

K E N D E L S E

B. Nygaard Sørensen A/S
(advokat Niels Thestrup, København)

mod

Bygningsstyrelsen
(Kammeradvokaten v/ advokat Niels Karl Heilskov Rytter og advokat Rasmus Holm Hansen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 035-055494 af 16. februar 2016 udbød Bygningsstyrelsen som udbud med forhandling efter udbudsloven en hovedentreprise på 2. etape af byggeriet på Copenhagen Plant Science Centre 2 (CPSC2). Tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med underkriterierne ”Organisation og bemanning” (vægtning 35 %), ”Projektoptimering og risici” (vægtning 30 %) og ”Pris” (vægtning 35 %). Entreprisens værdi er skønnet til 160 mio. kr.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 18. marts 2016 havde Bygningsstyrelsen modtaget 7 ansøgninger, herunder ansøgninger fra G.V.L. Entreprise A/S, Hoffmann A/S, MT Højgaard A/S, NCC Construction Danmark A/S og B. Nygaard Sørensen A/S.

Ved brev af 9. maj 2016 meddelte Bygningsstyrelsen, at B. Nygaard Sørensen A/S i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, var blevet udelukket fra at deltage i udbudsprocessen.

Den 27. maj 2016 indgav B. Nygaard Sørensen A/S (herefter BNS) klage til Klagenævnet for Udbud over Bygningsstyrelsen.

BNS fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Bygningsstyrelsen protesterede mod, at klagen blev tillagt opsættende virkning.

Klagenævnet meddelte den 16. juni 2016 parterne, at klagenævnet havde besluttet at træffe afgørelse om realiteten i sagen uden forinden at træffe afgørelse om opsættende virkning. Parterne indleverede herefter yderligere processkrifter.

BNS har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Bygningsstyrelsen har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med prækvalifikationen at udelukke BNS fra at deltage i den videre udbudsprocedure til 2. fase af byggeriet på Copenhagen Plant Science Centre 2 (CPSC2) med henvisning til, at BNS har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt og dermed er omfattet af den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1 nr. 5.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Bygningsstyrelsens beslutning om at udelukke BNS fra at deltage i den videre udbudsprocedure til 2. fase af byggeriet på Copenhagen Plant Science Centre 2 (CPSC2).

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

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen indeholder følgende om beskrivelsen af den udbudte entreprise og om ansørgernes egnethed:

”II.1.4) Kort Beskrivelse:

Bekendtgørelsen vedrører udbuddet af en hovedentreprise for CPSC2, som er en strategisk satsning på Københavns Universi-

tet, hvor forskere vil skabe et cent[er] for planteforskning i verdensklasse. Denne etape er den anden af i alt 4 etaper, og skal indeholde følgende funktioner: teknik og depotrum i kælderen, møderum og spiseområde, laboratorie- og kontorfaciliteter, samt væksthus med klimastyrende vækstceller.

Hovedentreprisen er opdelt i 2 faser. 1. fase omfatter projektop-timering, herunder samprojektering, leverandørprojektering og færdiggørelse af hovedprojektet. Formålet med den 1. fase er at skabe rammerne for et gennearbejdet og bygbart projektmateriale, hvor risici er afdækkede og håndterede. Deltagelse i den 1. fase honoreres med et fast vederlag.

2. fase vedrører selve udførelsen og igangsættes kun, hvis nærmere fastsatte betingelser er opfyldte.

1. fase forventes igangsat i efteråret 2016.

...

III.1.1) Egnethed til at udøve en erhvervsaktivitet, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregistre

...

Ansøgere vil blive udelukket fra deltagelse i denne udbudsprocedure, såfremt de er omfattet af en eller flere af de i udbudslovens § 137, stk. 1, nævnte frivillige udelukkelsesgrunde.”

Ved brev af 15. april 2016 iværksatte Bygningsstyrelsen en høring af BNS, idet styrelsen tilkendegav, at BNS kunne være omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, og derfor skulle udelukkes fra udbudsproceduren. Bygningsstyrelsen skrev:

”Bygningsstyrelsen har modtaget anmodning om prækvalifikation fra Bent Nygaard Sørensen A/S (BNS) til 2. fase af byggeriet på Copenhagen Plant Science Centre 2 (CPSC2).

I udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.1) har Bygningsstyrelsen anført følgende:

”Ansøgere vil blive udelukket fra deltagelse i denne udbudsprocedure, såfremt de er omfattet af en eller flere af de i udbudslovens § 137, stk. 1, nævnte frivillige udelukkelsesgrunde.”

Efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, skal ordregivere, hvis bestemmelsen som i denne sag er tilvalgt i udbudsbekendtgørelsen, udelukke ansøgere, der væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, hvis misligholdelsen har ført til den pågældende kontrakts ophævelse eller en lignende sanktion.

Bygningsstyrelsen har som bekendt 9. oktober 2015 efter gentagne varsler ophævet en entreprisekontrakt med BNS vedrørende byggeriet KUA 3 på Amager. Det var, og er, Bygningsstyrelsens opfattelse, at BNS var i væsentlig misligholdelse på grund af en uberettiget standsning af arbejderne. Bygningsstyrelsen er derfor efter udbudslovens § 137 som udgangspunkt forpligtet til at afvise ansøgningen fra BNS og dermed udelukke BNS fra deltagelse i det videre forløb. Bygningsstyrelsen er selvfølgelig opmærksom på, at BNS mener, at ophævelsen var uberettiget, og at dette spørgsmål er en del af den igangværende voldgiftssag mellem parterne. De synspunkter, der er fremført i den forbindelse, ændrer dog ikke på, at det er Bygningsstyrelsens opfattelse, at ophævelsen var berettiget. Bygningsstyrelsen henviser uddybende til synspunkterne i klageskriftet af 30. oktober 2015.

Forinden endelig stillingtagen til udelukkelsen tages, vil Bygningsstyrelsen dog give BNS mulighed for at dokumentere over for Bygningsstyrelsen, at der er iværksat tiltag, der kan sikre BNS' pålidelighed trods den tidligere misligholdelse, jf. udbudslovens § 138. Dokumentation herfor skal være modtaget inden for en uge fra d.d., hvorefter Bygningsstyrelsen vil træffe endelig beslutning om, hvorvidt BNS skal udelukkes fra den videre deltagelse i processen omkring CPSC2.”

BNS svarede ved brev af 20. april 2016:

”Vi har med forundring modtaget Deres brev af 15. april 2016, hvilket brev giver anledning til følgende bemærkninger:

Det bestrides, at BNS væsentligt har misligholdt entreprisekontrakten vedrørende byggeriet KUA3 på Amager.

BNS havde ubestridte forfaldne tilgodehavender hos Bygningsstyrelsen, da BNS - efter udløbet af korrekt varsel - standsede arbejdet.

Bygningsstyrelsen undlod – tilsyneladende – blot betaling af de ubestridte forfaldne tilgodehavender grundet postulerede modkrav.

Den foretagne standsning af arbejdet var konkret velbegrundet og i det hele berettiget.

Bygningsstyrelsens ophævelse (alene begrundet i standsningen) var derimod ganske uberettiget.

Der verserer som bekendt uafsluttet voldgiftssag mellem parterne vedrørende BNS' ubetalte tilgodehavender, Bygningsstyrelsens – postulerede – modkrav samt ophævelsens berettigelse.

Jeg henviser i det hele til BNS' omfattende svarskrift med tilhørende bilag i den verserende voldgiftssag, hvilket svarskrift med bilag Bygningsstyrelsen allerede har modtaget. Såfremt svarskriftet med bilag ønskes genfremsendt i tilknytning hertil, hører jeg gerne herom.

Det bestrides, at udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 konkret finder anvendelse. Bygningsstyrelsen har ikke fornødent påvist væsentlig misligholdelse fra BNS' side.

Af bl.a. Karnovs noter til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 er fremhævet, at

”Ordregiveren bærer bevisbyrden for, at tilbudsgiveren eller ansøgeren er omfattet af denne udelukkelsesgrund. Bevisbyrden kan ifølge lovbestemmelserne eksempelvis løftes ved en endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn - ... i tvivlstilfælde er det nærliggende, at ordregiveren under hensyntagen til proportionalitetsprincippet bør afstå for udelukkelse.”

Tilsvarende fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens Vejledning om udbudsreglerne fra januar 2016.

Der foreligger som bekendt, ikke endelig voldgiftskendelse - og Bygningsstyrelsen har således ikke løftet sin bevisbyrde for, at BNS væsentligt skulle have misligholdt ovenfor anførte ent[re]prisekontrakt.

Under alle omstændigheder gøres det gældende, at der ved ovenstående og herunder det af BNS i nævnte svarskrift med bilag anførte er behørigt dokumenteret, at BNS er ”pålidelig”, jf. udbudslovens § 138, Det fremhæves for fuldstændighedens skyld blandt andet under henvisning til udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1)-3), at BNS ikke er blevet ”pålagt” at yde erstatning, at der ikke er iværksat myndighedsundersøgelser - og således ikke er basis for samarbejde med ”undersøgelsesmyndighederne”, samt at der på ikke er tale om straffelovsovertrædelser eller tilsvarende øvrige forsømmelser, hvilket BNS går ud fra, at Bygningsstyrelsen er enig i.

Der er således ikke er godtgjort væsentlig misligholdelse fra BNS' side, jf. udbudslovens § 137 - ligesom BNS' pålidelighed under alle omstændigheder – som anført – er sikret, jf. udbudslovens § 138.

På denne baggrund imødeser BNS Bygningsstyrelsens bekræftelse på, at BNS ikke skal udelukkes fra den videre deltagelse i processen omkring CPSC2 - i modsat fald forbeholdes BNS' retsstilling selvsagt i det hele.”

Bygningsstyrelsen meddelte ved brev af 9. maj 2016 sin beslutning om ikke at prækvalificere BNS:

”Bygningsstyrelsen har nu gennemgået de modtagne anmodninger om prækvalifikation. Ved ansøgningsfristens udløb havde Bygningsstyrelsen modtaget 7 anmodninger om prækvalifikation. Dit firma er desværre ikke blandt de prækvalificerede.

Til orientering kan det oplyses, at Bygningsstyrelsen har valgt at opfordre følgende ansøgere til at afgive tilbud (i vilkårlig rækkefølge):

G.V.L. Entreprise A/S

Hoffmann A/S

MT Højgaard A/S

NCC Construction Danmark A/S

Som meddelt ved Bygningsstyrelsens brev af 15. april 2016 er det styrelsens opfattelse, at styrelsen som udgangspunkt er forpligtet til at udelukke Bent Nygaard Sørensen A/S fra den videre proces på grund af misligholdelsen af kontrakten vedrørende byggeriet KUA3 på Amager og den deraf følgende ophævelse af aftaleforholdet ...

Forinden beslutningen om udelukkelse er truffet, har Bygningsstyrelsen vurderet oplysningerne i Bent Nygaard Sørensen A/S' brev af 20. april 2016, hvori det med henvisning til svarskriftet bestrides, at ophævelsen af kontrakten var berettiget. Bygningsstyrelsen fastholder imidlertid, at Bent Nygaard Sørensen A/S var i væsentlig misligholdelse af den pågældende kontrakt, herunder i en væsentlig forsinkelse, og det er derfor fortsat vurderingen, at styrelsen er forpligtet til at udelukke Bent Nygaard Sørensen A/S fra den videre procedure, i forhold til misligholdelsen og Bygningsstyrelsens synspunkter i den henseende, henvises til korrespondancen under byggesagen og klageskriftet i den verserende voldgiftssag.

...”

Bygningsstyrelsen har oplyst, at det kan lægges til grund, at BNS var blevet prækvalificeret, hvis virksomheden ikke var blevet udelukket fra udbuddet. En udvælgelse efter de objektive udvælgelsesgrunde i udbudsbekendtgørelsen ville således have ført til, at BNS var blevet prækvalificeret, hvis ikke Bygningsstyrelsen havde udelukket BNS.

Byggeriet KUA 3, Amager

Det er oplyst, at byggeriet KUA 3 (Københavns Universitet, Amager) blev udbudt i oktober 2013 og skal være hjemsted for bl.a. Det Teologiske Fakultet og Det Juridiske Fakultet. Bygningsstyrelsen er byggherre på byggeriet, som fra starten blev organiseret i 9 separate storentrepriser. BNS blev den vindende entreprenør på råhusentreprisen på sidste etape med en samlet entreprisesum på godt 172 mio. kr. ekskl. moms.

Under byggeriet gjorde Bygningsstyrelsen gældende, at BNS var forsinket med flere etaper, og at styrelsen af denne årsag var berettiget til betaling af dagbod. BNS gjorde heroverfor gældende, at BNS var berettiget til omfattende tidsfristforlængelse.

Parternes uenigheder medførte, at BNS den 30. september 2015 varslede standsning af arbejdet i henhold til AB 92 § 23, stk. 1, ”under påberåbelse af fra [styrelsens] side erkendte, forfaldne og ikke betalte fakturakrav på aconto kontraktarbejder og godkendte ekstraarbejder, samt på baggrund af forfaldne ekstrakrav iht. aftalesedler”.

Da parterne ikke opnåede enighed om entreprisens videreførelse, standsede BNS arbejdet den 8. oktober 2015.

Bygningsstyrelsen gjorde gældende, at standsningen af arbejdet var uberettiget, og at den udgjorde en væsentlig misligholdelse af kontrakten.

Uenigheden førte til, at Bygningsstyrelsen anlagde en voldgiftssag ved Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed den 30. oktober 2015 med påstand om, at BNS skal betale 28.333.601,04 kr. i dagbod og tilbagebetale 8.437.137,08 kr. BNS har påstået frifindelse over for Bygningsstyrelsens krav og har nedlagt selvstændig påstand om, at styrelsen skal betale ca. 89 mio. kr. til BNS.

Bygningsstyrelsen har om baggrunden for ophævelsen af kontrakten oplyst følgende:

”... [der] var ... stor uenighed mellem parterne om, hvem der bar ansvaret for den indtrådte forsinkelse. Bygningsstyrelsen var gennem for-

løbet indstillet på at betale et rimeligt beløb for forlænget byggeplads og lagerleje i det omfang, forsinkelsen kunne henføres til forhold, som Bygningsstyrelsen var ansvarlig for. Henset hertil – og efter varslers om standsning fra BNS – enedes parterne den 10. april 2015 om at nedsætte en arbejdsgruppe med repræsentanter fra begge parter til afklaring af spørgsmålet om tid og økonomi.

For at sikre arbejdsgruppen rimelig tid til at afsøge en løsning på de tidsrelaterede uenigheder og den hermed forbundne økonomi blev parterne samme dag enige om, at Bygningsstyrelsen – med tilbagesøgningsforbehold – skulle udbetale a conto kr. 16 mio. for forlænget byggeplads og lagerleje; uden at der heri lå nogen form for anerkendelse vedrørende tid og økonomi fra Bygningsstyrelsens side. Herudover afstod Bygningsstyrelsen foreløbigt - igen for at give parterne tid til at finde en mindelig løsning - fra effektivt at modregne dagbod.

Parterne påregnede, at arbejdsgruppen skulle håndtere forholdene inden udgangen af maj. I juni 2015 måtte det imidlertid konstateres, at det ikke var lykket arbejdsgruppen at opnå enighed om hverken ansvaret for forsinkelsen eller den forbundne økonomi, og BNS meddelte, at de ikke så nogen anledning til at fortsætte arbejdsgruppen.

Det var på dette tid[s]punkt Bygningsstyrelsens vurdering, at BNS kunne være berettiget til tidsfristforlængelse ud over den anerkendte tid, men at behørig dokumentation herfor ikke var fremlagt. Bygningsstyrelsen besluttede trods den manglende dokumentation at foretage et skøn over BNS' mulige krav på tidsfristforlængelse. Bygningsstyrelsen indrømmede på denne baggrund BNS en vis tidsfristforlængelse.

Da man heller ikke i arbejdsgruppen havde opnået enighed om opgørelsesmetoden i forhold til BNS' afholdte merudgifter, foretog Bygningsstyrelsen tillige et skøn heraf på baggrund af den dokumentation, som BNS havde fremsendt til støtte for sit krav samt tilbudslisten. Bygningsstyrelsen skønnede, at BNS kunne være berettiget til i alt kr. 3,35 mio. for forlænget drift af byggeplads og lagerleje. Bygningsstyrelsen havde dermed betalt kr. 12,65 mio. mere, end BNS efter Bygningsstyrelsens opfattelse var berettiget til. Bygningsstyrelsen meddelte derfor BNS ultimo september 2015, at der ville blive modregnet i kommende tilgodehavender.

Modregningen medførte, at BNS endnu engang varslede standsning. Bygningsstyrelsen tilbød i den forbindelse udbetaling af BNS' tilgodehavende med tilbagesøgningsforbehold mod fuld og særskilt sikkerhedsstillelse frem til afklaring af uenighederne om økonomien. Sådan sikkerhed ønskede BNS ikke at stille, hvorfor Bygningsstyrelsen fastholdt retten til at modregne i Bygningsstyrelsens modkrav. Da BNS

herefter effektivt standsede og fastholdt denne standsning trods påkrav om genoptagelse af arbejderne, hævede Bygningsstyrelsen 9. oktober 2015 kontrakten med BNS ...”

Bygningsstyrelsen har oplyst, at styrelsens centrale anbringender i voldgiftssagen er:

”... at BNS’ standsning i oktober 2015 var en væsentlig misligholdelse af parternes kontrakt, idet BNS ingen forfaldne krav havde, som kunne berettige en standsning efter AB 92, § 23, stk. 1. Bygningsstyrelsens modkrav var, på grund af både a conto betalingen og styrelsens dagbodskrav, således større end BNS’ krav.

Bygningsstyrelsen havde på tidspunktet for standsningsvarslet fortsat et modkrav på ca. kr. 10 mio. ud af a conto betalingen på kr. 16 mio., hvorfor BNS havde betryggende sikkerhed for opfyldelsen af den resterende del af aftalen (der udestod kontraktarbejde for ca. kr. 7 mio.). Hertil kom et betydeligt dagbodskrav. Endelig tilbød Bygningsstyrelsen at udbetale de anerkendte beløb (frem for at modregne) mod sikkerhedsstillelse frem til, at parternes uenighed om økonomien var afklaret; enten ved en mindelig løsning eller ved voldgifttekendelse.

På denne baggrund er det Bygningsstyrelsens opfattelse, at der ikke var et berettiget grundlag for standsningen, hvorfor denne må betragtes som en væsentlig misligholdelse af parternes aftale. Som følge heraf samt henset til, at BNS ikke ønskede at genoptage arbejderne, var Bygningsstyrelsen nødsaget – og berettiget – til at hæve kontrakten for at fremme det samlede byggeri og dermed begrænse det samlede tab.”

Voldgiftssagen verserer stadig, og status er, at parterne er involveret i den indledende fase af en omfattende voldgiftssag, hvor de er uenige om både arbejdsstandsningens og ophævelsens berettigelse, og hvor Bygningsstyrelsen afkræver BNS ca. 37 mio. kr., og hvor BNS har påstået frifindelse og herudover afkræver styrelsen ca. 89 mio. kr. Parterne er enige om, at det ikke er muligt for klagenævnet – som led i afgørelsen af denne klagesag – at foretage en fuldstændig prøvelse af berettigelsen af Bygningsstyrelsens ophævelse, herunder af BNS’ påståede misligholdelse.

Bygningsstyrelsen har oplyst følgende om styrelsen og om, hvor ofte den har ophævet en entreprisekontrakt:

”Bygningsstyrelsen, der er statslig ejendomsadministrator og bygherre, har en samlet ejendomsportefølje på ca. 4 mio. m² og igangværende

byggesager for ca. kr. 16 mia. Bygningsstyrelsen er en af landets største bygherrer, og Bygningsstyrelsen har løbende en meget lang række igangværende byggesager; fra de små renoveringer til meget store milliardbyggerier. Byggeriet af KUA3 er en stor byggesag, men det er også en typisk byggesag for Bygningsstyrelsen.

Det er yderst sjældent, at Bygningsstyrelsen ser sig nødsaget til at opheve en kontrakt. I hvert fald i de seneste 12 år har Bygningsstyrelsen ikke hævet en entreprisekontrakt på grund af væsentlig misligholdelse. Det sker således kun helt ekstraordinært, at Bygningsstyrelsen – som i byggesagen med BNS – ophæver en kontrakt.

I byggeriet på KUA3 har Bygningsstyrelsen grundet standsningen fra BNS set sig nødsaget til at hæve kontraktforholdet, selvom det er både omkostningstungt, ansvarsmæssigt stærkt uhensigtsmæssigt og administrativt meget besværligt med en ophævelse kort før, at arbejdet er fuldt færdiggjort. Bygningsstyrelsen har som anført ikke tidligere, i hvert fald ikke i de seneste 12 år, hævet en entreprisekontrakt, og det var derfor et skridt, som Bygningsstyrelsen så på med meget stor alvor og først foretog efter meget nøje overvejelser og gentagne varsler til BNS.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

BNS har gjort gældende, at betingelserne for at udelukke BNS i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, ikke er opfyldt, og at udelukkelsen af de grunde, som Bygningsstyrelsen har anført, er i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. BNS har ikke i forbindelse med byggeriet KUA 3, Amager, misligholdt den kontrakt, som er indgået med Bygningsstyrelsen. Spørgsmål om BNS' standsning af arbejdet og styrelsens efterfølgende ophævelse af kontrakten er omfattet af den verserende voldgiftssag. Den verserende sag er det eneste grundlag, som Bygningsstyrelsens udelukkelse af BNS under udbuddet af Copenhagen Plant Science Centre 2 (CPSC2) hviler på.

Bygningsstyrelsen har handlet i strid med proportionalitetsprincippet, idet en verserende voldgiftssag, hvor en ophævelse af en tidligere kontrakt mellem parterne er omtvistet, ikke i sig selv er nok til at opfylde betingelserne i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, og der er ikke yderligere momenter eller forhold mellem parterne, der kan supplere styrelsens begrundelse for at udelukke BNS fra udbuddet. Bygningsstyrelsen har ikke løftet sin bevisbyrde

for, at betingelserne for udelukkelse af BNS er til stede. Det eneste forhold, som kan begrunde udelukkelse, er den igangværende og endnu ikke fuldt oplyste voldgiftssag om ophævelse, hvor BNS har bestridt, at der er grundlag for ophævelse af kontrakten. Muligheden for udelukkelse i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, omfatter ikke en situation som den foreliggende, hvor den misligholdelse af entreprisekontrakten, som Bygningsstyrelsen har påberåbt sig vedrørende KUA 3-byggeriet, angår en reel tvist om forståelse og opfyldelse af entreprisekontrakten og således ikke har relevans for BNS' evne til at opfylde fremtidige kontrakter. Adgangen til at udelukke en tilbudsgiver i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, omfatter ikke tilfælde, hvor sanktionen får karakter af et pønalt element. En ordregiver skal ikke kunne straffe en tilbudsgiver, som blot ikke har "makket ret" i et tidligere kontraktforhold. En udelukke af BNS på den baggrund strider mod gennemsigtighedsprincippet, derved at udelukkelsen alene er begrundet i Bygningsstyrelsens subjektive opfattelse af en verserende tvist i forbindelse med en tidligere kontrakt (KUA 3). Udelukkelsen strider også mod ligebehandlingsprincippet, idet BNS også behandles forskelligt fra øvrige ansøgere på grund af forhold, som ikke har relation til BNS' evne til at opfylde den udbudte kontrakt.

I sagen UfR 2013.2551 H havde en voldgiftsret fastslået, at leverandøren (DSV Transport A/S) uberettiget havde ophævet kontrakten. Højesteret fandt alligevel, at ordregiveren (I/S Vestforbrænding) ikke var berettiget til at udelukke leverandøren fra fremtidige udbudsprocedurer, fordi der forelå en reel tvist om forståelsen af kontrakten. Dette er i høj grad også tilfældet i den voldgiftssag, som verserer mellem BNS og Bygningsstyrelsen, og hvor der altså – i modsætning til sagen mellem I/S Vestforbrænding og DSV Transport A/S – endnu ikke er taget stilling til berettigelsen af Bygningsstyrelsens kontraktophævelse. I sine præmisser lægger Højesteret også vægt på, at leverandøren var fortsat med at udføre sine transportopgaver efter ophævelsen af kontrakten, hvilken præmis givetvis udspringer af den loyalitetspligt, der påhviler parterne i et kontraktforhold. Uanset at BNS i denne sag standsede arbejdet forud for Bygningsstyrelsens ophævelse, er det på ingen måde påvist, at BNS dermed svigtede nogen loyalitetspligt, idet arbejdsstandsning derimod er en retting, som en entreprenør har i medfør af de almindelige entrepriseretlige regler.

Bygningsstyrelsen har gjort gældende, at det er påvist, at BNS var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, og når Byg-

ningsstyrelsen har bestemt i udbudsbekendtgørelsen, at en given udelukkelsesgrund finder anvendelse, skal styrelsen udelukke en virksomhed, der er omfattet af den pågældende udelukkelsesgrund. Den konkrete håndhævelse af en frivillig udelukkelsesgrund er obligatorisk, når ordregiveren har tilvalgt den i udbudsbekendtgørelsen.

Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, implementerer udbudsdirektivets (direktiv 2014/24/EU) artikel 57, stk. 4, litra g, og er ny i den forstand, at der ikke fandtes en tilsvarende bestemmelse i det hidtidige udbudsdirektiv (direktiv 2004/18/EF). Her var ordregiverens eneste middel til at udelukke virksomheder, der væsentligt havde misligholdt tidligere kontrakter, bestemmelsen i artikel 45, stk. 2, litra d, der omhandlede den situation, hvor ordregiveren bevisligt havde konstateret, at virksomheden i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv havde begået alvorlige fejl (bestemmelsen er videreført i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3). Bestemmelsen viste sig dog kun anvendelig i begrænset omfang ved kontraktmisligholdelse, da det var vanskeligt for ordregiveren at påvise, at misligholdelsen kunne kvalificeres som en ”alvorlig fejl”, jf. eksempelvis UfR 2013.2551 H, DSV Transport A/S mod I/S Vestforbrænding. Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, må herefter ses som udtryk for et ønske om at styrke ordregiverens muligheder for at udelukke virksomheder i tilfælde af misligholdelse.

Efter udbudslovens § 138, stk. 6, kan virksomheder kun udelukkes i to år fra datoen for den relevante hændelse eller handling, der er omfattet af en frivillig udelukkelsesgrund. Det er ophævelsestidspunktet, der er afgørende i forhold til beregningen af denne frist.

Der er enighed mellem parterne om, at det er Bygningsstyrelsen, der skal påvise, at BNS væsentligt misligholdte entreprisekontrakten vedrørende KUA 3, men der er uenighed om kravene til bevisets styrke, herunder hvilke dokumentationskrav der skal opfyldes.

Det er uomtvisteligt, at en uberettiget standsning af arbejderne er at betragte som en væsentlig misligholdelse, der giver en bygherre adgang til at hæve kontrakten. Spørgsmålet er derfor, om BNS' standsning af arbejderne var uberettiget. For så vidt angår spørgsmålet om dokumentationskrav angiver lovbemærkningerne til § 137, stk. 1, nr. 5, at bevisbyrden eksempelvis kan løftes ved en endelig dom, voldgiftskendelse eller lignende. I forlængelse heraf anføres følgende:

”... Anden dokumentation, herunder dokumentation fra [ordregiverens] egne eller andres erfaringer kan efter omstændighederne være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse i henhold til denne bestemmelse.”

Dokumentationen fra egne erfaringer skal ikke have ”samme vægt og endelighed” som en dom eller kendelse. Dette synspunkt har hverken støtte i bestemmelsens ordlyd eller i dens forarbejder og strider også imod forholdets natur, idet erfaringer aldrig kan have samme vægt og endelighed som en dom eller voldgiftskendelse. § 137, stk. 1, nr. 5, indeholder et lempet beviskrav. Dette støttes for det første på, at bestemmelsen hviler på et ønske om at styrke ordregiverens muligheder i forhold til det tidligere udbudsdirektiv for at udelukke virksomheder i tilfælde af disses væsentlige misligholdelse. Eftersom udelukkelsesgrunden ”forældes” to år efter ophævelses tidspunktet, vil det fratage bestemmelsen enhver praktisk betydning (i hvert fald i byggesager), hvis udelukkelse forudsætter en voldgiftskendelse eller lignende, idet en sådan sjældent vil foreligge før to år efter en ophævelse. Konsekvens- og formålsbetragtninger taler derfor for at lempe beviskravet. For det andet synes forarbejderne netop at forudsætte, at beviskravet er lempet ved at fremhæve, at bevisbyrden eksempelvis kan løftes via dokumentation i form af ”egne eller andres erfaringer”.

Beviskravet skal herefter fortolkes på den måde, at det er tilstrækkeligt, at en ordregiver kan påvise at have ophævet en kontrakt på grund af forhold, som efter ordregiverens vurdering kan kvalificeres som væsentlig misligholdelse, og at denne vurdering ikke er åbenbart urigtig. En sådan retsstilling harmonerer også med, at ordregiveren ved udelukkelsen – ligesom ved selve ophævelsen – påtager sig en væsentlig standpunktsrisiko, som ordregiveren i sidste ende indestår for.

Anvendelsen af bestemmelsen i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, skal ske under overholdelsen af proportionalitetsprincippet, men det relaterer sig til indholdet af det forhold, som ligger til grund for udelukkelsen sammenholdt med virkningerne af udelukkelsen, og medfører, at bagatelagte forhold ikke skal føre til udelukkelse. Princippet indebærer derimod ikke, at en ordregiver – som hævdet af BNS – i tvivlstilfælde skal afstå fra at udelukke en virksomhed. Proportionalitetsprincippet normerer ikke beviskravene, herunder vurderingen af, om en virksomhed er omfattet af en udelukkelsesgrund. Iagttagelsen af proportionalitetsprincippet bliver således først aktuel,

når det er konstateret, at en virksomhed er omfattet af (ordlyden af) en udelukkelsesgrund.

Hvis det lægges til grund, at Bygningsstyrelsens ophævelse af kontrakten med BNS var berettiget, må det være åbenlyst, at en udelukkelse af BNS ikke strider imod proportionalitetsprincippet. Der var således tale om, at BNS uberettiget standsede arbejdet under en entreprisekontrakt til en værdi af over 170 mio. kr., og misligholdelsen ligger mindre end 8 måneder tilbage i tiden. Bygningsstyrelsen har derfor ikke handlet i strid med proportionalitetsprincippet.

Ad påstand 2

BNS har gjort gældende, at klagenævnet skal annullere Bygningsstyrelsens beslutning om ikke at prækvalificere BNS, idet betingelserne for at udelukke BNS fra udbudsproceduren ikke var opfyldt.

Bygningsstyrelsen har ikke gjort særlige anbringender gældende i forhold til denne påstand.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at ansøgere vil blive udelukket fra at deltage i udbudsproceduren, hvis de er omfattet af en eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde, som er nævnt i udbudslovens § 137, stk. 1.

Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, der implementerer udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra g, har følgende ordlyd:

”En ordregiver skal anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvis en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis

...

5) ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, kontrakt med en forsyningsvirksomhed eller koncessionskontrakt og misligholdelsen har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller en lignende sanktion,”

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår:

” ...

Det er en konkret vurdering efter de almindelige obligationsretlige regler, hvorvidt der foreligger væsentlig misligholdelse.

Det er et krav, at den væsentlige misligholdelse skal have medført, at den tidligere kontrakt er ophævet, eller at den kunne være blevet ophævet, og misligholdelsen er sanktioneret på anden vis gennem erstatning, bod eller andre forhold, der er væsentlig set i forhold til kontraktens karakter. Eksempelvis erstatning i forbindelse med en forsinket levering, som kunne have begrundet ophævelse.

Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at en tilbudsgiver eller ansøger er omfattet af denne udelukkelsesgrund. Ordregiveren kan eksempelvis påvise dette ved en endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn. Anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer kan efter omstændighederne være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse i henhold til denne bestemmelse.

...”

Bemærkningerne om, at anden dokumentation end en endelig dom eller en voldgiftskendelse kan være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse, støttes også af udbudsdirektivets præambelbetragtning 101, hvor det bl.a. fremgår:

”I betragtning af at den ordregivende myndighed vil være ansvarlig for konsekvenserne af sine eventuelle fejlagtige afgørelser, bør ordregivende myndigheder også fortsat frit kunne afgøre, om der er begået en alvorlig forsømmelse, når de, før der er truffet en endelig og bindende afgørelse på grundlag af obligatoriske udelukkelsesgrunde, på tilstrækkelig vis kan påvise, at den økonomiske aktør har misligholdt sine forpligtelser ...”

Bygningsstyrelsen har ikke prækvalificeret BNS og har dermed udelukket virksomheden fra udbudsproceduren. Begrundelsen er, at styrelsen har ophævet en entreprisekontrakt med BNS vedrørende byggeriet KUA 3 på Amager som følge af, at BNS efter styrelsens opfattelse væsentligt misligholdt kontrakten ved uberettiget at standse arbejderne. Ophævelsen skete den 9. oktober 2015.

Det er ubestridt, at hvis det ved den anlagte voldgiftssag konstateres, at BNS uberettiget standsede arbejderne, var der tale om væsentlig misligholdelse af entreprisekontrakten, og Bygningsstyrelsen var dermed berettiget til at ophæve kontrakten.

Efter forarbejderne til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, kan Bygningsstyrelsen løfte sin bevisbyrde for, at BNS er omfattet af denne udelukkelsesgrund, hvis der foreligger en endelig dom, en voldgiftskendelse eller en kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn. Imidlertid kan ”dokumentation fra egne eller andres erfaringer” efter omstændighederne begrunde udelukkelse efter bestemmelsen. Det er således ikke et krav, at der f.eks. skal foreligge en endelig dom eller en voldgiftskendelse, idet Bygningsstyrelsens egen erfaring med BNS kan være tilstrækkelig begrundelse for at udelukke BNS.

Klagenævnet skal ikke foretage en fuldstændig prøvelse af, om Bygningsstyrelse var berettiget til at ophæve kontrakten med BNS på KUA 3-byggeriet, men efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger om parternes tvist vedrørende KUA 3-byggeriet og forløbet op til Bygningsstyrelsens ophævelse af kontrakten finder klagenævnet, at Bygningsstyrelsen har påvist, at kontrakten er ophævet på grund af forhold, som efter styrelsens skøn kan kvalificeres som væsentlig misligholdelse, og at styrelsen dermed har dokumenteret i tilstrækkeligt omfang, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, er opfyldt.

Der er endvidere ikke grundlag for at konstatere, at Bygningsstyrelsen ved at udelukke BNS fra udbudsproceduren på grundlag af styrelsens erfaring fra forløbet med ophævelsen af entreprisekontrakten vedrørende KUA 3 har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Efter det anførte, da Bygningsstyrelsen forud for beslutningen om at udelukke BNS har gennemført en høring af virksomheden, og da BNS ikke har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for virksomhedens pålidelighed (”self cleaning”), jf. udbudslovens § 138, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Efter det, som er anført ad påstand 1, annullerer klagenævnet ikke Bygningsstyrelsens beslutning om at udelukke BNS fra at deltage i den videre udbudsprocedure.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

B. Nygaard Sørensen A/S skal i sagsomkostninger til Bygningsstyrelsen betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig