

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Suzanne Helsteen, Viggo Olesen)

J.nr.:99-191.007

11. august 2000

K E N D E L S E

Kirkebjerg A/S
(advokat Henrik Viltoft, København)

mod

Ribe Amt
(advokat Torben Brøgger, Århus)

Sagen angår el-entreprisen ved en udbygning af Centralsygehuset i Esbjerg. El-entreprisen blev udbudt som offentligt udbud i henhold til EU's direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter med senere ændringer (Bygge- og anlægsdirektivet). Udbudsbekendtgørelsen afsendtes til EF-Tidende den 19. marts 1999. Klageren, Kirkebjerg A/S (Kirkebjerg) afgav tilbud, men blev ikke valgt, idet Ribe Amt (amtet) indgik kontrakt med en anden tilbudsgiver, ABB Electric A/S (ABB).

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at Ribe Amt har været uberettiget til at indgå kontrakt med ABB.

Påstand 2.

Klagenævnet skal konstatere, at Kirkebjergs tilbud er det økonomisk mest fordelagtige.

Påstand 3.

Klagenævnet skal konstatere, at Kirkebjerg har krav på at få entreprisen overdraget.

Indklagede har heroverfor nedlagt følgende påstande:

Ad påstand 1 - 3.

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

Ad påstand 2 – 3 (principalt).

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstandene afvises.

Sagens omstændigheder er i hovedtræk:

I udbudsbekendtgørelsen, sagens bilag 1, var angivet, at der kunne afgives alternative tilbud, hvis der også blev afgivet tilbud på den i udbudsmaterialet specificerede ydelse. Det anførtes videre, at bygherren forbeholdt sig ret til at antage alternative tilbud.

I et udbudsbrev til de bydende, sagens bilag 2, var som tildelingskriterium angivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra nogle uprioriterede delkriterier, herunder laveste tilbudssum. Det anførtes, at bygherren forbeholdt sig ret til at vælge frit mellem tilbud, alternative tilbud og særpriser.

I et dokument, der indgik i udbudsbetingelserne, og som gik ud på tilføjelser til AB 92, sagens bilag 3, var angivet, at bygherren alene afgjorde, om et tilbud er konditionsmæssigt. Det anførtes desuden bl.a., at bygherren forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud, herunder alternative tilbud, eller at forkaste dem alle. Det anførtes endvidere, at bygherren forbeholdt sig ret til at kunne ændre den samlede tilbudssum ved at lade dele af entreprisen helt eller delvis udgå, eller ved at gøre brug af de i tilbudslisten anførte enhedspriser samt alternative tilbud.

Ifølge udbudet skulle el-entreprisen omfatte levering og montering af sengestuepaneler, dvs. paneler med el-stik, tv-udtag og udtag for forskellige luftarter m.m. i sengestuerne. En særbeskrivelse, sagens bilag 4, der indgik i udbudsbetingelserne, indeholdt en lang række angivelser om sengestuepanelerne, herunder med en beskrivelse af de stik og udtag, som sengestuepanelerne skulle omfatte m.m. Desuden anførtes om sengestuepanelerne: »Sengestuepanelets type er af fabrikat Fagerhult. De nævnte fabrikater skal betragtes som normgivende med bemærkninger »eller dermed ligestillede materialer««. I en note på en tegning, der var en del af særbeskrivelsen, var anført en typebetegnelse for et sengestuepanel af fabrikatet Fagerhult.

I et rettelsesblad, sagens bilag 6, var anført: »Hvor der i noterne på tegningerne er anført fabrikater, skal disse betragtes som normgivende med be-

mærkningen »Eller dermed ligestillede materialer«. Hvis de på tegningerne nævnte materialer ikke anvendes, skal dette materialevalg i udseende og vedligeholdelsesmæssigt svare til de anførte fabrikater.«

Der blev afgivet 5 tilbud, herunder fra Kirkebjerg, hvis tilbud, sagens bilag 18, med hensyn til sengestuepaneler gik ud på sengestuepaneler af fabrikatet Fagerhult. Tilbudene fra 3 tilbudsgivere, hvis tilbudspriser var lavere end Kirkebjergs, sagens bilag A-C, omfattede sengestuepaneler af fabrikatet J.M. Aluflex, type 2000.

I tilbudet fra den tilbudsgiver, hvis tilbud havde den laveste tilbudssum, dvs. ABB, var anført: »Der er kun medtaget det antal brandtætninger som der er vist på tegningerne.«

Tilbudene blev vurderet af en rådgivningsgruppe, benævnt Totalrådgivningsgruppen, bestående af repræsentanter for et arkitektfirma og 2 ingeniørfirmaer.

I et notat, der efter det foreliggende blev udfærdiget af Totalrådgivningsgruppen kort efter tilbudenes indlevering i maj 1999, sagens bilag E, udtaltes, at Kirkebjerg samt den tilbudsgiver, der havde afgivet det laveste tilbud, dvs. ABB, havde vedlagt tilfredsstillende oplysninger om økonomi, ressourcer og referencer mv., medens de øvrige tilbudsgivere havde vedlagt ufuldstændige oplysninger eller ingen oplysninger, men at disse oplysninger var indhentet efterfølgende. Det udtaltes videre, at ABB havde taget forbehold vedrørende brandlukninger, hvorfor ABB's tilbud vurderedes som ikke konditionsmæssigt. I notatet udtaltes endvidere, at de 3 lavestbydende havde tilbudt en lang række alternative materialer og produkter, som muligvis ikke alle kunne ligestilles med udbudets specifikationer. Der henvistes herved til, at det sengestuepanel, som de 3 lavestbydende havde tilbudt, dvs. J.M. Aluflex 2000, var under udvikling og ikke kunne ses eller afprøves under tilbudsvurderingen. I notatet udtaltes desuden, at det fjerdelaveste tilbud, dvs. Kirkebjergs tilbud, var fuldt konditionsmæssigt og omfattede produkter og materialer helt i overensstemmelse med udbudet.

I et brev til amtet af 15. juni 1999 fra Totalrådgivningsgruppen, sagens bilag F, indstilledes det næstlaveste tilbud til antagelse. I brevet henvistes til et andet brev af samme dato fra et af gruppens ingeniørfirmaer, ligeledes bilag F. I det sidstnævnte brev anførtes bl.a., at sengestuepanelerne i det pågældende tilbud ikke svarede til udbudet, men at der efter indgåelse af kontrakt ville være mulighed for at forhandle andre sengestuepaneler på plads.

I et brev af 25. juni 1999 fra Totalrådgivningsgruppen, sagens bilag H, udtaltes, at man havde kapitaliseret forbeholdet om brandlukninger i ABB's tilbud til 135.000 kr. (dvs. en lille del af tilbudssummen). Endvidere indstilledes det at annullere udbudet for så vidt angik sengestuepaneler af hensyn til bygherrens mulighed for senere at fastlægge endeligt valg af sengestuepaneler. Desuden indstilledes ABB's tilbud til antagelse i øvrigt. Disse indstillinger blev tiltrådt af formanden for amtets sygehusudvalg den 28. juni 1999, sagens bilag J.

På baggrund af henvendelser fra Kirkebjerg udtalte Totalrådgivningsgruppen i et brev til Kirkebjerg af 16. august 1999, sagens bilag 12, at alle 5 modtagne tilbud var afgivet konditionsmæssigt. Det udtaltes desuden bl.a., at sygehusudvalget havde besluttet at annullere den del af udbudet, der vedrørte sengestuepaneler, og i øvrigt at indgå kontrakt med ABB.

På baggrund af en klage fra Kirkebjergs advokat, sagens bilag 13, udtalte Totalrådgivningsgruppen i et brev til amtet af 16. september 1999, sagens bilag M, at der var sket en efterfølgende bedømmelse af de tilbudte produkter, og at det herefter var Totalrådgivningsgruppens vurdering, at de tilbudte produkter var lig de foreskrevne produkter eller var ligestillet hermed. Totalrådgivningsgruppen indstillede herefter, at der blev indgået kontrakt med den lavestbydende tilbudsgiver ABB også omfattende de af denne tilbudsgiver tilbudte sengestuepaneler, dvs. J.M. Aluflex 2000.

I et brev til amtet af 22. september 1999, sagens bilag N, uddybede Totalrådgivningsgruppen sin vurdering af sengestuepanelet J.M. Aluflex 2000. Det konkluderedes, at dette sengestuepanel var ligestillet med kravene i udbudet, og at det i visse henseender havde en større fleksibilitet end det foreskrevne panel af fabrikat Fagerhult. Det fremgår af sagen, at vurderingen byggede på oplysninger fra firmaet J.M. Aluflex og en undersøgelse af fabrikatet J.M. Aluflex 2000.

Som det fremgår, var Totalrådgivningsgruppens brev af 16. september 1999, bilag M, udtryk for en holdningsændring med hensyn til, om de tilbud, der omfattede sengestuepaneler af fabrikatet J.M. Aluflex 2000, var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. I sin oprindelige vurdering, bilag E, havde Totalrådgivningsgruppen nærmest givet udtryk for, at disse tilbud var ukonditionsmæssige eller alternative, medens gruppen i bilag M reelt gav udtryk for, at disse tilbud var konditionsmæssige og ikke alternative. Den pågældende holdningsændring skyldes efter det foreliggende juridisk rådgivning.

Indstillingen i Toltalrådgivningsgruppens brev af 16. september 1999, bilag M, jf. ovenfor, blev tiltrådt af amtets byggeudvalg den 28. september 1999, sagens bilag P, og i oktober 1999, sagens bilag V og W, indgik amtet kontrakt med ABB også omfattende de af denne tilbudsgiver tilbudte sengestuepaneler af fabrikatet J.M. Aluflex 2000.

Den af 11. november 1999 indgav klageren, Kirkebjerg A/S, klage til Klagenævnet over indklagede, Ribe Amt. Sagen har været mundtligt forhandlet for Klagenævnet den 1. maj 2000.

Klagenævnet har under sagens forberedelse truffet afgørelse om aktindsigt for Kirkebjerg i de øvrige tilbudsgiveres tilbud med visse undtagelser, og denne aktindsigt er gennemført.

Klagenævnet har under sagens forberedelse afslået et ønske fra Kirkebjerg om en særlig sagkyndig vurdering eller syn og skøn til vurdering af forskellen mellem sengestuepaneler af de 2 typer, som sagen angår.

Kirkebjergs direktør, Aksel Frandsen, har bl.a. forklaret: Kirkebjerg overvejede at udforme et alternativt tilbud med anvendelse af sengestuepaneler af fabrikatet J.M. Aluflex, som man netop havde modtaget en brochure om. Man vidste imidlertid ikke nærmere, hvad det gik ud på, og man kunne se, at udbudets specifikationer var lagt tæt op ad fabrikatet Fagerhult, og at bygherren var meget interesseret i dette fabrikat. Kirkebjerg valgte derfor at anvende fabrikatet Fagerhult for at være sikker på at være konditionsmæssig. Hvis Kirkebjerg havde brugt Aluflex i tilbudet, var tilbudssummen blevet lavere, men den var dog ikke kommet ned på et beløb svarende til ABB's tilbud. ABB's manglende medtagelse af brandlukning var efter vidnets opfattelse en spillo på uklarheder i udbudsmaterialet.

Sanne Kraglund, der er direktør for amtets sundhedsområde og medlem af amtets direktion, har bl.a. forklaret: Man annullerede udbudet vedrørende sengestuepanelerne, da der var tidspres på byggeriet, og da man derfor ikke kunne lade det afvente en vurdering af J.M. Aluflex 2000. Man blev endvidere rådgivet om, at en sådan annulation kunne foretages. Ved den senere beslutning om at anvende sengestuepanelerne af fabrikatet J.M. Aluflex havde man fået så mange oplysninger, at man følte sig sikker på, at fabrikaterne Fagerhult og J.M. Aluflex var helt ligeværdige. Man har hele tiden ønsket at træffe den korrekte beslutning og den økonomisk mest fordelagtige. Bestemmelsen i dokumentet om tilføjelser til AB 92, sagens bilag 3, om at bygherren forbeholder sig ret til at ændre tilbudssummen etc., er overta-

get fra amtets almindelige fællesbetingelser og vil ikke blive medtaget ved fremtidige EU-udbud.

Arkitekt Kjeld K. Knudsen har som repræsentant for det arkitektfirma, der indgår i Totalrådgivningsgruppen, forklaret: Han var projekteringsleder og har skrevet de fleste indstillinger. Det er rigtigt, at udbyderen ønskede at gøre tingene korrekt, og udbudsreglerne er vanskelige. Han oplevede det derfor som en behændig løsning at annullere udbudet af sengestuepaneler, således at byggeriet kunne komme i gang, og således at man nærmere kunne undersøge det alternative produkt J.M. Aluflex 2000. Man havde søgt og fået tekniske oplysninger fra firmaet J.M. Aluflex, men man fik først senere lejlighed til at se firmaets sengestuepaneler og undersøge dem nærmere. Fabrikatet Fagerhult blev brugt som referenceprodukt, idet det er sædvane i byggebranchen at bruge referenceprodukter. Dette er en meget præcis måde at angive, hvad man ønsker. At man specifikt pegede på fabrikatet Fagerhult i udbudsbetingelserne, skyldtes, at dette fabrikat var et nyudviklet produkt med forskellige designkvaliteter og med sammenbygning med lys. Det var vel en fejl, at der ikke ved udbudet blev angivet de mindstekrav, som alternative tilbud skulle opfylde. De tilbudsgivere, der ikke fra begyndelsen gav fyldestgørende oplysninger om økonomi etc., blev ikke frasorteret, men blot rykket for oplysningerne. Der var jo ikke tale om tildelingskriterier, men om udvælgelseskriterier. Den oprindelige karakterisering af ABB's tilbud som ukonditions-mæssigt som følge af forbeholdet om brandlukninger var en forsigtighedsforanstaltning, men man blev senere belært af amtets juridiske rådgiver om, at der var tale om en bagatel. Bestemmelsen i dokumentet om tilføjelser til AB 92, sagens bilag 3, om, at bygherren forbeholder sig ret til at ændre tilbudssummen etc., havde ikke betydning for vurderingen af tilbudene.

Ingeniør Ole Ahlmann har som repræsentant for et af ingeniørfirmaerne i Totalrådgivningsgruppen forklaret: På udbudstidspunktet var der kun et fabrikat sengestuepaneler på markedet med de ønskede specifikationer, dvs. Fagerhult. Ved at se tilbudene kunne man jo imidlertid konstatere, at der var kommet et andet fabrikat på markedet, dvs. J.M. Aluflex. Man kunne ikke vurdere dette fabrikat på tidspunktet for tilbudets afgivelse, men fik senere tilstrækkelige oplysninger til at kunne vurdere det. Man prissatte forbeholdet om brandlukninger i ABB's tilbud ved en vurdering af materialepris og arbejdstid.

Parternes anbringender.

Kirkebjerg har i hovedtræk gjort gældende: ABB's tilbud er et alternativt tilbud med hensyn til sengestuepaneler, og tilbudet omfattede ikke det foreskrevne fabrikat. Amtet har herefter været uberettiget til at antage ABB's tilbud. Hertil kommer, at de 3 lavestbydende skulle have været kasseret af andre grunde, for ABB's vedkommende forbeholdet om brandlukning og for de 2 andre tilbudsgiveres vedkommende manglende oprindelige oplysninger om økonomi etc. Noget helt afgørende i sagen er endvidere den skiftende kurs hos amtet og dets rådgivere. Man kan ikke skalte og valte sådan, og man kan ikke annullere en foretagen annulation af et udbud, som amtet har gjort det med hensyn til sengestuepanelerne. Endvidere burde tilbudene have været bedømt på det grundlag, der forelå ved deres afgivelse, og der må ikke forhandles om, hvad tilbudene nærmere omfatter. Amtet har således overtrådt EU's ligebehandlingsprincip. Da de 3 laveste tilbud som anført har skullet kasseres, har amtet haft pligt til at antage Kirkebjergs tilbud.

Amtet har i hovedtræk gjort gældende: Sengestuepanelerne af fabrikatet J.M. Aluflex er ikke et alternativt produkt, men derimod et ligestillet produkt, og amtets valg af dette fabrikat har således ikke været en overtrædelse af udbudsbetingelserne. Det er derfor uden betydning, at udbudsbetingelserne ikke angav mindstekravene for alternative tilbud. Det er endvidere væsentligt i sammenhængen, at 3 tilbudsgivere uafhængigt af hinanden vurderede fabrikatet J.M. Aluflex til at opfylde udbudsbetingelsernes krav, og det bør også bemærkes, at det ikke var valget af sengestuepaneler, der var afgørende for vurderingen af, hvilket tilbud, der var det økonomisk mest fordelagtige. Der kan endvidere intet være i vejen for, at en udbyder søger supplerende oplysninger om et tilbudt produkt. Det er rigtigt, at sagsbehandlingen ikke har været tilfredsstillende, men amtet har ikke forfulgt andre hensyn end ønsket om at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Annulationen af udbudet med hensyn til sengestuepaneler var uberettiget. Den blev imidlertid ikke meddelt til ABB og kunne derfor tilbagekaldes. Hertil kommer, at en forvaltningsmyndighed som amtet har en forvaltningsretlig pligt til om muligt at afhjælpe en retlig mangel. Klagenævnet har ikke kompetence til at tage stilling til Kirkebjergs påstand 2 og 3.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1.

Klagenævnet finder ikke, således som sagen er forelagt, grundlag for at fastslå, at amtets indhentelse af oplysninger om økonomiske forhold etc. hos nogle af tilbudsgiverne var en overtrædelse af EU's ligebehandlingsprincip.

Som anført af arkitekt Knudsen er der tradition i den danske byggebranche for at anvende referenceprodukter ud fra en opfattelse om, at henvisning til et referenceprodukt er den bedste og mest præcise angivelse af, hvad udbyderen ønsker. Henvisninger til et referenceprodukt tenderer imidlertid tilsyneladende mod at medføre uklarhed med hensyn til, hvad udbyderen ønsker. Dette er også tilfældet for så vidt angår udbudsbetingelsernes henvisning i den foreliggende sag til et bestemt sengestuepanel som referenceprodukt. Det fremgår således ikke klart og utvetydigt af udbudsbetingelserne, på hvilke punkter et tilbudt sengestuepanel kan adskille sig fra referenceproduktet og på hvilke punkter ikke.

Det anførte om uklarhed i udbudsbetingelsernes angivelser om sengestuepaneler bestyrkes af Totalrådgivningsgruppens skiftende holdning til, hvorledes disse angivelser skulle forstås. Totalrådgivningsgruppen opfattede til at begynde med nærmest de tilbud, der omfattede fabrikatet J.M. Aluflex 2000, som alternative og ukonditionsræssige, men skiftede senere mening på dette punkt efter juridisk rådgivning. Ikke en gang Totalrådgivningsgruppen selv har således haft en klar og konsekvent gennemført opfattelse af, hvorledes udbudsbetingelsernes angivelser om sengestuepaneler skulle forstås.

Hertil kommer, at udbudsbetingelsernes bestemmelser om sengestuepaneler, navnlig sagens bilag 4, indeholder en lang række specifikationer, hvorfor angivelsen af fabrikatet Fagerhult umiddelbart kan forekomme overflødig og derfor kan forstås som et reelt krav om, at det var dette fabrikat og ikke andre fabrikater, der skulle anvendes, således at henvisningen til »ligestillede« fabrikater var en formalitet. Kirkebjerg forstod efter det foreliggende udbudsbetingelsernes angivelser om sengestuepaneler på denne måde.

Klagenævnet må herefter konstatere, at udbudsbetingelsernes angivelser om sengestuepaneler har været en overtrædelse af det krav, der må anses inde-

holdt i EU's udbudsregler om, at et udbud skal indeholde en klar og nøjagtig beskrivelse af det udbudte.

Henvisningen til referenceproduktet Fagerhult har endvidere været en overtrædelse af Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10 stk. 6, idet der efter denne bestemmelse kun må anføres et bestemt fabrikat i et udbud, hvis der ikke er mulighed for at give en beskrivelse af kontraktsgenstanden ved hjælp af specifikationer, som er tilstrækkeligt nøjagtige og forståelige for alle interesserede. Det er imidlertid ikke oplyst, at det ønskede sengestuepanel ikke skulle kunne beskrives ved hjælp af sådanne specifikationer. Tværtimod synes henvisningen til referenceproduktet at være overflødig, jf. bemærkningerne ovenfor om, at dette forhold har medvirket til uklarhed i udbudsbetingelsernes angivelse om sengestuepaneler.

Det har været i strid med EU's udbudsregler, at amtet i udbudsbetingelserne, jfr. udbudsbrevet bilag 2 og dokumentet bilag 3, forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem tilbudene, idet udbyderen ved et EU-udbud kun kan vælge kontraktspart ud fra de tildelingskriterier, der følger af EU's udbudsdirektiver, for Bygge- og anlægsdirektivets vedkommende direktivets kapitel 3.

Det har desuden været i strid med EU's udbudsregler, at amtet i udbudsbetingelserne, jf. dokumentet bilag 3, forbeholdt sig ret til at lade dele af entreprisen helt eller delvis udgå, dels fordi dette i sig selv medførte uklarhed med hensyn til, hvad der var udbudt, dels fordi det følger af EU's ligebehandlingsprincip, at et EU-udbud kun kan annulleres, hvis udbyder har saglig grund til annulationen.

Amtets annulation af udbudet med hensyn til sengestuepaneler skete, fordi amtet som følge af nogle af tilbudene blev opmærksom på, at der var ved at komme et nyt sengestuepanel på markedet, dvs. J.M. Aluflex 2000, og fordi man ønskede at indhente nærmere oplysninger om dette sengestuepanel. Annulationen skete i medfør af udbudsbetingelsernes bestemmelse om, at amtet forbeholdt sig ret til bl.a. at lade entreprisen delvis udgå.

Denne bestemmelse i udbudsbetingelserne var imidlertid i strid med EU's udbudsregler jf. ovenfor, og annulationen af udbudet med hensyn til sengestuepaneler var allerede derfor i strid med EU's udbudsregler. Hertil kommer, at annulationen af udbudet med hensyn til sengestuepaneler var i strid med EU's ligebehandlingsprincip i sig selv, dvs. også bortset fra den nævnte bestemmelse i udbudsbetingelserne. Som nævnt ovenfor kan et EU-udbud annulleres, hvis udbyder har saglig grund til en annulation. I så fald skal udbyderen annullere hele udbudet og kan ikke nøjes med en delvis annulla-

tion. Dette må i hvert fald gælde, når den delvise annulation som i sagen sker efter tilbuden af afgivelse, idet tilbudene afgives på grundlag af udbudet i dets helhed, og idet en delvis annulation derfor forrykker konkurrencegrundlaget mellem tilbudsgiverne.

Det bemærkes i sammenhængen, at Klagenævnet ikke har taget stilling til, om amtet havde saglig grund til at annullere hele udbudet.

Det var endvidere en overtrædelse af EU's ligebehandlingsprincip, at amtet trods annulationen af udbudet med hensyn til sengestuepaneler senere indgik kontrakt med ABB om sengestuepaneler på grundlag af udbudet. Når et EU-udbud er annulleret, er det bortfaldet, og udbyderen må derfor foretage et nyt EU-udbud, hvis udbyderen ønsker den pågældende ydelse alligevel. Dette må gælde, selvom annulationen af udbudet som i sagen var i strid med EU's udbudsregler. En udbyder, der har foretaget en annulation af et udbud i strid med EU's udbudsregler, kan ikke genoprette overensstemmelsen med disse udbudsregler ved at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne på grundlag af udbudet. I modsat fald ville der blive givet mulighed for en helt uigennemsigtig administration af EU-udbud i strid med det almindelige EU-retlige princip om gennemsigtighed.

Det var desuden udtryk for en forskelsbehandling i strid med ligebehandlingsprincippet, at amtet valgte et tilbud omfattende fabrikatet J.M. Aluflex, der var omfattet af nogle af tilbudene, men ikke af dem alle, efter at amtets rådgivere gennem længere tid havde indhentet oplysninger om og foretaget undersøgelser af dette fabrikat. Dette gælder uanset, at der var tale om et kommende nyt produkt, som man var blevet opmærksom på som følge af tilbudsgivningen, og som man ønskede at få nærmere oplysninger om. De indkomne tilbud i henhold til et EU-udbud må principielt skulle bedømmes efter deres indhold og på det grundlag, der foreligger ved tilbuden af modtagelse.

Som følge af, at amtet ved udformningen af udbudsbetingelserne og sin administration af udbudet har overtrådt EU's udbudsregler på en række punkter som beskrevet ovenfor, har udbudet ikke udgjort et fyldestgørende grundlag for en kontraktsindgåelse. Det har derfor været i strid med EU's udbudsregler, at amtet i det hele taget indgik kontrakt med en af tilbudsgiverne på grundlag af udbudet. Kirkebjergs påstand 1 tages for så vidt til følge.

Ad påstand 2.

Kirkebjergs påstand 2 tages ikke til følge, da en udbyders vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud nødvendigvis må bero på et skøn, og da der ikke er fremkommet noget, der tyder på, at amtet har forfulgt usaglige hensyn eller lignende ved sit valg af ABB.

Ad påstand 3.

Kirkebjergs påstand 3 afvises, da Klagenævnet ikke har kompetence til at træffe afgørelse om, hvorvidt en bestemt tilbudsgiver har krav på at få kontrakten.

I medfør af § 13 c i Lov om Klagenævnet for Udbud pålægges det amtet at betale sagsomkostninger til Kirkebjerg med et skønsmæssigt fastsat beløb på 50.000 kr.

Klagegebyret tilbagebetales.

Det bemærkes, at forskellige bestemmelser i udbudsbetingelserne har været i strid med EU's udbudsregler, og Klagenævnet har under sagen korresponderet med amtets advokat herom. Klagenævnet finder ikke anledning til at omtale disse spørgsmål yderligere end sket ovenfor.

Herefter bestemmes:Ad påstand 1.

Klagenævnet konstaterer, at indklagede, Ribe Amt, har overtrådt EU's udbudsregler

ved at udbudet ikke indeholdt en klar og nøjagtig beskrivelse af det ønskede sengestuepanel,

ved i udbudet at nævne et sengestuepanel af et bestemt fabrikat, selvom betingelserne for at anføre et bestemt produkt efter Bygge- og Anlægsdirektivets artikel 10 stk. 6 ikke var opfyldt,

ved at forbeholde sig ret til frit at vælge mellem tilbudene,

ved at forbeholde sig ret til at lade dele af entreprisen helt eller delvist udgå,

ved at annullere udbudet med hensyn til sengestuepaneler,

ved at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne om sengestuepaneler, uanset at amtet tidligere havde annulleret udbudet med hensyn til sengestuepaneler, og

ved at gennem længere tid at indhente oplysninger om og foretage undersøgelser af sengestuepanelet J.M. Aluflex 2000 og derefter indgå en kontrakt på grundlag af udbudet omfattende dette sengestuepanel, uanset at det pågældende sengestuepanel kun var omfattet af nogle af tilbudene.

Klagenævnet konstaterer, at udbudet og dets administration ikke har udgjort et fyldestgørende grundlag for en kontraktsindgåelse, og at amtet derfor har overtrådt EU's udbudsregler ved at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne på grundlag af udbudet.

Ad påstand 2.

Klagerens påstand 2 tages ikke til følge.

Ad påstand 3.

Klagerens påstand 3 afvises.

Indklagede, Ribe Amt, skal i sagsomkostninger til klageren, Kirkebjerg A/S betale 50.000 kr., der betales 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig