

Klagenævnet for Udbud

J. nr. 98–66.079

(Carsten Haubek, Flemming Lethan, Kaj Kjærsgaard)

2. juli 1998

K E N D E L S E

Foreningen af Rådgivende Ingeniører

(advokat Michael Gjedde–Nielsen, København)

mod

Københavns Lufthavne A/S

(advokat Claus Kaare Pedersen, København)

Den 24. maj 1995 udbød indklagede, Københavns Lufthavne A/S, som begrænset udbud efter direktiv 93/38 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand– og energiforsyning samt transport og telekommunikation (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) rådgivende ingeniørvirksomhed i rammeaftale i relation til dels en række større udbygningsaktiviteter, dels en række mindre bygge– og anlægsarbejder med anlægsudgift ca. 1–10 mio. kr. Rammeaftalens varighed var anført til 48 måneder. Ved udløbet af fristen for indgivelse af anmodning om prækvalifikation den 20. juli 1995 havde 28 ingeniørvirksomheder anmodet om at blive prækvalificeret. Indklagede besluttede den 21. august 1995 at prækvalificere 15 rådgivende ingeniørvirksomheder.

Ved skrivelse af 21. august 1995 blev de 15 ingeniørvirksomheder opfordret til at afgive tilbud. I skrivelsen er udbudsbetingelserne og det, som tilbudet skal omfatte, opregnet således:

» – Rammeaftale – dateret august 1995, incl. 2 stk. forsikringsbilag og 9 stk.

tilbudslister vedrørende honorering

- Eksempel på delaftale (bilag til rammeaftale) – dateret august 1995, incl. 20 stk. bilag som anført i delaftalens pkt. 10
- Nærværende udbudsbrev.

.....

Tilbudet skal omfatte:

- Underskrevet rammeaftale om accept på KLH's betingelser. Rammeaftalen skal vedhæftes Deres forsikringspolice
- Bekræftelse vedrørende erhversansvarsforsikring – udfyldt og underskrevet af den bydende
- Udfyldte og underskrevne tilbudslister.

Den bydende skal udfylde og underskrive tilbudslister inden for de områder, hvor den bydende har kvalifikationer. KLH forbeholder sig i øvrigt ret til at begrænse rammeaftalens omfang til nærmere angivne arbejdsområder.

- Dokumentation for, hvorledes den bydende vil opfylde KLH's krav til kvalitetssikring i henhold til delaftalens bilag
- Dokumentation for, at præmien for den bydendes professionelle ansvarsforsikring er betalt
- Tro og love erklæring om, at den bydende ikke har ubetalt forfalden gæld til det offentlige.«

I udbudsbetingelserne (udbudsbrevet af 21. august 1995) er tildelingskriterierne anført således:

»KLH vil efter tilbudenes modtagelse beslutte tildeling af et antal rammeaftaler på grundlag af de økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der vil herved blive lagt vægt på pris, sikkerhed for et godt rådgivningsresultat (kvalitet), kvalitetssikring samt leveringssikkerhed. Alternative tilbud accepteres ikke.«

»Rammeaftalen om Teknisk Rådgivning og Bistand« i udbudsbetingelserne indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

» 2. Aftalegrundlag

For den tekniske rådgivning og bistand gælder følgende bestemmelser, i det omfang de ikke er fraveget i nærværende rammeaftale eller den specifikke delaftale.

- 2.1 – »Alm. bestemmelser for teknisk rådgivning og bistand« ABR 89.
 – KLH-manualer samt andet materiale, der er relevant for den specifikke opgave.

Omfanget af dette fastlægges i delaftalen.

.....

8. Ansvar

I henhold til ABR 89.

Rådgiverens ansvar er beløbsmæssigt begrænset til forsikringens dækningssum.

Når rådgiverens udstationerede medarbejdere udfører arbejde under KLH's ledelse, sker dette under KLH's ansvar.

9. Forsikring

Rådgiveren har tegnet forsikring for rådgivende virksomhed i.h.t. vedlagte forsikringspolice/-bevis. Forsikringen gælder for alle delaftaler, der indgås mellem rådgiveren og KLH.

KLH vil, sammen med KLH's forsikringsselskab, i forbindelse med indgåelse af hver delaftale, vurdere forsikringsdækningens størrelse. Evt. merudgift til forhøjelse af forsikringsdækningens størrelse dækkes af rådgiveren.

For arkitektfirmaer:

Rådgiverens forsikringsselskab skal ved ansvarsperiodens begyndelse, og inden sidste del af honoraret udbetales, bekræfte skriftligt overfor KLH, at rådgiverens ansvarsforsikring er gældende i hele ansvarsperioden på 5 år.

For rådgivende ingeniørfirmaer:

Rådgiverens forsikringsselskab skal ved ansvarsperiodens begyndelse, og inden sidste del af honoraret udbetales, bekræfte skriftligt overfor KLH, at forsikringsselskabet er forpligtet til at give KLH meddelelse, hvis forsikringen ophører eller ændres.

Ansvarsperioden løber i 5 år efter byggesagen er afleveret til KLH.

Rådgiveren har pligt til at meddele væsentlige begivenheder, som ændrer dækningens størrelse.

Rådgiverens ansvar er begrænset til det i den enkelte delaftale fastsatte beløb. Rådgiveren forpligter sig til, at det i den enkelte delaftale således fastsatte beløb til enhver tid er til rådighed på forsikringen.

Rådgiverens udfyldte og underskrevne bekræftelse til KLH på, at erhvervsansvarsforsikring er tegnet på alm. danske betingelser, er vedlagt som bilag«.

»Delaftalen om Teknisk Rådgivning og Bistand« i udbudsbetingelserne indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

» 2. Aftalegrundlag

For den tekniske rådgivning og bistand gælder:

2.1. Denne delaftale samt Rammeaftale nr.: R- / , i det omfang, der ikke ved nærværende delaftale er angivet anden bestemmelse.

2.2.

.....

10. Aftaledokumenter

Delaftalen består af nærværende dokument samt dokumenter, der er nævnt i nærværende delaftale.«

ABR 89 punkt 6.2.5. og punkt 6.2.6.1. er sålydende:

»6.2.5.

Er foruden rådgiveren en eller flere andre ansvarlige overfor klienten for et tab i forbindelse med et bygge- eller anlægsarbejde eller forberedelsen hertil, da hæfter rådgiveren kun for så stor en del af klientens tab, som svarer til den del af den samlede skyld, som er udvist af rådgiveren.«

»6.2.6.1.

Har rådgiveren på klientens vegne påtaget sig at udøve tilsyn med, at aftalte ydelser er

kontraktsmæssige, er han kun ansvarlig for det tab, klienten måtte lide ved, at rådgiveren ikke rettidigt har påtalt, at ydelsen ikke er kontraktsmæssig. Rådgiverens ansvar er – medmindre andet er aftalt – begrænset til et beløb på 2,5 mio. kroner.«

De 15 prækvalificerede ingeniørfirmaer afgav alle tilbud, og indklagede indgik herefter rammeaftale med alle 15 ingeniørfirmaer vedrørende den udbudte tjenesteydelse. Rammeaftalernes punkt 8 »Ansvar« blev i kontrakterne formuleret som anført i udbudsbetingelsernes rammeaftales punkt 8.

På grundlag af disse rammeaftaler indgik indklagede herefter i perioden 1995–96 i alt 121 delaftaler med 13 af de 15 ingeniørfirmaer. Disse delaftaler var i overensstemmelse med delaftalen i udbudsbetingelserne.

Forud for indklagedes gennemførelse i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet af et udbud efter forhandling af rådgivningsydelser vedrørende en stor udbygning af Københavns Lufthavn i Kastrup, som ikke var omfattet af rammeaftalerne, besluttede indklagede i foråret 1997, at selskabets fremtidige rådgiverkontrakter skulle indeholde et beløbsmæssigt ubegrænset erstatningsansvar vedrørende både rådgiveransvar og tilsynsansvar, ligesom indklagede i disse kontrakter ønskede en bestemmelse om solidarisk ansvar for eventuelle medskadevoldere.

Indklagede indgik i den følgende tid nemlig den 15. oktober og den 11. november 1997 2 yderligere delaftaler i henhold til de indgåede rammeaftaler, nemlig med Moe og Brødsgaard A/S og Cowi A/S, og i disse 2 delaftaler blev der i overensstemmelse med indklagedes principielle beslutning indsat bestemmelser om ubegrænset hæftelse og om solidarisk ansvar.

Indklagede havde herefter i alt indgået 123 delaftaler med 13 ingeniørfirmaer. Delaftalerne fordeler sig således: Med ét ingeniørfirma var der indgået 30 delaftaler, med ét ingeniørfirma 20 delaftaler, med ét ingeniørfirma 17 delaftaler, mens der med 4 ingeniørfirmaer var indgået 9–12 delaftaler og med 6 ingeniørfirmaer 1–5 delaftaler.

De 2 senest indgåede delaftaler indeholder i punkt 10 »Ansvar« og punkt 11 »Forsikring« følgende bestemmelser:

»10. Ansvar

Rådgiveren er ansvarlig efter dansk rets almindelige erstatningsregler for fejl og forsømmelser ved opgavens løsning, jf. A.B.R. 89, punkt 6.2.1.

Ansaret er uden beløbsmæssig begrænsning, og er ikke begrænset til forsikringsdækningen.

A.B.R. 89, punkt 6.2.5 udgår og er således ikke gældende.

Såfremt rådgiveren i medfør af A.B.R. 89, punkt 6.2.6.1. er ansvarlig for tilsynsfejl, kan dette gøres gældende uden beløbsmæssig begrænsning. A.B.R. 89, punkt 6.2.6.1., sidste punktum er således ikke gældende.

11. Forsikring

Rådgiverens forsikringsselskab, som skal godkendes af KLH, skal inden 14 dage efter underskrivelse af nærværende delaftale skriftligt bekræfte overfor KLH, at rådgiveren har etableret professionel ansvarsforsikring, og at denne er gældende og holdes i kraft indtil udløbet af ansvarsperioden på 5 år, jf. ABR 89, punkt 6.2.3.1.

Den professionelle ansvarsforsikring skal etableres med en forsikringssum på minimum kr. 25.000.000 pr. skade/tab og minimum kr. 50.000.000 i alt for alle skader/tab, dækkende fra underskrivelse af nærværende delaftale og indtil ansvarsperiodens udløb. Selvriskoen må ikke overstige kr. 500.000 pr. skade/tab.

Forsikringspolice/-beviset skal være KLH i hænde senest 30 dage efter nærværende delaftale er underskrevet.

Uden at rådgiverens ansvar derved begrænses, har KLH etableret professionel ansvarsforsikring med en forsikringssum på kr. 75.000.000. Rådgiveren er medforsikret på denne police, under forudsætning af, at rådgiveren har etableret ovennævnte professionelle forsikring.

Rådgiveren skal inden underskrivelse af enhver delaftale etablere sædvanlig erhvervsansvarsforsikring med en forsikrings-sum på minimum kr. 2.000.000 ved tingskade og minimum kr. 5.000.000 ved personskade.

Erhvervsansvarsforsikringen skal være i kraft så længe respektive delaftale er gældende mellem rådgiveren og KLH.

Uden at rådgiverens ansvar derved begrænses har KLH etableret ansvarsforsikring med en forsikringssum på kr. 6.000.000.000. De rådgivere, med hvem der er indgået delaftale, er medforsikret på denne police, under forudsætning af, at erhvervsansvarsforsikringen er etableret og i kraft.«

Den 20. marts 1998 opsigte indklagede rammeaftalerne med de (13?)15 ingeniørfirmaer. I skrivelsen herom til ingeniørfirmaerne hedder det bl.a.:

»Vedr. Rammeaftale af mellem Deres firma og Københavns Lufthavne A/S om teknisk rådgivning og bistand

Til Deres orientering kan det oplyses, at Foreningen af Rådgivende Ingeniører (F.R.I.) den 16. marts 1998 har indgivet klage til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at Københavns Lufthavne A/S' indgåelse af visse delaftaler på basis af rammeaftaler er i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Under drøftelser med F.R.I. om udformningen af de af Københavns Lufthavne A/S anvendte udbudsbetingelser har F.R.I. truet med at indgive klage over administrationen af rammeaftalerne, hvis drøftelserne om udbudsbetingelserne ikke fik det for F.R.I. ønskede resultat..... .

Drøftelserne om udbudsbetingelserne har ikke ført til det af F.R.I. ønskede resultat, og nu er klagen indgivet.

Administration af rammeaftaler i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet er et vanskeligt juridisk område. Selvom Københavns Lufthavne A/S ikke har tilsigtet at overtræde reglerne, må det på baggrund af klageskriftet erkendes, at den anvendte praksis i nogle henseender kan kritiseres. Da Københavns Lufthavne A/S lægger afgørende vægt på, at udbudsreglerne nøje følges, har Københavns Lufthavne A/S på baggrund af F.R.I.' klage, truffet beslutning om ikke at indgå flere delaftaler på basis af de i efteråret 1995 indgåede rammeaftaler, herunder Deres ovennævnte rammeaftale.

Som følge heraf kan Deres firma betragte sig som frigjort fra rammeaftalens forpligtelse til at indgå nye delaftaler.

Københavns Lufthavne A/S har set frem til samarbejdet med de udvalgte ingeniørfirmaer. Når der rejses tvivl om fremgangsmåden, foretrækker Københavns Lufthavne A/S imidlertid at gennemføre helt nye udbudsforretninger.«

Den 13. marts 1998 indgav klageren, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, klage over indklagede, Københavns Lufthavne A/S, til Klagenævnet for Udbud. Sagen har været behandlet på et møde den 11. juni 1998.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede, Københavns Lufthavne A/S, har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 5, stk. 2, ved at indgå 2 delaftaler med de rådgivende ingeniørfirmaer Moe og Brødsgaard A/S og Cowi A/S, med følgende bestemmelser:

- a. de rådgivende ingeniørfirmaers rådgiveransvar er uden beløbsmæssige begrænsninger,
- b. de rådgivende ingeniørfirmaers tilsynsansvar er uden beløbsmæssige begrænsninger, samt
- c. de rådgivende ingeniørfirmaer er solidarisk ansvarlige med eventuelle medskadevoldere.

Klageren har til støtte for sin påstand gjort gældende, at de 2 delaftaler, som indklagede har indgået med Moe og Brødsgaard A/S og Cowi A/S, ikke som foreskrevet i artikel 5, stk. 2, jf. artikel 20, stk. 2, litra i, »bygger på« de 2 rammeaftaler, som indklagede har indgået med disse rådgivende ingeniørfirmaer, og at indklagede som følge heraf har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Klageren har nærmere gjort gældende,

at rammeaftalerne indeholdt følgende bestemmelser:

ad a. at de rådgivende ingeniørfirmaers rådgiveransvar var begrænset til forsikringsdækningen, som var på henholdsvis 25 mio. kr. og 10 mio. kr.,

ad b. at de rådgivende ingeniørfirmaers tilsynsansvar var begrænset til 2,5 mio. kr., samt

ad c. at de rådgivende ingeniørvirksomheder i overensstemmelse med ABR 89 punkt 6.2.5. i forhold til medskadevoldere alene havde et pro rata-ansvar,

hvorimod delaftalerne indeholder følgende bestemmelser:

a. de rådgivende ingeniørfirmaers rådgiveransvar er uden beløbsmæssige begrænsninger,

b. de rådgivende ingeniørfirmaers tilsynsansvar er uden beløbsmæssige begrænsninger, samt

c. de rådgivende ingeniørfirmaer er solidarisk ansvarlige med eventuelle medskadevoldere.

Som følge af disse forskelle kan delaftalerne ikke siges at »bygge på« rammeaftalerne, jf. artikel 5, stk. 2, eller at være indgået »på grundlag af« rammeaftalerne, jf. artikel 20, stk. 2, litra i.

Klageren har nærmere anført, at artikel 20, stk. 2, litra i, er en undtagelsesbestemmelse, og at en sådan undtagelsesbestemmelse efter fællesskabsretten skal fortolkes indskrænkende. Klageren har videre anført, at en formålsfortolkning af den pågældende bestemmelse må føre til, at der alene kan foretages mindre væsentlige ændringer i en delaftale i forhold til rammeaftalen, og at der således må antages at gælde en »bagatelgrænse«. Klagenævnets praksis vedrørende afgrænsningen af, hvilke forbehold der gør et tilbud ukonditionsmæssigt, vil kunne være vejledende ved afgrænsningen af, hvilke kontraktsafvigelser der medfører, at kontrakt ikke kan indgås »på grundlag af« en rammeaftale. Klageren har i den forbindelse anført, at forbeholdet i afsnit 2.1. i delaftalen i udbudsbetingelserne om, at der i delaftalen kan være »angivet anden bestemmelse«, ikke udvider indklagedes adgang til at ændre de indgåede delaftaler i videre omfang, end hvad der følger af fællesskabsretten. Klageren har videre anført, at en vurdering af de 3 ændringer fører til, at alle 3 ændringer er væsentlige kontraktændringer, og at det ved vurderingen af, om en ændring er væsentlig, er uden betydning, om ændringen i forhold til den offentlige udbyders kontraktspart – som i det foreliggende tilfælde – indebærer en skærpelse af kontraktsvilkårene eller indebærer en lempelse af kontraktsvilkårene. Det centrale formål med reglerne er at tilgodese ligebehandlingen af alle tilbudsgivere, og enhver væsentlig ændring af kontraktsvilkårene indebærer en risiko for krænkelse af ligebehandlingsprincippet.

Indklagede, der ikke har nedlagt nogen påstand, har under sagens behandling ved Klagenævnet tilkendegivet, at det efter indklagedes opfattelse ikke kan udelukkes, at indklagedes ændring af kontraktsvilkårene på de 3 punkter indebærer en tilsidesættelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Indklagede har imidlertid fremhævet en række synspunkter til støtte for, at indgåelse af kontrakterne med de pågældende ændringer ikke kan antages at indebære en tilsidesættelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Indklagede har anført, at definitionen af begrebet »rammeaftaler« i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, nr. 5, taler for, at de centrale elementer i en rammeaftale er »priser og eventuelle påtænkte mængder« – og altså ikke mere juridisk prægede kontraktsvilkår som bestemmelser om erstatningsansvar, herunder om ansvarsbegrænsning, således at ændringer vedrørende sådanne kontraktsbestemmelser ikke medfører, at delkontrakterne ikke kan siges »at bygge på« rammeaftalerne. Der er således ikke i direktivet grundlag for at antage, at der alene kan foretages ændringer, som ligger under »en bagatelgrænse«. Indklagede har videre anført, at de pågældende ændringer har været »væsentlige« for indklagede, og at de selvfølgelig også er »væsentlige« for de to ingeniørfirmaer, men at det afgørende ikke kan være, om en

ændring er »væsentlig« eller ej. Ved afgørelsen af, om en ændring medfører, at der ikke kan indgås kontrakt »på grundlag af en rammeaftale«, skal man se på beskaffenheden af den pågældende ændring, og de 3 ændringer, som blev foretaget, er af en sådan beskaffenhed, at de ikke bør medføre, at der skal iværksættes nyt udbud. Ændringerne medfører efter deres indhold blot, at ingeniørfirmaerne i relation til erstatningsansvar bliver undergivet regler, der svarer til de deklaratoriske danske regler om erstatningsansvar.

Klagenævnet udtaler:

De ændringer vedrørende ingeniørfirmaernes erstatningsansvar, som indklagede ønskede indsat i kontrakterne med Moe og Brødsgaard A/S og Cowi A/S afviger efter deres indhold så meget fra de tilsvarende bestemmelser i den delaftale, som indgik i rammeaftalerne med de 2 ingeniørfirmaer, at indklagede ikke kunne indgå disse aftaler på grundlag af disse rammeaftaler. Indklagede har derfor handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 5, stk. 2, jf. artikel 20, stk. 2, litra i, sammenholdt med artikel 20, stk. 1, ved at indgå de 2 aftaler.

Klagenævnet har ex officio behandlet spørgsmålet, om indklagede på grundlag af udbudet af 24. maj 1995 uden at handle i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet kunne indgå 15 rammeaftaler vedrørende den samme tjenesteydelse. Parterne har på Klagenævnets opfordring på mødet den 11. juni 1998 udtalt sig om dette spørgsmål.

Det må antages, at der hersker en betydelig usikkerhed med hensyn til, om reglerne om rammeaftaler i Forsyningsvirksomhedsdirektivet alene giver en offentlig udbyder mulighed for at indgå én rammeaftale vedrørende hver udbudt tjenesteydelse, om en offentlig udbyder afhængig af omfanget af den pågældende tjenesteydelse kan indgå rammeaftaler med flere tilbudsgivere, eller om en offentlig udbyder efter eget ønske kan indgå rammeaftale vedrørende en tjenesteydelse med mange tilbudsgivere, jf. herved ordlyden i artikel 1, nr. 5, »og en eller flere leverandører, entreprenører eller tjenesteydere«. Klagenævnet har på denne baggrund besluttet at tage stilling til, om indklagede i den konkrete situation har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Efter indholdet af reglerne om rammeaftaler i Forsyningsvirksomhedsdirektivet og formålet med disse regler anser Klagenævnet det for at være i strid med direktivet, at indklagede har indgået rammeaftale med 15 ingeniørfirmaer om samme tjenesteydelse. Klagenævnet har derimod ikke fundet tilstrækkelig anledning til under denne sag at tage stilling til, om reglerne om rammeaftaler indebærer, at der vedrørende en udbudt

tjenesteydelse kun kan indgås rammeaftale med én af tilbudsgiverne, eller om reglerne åbner mulighed for, at der generelt eller under visse omstændigheder kan indgås mere end én rammeaftale.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Københavns Lufthavne A/S, har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 5, stk. 2, ved at indgå 2 delaftaler med de rådgivende ingeniørfirmaer Moe og Brødsgaard A/S og Cowi A/S, med følgende bestemmelser:

- a. de rådgivende ingeniørfirmaers rådgiveransvar er uden beløbsmæssige begrænsninger,
- b. de rådgivende ingeniørfirmaers tilsynsansvar er uden beløbsmæssige begrænsninger, samt
- c. de rådgivende ingeniørfirmaer er solidarisk ansvarlige med eventuelle medskadevoldere.

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at indgå 15 rammeaftaler om den samme tjenesteydelse.

Det gebyr, som klageren, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, har betalt til Klagenævnet, tilbagebetales.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.