

Klagenævnet for Udbud

(Erik Kjærgaard, Helle Bøjen Larsen, Jørgen Egholm)

J.nr.: 04-123.142

14. januar 2005

K E N D E L S E

Bakkely A/S (tidligere K. Fl. Jacobsen A/S)
(advokat Philip Torbøl, København)

mod

Menighedsrådet i Ølstykke Sogn
(advokat Rune Hamborg, København)

Den 25. august 2003 iværksatte Menighedsrådet i Ølstykke Sogn en begrænset licitation uden prækvalifikation efter Tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende en udvidelse af Ølstykke kirkegård og indretning af et parkeringsanlæg.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 25. august 2003 til:

1. K. Fl. Jacobsen A/S (nu Bakkely A/S)
2. Lars Aarup A/S
3. P. Malmos A/S
4. F. J. Poulsen's Anlægsgartneri A/S
5. Anlægsgartner Heino Vistisen A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 11. september 2003 havde alle 5 virksomheder afgivet tilbud.

Den 18. september 2003 besluttede Menighedsrådet at annullere licitationen. Menighedsrådet besluttede efterfølgende at afholde en ny licitation, som blev iværksat den 19. september 2003. Den 3. oktober 2003 besluttede Menighedsrådet på denne baggrund at kontrahere med Lars Aarup A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 13. oktober 2003.

Den 28. april 2004 indgav klageren, Bakkely A/S (tidligere K. Fl. Jacobsen A/S), klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Menighedsrådet i Ølstykke Sogn. Sagen har været forhandlet mundtligt den 30. november 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, jf. § 6, stk. 1, ved at annullere licitationen som følge af, at tildelingskriteriet ikke i licitationsbetingelserne var fastsat som enten »det laveste bud« eller »det økonomisk mest fordelagtige bud«, uanset at dette ikke var sagligt begrundet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, jf. § 6, stk. 1, ved at annullere licitationen som følge af, at det i licitationsbetingelserne var fastsat, at indklagede forbeholder sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud, uanset at dette ikke var sagligt begrundet.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 1 og 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at have inddraget usaglige hensyn ved beslutningen om at annullere licitationen.

Påstand 4 (mere subsidiær i forhold til påstand 1 og 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, ved ikke at angive en korrekt begrundelse for beslutningen om at annullere licitationen.

Påstand 5

Indklagede skal til klageren betale 1.024.746 kr. med procesrente fra 28. april 2004.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 5 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 5, indtil nævnet har taget stilling til påstand 1 – 4.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 6

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og ligebehandlingsprincippet ved at have besluttet at undlade at anmode klageren om at deltage i den licitation, der blev iværksat den 19. september 2003, uanset at indklagede havde afgivet konditions-mæssigt tilbud i forbindelse med den licitation, der blev iværksat den 25. august 2003, og uanset at denne licitation blev annulleret alene med den begrundelse, at »formuleringen omkring bedømmelse af tilbud er i strid med tilbudsloven«.

Sagens omstændigheder

I en skrivelse af 25. august 2003 benævnt »Udbudsbrev« fra indklagedes tekniske rådgiver, landskabsarkitekt Birgitte Fink, til klageren er bl.a. anført følgende:

»Vedr. Ølstykke kirkegård - udvidelse

På vegne af Ølstykke menighedsråd indbydes De hermed til at afgive tilbud i hovedentreprise på ovennævnte byggesag.

Byggesagen omfatter udførelse af kirkegårdsudvidelse på ca. 1,2 ha samt parkeringsanlæg ved Sognegården.

Udbudsmaterialet:

1. Nærværende udbudsbrev
2. Byggesagsbeskrivelse og fagbeskrivelse
3. Tegninger i henhold til tegningsliste, landskabsarkitekt
4. Tilbudsliste
5. Eventuelle rettelser udsendt i udbudsperioden

.....

Tidsplan:

Byggesagen er planlagt gennemført fra 24. september 2003 til 15. september 2004.

.....

Bedømmelse af tilbud

Ved bedømmelsen af tilbud vil kun den samlede tilbudssum blive taget i betragtning, uanset forskelle i øvrige priser.

I øvrigt forbeholder bygherren sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud«.

I licitationsbetingelsernes »Byggesagsbeskrivelse og fagbeskrivelse« af 25. august 2003 er der ikke fastsat, hvilket tildelingskriterium der skulle anvendes under licitationen.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 11. september 2003 var der afgivet følgende tilbud i priser ekskl. moms:

K. Fl. Jacobsen A/S (nu Bakkely A/S)	4.281.775 kr.
Lars Aarup A/S	4.319.800 kr.
P. Malmos A/S	4.695.511 kr.
F. J. Poulsen's Anlægsgartneri A/S	5.069.311 kr.
Anlægsgartner Heino Vistisen A/S	5.258.950 kr.

I skrivelse af 18. september 2003 meddelte indklagedes tekniske rådgiver klageren, at licitationen annulleredes i medfør af Tilbudslovens § 12.

I en skrivelse af 22. september 2003 fra den tekniske rådgiver til klageren er anført følgende:

»Vedr. Ølstykke kirkegård.

.....

Fra marts 2002 til maj 2003 udførte dit firma udvidelsen af Hørsholm kirkegård. Denne sag havde et meget uheldigt og alt for langt forløb grundet en delvis manglende delvis forkert ledelse. Sagen blev 6 måneder forsinket,

Da du vendte tilbage og overtog styret spurgte du straks, om der kunne være tale om fremtidige sager at arbejde sammen om. Mit svar var, at jeg altid havde haft stor respekt omkring samarbejdet med dit firma. Og et fremtidigt samarbejde blot indebar, at du blev som leder i 2-3 år. Dit svar var, at selvfølgelig blev du de næste år, indtil firmaet var på rette kurs.

.....

Da der i menighedsrådet skulle besluttes, hvem der skulle indbydes til at byde på kirkegårdsudvidelsen, måtte jeg naturligvis berette om de problemer dit firma havde været igennem i det forgange år. At kirkegårdsudvidelsen i Hørsholm var blevet i orden, - og det ville være rigtigt at indbyde dig til dette arbejde.

Resultatet blev et lille møde, hvor jeg i hvert fald følte, at dit tilsagn om at lede firmaet de næste år ikke mere var sikkert, hvilket jeg blev foruroliget over.

Efter licitationen - som jo blev »tæt løb« - blev det blandt de fremmødte menighedsrådsmedlemmer drøftet, hvilket firma jeg ville indstille og mit svar var selvfølgelig, at det blev K. Flemming Jacobsen.

I dagene efter licitationen erfarede jeg, at der var sket ændringer i firmaet og der havde været forhandlinger om salg. Som firmaejer er du naturligvis i din gode ret til at ansætte eller foretage andre forandringer i firmaet. Men jeg blev meget forundret og opfattede det som lidt af et løftebrud. Da udførelsen af kirkegården strækker sig over det næste år – og problemerne i Hørsholm stadig er i friske erindring – var min usikkerhed omkring dit firma blevet for stor.

Dette er min opfattelse, men jeg møder gerne med dig og menighedsrådets formand for en drøftelse«.

Klageren kontaktede Håndværksrådet, der i skrivelse af 25. september 2004 til indklagedes tekniske rådgiver tilkendegav rådets vurdering af licitationsforløbet vedrørende udvidelsen m.v. af Ølstykke Kirkegård. Indklagede og dennes tekniske rådgiver burde overveje sagen nøje, inden yderligere skridt - herunder afholdelse af ny licitation - blev taget, og afholdelse af en ny licitation ville kunne medføre, at klageren kunne gøre et erstatningskrav gældende mod indklagede. Håndværksrådet påpegede endvidere, at indklagedes forbeholdte ret til at vælge mellem de indkomne tilbud ikke var i overensstemmelse med Tilbudsloven, og at en given begrundelse for at annullere en licitation skal være korrekt. I brevet er endvidere anført følgende:

».....kontaktede jeg Dem telefonisk d. 18. september 2003 og redegjorde for Håndværksrådets opfattelse af, at det ville være i klar strid med tilbudsloven, hvis opgaven blev tildelt en anden en laveste tilbudsgiver..... De tilkendegav under samtalen, at man ikke ønskede at indgå aftale med K. Fl. Jacobsen, og efterfølgende spurgte De mig om mulighederne for at annullere licitationen. Som bekendt tilkendegav jeg, at en licitation kun kan annulleres, hvis bygherren har en saglig grund. At undgå at indgå kontrakt med K. Fl. Jacobsen er et eksempel på en usaglig grund til at annullere.

.....

De har nu i skrivelsen af 18. september 2003 tilkendegivet, at grundlaget for at annullere er, »fordi formuleringen omkring bedømmelse af tilbud er i strid med tilbudsloven«. Det, der hentydes til,

er det ovenfor nævnte valgfrihedsforbehold. Dette er efter Håndværksrådets klare opfattelse ikke nogen saglig grund for at annullere licitationen, fordi det valgfrihedsforbehold, som der henvises til, er uden betydning for vurderingen af tilbuddene og afviklingen af licitationen.....«

Det er for Klagenævnet oplyst, at indklagedes tekniske rådgiver den 19. september 2003 til en række virksomheder udsendte en ny skrivelse benævnt »Udbudsbrev« vedrørende licitationen om udvidelse af Ølstykke kirkegård og indretning af et parkeringsanlæg, og at der på denne baggrund blev gennemført en ny licitation med licitationsbetingelser, der var identiske med betingelserne fra den annullerede licitation. Valgfrihedsklausulen var dog udgået. Indklagede har oplyst, at klageren ikke blev indbudt til denne licitation, fordi den tekniske rådgiver - bl.a. via en kreditoplysning om klageren afgivet af Danske Bank den 27. august 2003 - var blevet opmærksom på alvorlige ledelsesmæssige, økonomiske samt likviditetsmæssige problemer hos klageren og på, at klageren var ved at blive solgt. Den tekniske rådgiver vurderede derfor, at klagerens virksomhed var usikker.

Ved brev af 16. oktober 2003 fra indklagedes tekniske rådgiver til klageren hedder det:

»Ved. Ølstykke kirkegård

Som det er dig bekendt, har menighedsrådet valgt at overdrage arbejdet til Lars Aarup. Årsagen hertil har jeg beskrevet i mit brev af 22. september 2003.

Men jeg og menighedsrådets formand vil stadig gerne have en drøftelse med dig om sagen, såfremt du måtte ønske det«.

Indklagede indgik som anført ovenfor den 13. oktober 2003 kontrakt med Lars Aarup A/S. Indklagede har oplyst, at kontrakten blev indgået, idet Lars Aarup ved den nye licitation var lavestbydende.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaring af direktør Karl Flemming Jacobsen og menighedsrådsformand Jens Erik Stubkjær.

Karl Flemming Jacobsen har forklaret bl.a., at han tidligere havde været direktør for klageren. I forlængelse af, at klageren - bl.a. som følge af problemer med udførelsen af en anlægsopgave på Hørsholm kirkegård – afske-

digede en direktør i maj 2003, hvilket skabte en del uro, vendte han tilbage som daglig leder af selskabet, hvor han var hovedaktionær. I den periode, da licitationen blev afholdt, havde man hos klageren overvejelser om, hvordan selskabets fremtid kunne sikres, herunder om aktiviteterne i selskabet skulle sælges, eller om der skulle gennemføres et generati-onsskifte. Han har derfor aldrig givet indklagede eller dennes tekniske rådgiver nogen garanti for, at han ville blive som leder, eller at selskabet ikke ville blive solgt, men indviede derimod i forbindelse med et møde, som indklagede tog initiativ til forud for udsendelsen af licitationsbetingelserne, indklagede i overvejelserne om selskabets fremtid. I forbindelse med tilbudsafgivningen havde man endnu ikke konkrete overvejelser om et salg, og for at sikre kontinuiteten i selskabet besluttede han derfor, at selskabet skulle afgive tilbud i forbindelse med licitationen vedrørende arbejdet på Ølstykke Kirkegård. I november 2003 blev aktiviteterne i selskabet frasolgt, og selskabet trådte i betalingsstandsning i februar 2004. Der var i aftalen med køberen af aktiviteterne i selskabet indføjet en klausul om, at køberen forpligtede sig til at føre igangværende opgaver videre, medmindre en bygherre modsatte sig dette, i hvilket tilfælde klageren selv skulle færdiggøre opgaven.

Jens Erik Stubkjær har bl.a. forklaret, at da indklagedes tekniske rådgiver præsenterede indklagede for en liste over de virksomheder, som rådgiveren fandt det hensigtsmæssig at indbyde til at afgive tilbud under licitationen, var ikke klageren, men alene de fire øvrige tilbudsgivere med. Han fandt dog ikke, at indklagede kunne forbigå klageren i den forbindelse, og han indkaldte derfor klageren til et afklarende møde, som besvarede en væsentlig del af – om end ikke alle - de spørgsmål, der kunne gøre ham betænkelig ved eventuelt senere at skulle indgå kontrakt med klageren. På trods af en vis modstand herimod hos Menighedsrådet, idet nogle medlemmer var skeptiske som følge af klagerens problemer med at udføre en tilsvarende opgave i Hørsholm og som følge af rygter om selskabets økonomiske problemer, blev klageren således indbudt til at afgive tilbud. Han indhentede forinden en kreditoplysning om klageren fra banken, som han modtog mundtlig inden licitationsbetingelserne blev udsendt, og som han med mindre modifikationer fik bekræftet skriftligt efterfølgende. Kreditoplysningen bekræftede, at klageren havde en anstrengt likviditet, faldende omstæning og et negativt resultat for 2002 og 2003. På baggrund af betænelighederne i menighedsrådet og som følge af kreditoplysningen blev det med indklagedes tekniske rådgiver aftalt, at der skulle indsættes en

klausul i licitationsbetingelserne om, at indklagede forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud, idet man derved kunne komme uden om at skulle indgå kontrakt med klageren, hvis yderligere forhold skulle bestyrke indklagede i opfattelsen af, at dette ville være uhensigtsmæssigt eller økonomisk direkte risikabelt. Indklagedes tekniske rådgiver blev siden bekendt med klagerens overvejelser om at sælge selskabets aktiviteter, og da rådgiveren samtidig konstaterede, at valgfrihedsklausulen i licitationsbetingelserne angiveligt var ulovlig, besluttede indklagede at annullere licitationen for ikke at skulle blive tvunget til at indgå kontrakt med klageren. Beslutningen om ikke at indgå kontrakt med klageren blev truffet omkring den 18. september 2003, og han orienterede samme dag telefonisk klagerens direktør om, at indklagede havde besluttet, at man ikke ville indgå kontrakt med klageren.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det forhold, at der ikke var fastsat noget tildelingskriterium, ikke medførte, at der var sådanne fejl og mangler ved licitationsbetingelserne, at indklagede af den årsag havde en saglig grund til at annullere licitationen, idet indklagede i stedet blot havde pligt til at bedømme tilbudene efter tildelingskriteriet »det laveste bud«, at der endvidere ikke konkret har været tvivl om, at tildelingskriteriet var »det laveste bud«, at indklagede således ikke af denne grund var berettiget til at annullere licitationen, at en annulation af en licitation uden en saglig begrundelse medfører en forskelsbehandling af tilbudsgiverne, og at indklagede derfor - ved at beslutte at annullere licitationen - har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, jf. § 6, stk. 1.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede annullerede licitationen, fordi formuleringen af licitationsbetingelserne vedrørende bedømmelse af tilbud var i strid med tilbudsloven, idet der ikke var fastsat noget tildelingskriterium, at denne begrundelse for at annullere licitationen var saglig, og at indklagede derfor ikke har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, jf. § 6, stk. 1.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det forhold, at indklagede i licitationsbetingelserne havde forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud, ikke medførte, at der var sådanne fejl og mangler i licitationsbetingelserne, at indklagede af den årsag havde en saglig grund til at annullere licitationen, idet indklagede i stedet blot havde pligt til ikke at bringe den pågældende bestemmelse i licitationsbetingelserne i anvendelse, at indklagede således ikke af denne grund var berettiget til at annullere licitationen, at en annulation af en licitation uden en saglig begrundelse medfører en forskelsbehandling af tilbudsgiverne, og at indklagede derfor - ved at beslutte at annullere licitationen - har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, jf. § 6, stk. 1.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede annullerede licitationen, fordi man - efter modtagelsen af tilbudene - var blevet opmærksom på, at formuleringen af licitationsbetingelserne vedrørende bedømmelse af tilbud var i strid med Tilbudsloven, idet indklagede havde forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud, at denne valgfrihedsklausul var af væsentlig betydning for indklagede, idet den netop var indsat i licitationsbetingelserne med henblik på at indklagede ville undgå at være forpligtet til at indgå kontrakt med klageren, såfremt det skulle vise sig, at man efterfølgende ikke havde den fornødne tillid til klageren, at der efter modtagelsen af tilbudene, hvor det viste sig, at klageren var lavestbydende, netop fremkom yderligere oplysninger, der bestyrkede indklagede i den manglende tillid til klageren, at det derfor var sagligt at annullere licitationen med den begrundelse, at valgfrihedsklausulen ikke var lovlig, og at indklagede derfor ikke har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, jf. § 6, stk. 1.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tekniske rådgiver har oplyst, at licitationen blev annulleret med henblik på at undgå, at indklagede skulle indgå kontrakt med klageren, idet man var blevet opmærksom på, at valgfrihedsklausulen i licitationsbetingelserne ikke var lovlig, at det ikke er et sagligt hensyn at annullere en licitation for derved at undgå en bestemt tilbudsgiver, at annulationen således medførte, at indklagede - trods det ulovlige valgfrihedsforbehold - i strid med Tilbudslovens formål fik en reel frihed til at vælge mellem de indkomne tilbud, at det indebærer en forskels-

behandling mellem de tilbudsgivere, der var indbudt til at afgive tilbud, at lægge vægt på et hensyn om at ville undgå at kontrahere med en bestemt tilbudsgiver, idet der alene undtagelsesvis, hvor betingelserne i Tilbudslovens § 8, stk. 3, er opfyldt, er mulighed for at forkaste tilbudet fra én tilbudsgiver, at indklagede ikke har godtgjort, at betingelserne i Tilbudslovens § 8, stk. 3, i den konkrete situation var opfyldt i forhold til klagerens tilbud og at indklagede på denne baggrund har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at have inddraget usaglige hensyn ved beslutningen om at annullere licitationen.

Indklagede har gjort gældende, at det afgørende for, at indklagede besluttede at annullere licitationen, var, at formuleringen af licitationsbetingelserne vedrørende bedømmelse af tilbud var i strid med Tilbudsloven, at dette hensyn var sagligt, at indklagede ikke har inddraget andre hensyn, som grundlag for beslutningen, og at indklagede derfor ikke har lagt vægt på usaglige hensyn ved beslutningen om at annullere licitationen, idet det imidlertid i øvrigt forholdt sig således, at betingelserne for at forkaste klagerens tilbud i medfør af Tilbudslovens § 8, stk. 3, var opfyldt, da det efter modtagelsen af tilbudene kom frem eller blev bekræftet, at klagerens direktør over for indklagede havde fortiet hensigten om at sælge aktiviteterne i selskabet, at klagerens direktør ikke ville fortsætte i selskabet i så lang tid, som indklagede var stillet i udsigt, og at klageren var i alvorlige økonomiske problemer.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tekniske rådgiver i skrivelsen af 18. september 2003 til klageren som begrundelse for beslutningen om at annullere licitationen har angivet, at formuleringen af licitationsbetingelserne vedrørende bedømmelse af tilbud var i strid med tilbudsloven, at den tekniske rådgiver imidlertid efterfølgende over for Håndværksrådet, der handlede på vegne af klageren, har oplyst, at licitationen blev annulleret med henblik på at undgå, at indklagede skulle indgå kontrakt med klageren, hvilket indklagedes formand tillige har bekræftet, at indklagede således har givet en urigtig begrundelse til klageren for, hvorfor licitationen blev annulleret, og at indklagede derfor har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede annullerede licitationen, fordi formuleringen af licitationsbetingelserne vedrørende bedømmelse af tilbud var i strid med Tilbudsloven, at dette fremgik af den begrundelse for annulationen, som indklagedes tekniske rådgiver den 18. september 2003 sendte til klageren, og at indklagede således ikke har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1.

Ad spørgsmål 6

Klageren har gjort gældende, at en udbyder, der annullerer en begrænset licitation som følge af formelle fejl eller mangler i licitationsbetingelserne, har pligt til at indbyde en virksomhed til at afgive tilbud under en efterfølgende ny licitation, hvis virksomheden var inviteret hertil i forbindelse med den annullerede licitation, medmindre virksomheden har afgivet fejlagtige eller groft mangelfulde oplysninger i forbindelse med invitation til deltagelse i den annullerede licitation, at indklagede konkret annullerede den første licitation med den begrundelse, at »formuleringen omkring bedømmelse af tilbud er i strid med tilbudsloven«, at klageren var inviteret til deltagelse i den annullerede licitation, efter at indklagede havde foretaget en grundig undersøgelse af klagerens virksomhed, i hvilken forbindelse klagerens direktør ikke afgav nogen garanti for, at selskabet ikke ville blive solgt, eller at han ville fortsætte som direktør, og i hvilken forbindelse indklagede blev gjort bekendt med overvejelserne for fremtiden i klageren, at klageren i forbindelse med den annullerede licitation havde afgivet et konditionsmæssigt tilbud, der var laveste bud, og at indklagede således ved at undlade at anmode klageren om at deltage i anden licitation har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og ligebehandlingsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at en udbyder, der annullerer en begrænset licitation som følge af formelle fejl eller mangler i licitationsbetingelserne, som udgangspunkt har pligt til at indbyde de samme virksomheder til at afgive tilbud under den anden licitation, som var inviteret hertil i forbindelse med den annullerede licitation, at der imidlertid i perioden mellem indledningen af den senere annullerede licitation og anden licitation kan fremkomme oplysninger, der berettiger udbyderen til at se bort fra en tilbudsgiver i forbindelse med invitationen til anden licitation, at det i den konkrete sag forholdt sig således, at det efter modtagelsen af tilbudene under den første licitation, der siden blev annulleret som følge af formelle

fejl i licitationsbetingelserne, kom frem eller blev bekræftet, at klagerens direktør over for indklagede havde fortiet hensigten om at sælge aktiviteterne i selskabet, at klagerens direktør ikke ville fortsætte i selskabet i så lang tid, som indklagede var stillet i udsigt, og at klageren var i alvorlige økonomiske problemer, og at det på denne baggrund konkret var berettiget, at indklagede besluttede ikke at invitere klageren til at afgive tilbud i forbindelse med den anden licitation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 - 2

Annullection af en licitation kræver en saglig begrundelse. Annullection som følge af fejl og mangler ved licitationsbetingelserne vil som udgangspunkt være sagligt begrundet, medmindre der er tale om en mangel, som må vurderes som bagatelagtig, eller som med sikkerhed ikke har haft indflydelse på licitationens afvikling. Fejl i licitationsbetingelserne, som fører til annullation af licitationen, vil efter omstændighederne kunne påføre udbyderen ansvar med pligt til at erstatte de omkostninger, en virksomhed har afholdt med henblik på at forberede deltagelse i licitationen (negativ kontraktinteresse), eller - i forhold til en virksomhed, som med tilstrækkelig sikkerhed må antages at ville have fået ordren, såfremt licitationen ikke var blevet annulleret - et erstatningsansvar efter princippet om erstatning af den positive opfyldelsesinteresse, navnlig den påregnede fortjeneste.

Indklagede annullerede i den aktuelle sag licitationen med den begrundelse, at formuleringen i licitationsbetingelserne omkring bedømmelse af tilbud er i strid med tilbudsloven.

Ad påstand 1

Ifølge Tilbudslovens § 8, stk. 1, kan tildelingskriteriet for en licitation efter Tilbudsloven fastsættes til enten »det laveste bud« eller »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Indklagede har alene i licitationsbetingelserne om bedømmelsen af tilbudene fastsat følgende: »Ved bedømmelsen af tilbud vil kun den samlede tilbudssum blive taget i betragtning, uanset forskelle i

øvrige priser«. Der er derimod - i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1 – ikke fastsat noget tildelingskriterium.

Uanset at tilbudsgiverne ikke kunne være i tvivl om, at tildelingskriteriet under licitationen var »det laveste bud«, er en manglende angivelse af tildelingskriterium under en licitation som udgangspunkt en så alvorlig mangel i licitationsbetingelserne, at udbyderen har en saglig grund til at annullere licitationen.

Klagenævnet finder det imidlertid godtgjort, at indklagede alene annullerede licitationen for at undgå at skulle indgå kontrakt med klageren, som indklagede havde inviteret til deltagelse i licitationen, og som havde afgivet et tilbud, der var konditionsmæssigt og havde vist sig at være det laveste bud.

Klagenævnet finder således, at der ikke har ligget noget reelt, sagligt hensyn til grund for beslutningen om at annullere den første licitation, og påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

I strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1 og 2, hvorefter beslutning om, med hvem der skal indgås kontrakt, skal træffes på grundlag af det fastsatte tildelingskriterium, og § 8 stk. 3, om betingelserne for at forkaste et tilbud, er i licitationsbetingelserne fastsat: »I øvrigt forbeholder bygherren sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud«. Hvor der ikke er grundlag for lovligt at annullere licitationen, jf. Tilbudslovens § 12, stk. 1, hvilket alene er muligt, hvis der foreligger en særlig saglig begrundelse herfor, skal indklagede således - hvis tildelingskriteriet er »det laveste bud« - beslutte at indgå kontrakt med den lavestbydende, eller - hvis tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige bud« - beslutte at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud på baggrund af de fastsatte underkriterier, medmindre der konkret er en saglig begrundelse for at forkaste tilbudet i overensstemmelse med Tilbudslovens § 8, stk. 3.

Klagenævnet finder imidlertid, at overtrædelsen af Tilbudsloven ved i licitationsbetingelserne at fastsætte, at »I øvrigt forbeholder bygherren sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud«, ikke er af en sådan

karakter, at indklagede af den grund havde ret eller pligt til at annullere licitationen med henblik på at afhjælpe manglen i licitationsbetingelserne. Der er herved navnlig lagt vægt på, at den omhandlede bestemmelse i licitationsbetingelserne konkret ikke har været bragt i anvendelse under licitationen, og at beslutningen om annulation først blev truffet, efter at tilbudene var modtaget og offentliggjort.

Klagenævnet lægger til grund, at indklagede alene annullerede licitationen med henblik på at undgå at skulle indgå kontrakt med klageren, som indklagede havde inviteret til at deltage i licitationen, og som havde afgivet et tilbud, der var konditionsræssigt, der viste sig at være det laveste bud. Påstanden tages derfor til følge.

Ad spørgsmål 6

Som udgangspunkt har en udbyder, der annullerer en begrænset licitation som følge af fejl eller mangler i licitationsbetingelserne, og som efterfølgende beslutter at gennemføre en ny licitation, pligt til under den nye licitation at invitere den kreds af virksomheder til at afgive tilbud, som var indbudt til at afgive tilbud under den annullerede licitation.

Klagenævnet lægger til grund, at de oplysninger om klagerens økonomiske og likviditetsræssige problemer m.v., som indklagede efter den første, annullerede licitation blev bekendt med eller fik bekræftet, havde en sådan karakter, at oplysningerne – hvis de havde været kendt fra starten – ville have bevirket, at klageren ikke ville været blevet inviteret til at deltage i første licitation. Klagenævnet finder herefter, at indklagede undtagelsesvis har været berettiget til at undlade at invitere klageren til at deltage i anden licitation. Spørgsmålet besvares derfor benægtende.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, jf. § 6, stk. 1, ved at annullere licitationen som følge af, at tildelingskriteriet ikke i licitationsbetingelserne var fastsat som enten »det laveste bud« eller »det

økonomisk mest fordelagtige bud«, uanset at dette ikke var sagligt begrundet.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, jf. § 6, stk. 1, ved at annullere licitationen som følge af, at det i licitationsbetingelserne var fastsat, at indklagede forbeholder sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud, uanset at dette ikke var sagligt begrundet.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales.

Erik Kjærgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig