

K E N D E L S E

Foreningen af Rådgivende Ingeniører
(selv)

mod

Kulturministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Kurt Bardeleben)

Ved udbudsbekendtgørelse afsendt til EF-Tidende den 13. august 1999 (sagens bilag 1) udbød Kulturministeriet som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet) bygherrerådgivningen i forbindelse med opførelse af et nyt rigsarkiv/landsarkiv i Ørestaden. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra nogle nærmere angivne delkriterier.

Den 18. juli 1999 indgav klageren, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, der herefter i kendelsen benævnes F.R.I., klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Kulturministeriet. F.R. I. har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal konstatere, at Kulturministeriet har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11 ved at forhandle et forbehold væk i forbindelse med tildelingen af opgaven i henhold til udbudet, uanset at betingelserne derfor ikke var opfyldt.

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

De nærmere omstændigheder er følgende:

Der prækvalificeredes 5 potentielle tilbudsgivere, der alle afgav tilbud.

I Kulturministeriets udbudsbrev af 11. oktober 1999, der sendtes til de prækvalificerede (sagens bilag 2), henvistes til en kontrakt med bilag, der indgik i udbudsbetingelserne. Det udtaltes i udbudsbrevet, at kontrakten og bilagene var ufravigelige, således at der ikke kunne tages forbehold for kontrakten eller dele af den. Det anførtes videre, at bl.a. F.R.I.'s standardforbehold var indarbejdet i kontrakten, i det omfang udbyder kunne acceptere dem.

I den sidstnævnte sammenhæng bemærkes, at den væsentligste forskel mellem kontrakten og F.R.I.'s standardforbehold (sagens bilag 5) efter det fremkomne bestod i, at kontrakten ikke medtog standardforbeholdenes punkt 3 om, at tilbudet alene omfatter de ydelser, der i udbudsmaterialet udtrykkeligt er angivet som hørende til den pågældende opgave.

Ifølge udbudsbrevet skulle tilbud afgives i 4 lukkede kuverter, der skulle mærkes henholdsvis »Kvalitet«, »Pris«, »Til managementfirma« og »Identitet«. De 3 førstnævnte kuverter skulle indeholde nærmere angivne oplysninger om opgavens udførelse, prisen og tilknyttede personer m.m., medens den sidstnævnte kuvert skulle indeholde oplysninger om tilbudsgivers identitet. Det anførtes videre, at tilbudene ville blive bedømt på grundlag af oplysningerne i de 3 førstnævnte kuverter, og at den fjerde kuvert med oplysning om tilbudsgivernes identitet først ville blive åbnet, når udbyder havde valgt den ønskede kontraktspart.

Fristen for at afgive tilbud var 24. november 1999.

I et brev til Kulturministeriet af 9. november 1999 (sagens bilag 3) fra F.R.I. og en anden organisation klagedes bl.a. over, at F.R.I.'s standardforbehold ikke var indarbejdet i den kontrakt, der indgik i udbudsbetingelserne.

I et brev til bl.a. F.R.I. af 17. november 1999 (sagens bilag 4) henviste Kulturministeriet til bemærkningen i udbudsbrevet om, at der ikke kunne tages forbehold for kontrakten eller dele af kontrakten. Ministeriet gav videre bl.a. udtryk for, at såfremt der var indeholdt forbehold i tilbud, herunder bl.a. punkt 3 i F.R.I.'s standardforbehold, ville ministeriet efter udbudsreglerne være forpligtet til at kassere disse tilbud som ukonditionsmæssige.

Af sagens oplysninger fremgår, at F.R.I. den 22. november 1999 holdt et møde med de 5 tilbudsgivere. Ifølge en redegørelse for mødet fra F.R.I. (sagens bilag E) blev det på mødet indskærpet, at det følger af F.R.I.'s love, at F.R.I.'s medlemmer bl.a. skal tage F.R.I.'s standardforbehold. Ifølge redegørelsen henvistes på mødet videre bl.a. til, at F.R.I.'s standardforbehold er godkendt af By- og Boligministeriet og anmeldt over for Konkurrencestyrelsen. Det udtales i redegørelsen videre bl.a., at det ikke pålagdes de 5 tilbudsgivere at lægge standardforbeholdene i en bestemt kuvert, men at det var underordnet, i hvilken kuvert tilbudsgiverne valgte at lægge standardforbeholdene, idet det afgørende var, om standardforbeholdene var taget eller ej.

De afgivne tilbud blev bedømt på et møde den 14. december 1999 i en bedømmelseskomité, der var nedsat af udbyder. Ifølge et fremlagt referat af mødet (sagens bilag B) var der efter åbningen af de 3 første kuverter i tilbudene enighed om at vælge et bestemt tilbud. Bedømmelseskomitéen åbnede derefter tilbuden kuverter om tilbudsgivernes identitet og konstaterede, at tilbudsgiveren for det valgte tilbud var Steensen og Varming A/S (Steensen & Varming). Det konstateredes videre, at F.R.I.'s standardforbehold lå i alle 5 identitetskuverter, og at alle tilbudsgiverne bortset fra Steensen & Varming desuden henviste til standardforbeholdene i en følgeskrivelse, der ligeledes lå i identitetskuverten. Det fremgår desuden, at en repræsentant for Kammeradvokaten, der deltog i mødet, tilrådede at indkalde Steensen & Varming til et møde til opklaring af, hvad Steensen & Varming havde ment.

Den 15. december 1999 blev der holdt et møde mellem Kulturministeriet og Steensen & Varming under deltagelse af en repræsentant for Kammeradvokaten. I et brev fra Kulturministeriet af 16. december 1999 til Steensen & Varming (sagens bilag C) bekræftede ministeriet, at der på mødet var fælles forståelse af, at Steensen & Varmings vedlæggelse af F.R.I.'s standardforbehold var uden betydning for tilbudet. Brevet bekræftedes ved en påtegning af samme dag fra Steensen & Varming.

Ifølge et brev af 5. maj 2000 fra Steensen & Varming til F.R.I. (sagens bilag 6) tilkendegav Kammeradvokaten på mødet den 15. december 1999, at opgaven ikke ville blive tildelt Steensen & Varming, såfremt F.R.I.'s standardforbehold var gældende for tilbudet, og at Steensen & Varming som betingelse for at få ordren skulle acceptere ordlyden af et nærmere omtalt brev, dvs. efter det foreliggende Kulturministeriets brev af 16. december

1999. Denne fremstilling af forløbet af mødet den 15. december 1999 er ikke ganske i overensstemmelse med Kammeradvokatens redegørelse for det passede under mødet, jf. referatet nedenfor af det, som Kulturministeriet i hovedtræk har anført til støtte for sin påstand i sagen, dvs. Kammeradvokatens procedure.

Efter det oplyste blev der indgået kontrakt om opgaven med Steensen & Varming i begyndelsen af 2000.

Ved brev af 23. december 1999 (sagens bilag D) klagede Kammeradvokaten som repræsentant for Kulturministeriet til Konkurrencestyrelsen over F.R.I.'s adfærd. Efter at have indhentet forskellige oplysninger henlede Konkurrencestyrelsen i et brev af 2. marts 2000 (sagens bilag P) F.R.I.'s opmærksomhed på forbudet i Konkurrenceloven mod aftaler, der har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. I et brev af samme dag til Kammeradvokaten (sagens bilag O) henviste Konkurrencestyrelsen til, at bl.a. F.R.I. havde anmeldt sine standardforbehold til Konkurrencestyrelsen. Styrelsen udtalte videre, at den ville bestræbe sig på at behandle anmeldelsen inden for et halvt år, således at der ville blive taget konkurrenceretlig stilling til indholdet af standardforbeholdene, herunder medlemmernes pligt til at anvende dem.

Det er ikke oplyst, om den nævnte stillingtagen fra Konkurrencestyrelsen foreligger nu.

F.R.I. har til støtte for påstanden i hovedtræk anført: Steensen & Varmings indlæggelse i identitetskuverten af F.R.I.'s standardforbehold er naturligvis udtryk for, at Steensen & Varming ved tilbudet tog disse forbehold. Der er tale om afvigelse fra grundlæggende elementer i tilbudet, hvorfor Steensen & Varmings tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelserne. Det samme var tilfældet for de øvrige tilbud, der ligeledes havde taget F.R.I.'s standardforbehold. Kulturministeriet søgte imidlertid ved forhandling at få Steensen & Varming til at frafalde forbeholdet, hvilket var i strid med det EU-retlige forhandlingsforbud. Kulturministeriet kunne i stedet have accepteret standardforbeholdene, da de var taget af alle tilbudsgivere. Kulturministeriet kunne også have fulgt fremgangsmåden efter artikel 11, stk. 2, a i Tjenesteydelsesdirektivet om udbud efter forhandling med alle bydende, når der ikke er indkommet forskriftsmæssige bud, og denne fremgangsmåde havde været den rigtige.

Kulturministeriet har til støtte for sin påstand i hovedtræk anført: Efter overvejelse valgte man at udbyde rådgivningsopgaven som en samlet ydelse, således at det i nogen grad ville blive tilbudsgivers risiko, om opgaven viste sig at være besværlig. Man var opmærksom på F.R.I.'s standardforbehold og indarbejdede dem i udbudsbetingelserne bortset fra punkt 3, som man ikke kunne acceptere. I øvrigt havde det muligvis været national diskrimination at acceptere F.R.I.'s standardforbehold. At identitetskuverterne for alle tilbudene desuagtet indeholdt F.R.I.'s standardforbehold, skyldes klart en ulovlig samordning af tilbudene i strid med konkurrencereglerne. F.R.I.'s klage til Klagenævnet er et groft misbrug af F.R.I.'s klageadgang. Man klager for at få sine egne medlemmers tilbud kasseret, og klagen er alene et led i F.R.I.'s kamp for sine standardforbehold. Om en forhandling med en tilbudsgiver er i strid med det EU-retlige forhandlingsforbud, må afgøres efter et konkret skøn. I hvert fald i det foreliggende tilfælde, hvor F.R.I. ved sin optræden havde skabt en meget vanskelig situation, var det bedst stemmende med EU's ligebehandlingsprincip at fastholde Steensen & Varmings tilbud. Man ville ikke iværksætte proceduren efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, a på grundlag af et forbehold, der var lagt i en identitetskuvert uden kommentarer. Det havde endvidere været stærkt betænkeligt, en utroskab mod udbudsbetingelserne, at acceptere F.R.I.'s standardforbehold som en del af aftalegrundlaget. Mødet mellem Kulturministeriet og Steensen & Varming den 15. december 1999 var ganske kortvarigt. Kulturministeriet spurgte, hvordan vedlæggelsen af F.R.I.'s standardforbehold skulle forstås, og Steensen & Varming svarede, at man kun havde vedlagt det for ikke at blive ekskluderet af F.R.I., og at der kunne ses væk fra det. Andet passerede der ikke under mødet.

Klagenævnet udtaler:

Steensen & Varmings indlæggelse af F.R.I.'s standardforbehold i identitetskuverten måtte naturligt forstås som udtryk for, at Steensen & Varming havde taget disse forbehold. Kulturministeriets efterfølgende møde med Steensen & Varming om betydningen af forbeholdenes indlæggelse munde reelt ud i, at Steensen & Varming frafaldt F.R.I.'s standardforbehold, og det findes uden betydning, hvad der helt nøjagtigt passerede på dette møde. Da F.R.I.'s standardforbehold angik grundlæggende elementer i tilbudet, var mødet under alle omstændigheder principielt en overtrædelse af EU's forhandlingsforbud.

Klagenævnet må imidlertid lægge afgørende vægt på følgende:

Ved Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud er der tillagt en række organisationer, herunder F.R.I., adgang til at klage til Klagenævnet. I baggrunden herfor må indgå et ønske om at give tilbudsgivere, der har været udsat for uberettiget diskrimination eller lignende ved et EU-udbud, mulighed for at klage til Klagenævnet gennem deres organisation i tilfælde, hvor de ellers ville afstå fra at klage af frygt for at miste goodwill hos den pågældende udbyder. Klageadgangen for organisationerne må i det hele skyldes et ønske om at sikre størst mulig effektivitet for EU's udbudsregler.

F.R.I.'s indskærpelse over for tilbudsgiverne af, at de skulle tage F.R.I.'s standardforbehold, og F.R.I.'s klage til Klagenævnet i den foreliggende sag er tydeligvis et led i bestræbelser hos F.R.I. på at få F.R.I.'s standardforbehold gjort til en sædvanlig del af aftalegrundlaget ved offentlige kontrakter inden for F.R.I.'s område. Et sådant formål med en klage til Klagenævnet er imidlertid ikke en varetagelse af de hensyn, der ligger bag EU's udbudsregler og F.R.I.'s klageadgang, men går tværtimod ud på en modarbejdelse af det bærende hensyn bag EU's udbudsdirektiver, dvs. hensynet til at sikre fri og lige konkurrence.

Endvidere ønsker F.R.I. tilsyneladende ved klagen til Klagenævnet at få fastlagt, at en offentlig udbyder i en situation som den foreliggende skal iværksætte proceduren om udbud efter forhandling i medfør af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, a. Denne regel er imidlertid en undtagelsesregel, der kun er tiltænkt anvendt i særlige tilfælde, og et af de centrale principper i Tjenesteydelsesdirektivet går ud på, at udbud efter forhandling som helt almindelig regel ikke må finde sted. Det vil endvidere formentlig ofte forekomme, at alle tilbudsgivere ved EU-udbud inden for F.R.I.'s område er medlemmer af F.R.I., og F.R.I.'s medlemmer har efter det oplyste pligt til at tage F.R.I.'s standardforbehold. Konsekvensen af F.R.I.'s holdning vil derfor være, at udbud efter forhandling i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, a bliver etableret som en almindelig EU-udbudsform inden for F.R.I.'s område, medmindre de offentlige udbydere accepterer F.R.I.'s standardvilkår. Et sådant formål med en klage til Klagenævnet er i afgørende strid med de grundlæggende principper bag EU's udbudsregler.

F.R.I.'s klage til Klagenævnet må herefter karakteriseres som et misbrug af F.R.I.'s klageadgang, således som det også er anført af Kulturministeriet.

På baggrund af disse helt særegne omstændigheder kan Kulturministeriets efterfølgende møde med Steensen & Varming mundende ud i, at Steensen & Varming frafaldt F.R.I.'s standardforbehold, ikke karakteriseres som en overtrædelse af EU's forhandlingsforbud, hvorfor klagen ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig