

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Lykstoft Larsen, Viggo Olesen)

J.nr. 98–67.388

18. september 1998

K E N D E L S E

Foreningen af Rådgivende Ingeniører

(selv)

mod

Frederiksberg Kommune

(advokat Charlotte Friis Bach, København)

Ved udbudsbekendtgørelse afsendt til EF-Tidende den 4. august 1997 udbød Frederiksberg kommune som begrænset udbud i henhold til direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (Tjenesteydelsesdirektivet) udarbejdelse af tilstandsvurderinger og vedligeholdelsesplaner for en del af kommunens ejendomme.

Klagen er foranlediget af det ovennævnte udbud. I klageskriftet, der er modtaget i Klagenævnet den 20. marts 1998, har klageren (F.R.I.) nedlagt følgende påstande:

1. Klagenævnet skal konstatere, at kommunen har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at forbeholde sig ret til at kunne annullere udbudsforretningen, såfremt et kontroltilbud viser sig at være økonomisk mest fordelagtigt.

2. Klagenævnet skal konstatere, at en afdeling af en ordregivende virksomhed ikke uopfordret kan afgive et tilbud på lige fod med prækvalificerede tilbudsgivere.
3. Klagenævnet skal konstatere, at kommunen har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i udbudsbekendtgørelsen at forbeholde sig ret til at udforme kontroltilbud i henhold til Finansministeriets cirkulære nr. 42 af 1. marts 1994 om udbud og udlicitering af statslige drifts- og anlægsopgaver.

I F.R.I.'s replik, der er modtaget i Klagenævnet den 9. juni 1998, har F.R.I. udvidet påstanden til yderligere at omfatte følgende påstande:

4. Klagenævnet skal konstatere, at det er i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, at kommunens konsulent i brev af 14. maj 1998 har fastsat en frist for fremsættelse af spørgsmål til udbudsmaterialet 29 dage før tilbudsdagen, jf. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 19, stk. 6.
5. Klagenævnet skal konstatere, at det ikke er op til kommunen at definere, hvornår der er fremsat anmodning om yderligere oplysninger til udbudsmaterialet »i tide«, jf. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 19, stk. 6.

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

Sagen har været mundtligt forhandlet for Klagenævnet den 14. august 1998.

De nærmere omstændigheder er i hovedtræk:

I udbudsbekendtgørelsen anførtes, at det mest fordelagtige bud ville blive valgt, og at det ville fremgå af udbudsmaterialet, hvilke kriterier, der ville blive lagt vægt på ved vurderingen af, hvilket tilbud, der var det økonomisk mest fordelagtige. I udbudsbekendtgørelsen anførtes desuden bl.a. :

»Ordregiver forbeholder sig ret til at udforme et kontroltilbud og påregner at lade udbudsforretningen annullere, såfremt dette kontroltilbud viser, at dette er økonomisk mest fordelagtigt.«

Det fremgår af sagen, at kommunen ved sin administration af udbudet fulgte statens regler om udbud, jf. Finansministeriets cirkulære nr. 42 af 1. marts 1994, og at den refererede bestemmelse i udbudsbekendtgørelsen om kontroltilbud er i overensstemmelse med § 4 i dette cirkulære.

Der prækvalificeredes 5 virksomheder, og udbudsbetingelserne blev sendt til de prækvalificerede ved et brev af 14. maj 1998 fra Arkitektfirma Poul Clausen Aps, der var kommunens konsulent ved udbudet. I brevet anførtes bl.a., at der ville blive holdt besigtigelse den 2. og 3. juni 1998, og at tilbud kunne afleveres indtil den 25. juni 1998 kl. 12.

I brevet udtaltes videre bl.a.:

»Eventuelle spørgsmål til udbudsmaterialet skal stilles skriftligt til Arkitektfirma Poul Clausen inden torsdag den 28. maj 1998. Spørgsmålene vil blive besvaret på et spørgemøde torsdag den 4. juni 1998...«

I nogle generelle bestemmelser, der indgik i udbudsbetingelserne, udtaltes bl.a.:

»Såfremt der i udbudsmaterialet måtte være punkter, der forekommer uklare, skal den bydende senest 10 arbejdsdage før tilbudsdagen meddele dette til Frederiksberg Kommune.

Finder Frederiksberg kommune det derefter påkrævet, vil rettelsesmeddelelse blive udsendt senest 6 arbejdsdage før tilbudsdagen.«

I et brev af 28. maj 1998 til F.R.I. fra Arkitektfirma Poul Clausen ApS udtaltes bl.a.:

»Angående spørgefristen, har formålet med fastsættelsen af denne udelukkende været af praktisk karakter, idet fristen den 28. maj 1998 var tænkt som en frist for spørgsmål til udbudsmaterialet, der således kunne besvares inden spørgemødet den 4. juni 1998. Spørgemødet den 4. juni 1998 ville herefter alene omhandle spørgsmål til det besigtigede.

Tjenesteydelsesdirektivets art. 19, stk. 6, er naturligvis gældende og spørgsmål stillet så betids, at de kan besvares senest 6 dage inden licitationen - den 25. juni 1998 - vil blive besvaret.«

De 5 prækvalificerede har afgivet tilbud. Desuden er der afgivet et kontroltilbud fra kommunens arkitekt- og ingeniøraftdeling. Ifølge en fremlagt opstilling er kontroltilbudet det laveste bud.

Bolig- og Byministeriet (da Bygge- og Boligstyrelsen) har i et brev af 14. august 1997 til F.R.I. udtalt, at artikel 19, stk. 2, i Tjenesteydelsesdirektivet efter ministeriets opfattelse

må forstås således, at en ordregivende myndighed er afskåret fra under udbudet at indbyde yderligere bydende til at deltage og at lade et kontroltilbud, som i øvrigt kan sidestilles med en bydende, indgå i bedømmelsen af de indkomne bud. Det udtales videre bl.a. i skrivelsen, at den ordregivende myndighed antagelig selv vil være afskåret fra at afgive bud i medfør af direktivets artikel 3, stk. 2, hvorefter det påhviler de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke sker forskelsbehandling mellem forskellige tjenesteydere.

Bolig- og Byministeriet (da Bygge- og Boligstyrelsen) har i et brev af 20. august 1998 til kommunen bl.a. udtalt:

»...det følger af artikel 19, stk. 2, i tjenesteydelsesdirektivet, at de ordregivende myndigheder samtidig skal opfordre de udvalgte ansøgere til at afgive bud.

Det betyder efter [ministeriets] opfattelse, at kun firmaer, der formelt har ansøgt om at blive opfordret til at afgive bud, kan blive indbudt. En afdeling i kommunen, som ikke har ansøgt om at blive opfordret til at afgive bud, kan derfor ikke uopfordret få tilsendt udbudsmaterialet og kan således ikke afgive et kontrolbud.

...

Artikel 3, stk. 2, i Tjenesteydelsesdirektivet må ... forstås således, at der med direktivet skal være lige vilkår i udbudsforretningen, som skal sikre en gennemsommelighed, der tillader en bedre overvågning af, at forbudet mod forskelsbehandling overholdes.

Det må som udgangspunkt antages, at det vil sikre den største grad af ligebehandling og gennemsommelighed, såfremt en mulig leverandør, der hører under forvaltningen ikke må afgive tilbud.

Udbudsdirektiverne forudsætter endvidere, at såfremt udbudsforretningen fuldføres, skal den resultere i en gensidigt bebyrdende kontrakt. Det forekommer, at da afdelingen, der skal afgive kontroltilbud, er en del af Frederiksberg Kommune, kan der ikke indgås en gensidigt bebyrdende kontrakt mellem to afdelinger...

Det må således efter udbudsdirektiverne anses for noget tvivlsomt, om det vil være tilladt afdelingen at afgive et kontrolbud under udbudsforretningen.

...

Sammenfattende er det [ministeriets] opfattelse, at det vil være forbundet med betydelige vanskeligheder at vurdere et kontrolbud med indkomne bud, på en

måde, der i forbindelsen med evalueringen af buddene, stiller disse lige. Dette vil antagelig efter EU-Kommissionens opfattelse indebære en overtrædelse af tjenesteydelsesdirektivet.

...

Det er efter [ministeriets] opfattelse tvivlsomt, om det vil være en saglig begrundelse, at annullere udbudsforretningen med den begrundelse, at et af kommunen afgivet kontrolbud viser, at dette er økonomisk mest fordelagtigt.«

Afdelingsingeniør Benny Mulbjerg, Frederiksberg kommune, har afgivet forklaring om udbudet og har herunder bl.a. forklaret: Udbudet blev varetaget af kommunens afdeling for udbud og bygherrerådgivning, og kontroltilbudet blev afgivet af en anden afdeling i kommunen, dvs. dens arkitekt- og ingeniøraftdeling. Arkitekt- og ingeniøraftdelingen blev ved udbudets administration behandlet fuldstændig som enhver anden tilbudsgiver. Den politiske behandling i sagen afventer klagesagen for Klagenævnet.

Arkitekt Henrik Poul Clausen har som repræsentant for Arkitektfirma Poul Clausen ApS forklaret om forskellige spørgsmål og har herunder bl.a. henvist til, at man besvarede spørgsmål fra tilbudsgiverne frem til udløbet af fristen i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 19, stk. 6.

Parterne har skriftligt og mundtligt over for Klagenævnet redegjort for deres synspunkter.

F.R.I. har henvist til de ovenfor refererede udtalelser fra Bolig- og Byministeriet og har i øvrigt bl.a. anført: Mulighed for at afgive kontroltilbud er i strid med EU's ligebehandlingsprincip, og en annulation af et udbud med henvisning til indholdet af et kontroltilbud er ikke berettiget, idet en annulation kun kan ske med en objektivt konstaterbar begrundelse. Kommunen bør således ikke kunne slippe for at betale erstatning til de bydende. F.R.I. klagede over forholdene med hensyn til spørgefristen, jf. påstandene 4)-5), straks man blev bekendt med dem, og de blev muligvis kun afklaret, fordi F.R.I. gik ind i sagen.

Kommunen har bl.a. anført: En udbyder kan annullere et udbud, hvis der er saglig begrundelse herfor, og det vil være en saglig begrundelse, hvis et kontroltilbud viser, at udbyderen selv kan udføre opgaven billigere end eksterne tilbudsgivere. Et kontroltilbud er ikke et egentligt tilbud. F.R.I.'s påstande vedrørende spørgefristen, dvs. påstandene 4)-5) bør afvises som fremsat for sent, men i øvrigt har kommunen ikke overtrådt EU's udbudsregler på dette punkt.

Klagenævnet udtaler:

Ad F.R.I.'s klage vedrørende kontroltilbud, dvs. påstandene 1)-3):

Et kontroltilbud fra en udbyder er ikke et tilbud i henseende til EU's udbudsregler, men er blot en teknik for udbyderens vurdering af, at om det er hensigtsmæssigt at udlicitere den pågældende opgave. Endvidere må en udbyder principielt kunne annullere et udbud med henvisning til, at et kontroltilbud har vist sig bedre end de eksterne tilbud, idet det som almindelig regel må stå en udbyder frit for at opgive sin kontraheringshensigt og annullere et udbud, hvis udbyderen ikke finder nogen af de indkomne tilbud tilfredsstillende. Det ses herefter ikke at være en overtrædelse af EU's udbudsregler, at en udbyder lader sin organisation udarbejde et kontroltilbud.

Det bemærkes, at ovenstående er i overensstemmelse med opfattelsen hos Kommissionen, jf. dennes udtalelse af 1. juli 1997 i EF-Tidende C 45/2 af 10. februar 1998, hvoraf det fremgår, at Kommissionen ud fra synspunkter i hvert fald i det væsentlige svarende til de anførte har fundet Finansministeriets cirkulære nr. 42 af 1. marts 1994 i overensstemmelse med fællesskabsretten.

Det kan næppe afvises, at en udbyder, der annullerer et udbud med henvisning til et kontroltilbud, i visse tilfælde kan blive erstatningsansvarlig over for de eksterne tilbudsgivere, fx hvis udbyderens reelle formål med udbudet har været at motivere sine egne medarbejdere til en højere effektivitet, og udbyderen derfor fra begyndelsen reelt ikke har regnet med at skulle vælge en ekstern tilbudsgiver. Klagenævnet kan imidlertid ikke tage stilling til sådanne spørgsmål, der hører under domstolene.

Der gives herefter ikke F.R.I medhold i klagen i henhold til påstandene 1)-3).

Ad F.R.I.'s klage vedrørende spørgefristen, dvs. påstandene 4)-5):

Disse påstande ses ikke at være nedlagt for sent.

Klagenævnet finder det uheldigt, at brevet af 14. maj 1998 fra Arkitektfirma Poul Clausen ApS kunne forstås sådan, at spørgsmål til udbudsbetingelserne skulle være modtaget senest den 28. maj 1998, dvs. ca. en måned før tilbudsfristens udløb. Klagenævnet finder det ligeledes uheldigt, at det i de generelle betingelser var bestemt, at spørgsmål til udbudsbetingelserne skulle stilles senest 10 arbejdsdage før tilbudsdagen. Klagenævnet henviser herved til, at Tjenesteydelsesdirektivets artikel 19, stk. 6, må antages at indeholde en forudsætning om, at der - alt afhængigt af spørgsmålenes karakter - kan stilles spørgsmål til udbudsbetingelser helt op til 6 dage før tilbudsfristens udløb. Klagenævnet henviser videre til, at bestemmelsens frist på 6 dage må antages at angå 6 kalenderdage og ikke 6 arbejdsdage, jf. artikel 3, stk. 3, i Rådets forordning 1182/71.

Klagenævnet finder dog ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at de nævnte forhold er en overtrædelse af artikel 19, stk. 6. Klagenævnet henviser herved til, at den pågældende bemærkning i brevet af 14. maj 1998 fra Arkitektfirma Poul Clausen tilsyneladende blot skyldtes en sprogligt upræcis formulering, der blev berigtiget, da F.R.I. havde rejst spørgsmålet, samtidig med at der blev givet tilsagn om overholdelse af artikel 19, stk. 6, og at spørgsmål fra tilbudsgiverne efter det fremkomne blev besvaret også efter den 28. maj 1998.

Der gives herefter heller ikke F.R.I. medhold i klagen i henhold til påstandene 4)-5).

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede Frederiksberg Kommune, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, Foreningen af Rådgivende Ingeniører.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.