagenævnet har modtaget et indlæg af 22. maj 1997 fra Monberg & Thorsen. Dette indlæg er refereret nedenfor under VIII.

Som også nævnt ovenfor under V har Klagenævnet som følge af Monberg & Thorsens indlæg modtaget indlæg fra Kammeradvokaten og advokat Claus Kaare Pedersen. Klagenævnet finder imidlertid ikke anledning til at referere disse indlæg, da de har karakter af en efterfølgende procedure, der ikke ses at have forbindelse til Monberg & Thorsens indlæg, og da de ikke findes at have tilført sagen synspunkter af betydning.

Som ligeledes nævnt ovenfor V har Klagenævnet den 11. april 1997 tillagt klagen opsættende virkning og bekræftet dette i skrivelse af 15. april 1997. I denne skrivelse angaves som også nævnt ovenfor under V, at det af bestemmelsen om opsættende virkning følger, at der, indtil Klagenævnets afgørelse i sagen foreligger, ikke må indgås kontrakt eller kontrakter om råhusentreprisen, således som denne er beskrevet i det udbud, som Højgaard & Schultz har afgivet tilbud på. Det pågældende udbud er udbudet i henhold til udbudsbekendtgørelsen af 11. november 1996.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaringer af Jacob Voltelen, Niels Kjeldgaard og Carsten Olsen.

VII. De afgivne forklaringer

Jacob Voltelen har forklaret: Han er administrationschef for Handelshøjskolen i København. Det omhandlede byggeri skyldes en nødvendig udvidelse. Nybyggeriet skal bruges til undervisning, bibliotek og administration. Flytningen af funktionerne til nybyggeriet skal ske mellem to semestre, d.v.s. i juni-august eller i juleferien. Byggeriet blev udbudt i august 1996, men dette udbud aflystes, da det viste sig, at byggeriet ville blive 100 mill. kr. for dyrt. Projektet blev derfor ændret og udbudt påny. Navnlig aflysningen af det første udbud opbrugte den reservetid, der var indeholdt i rammetidsplanen, sagens bilag 8. Der er derfor ikke mere »slip« i tidsplanen, hvorfor man har været nødt til at give akcept på nogle bud på andre entrepriser. Det gælder bl.a. murer- tømrer- og smedearbejde, og der er et eludbud igang. Byggesagen fortsætter altså, selvom man ikke kender den nøjagtige udgift til råhus og el.

Niels Kjeldgaard har forklaret: Han er chef for Højgaard & Schultz' tekniske afdeling. Han er uddannet bygningsingeniør fra DTU og anerkendt statiker. Udbudsmaterialet var ikke et fuldstændigt arbejdsgrundlag. Det indebar, at entreprenøren selv skulle udføre væsentlige rådgivningsopgaver for at kunne færdiggøre projektet. Navnlig var det nødvendigt, at entreprenøren selv udfærdigede en række tegninger angående en væsentlig del af entreprisen. I de særlige betingelser henvistes til model 4 i BPS-publikation 113, sagens bilag 27. Dette er ikke sædvanligt. Der forelå således ikke et fuldstændigt arbejdsgrundlag, således som det er foreskrevet i fastpris-cirkulærets bilag 2. Bl.a. var der ikke angivet en eneste knudepunktsløsning. Der var heller ikke i udbudsmaterialet indeholdt hulfortegnelse og angivelse af huller m.m. Niels Kjeldgaard har desuden forklaret om nogle andre punkter og om nogle tekniske enkeltheder. Efter at have påhørt Carsten Olsens forklaring har Niels Kjeldgaard supplerende forklaret, at han anerkender, at

udbudsmaterialet indeholdt en række armeringsdetaljer, men at han må fastholde sin fremstilling med hensyn til plader og vægge og på de øvrige punkter.

Carsten Olsen har forklaret: Han er Carl Bros projektleder på denne sag og er ansvarlig for den bærende konstruktion. Projektmaterialet er udført med henblik på, at bilag 2 til fastpriscirkulæret skal være gældende. Iøvrigt må det bemærkes, at bilag 2 til fastpriscirkulæret er en vejledning. Kjeldgaards fremstilling er til dels helt fordrejet. Der var i udbudsmaterialet indeholdt 250 detaljerede snit, hver på en A4-side, for knudepunktsdetaljer. Model 4 er en normal og accepteret fremgangsmåde. Man har udsendt de samme ingeniørtegninger til alle bydende, bortset fra kloaktegningerne. Carsten Olsen har yderligere forklaret om nogle andre punkter.

VIII. Parternes procedure og Monberg & Thorsens synspunkter

De synspunkter, som Højgaard & Schultz og Undervisningsministeriet har fremsat for Klagenævnet, navnlig under den afsluttende mundtlige forhandling den 1. maj 1997, kan i hovedtræk gengives som følger. Det bemærkes herved, at Klagenævnet finder det rigtigst at bortse fra Kammeradvokatens indlæg af 27. maj 1997 og advokat Claus Kaare Pedersens indlæg af 4. juni 1997, jfr. bemærkningerne om disse indlæg ovenfor under VI.

Højgaard & Schultz' synspunkter: Bygge- og anlægsdirektivet giver ikke fri adgang til annullation af et udbud. En sådan annullation kan kun foretages, hvis der er saglig grund, hvilket Klagenævnet har tidligere har fastslået i en anden sag. Ingen af Undervisningsministeriets begrundelser for annullationen er imidlertid saglige, og det er bemærkelsesværdigt, at Undervisningsministeriet under forløbet har udviklet og revideret sine begrundelser for annullationen og efterfølgende har frafaldet nogle af dem. Direktivet stiller kun krav om, at tildelingskriteriet skal angives i udbudet, hvis kriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jfr. direktivets art. 30. Hvis der ikke er angivet et tildelingskriterium, er kriteriet det laveste tilbud, hvilket er slået fast ved EF-domstolens dom i Bentjes-sagen. Senest har Undervisningsministeriet endvidere yderligere gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsens angivelse med hensyn til alternative tilbud indicerer, at kriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Selvom dette er rigtigt, kan det imidlertid ikke begrunde en annullation. Konsekvensen vil alene være, at alternative tilbud ikke må tages i betragtning, jfr. direktivets artikel 19. Denne bestemmelse gælder, uanset hvad udbyder har skrevet, og der er derfor intet behov for, at udbudet går om. Udbudets angivelser om forbehold var ikke uklare, og tilsvarende angivelser var indeholdt i udbudet i sommeren 1996, uden at nogen gjorde gældende, at de var uklare. Undervisningsministeriet har da også nu frafaldet begrundelsen om uklarhed med hensyn til forbehold. I det seneste udbud, sagens bilag 20, gik Undervisningsministeriet på den anden side for vidt, idet det i dette udbud blev angivet, at der kan tages forbehold uden begrænsninger. Det er i realiteten ensbetydende med, at der ikke er noget udbudsgrundlag, og at de bydende ikke ved, hvordan de bliver målt, hvilket er helt uigennemsigtigt.

Undervisningsministeriets synspunkt om, at der skulle foreligge usikkerhed med hensyn til prisfastsættelsen, er vanskeligt at forstå, og dets rigtighed bestrides. Der har ikke foreligget en sådan usikkerhed. Prisforskellen mellem Højgaard & Schultz og Monberg & Thorsen har formentlig blot skyldtes Monberg & Thorsens forbehold. Endvidere er Undervisningsministeriets argumentation med hensyn til begrundelsen om usikkerhed i prissætningen blevet revideret i Kammeradvokatens seneste processkrift. Nu kan konsekvenserne imidlertid ses. Poul Pedersen sprang ikke fra som følge af usikkerhed om prisfastsættelsen, men fordi man ikke kunne følge tidsplanen. Desuden er Monberg & Thorsens tilbud ved det seneste udbud væsentligt højere end ved det annullerede udbud, utvivlsomt som følge af, at Monberg & Thorsen ikke har taget forbehold ved det seneste udbud.

Også selvom man havde kunnet påregne tilbud på samme priser uden forbeholdene, ville en annulation have været uberettiget som stridende mod ligebehandlingsprincippet. Det er rigtigt, at en udbyder har et skøn, men det er kun inden for visse grænser, og Klagenævnet kan efterprøve skønnet. Det, som Højgaard & Schultz ønsker, at komme tilbage i den oprindelige udbudssituation med udeladelse af Poul Pedersen, jfr. om Monberg & Thorsen nedenfor. Højgaard & Schultz vedstår sit tilbud i en rimelig tid efter Klagenævnets afgørelse i sagen, hvilket der skal ikke herske nogen tvivl om. Højgaard & Schultz ønsker at udtrykke sin utilfredshed over, at Undervisningsministeriet har ladet udføre kloak- og drænarbejder i strid med Klagenævnets afgørelse om opsættende virkning. Det er ikke rigtigt, at Undervisningsministeriet havde valgt mellem et erstatningskrav fra Monberg & Thorsen eller Højgaard & Schultz. Hvis Undervisningsministeriet blot havde konstateret, at Poul Pedersens og Monberg & Thorsens tilbud var ukonditionsmæssige, og derefter havde indgået kontrakt med Højgaard & Schultz, var der næppe kommet en sag fra Monberg & Thorsen. Det må i denne forbindelse bemærkes, at Monberg & Thorsen ikke har taget forbehold ved det seneste udbud. Forsinkelsen for Undervisningsministeriet er uden betydning. Undervisningsministeriet har nu udbudt entreprisen fire forskellige gange og har selv ved sine egne dispositioner bragt sig i den situation, man er i. Det resultat, som Undervisningsministeriet vil opnå, er det samme som en ulovlig efterfølgende forhandling. Det er påfaldende, at annulationen af udbudet er sket efter klagen til Klagenævnet. Det må tages i betragtning, at Højgaard & Schultz omgåede derefter yderligere klagede til Klagenævnet over annulationen. En effektiv håndhævelse fra Klagenævnet er nødvendig i denne sag. Hvis der ikke skal ske annulation her, kan der ikke tænkes et tilfælde, hvor det skal ske. Hvis Undervisningsministeriets synspunkter skal forstås sådan, at det har indgået i baggrunden for annulationen af udbudet, at tilbudene var over budgettet, er der tale om endnu en begrundelse for annulationen. Denne begrundelse er i så fald ny. I sommeren 1996 talte Undervisningsministeriet om, at man ville ned på 100 mio. kr. Advokat Claus Kaare Pedersen har i skrivelse af 2. april 1997 opfordret Undervisningsministeriet til at oplyse, hvordan tilbudene forholder sig til den samlede budgetramme. Med hensyn til tilbudet af 14. februar 1997 fra Monberg & Thorsen har Højgaard & Schultz i hovedtræk anført: En lang række forbehold gør dette tilbud ukonditionsmæssigt. Det gælder således henvisningen til betonelementforeningens salgs- og leveringsbetingelser, idet disse i punkt 4.a. indeholder forbehold om leveringstiden og om at træde tilbage. Hertil kommer, at udbudsmaterialet alene giver mulighed for standardforbehold, som er godkendt af Boligministeriet. Endvidere er Monberg & Thorsens tilbud ukonditionsmæssigt som følge af forbeholdet om, at tilbudet alene angår de mængder og ydelser, som direkte klart og entydigt fremgår af udbudstegningerne eller på tilsvarende vis er detaljeret angivet i beskrivelsen. Dette forbehold er direkte i strid med udbudsbetingelsernes angivelse af, at udbudsmaterialet ikke tilsigter at indeholde materialemængder, og at det påhviler tilbudsgiveren at kontrollere og indregne alle mængder i tilbudet. Desuden er tilbudet ukonditionsmæssigt som følge af dets henvisning til fastpriscirkulærets bilag 2, idet udbudsmaterialet netop ikke henviser til fastpriscirkulærets § 6, som bilag 2 er knyttet til. Tilbudets angivelse af, at bygherrens nødvendige suppleringer skal foreligge minimum seks uger før opstart, er endvidere et ukonditionsmæssigt forbehold om tidsplan. Det er yderligere ukonditionsmæssigt, at Monberg & Thorsen i tilbudet henviser til sit produktkatalog. Det vides ikke, hvad dette produktkatalog går ud på, og der er derfor risiko for, at det ikke lever op til udbudsbeskrivelsen. Det er også ukonditionsmæssigt, at det fremgår af tilbudet, at Monberg & Thorsen ikke vil udføre brandsikring af stålbjælker og foretage brandstabilitetsberegning. Med hensyn til stålkonstruktioner indeholder Monberg & Thorsens tilbud en lang række forbehold. Det kan ikke på forhånd udelukkes, at disse forbehold er i strid med udbudet, og den heraf følgende risiko må påhvile Monberg & Thorsen. Klagenævnet har tidligere i en anden sag fastslået, at tilbudsgiver har risikoen for uklarheder i tilbudet. Det er endvidere bemærkelsesværdigt, at der ved

en række forbehold i Monberg & Thorsens tilbud henvises til punkter i udbudsbetingelserne. Dette kan kun forstås sådan, at Monberg & Thorsen fralægger sig ansvaret for, at tilbudet opfylder udbudskravene. Dette gælder således Monberg & Thorsens forbehold med hensyn til affald. Monberg & Thorsens forbehold med hensyn til affald ikke er bagatelagtigt. Udgiften vedrørende affald er i Monberg & Thorsens tilbudsliste angivet til over en mio. kr. Iøvrigt fremgår det af Carl Bros dokument 1 af 1. april 1997, sagens bilag 22, at Undervisningsministeriet selv har været i tvivl om konditionsmæssigheden af Monberg & Thorsens tilbud. De første fire punkter i bilag 22 referer entydigt til Monberg & Thorsens forbehold.

Undervisningsministeriets synspunkter: Akceptfristen for tilbudene i henhold til udbudet foretaget ved udbudsbekendtgørelse af 11. november 1996 er forlængst udløbet, og Undervisningsministeriet har meddelt tilbudsgiverne, at udbudet ikke længere gælder. Desuden kan tidsplanen i henhold til det annullerede udbud ikke længere holde Hvis klagenævnet annullerer annulationen, kommer Undervisningsministeriet derfor i en meget kompliceret situation. Klagenævnets afgørelse må endvidere træffes ud fra en afvejning af hensynet til parterne. Højgaard & Schultz' interesse i sagen er kun økonomisk, et spørgsmål om erstatningskrav til dækning af fortjeneste, hvilket i sidste ende må afgøres ved domstolene. Derimod er der mange tungtvejende hensyn at tage til Undervisningsministeriet. Der er tale om en byggesag til 300 mill. kr. med en meget stram tidsplan, og hensynet til Handelshøjskolens mange studerende må være meget tungtvejende. Annulationen af udbudet skyldes de udbudstekniske mangler ved det. Undervisningsministeriet fastholder dog ikke sin tidligere argumentation om, at der var uklarheder i udbudets angivelser med hensyn til forbehold. Den manglende angivelse af tildelingskriterium i udbudsbekendtgørelse og udbudsmateriale var en uafhjælpelig mangel. Udbudsbekendtgørelsens og udbudsmaterialets angivelser af muligheden for alternative tilbud gav desuden et fejlagtigt indtryk af, at kriteriet var det mest fordelagtige tilbud, og allerede som følge heraf har annulationen været berettiget. Endvidere var der tvivl om prisfastsættelsen. Undervisningsministeriet har risikeret et erstatningskrav fra enten Højgaard & Schultz eller Monberg & Thorsen. Konklusionen af hele forløbet har været, at en ny udbudsprocedure er at foretrække, og der har ikke været tale om, at Undervisningsministeriet har ønsket en bestemt entreprenør. Kloakeringsarbejderne er udtaget af det nye udbud. Priserne i tilbudene ved det seneste udbud skal vel ses på baggrund af, at tidsplanen er blevet strammere, og at der derfor skal forceres. Resultatet af det seneste udbud viser imidlertid, at det har været fornuftigt at foretage det. Man har sparet, og man skal holde sit budget. Undervisningsministeriet har først under den mundtlige forhandling for Klagenævnet den 1. maj 1997 hørt kritik af, at man har indgået kontrakt om kloakeringen, og kan ikke kommentere det på det foreliggende grundlag. Det bestrides, at Monberg & Thorsens tilbud var ukonditionsmæssigt. Det blev vurderet af Undervisningsministeriets rådgiver Carl Bro, der i sin redegørelse, sagens bilag H, har konstateret, at ingen af Monberg & Thorsens forbehold (præciseringer) er i modstrid med væsentlige krav i udbudsmaterialet. Der henvises nærmere til denne redegørelse. Særligt fremhæves: Højgaard & Schultz' indsigelse med hensyn til fastpris-cirkulæret er ikke dokumenteret, og angivelsen af en frist på seks uger i Monberg & Thorsens tilbud er ikke et egentligt forbehold. Henvisningen til Betonelementforeningens salgs- og leveringsbetingelser kan ikke gøre tilbudet ukonditionsmæssigt. Der er tale om et almindeligt standardforbehold, og det kan ikke være afgørende, om det er godkendt af boligministeriet. Med hensyn til overfladebehandling har Højgaard & Schultz overset et rettelsesblad. Med hensyn til affald er der tale om en ren bagatel. Undervisningsministeriet har ikke haft lejlighed til stille spørgsmål til Monberg & Thorsen, da man jo har aflyst udbudet. Højgaard & Schultz har fået budgetrammen med bilag G. Muligheden for at tage forbehold med hensyn til det seneste udbud er senere blevet præciseret.

Monberg & Thorsens synspunkter, således som de er udtrykt i Monberg & Thorsens skriftlige indlæg af 22. maj 1997, kan i hovedtræk gengives således: Det er påfaldende, at Højgaard & Schultz har afgivet tilbud i henhold til det seneste offentlige udbud samtidig med, at Højgaard & Schultz over for Klagenævnet har gjort gældende, at dette udbud er ulovligt. Det seneste offentlige udbud er imidlertid lovligt. Klagenævnet kunne på mødet den 11. april have annulleret dette udbud. Klagenævnet gjorde det imidlertid ikke, men lod i stedet Undervisningsministeriet foretage udbudet, og Monberg & Thorsen fik hverken fra Klagenævnet eller Undervisningsministeriet oplysning om, at der verserede en klagesag om annulation af udbudet. Dette hændelsesforløb er kritisabelt, idet tilbudsgiverne ved en offentlig licitation må have en berettiget forventning om, at deres tilbud bliver bedømt med henblik på indgåelse af kontrakt. Nævnets afgørelse må derfor træffes med udgangspunkt i det seneste offentlige udbud. En indgåelse af kontrakt på grundlag af dette udbud vil i enhver henseende være lovlig. Derimod vil en annulation af det seneste offentlige udbud og indgåelse af kontrakt med Højgaard & Schultz på grundlag af udbudet i henhold til udbudsbekendtgørelse af 11. november 1996 være ulovlig. En sådan kontrakt kan ikke indgås uden ændringer i forhold til Højgaard & Schultz' tilbud af 14. februar 1997, hvilket vil være i strid med det EU-retlige forbud mod efterfølgende forhandling med en tilbudsgiver. Undervisningsministeriet har været berettiget til at annullere udbudet i henhold til udbudsbekendtgørelsen af 11. november 1996, dels i medfør af licitationslovens § 3, stk. 2, dels som følge af, at en udbyder har et ret vidt skøn med hensyn til, om der skal ske annulation af et udbud. Undervisningsministeriets begrundelser for annulationen er berettigede og tilstrækkelige. Højgaard & Schultz har derfor næppe retlig interesse i at få prøvet sit synspunkt om, at Monberg & Thorsens tilbud af 14. februar 1997 var ukonditionsmæssigt. Iøvrigt henvises til Carl Bros vurdering af Monberg & Thorsens tilbud af 14. februar 1997. Monberg & Thorsen kan tilslutte sig Carl Bros konklusion, hvorefter ingen af Monberg & Thorsens forbehold/-præciseringer var i modstrid med væsentlige krav i udbudsbetingelserne. Det er endvidere processuelt lidet betryggende, at sagen for Klagenævnet har drejet sig Monberg & Thorsens forhold, uden at Monberg & Thorsen har været inddraget i klagesagens behandling og har haft adgang til løbende kommentere de fremkomne indlæg og deltage i de mundtlige forhandlinger. Monberg & Thorsen har fuldstændig samme retlige interesse i sagen som Højgaard & Schultz. Det er således ikke betryggende, at Monberg & Thorsen ikke har haft adgang til at overvære Niels Kjeldgaards forklaring og stille modspørgsmål. Niels Kjeldgaard er partsrepræsentant, og hans vurdering af Monberg & Thorsens tilbud af 14. februar 1997 bør ikke tillægges vægt. Klagenævnet burde på et tidligt tidspunkt, d.v.s. inden afhøringer og procedure, have inddraget Monberg & Thorsen i klagesagen, og nævnets henvendelse af 6. maj 1997 til Monberg & Thorsen er således sket for sent. Det synes endvidere at være i strid med nævnets egen praksis og almindelige regler om sagsbehandling ved nævn, at Klagenævnet ikke inddrog Monberg & Thorsen på et tidligere tidspunkt af sagens behandling. På denne baggrund har Monberg & Thorsen valgt alene at svare skriftligt og ønsker ikke at deltage i møder på dette sene tidspunkt af sagen.

IX. Klagenævnets bemærkninger

Klagenævnet kunne ikke, som det er anført af Monberg & Thorsen, i forbindelse med mødet den 11. april have annulleret det seneste offentlige udbud, da det pågældende møde alene angik spørgsmålet om opsættende virkning. Klagenævnet tager først i nærværende kendelse stilling til berettigelsen af tilbagekaldelsen af udbudet i henhold til udbudsbekendtgørelsen af 11. november 1996 og dermed til berettigelsen af det seneste offentlige udbud. Det er derfor ikke rigtigt, at Klagenævnet lod Undervisningsministeriet gennemføre det nye udbud, således som det er anført af Monberg & Thorsen.

Monberg & Thorsen har ikke haft en berettiget interesse i at få adgang til at udtale sig over for Klagenævnet om berettigelsen af tilbagekaldelsen af udbudet i henhold til udbudsbekendtgørelsen af 11. november 1996 og om lovligheden af det seneste offentlige udbud eller til at deltage i behandlingen af disse spørgsmål for Klagenævnet. Monberg & Thorsen har heller ikke haft en berettiget interesse i at få adgang til at udtale sig for Klagenævnet om spørgsmålet om opsættende virkning eller til at deltage i nævnets behandling af dette spørgsmål. Afgørelserne af spørgsmål som de nævnte beror på overordnede vurderinger, i hvilke der ikke indgår noget hensyn til de konkrete interesser hos de tilbudsgivere, der måtte blive berørt af afgørelserne.

Derimod har Monberg & Thorsen haft en berettiget interesse i at få adgang til at udtale sig for Klagenævnet vedrørende Højgaard & Schultz' synspunkt om, at Monberg & Thorsens tilbud af 14. februar 1997 var ukonditionsmæssigt. Klagenævnet blev opmærksomt på dette ved voteringen umiddelbart efter den mundtlige forhandling den 1. maj 1997, under hvilken der for første gang var blevet procederet om konditions-mæssigheden af Monberg & Thorsens tilbud af 14. februar 1997. Klagenævnet sendte derefter Monberg & Thorsens sags akter og et referat af de to møder i Klagenævnet og gav Monberg & Thorsen adgang til at udtale sig skriftligt med ca. 14 dages frist og mundtligt med ca. tre ugers frist, idet nævnet senere imødekom en anmodning fra Monberg & Thorsen om udsættelse af fristen for det skriftlige indlæg. Monberg & Thorsen afgav derefter et skriftligt indlæg og meddelte, at man ikke ville deltage i en mundtlig forhandling. Monberg & Thorsen har således haft betryggende adgang til at udtale sig for Klagenævnet, og der ses ikke at være sket tilsidesættelse af sagsbehandlingsregler.

I øvrigt bemærkes, at Monberg & Thorsen ved Carl Bros skrivelse af 25. marts 1997, sags bilag M&T 1, var blevet gjort bekendt med, at Højgaard & Schultz over for Klagenævnet havde gjort gældende, at bl.a. Monberg & Thorsens tilbud af 14. februar 1997 var ukonditions-mæssigt. Monberg & Thorsen havde derved fået anledning til at ansøge Klagenævnet om tilladelse til at indtræde i sagen for Klagenævnet, hvilket ville være blevet imødekommet, men Monberg & Thorsen indgav ikke en sådan ansøgning.

Det må antages, at et udbud i henhold til EU's udbudsregler kun kan tilbagekaldes, hvis udbyder har saglig grund til at tilbagekalde det. Bygge- og anlægsdirektivet, som det nævnte udbud er foretaget i henhold til, direktiv 93/37, må antages at indeholde en forudsætning herom i artikel 8, stk. 2.

Klagenævnet finder ikke anledning til at tage stilling til de enkelte begrundelser, som Undervisningsministeriet har anført til støtte for tilbagekaldelsen af udbudet i henhold til udbudsbekendtgørelsen af 11. november 1966, men må hense til følgende:

- Undervisningsministeriet gav oprindeligt ikke nogen begrundelse for tilbagekaldelsen, men henviste alene til, at man herefter gik ud fra, at Højgaard & Schultz' ville frafalde klagen.
- Undervisningsministeriets senere begrundelser for tilbagekaldelsen er blevet udviklet og revideret under klagesagens forløb. Således er begrundelsen om, at udbudets angivelse om forbehold var uklare, senere blevet frafaldet. Endvidere synes begrundelsen om, at udbyder har et skøn, efterhånden at være trådt i baggrunden, medens begrundelserne om manglende angivelse af tildelingskriterium og usikkerhed omkring prisfastsættelsen er blevet udbygget. Endelig har Undervisningsministeriet under den mundtlige forhandling for Klagenævnet den 1. maj 1997 tilsyneladende for første gang antydnet endnu en begrundelse, d.v.s. at projektet

ville blive for dyrt. Der er ganske vist ikke i sig selv usagligt at revidere og udbygge begrundelsen for et retligt synspunkt, men de nævnte forhold må indgå i Klagenævnets samlede vurdering af tilbagekaldelsen.

- Tilbagekaldelsen af udbudet skete først efter, at Højgaard & Schultz over for Undervisningsministeriet havde gjort gældende, at Poul Pedersens og Monberg & Thorsens tilbud var ukonditionsmæssige, og efter at Højgaard & Schultz havde klaget til Klagenævnet over, at Undervisningsministeriet ville indgå kontrakt med Poul Pedersen.

Som følge af de beskrevne omstændigheder finder Klagenævnet, at det egentlige formål med tilbagekaldelsen må have været et ønske om at afbøde virkningen af klagen til Klagenævnet fra Højgaard & Schultz over, at Undervisningsministeriet anså Poul Pedersens tilbud for konditionsmæssigt, og af, at det kunne forudses, at Højgaard & Schultz senere ville gøre gældende over for Klagenævnet, at også Monberg & Thorsens tilbud var ukonditionsmæssigt. Et sådant formål er imidlertid ikke sagligt i henseende til EU's udbudsregler. Undervisningsministeriets tilbagekaldelse af udbudet i henhold til udbudsbekendtgørelsen af 11. november 1996 var således uberettiget som stridende mod forudsætningen i bygge- og anlægsdirektivets artikel 8, stk. 2.

Klagenævnet ville foretrække en annulation af Undervisningsministeriets beslutning om tilbagekaldelsen og i konsekvens deraf en annulation af Undervisningsministeriets beslutning om at foretage det seneste offentlige udbud. Nævnet finder imidlertid at måtte afstå fra at træffe bestemmelse herom. Efter sådanne annullationer ville der ikke kunnes indgås kontrakt på grundlag af tilbudene i henhold til udbudet ved udbudsbekendtgørelse af 11. november 1966, da akceptfristerne er udløbet, da tidsplanen ikke kan overholdes, og da projektet er ændret og tildels igangsat. En kontraktsindgåelse ville derfor forudsætte væsentlige forhandlinger om ændringer i forhold til det pågældende tilbud, d.v.s. forhandlinger i et omfang, der ville stride mod det almindelige EU-retlige princip om forbud mod efterfølgende forhandlinger. Konsekvensen af annullationer som omtalt ville derfor være, at der skulle foretages et nyt udbud. Da der imidlertid allerede er foretaget et sådant, ville annullationer som omtalt savne formål.

Klagenævnet indskrænker sig derfor til at konstatere, at Undervisningsministeriets tilbagekaldelse af udbudet i henhold til udbudsbekendtgørelse af 11. november 1966 ikke har været sagligt begrundet og tager således Højgaard & Schultz'subsiidiære påstand til følge, hvorimod nævnet ikke tager Højgaard & Schultz' påstande 1-2 til følge.

Klagenævnet finder herefter ikke anledning til at tage stilling til Højgaard & Schultz' påstande 3-6 eller til Undervisningsministeriets subsidiære og mere subsidiære påstande.

I medfør af klagenævnslovens § 13 c pålægges det Undervisningsministeriet at betale sagsomkostninger til Højgaard & Schultz med 300.000 kr. Beløbet er fastsat skønsmæssigt på baggrund af sagens omfattende og komplicerede karakter og langvarige forløb for Klagenævnet og på baggrund af oplysninger fra Højgaard & Schultz' advokat om dennes timeforbrug i sagen.

I medfør af § 19, stk. 4, i bekendtgørelsen om Klagenævnet for udbud tilbagebetales det gebyr, som Højgaard & Schultz har betalt til Klagenævnet.

Herefter bestemmes:

Højgaard & Schultz a/s' påstande 1 og 2 tages ikke til følge.

Klagenævnet finder ikke anledning til at tage stilling til Højgaard & Schultz a/s' påstande 3-6 og til Undervisningsministeriets subsidiære og mere subsidiære påstande.

Undervisningsministeriets beslutning om at annullere det i sagen omhandlede ved udbudsbekendtgørelse af 11. november 1996 bekendtgjorte offentlige udbud har ikke været sagligt begrundet og har derfor været i strid med direktiv 93/37.

Undervisningsministeriet skal til Højgaard & Schultz a/s betale sagsomkostninger med 300.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Det gebyr, som Højgaard & Schultz a/s har betalt til Klagenævnet, tilbagebetales.