

2. april 1996

K E N D E L S E

Esbjerg Oilfield Services A/S
(advokat Jørgen Brammer)

mod

Svendborg Kommune
(advokat Arne Knudsen)

Den 24. maj 1995 udbød Svendborg Kommune som begrænset udbud efter direktiv 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb et indkøb af en bil- og passagerfærge til ruten Svendborg -Skarø-Drejø. Inden udløbet af fristen for anmodning om deltagelse den 30. juni 1995 fremsendte følgende 5 firmaer anmodning om at deltage:

1. Assens Skibsværft A/S
2. Esbjerg Oilfield Services A/S
3. Nordsøværftet A/S
4. Svendborg Værft A/S
5. Søby Motorfabrik og Staalskibsværft A/S.

Ved skrivelse af 4. juli 1995 meddelte kommunen alle 5 firmaer, at de var blevet prækvalificeret, og kommunen fremsendte samtidig tilbudsbetingelserne til de 5 firmaer. I tilbudsbetingelserne var det anført, at tilbudet skulle afgives som en fast pris på levering af den beskrevne færge ved hurtigst mulige levering, og at tilbudet skulle baseres på betaling i nærmere angivne rater. Det var endvidere anført, at tilbudet skulle indeholde forslag til en betalingsform, som giver lavest mulige kontraktsum. Alle 5 firmaer afgav herefter inden tilbudsfristens udløb den 14. august 1995 tilbud på færgen. Niels Mosberg ApS, som kommunen havde antaget som teknisk rådgiver i forbindelse med udbuddet, kontaktede i de følgende dage telefonisk de 5 firmaer og anmodede dem om tillige at afgive et bud på prisen ved kontant betaling ved ordre.

Den 16. august 1995 skrev Niels Mosberg ApS således til Esbjerg Oilfield Services A/S og Nordsøværftet A/S:

»Vi takker for Deres tilbud på bygning af ovennævnte færge.

Vi har, medens værfterne regnede pris ud, ændret lidt på færgens arrangement, idet vi har forsøgt at forbedre udsynet fra styrehuset, samtidig med at ramperne for og agter er gjort simplere.

På Svendborg Kommunes vegne fremsender vi derfor vedlagt tegning nr. 305-51-01C og beder Dem udregne prisforskellen i forhold til det tidligere tilbudte.

Følgende større ændringer er sket i forhold til tegning nr. 305-51-01B:

1. Huse på vogndæk:
SB hus er afkortet $3\frac{1}{2}$ spanteafstande, mandskabsrum fjernet og extra vindue i skibssiden er tilkommet.
BB hus er opdelt i 4 små huse og en skydedør erstattet af en hængslet dør.
2. Bådedæk SB:
Skorsten er fjernet og trappehuset er tilkommet.
Styrehus er fjernet og mandskabsrum er tilkommet.
Redningskranen er nu elektrisk og fjernbetjent fra evakueringsporten nedenunder. (Evt. med kontrolenheden stukket ned gennem lugen i dækket).
3. Bådedæk BB:
Søjler til brodæk er tilkommet. Bådedækket er udvidet forefter.
4. Brodæk:
Nyt brodæk med styrehus er tilkommet. Brodækket brandisoleres mod vogndækket.
5. Brandslukning på vogndæk:
Søfartsstyrelsen mener, at man vil kræve den fjernbetjente vand/skumkanon bibeholdt. Placeres midtskibs i BB side ca. 1.5 m over bådedækket.

Det skulle glæde os, hvis De kunne have prisen klar den 5. september d.å.«

Den 21. august 1995 skrev Niels Mosberg ApS således til alle 5 tilbudsgivere:

»Idet vi på Svendborg Kommunes vegne takker for deres tilbud på bygning af en ny færge til Svendborg-Skarø-Drejø ruten kan vi oplyse:

.....

Indkomne tilbud:

Værft	Pris i henhold til tilbudsbetingelser.	Pris ved kontant betaling ved ordre:	Leveringstid.
Assens Skibsværft A/S.	19,300 mill.	18,500 mill.	12 mdr.
EOS Værftet A/S.	17,991 mill.	17,595 mill.	8 mdr.
Nordsøværftet A/S.	18,300 mill.	17,660 mill.	11 mdr.
Svendborg Værft A/S.	19,000 mill.	18,750 mill.	ca. 6 mdr.
Søby Motorfabr. & Stålskibsv. A/S	19,990 mill.	19,290 mill.	14 ½ mdr.

Vi har på Svendborg Kommunes vegne rettet henvendelse til de to lavestbydende værfter for nærmere afklaring af tilbudene«.

Den 1. september 1995 afgav Nordsøværftet A/S et nyt tilbud med en samlet merpris på 63.370 kr.
Den 4. september 1995 afgav Esbjerg Oilfield Services A/S et nyt tilbud med en samlet merpris på 574.000 kr.

Den 29. september 1995 sendte Niels Mosberg ApS til de 3 øvrige tilbudsgivere - altså Assens Skibsværft A/S, Svendborg Skibsværft A/S og Søby Motorfabrik og Stålskibsværft A/S - en skrivelse svarende til skrivelsen af 16. august 1995 til Esbjerg Oilfield Services A/S og Nordsøværftet A/S dog med følgende indledning og afslutning:

»Idet vi takker for Deres tilbud på bygning af ovennævnte færge, skal vi meddele, at Svendborg Kommune har besluttet, at alle 5 værfter, der afgav tilbud, skal have mulighed for at byde på bygning efter vedlagte ændrede arrangement«.

»Det skulle glæde os, hvis De kunne have prisen klar den 9. oktober d.å.«

Den 8. oktober 1995 afgav Assens Skibsværft A/S et tilbud vedrørende det ændrede projekt. Ved betaling i rater var tilbudet 1.050.000 kr. lavere end det tilsvarende tilbud vedrørende det oprindelige projekt, mens tilbudet ved kontant betaling var 1.500.000 kr. lavere end det tilsvarende tilbud ved det oprindelige projekt.

Ved skrivelse af 30. oktober 1995 fra Svendborg Kommune til de 5 tilbudsgivere annullerede kommunen udbuddet af 24. maj 1995. Skrivelsen var sålydende:

»Svendborg Kommune har modtaget henvendelse fra 2 af de bydende værfter på kommunens ø-færgeprojekt, hvor der gøres indsigelse mod den af kommunen anvendte udbudsprocedure.

Sagen er på den baggrund nærmere vurderet.

En nøjere gennemgang af forløbet og den valgte fremgangsmåde viser, at proceduren med rette har kunnet kritiseres.

Økonomiudvalget har efter indstilling fra forvaltningen på sit møde den 30. oktober 1995 derfor besluttet at annullere udbudet med henblik på at lade udbudsproceduren gå om«.

Den 10. oktober 1995 udbød kommunen som begrænset udbud efter indkøbsdirektivet indkøb af en bil- og passagerfærge til ruten Svendborg-Skarø-Drejø. Fristen for modtagelsen af anmodninger om deltagelse var fastsat til 18. december 1995.

Den 30. november 1995 indgav Esbjerg Oilfield Services A/S klage over kommunen til Klagenævnet for Udbud. Klageren fremsatte samtidig begæring om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., skulle tillægge klagen opsættende virkning. Den 22 januar 1996 besluttede Klagenævnet, at klagen ikke skulle have opsættende virkning. Sagen har været behandlet på et møde i Klagenævnet den 1. marts 1996.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Principal:

1. Klagenævnet skal pålægge indklagede, Svendborg Kommune, hvis kommunen ønsker at indkøbe en ny færge til Svendborg - Skarø - Drejø Ruten, at foretage dette indkøb på grundlag af kommunens udbud af 24. maj 1995, således at indkøbet sker hos en af de 5 tilbudsgivere, der afgav tilbud inden fristens udløb den 14. august 1995, og på grundlag af de tilbud, som disse 5 tilbudsgivere afgav inden fristens udløb den 14. august 1995.
2. Klagenævnet skal pålægge indklagede at standse sit udbud af 10. november 1995 vedrørende indkøb af en ny færge til Svendborg - Skarø - Drejø Ruten.

Subsidiært:

Klagenævnet skal pålægge indklagede, Svendborg Kommune, hvis kommunen ønsker at indkøbe en ny færge til Svendborg - Skarø - Drejø Ruten, at foretage dette indkøb på grundlag af kommunens udbud af 24. maj 1995, således at indkøbet sker hos en af de 5 tilbudsgivere, der afgav tilbud inden fristens udløb den 14. august 1995, og på grundlag af de tilbud, som disse 5 tilbudsgivere afgav inden fristens udløb den 14. august 1995.

Mere subsidiært:

Klagenævnet skal pålægge indklagede, Svendborg Kommune, at standse sit udbud af 10. november 1995 vedrørende indkøb af en ny færge til Svendborg - Skarø - Drejø Ruten.

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

Klagenævnet har endvidere på eget initiativ behandlet spørgsmålet om angivelsen i punkt 7 i Tilbudsbetingelserne af 3. juli 1995 »Svendborg Kommune forbeholder sig ret til at vælge frit mellem tilbudene« er i overensstemmelse med indkøbsdirektivets artikel 26.

Indklagede har erkendt herved at have overtrådt indkøbsdirektivets artikel 26.

I et notat af 27. oktober 1995 udarbejdet af Svendborg Kommunes juridiske kontor hedder det bl.a.:

».....juridisk kontor (finder), at den valgte fremgangsmåde med rette kan kritiseres på flere punkter. Ved at man gennemfører en ny runde med prissætning vedrørende projektændringerne opnår de bydende reelt mulighed for at ændre det først afgivne tilbud. Dette er i strid med licitationsreglerne. Forholdet forværres af, at man samtidig oplyser om de oprindeligt indkomne tilbud.....Herudover kan det kritiseres, at man i »anden runde« ikke sender materialet samtidig til de 5 værfter og giver ens frist. Iøvrigt er tilbudsfristen angivet meget upræcist.....Det er juridisk kontors vurdering, at kommunen på ovennævnte baggrund bør annullere udbudet med henblik på at lade proceduren gå helt om«.

Afdelingschef Kjeld Jespersen har forklaret, at han leder klagerens afdeling for skibsbygning. Klagerens tilbud på projektet med de ændringer, der fremgår af Niels Mosberg ApS' skrivelse af 16. august 1995, bygger på almindelige beregninger vedrørende de enkelte ændringer, og det samlede resultat blev en prisforhøjelse på 574.000 kr. Ændringerne i projektet kan kun føre til en forhøjelse af tilbudsprisen inden for en vis margin, men ikke til, at tilbudsprisen nedsættes. Assens Skibsværft A/S' tilbud, der er ca. 1 mio. kr. lavere end det oprindelige tilbud, er således helt urealistisk, og det viser, at Assens Skibsværft A/S har benyttet lejligheden til at foretage en egentlig prisreduktion.

Teknisk chef Find Poulsen har forklaret, at klageren har erfaring både med hensyn til bygning af skibe af den pågældende størrelse og type og med hensyn til at yde udgående service. Klageren ville have foretaget servicen ved personale fra værftets afdeling i Lindø.

Juridisk konsulent Hans Lindstrøm Svendsen har forklaret, at kommunens rådgiver foretog en vurdering af tilbudene og herefter indstillede til kommunen at indgå aftale med Assens Skibsværft A/S, og kommunen var oprindelig indstillet på at følge denne indstilling.

Sekretariatschef Aage Bernt Jensen har forklaret, at kommunen tog kontakt til klageren og Nordsøværftet A/S om tilbud på det ændrede projekt, fordi deres bud var de økonomisk mest favorable, men det var en fejl fra kommunens side, at der ikke samtidig blev rettet henvendelse til alle 5 tilbudsgivere. Denne fejl rettede kommunen ved senere også at rette henvendelse til de 3 andre tilbudsgivere. Da kommunen blev klar over, at der var begået flere fejl under udbudsproceduren, besluttede kommunen at annullere udbudet og iværksætte et nyt udbud.

Klageren har til støtte for sine påstand gjort gældende, at indklagedes annullection af udbudet af 24. maj 1995 er i strid med EU-retten, og at Klagenævnet derfor dels skal pålægge indklagede at foretage et eventuelt indkøb ved en gennemførelse af udbudet af 24. maj 1995, dels skal pålægge indklagede at standse det nye udbud af 10. november 1995. Klageren har nærmere anført, at EU-retten ikke generelt afskærer en udbyder fra at annullere et udbud, men annullection af et udbud kan ikke ske på grundlag af et frit skøn, men skal derimod ske på grundlag af objektive kriterier. De fejl, som indklagede har begået i forbindelse med udbudet, er ikke af en sådan beskaffenhed, at det kan give kommunen grundlag for at annullere udbudet. Fejlene kunne være rettet, da man blev klar over dem, og kommunen kunne herefter have gennemført udbudsforretningen og truffet aftale om tildeling af ordren på grundlag af de 5 tilbud, der var indkommet inden den oprindelige frists udløb den 14. august 1995. Det, som reelt bliver resultatet, hvis det godkendes, at kommunen kan annullere det første udbud og gennemføre et nyt udbud, er en godkendelse af den sjakren om priserne, der efterfølgende har fundet sted. Ved at udsende de 5 tilbudspriser til alle bydende og lade dem byde på det ændrede projekt har kommunen inddirekte, men utvetydigt gjort det klart for

de bydende, i hvilket niveau en ny pris skal ligge, hvis man skal have chance for at få ordren. En sådan fremgangsmåde er i strid med såvel dansk licitationsret som EU-udbudsreglerne.

Klageren har særligt til støtte for sin subsidiære påstand gjort gældende, at kommunen, hvis klageren får medhold i denne påstand, vil være uberettiget til at indgå en indkøbsaftale på grundlag af udbudet af 18. december 1995. Dette indebærer ikke noget problem for kommunen, da kommunen ikke er forpligtet til at indgå nogen aftale på grundlag af dette udbud.

Klageren har særligt til støtte for sine mere subsidiære påstand gjort gældende, at kommunen, hvis klageren får medhold i denne påstand, vil være henvist til at iværksætte et nyt og tredje udbud, idet kommunen selv har annulleret det første udbud.

Indklagede har til støtte for sin påstand gjort gældende, at kommunen ikke har tilsidesat EU-udbudsreglerne ved i den konkrete situation at annullere udbudet af 24. maj 1995. Indklagede har ikke bestridt, at annulation af udbud i særlige tilfælde kan indebære en overtrædelse af EU-udbudsreglerne, f.eks. hvis der dermed tilsigtes en omgåelse af udbudsreglerne, men en sådan situation foreligger ikke i dette tilfælde. Kommunen blev under udbudsproceduren klar over, at der var begået flere væsentlige fejl ved gennemførelsen af udbudet, og kommunen var derfor berettiget til at annullere udbudet, idet det i denne situation er den korrekte fremgangsmåde. Kommunen har efter annulationen været berettiget til at gennemføre et nyt udbud. Dette resultat støttes klart af direktivets artikel 7, stk. 2, om begrundelsespligt, hvori det udtrykkeligt er anført, at udbyderen kan beslutte at »gøre udbudsproceduren om«, d.v.s. annullere et udbud og gennemføre et nyt udbud.

Klagenævnet udtaler:

Bestemmelsen i indkøbsdirektivets artikel 7, stk. 2, der pålægger en udbyder efter anmodning at meddele en bydende begrundelse for, at udbyderen har besluttet at gøre udbudsproceduren om, forudsætter, at en udbyder lovligt kan annullere et udbud og i forbindelse hermed træffe beslutning om at iværksætte et nyt udbud. Det må imidlertid antages, at en begrundelse for en annulation af et udbud og iværksættelse af et nyt udbud efter omstændighederne kan være i strid med EU-udbudsreglerne eller EU-retten iøvrigt, jf. herved at der efter bestemmelsen er tillagt de bydende en ret til at få oplyst udbyderens begrundelse for et sådant skridt.

Efter det, der er oplyst om Svendborg Kommunes begrundelse for sin beslutning om at annullere udbudet af 24. maj 1995 og om at iværksætte et nyt udbud, er der ikke grundlag for at fastslå, at kommunen herved har handlet i strid med hverken indkøbsdirektivet eller EU-retlige regler iøvrigt. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at kommunen ved denne afgørelse alene kan antages at have tilsigtet at undgå at skulle kontrahere på grundlag af en ukorrekt gennemført udbudsprocedure, og at gennemførelsen af udbudet af 24. maj 1995 var behæftet med så væsentlige fejl, at en annulation af udbudet var en korrekt fremgangsmåde. Den omstændighed, at de 5 tilbudsgivere, inden udbudet blev annulleret, var blevet bekendt med tilbudspriserne i de 5 indgivne tilbud, afskærer ikke kommunen fra at træffe beslutning om annulation af udbudet og om iværksættelse af et nyt udbud.

Klagenævnet tager derfor ikke klagen til følge.

Klagenævnet finder - ligesom indklagede - at angivelsen i punkt 7 i Tilbudsbetingelserne af 3. juli 1995 »Svendborg Kommune forbeholder sig ret til at vælge frit mellem tilbudene« er i strid med indkøbsdirektivets artikel 26.

Herefter bestemmes:

Esbjerg Oilfield Services A/S' klage over Svendborg Kommune tages ikke til følge.

Svendborg Kommune har ved sit udbud tilsidesat udbudsdirektivets artikel 26 ved at fastsætte følgende kriterium for tildeling af ordren: »Svendborg Kommune forbeholder sig ret til at vælge frit mellem tilbudene«.