

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Suzanne Helsteen og Viggo Olesen)

1:714-19
den 8. juni 1995

K E N D E L S E

Foreningen af Rådgivende Ingeniører
(advokat Michael Gjedde-Nielsen)

mod

Kulturministeriet
ved Undervisningsministeriet
(Kammeradvokaten)

I december 1993 offentliggjorde Undervisningsministeriet på Kulturministeriets vegne et begrænset udbud efter bekendtgørelse nr. 415 af 22. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter om offentlige indkøb af tjenesteydelser i De Europæiske Fællesskaber vedrørende rådgivende ingeniørvirksomhed i forbindelse med en ombygning af Det Kongelige Bibliotek i København (udbud 93/S 245-68428/DA). Sidste frist for modtagelse af anmodninger om deltagelse var 13. januar 1994, og ved udbudsbrev af 25. januar 1994 opfordrede Undervisningsministeriet 6 prækvalificerede rådgivende ingeniørfirmaer til at afgive tilbud, således at tilbud skulle være modtaget senest den 7. marts 1994 kl. 10.00.

Udbudsbrevet af 25. januar 1994 var vedlagt et bilag »Generelle Betingelser« med bl.a. følgende punkter:

Punkt »1.2 Tilbuddets udformning« er sålydende:

1. Der ønskes skriftlige redegørelser for tilbuddets punkt I - II. (Disse punkter vedrører generel beskrivelse og særlige tekniske parametre). Tegninger og diagrammer kan vedlægges til støtte for forslagernes forståelse.
2. Der ønskes diagram for punkt III (Dette punkt vedrører projektorganisationen) bilagt skriftlig oversigt over medarbejdere, der forventes beskæftiget i forbindelse med projektet med oplysning om
 - a) uddannelse og alder
 - b) faglig kompetence
 - c) særlige kvalifikationer

Alle oplysninger skal være anonyme og skal kunne adskilles fra det tilbud.

3. I rådgiveraftale udfyldt punkt 8.1. (Dette punkt vedrører honorarprocenten) og aftalen underskrives med kendingstal.

Materialet må ikke overstige 50 A4 sider.

Materiale udover ovennævnte vil ikke blive optaget til vurdering.
Der må kun indleveres et tilbud fra hver bydende. ...«

Punkt »1.9. Vederlag« er sålydende:

»... Der vil blive ydet et vederlag på 35.000 kr. excl. moms til de 6 indbudte tilbudsgivere, under forudsætning af, at det afgivne tilbud er konditionsmæssigt, jævnfør punkt 1.2 og 1.9 (skal være 1.10). ...«

Punkt »1.10. Ufravigelige krav« er sålydende:

»... Tilbud skal være rettidigt indleveret. De bydende må ikke bryde deres anonymitet over for bedømmelsesudvalget eller andre der har forbindelse til dette. Alternative tilbud accepteres ikke. ...«

Punkt »1.11. Rettigheder« er sålydende:

»... Ejendomsretten til de i tilbuddene indeholdte beskrivelser tilhører udbyderen. Den tilbudsgiver, der efter bedømmelseskriterierne, afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud, påregnes at få overdraget opgaven, og denne rådgiver er berettiget til at anvende ideer og forslag fra de øvrige tilbud. ...«

Udbudsbrevet af 25. januar 1994 var endvidere vedlagt et bilag »Særlige Betingelser« og det var i de særlige betingelser anført, at det var et krav, at den fremsendte rådgiveraftale blev vedlagt tilbudet i udfyldt stand.

Udbudsbrevet af 25. januar 1994 var endelig vedlagt et udkast til rådgiveraftale, hvis punkt 11 er sålydende:

»... 11. Ansvar
Jf. ABR 89
Ansvarsbegrænsninger accepteres ikke. ...«

I løbet af februar 1994 var der telefonisk kontakt mellem Foreningen af Rådgivende Ingeniører, der overfor Undervisningsministeriet har varetager de 6 rådgivende ingeniørfirmaers interesse i forbindelse med udbuddet, ligesom der blev korresponderet mellem foreningen og ministeriet. Den 22. februar 1994 blev der afholdt spørgemøde.

Den 7. marts 1994 indleverede de 6 rådgivende ingeniørfirmaer tilbud, der var afgivet med 4 forbehold. Forbeholdene var konciperet af de bydende i fællesskab og således identiske for samtlige tilbudsgivere. De 2 af forbeholdene var sålydende:

»... Tilbud i henhold til efterfølgende rådgiveraftale er afgivet under forudsætning af følgende:

- at tilbudsgiver er indforstået med, at udbyder og den vindende tilbudsgiver kan benytte ideer og forslag fra de ikke-vindende tilbud, dog under forudsætning af, at der indgås aftale mellem udbyder og den ikke-vindende tilbudsgiver om betaling herfor.
-
-

- at rådgiveraftalens punkt 11 erstattes af følgende:
ABR 89 kapitel 6.2 om ansvar er gældende.
Rådgiverens økonomiske ansvar er begrænset til 20 mio kr.,
jf. ABR 89 pkt. 6.2.2. ...«

Efter modtagelsen blev tilbuddene vurderet af et bedømmelsesudvalg, der indstillede til Undervisningsministeriet, at et af tilbuddene blev antaget som det bedste, idet bedømmelsesudvalget tilkendegav, at stillingtagen til forbehold lå uden for udvalgets kompetence. Ved skrivelser af 17. marts 1994 indbød ministeriet de 6 tilbudsgivere og foreningen til en forhandling den 22. marts 1994. Som begrundelse herfor anførte ministeriet i skrivelsen følgende:

».... Ved afgivelsen af tilbud har samtlige bydende taget et fælles forbehold.

Det er udbyders opfattelse, at forbeholdet i forhold til udbudsmaterialet er ukonditionsmæssigt, hvilket betyder at udbyderen ikke kan antage nogen af tilbuddene og hermed heller ikke det tilbud, bedømmelsesudvalget har indstillet til accept. ...«

Under de efterfølgende forhandlinger mellem ministeriet og de 6 tilbudsgivere, hvor også klageren var repræsenteret, tilkendegav ministeriet, at ministeriet på grund af de forbehold, der var knyttet til tilbuddene, var berettiget til at iværksætte de procedurer, der er beskrevet i Rådets Direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler art. 11, stk.2, litra a, mens foreningen på de 6 tilbudsgivers vegne bestred, at ministeriet var berettiget til at følge disse procedurer. På et møde den 30. marts 1994 blev der ved klagerens mellemkomst mellem ministeriet og de 6 tilbudsgivere opnået enighed om en forståelse af de 4 forbehold, som tilbudsgiverne havde taget, og ministeriet indgik herefter aftale med det rådgivende ingeniørfirma, hvis tilbud af bedømmelsesudvalget var indstillet til godkendelse.

Foreningen af Rådgivende Ingeniører har den 6. juli 1994 indgivet klage til Klagenævnet for Udbud over Undervisningsministeriet i anledning af det pågældende udbud.

Foreningen har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede, Undervisningsministeriet, var uberettiget til at forkaste de 6 tilbud, der blev afgivet ved udbuddet af rådgivende ingeniørvirksomhed i forbindelse med ombygningen af Det Kongelige Bibliotek (udbud 93/S 245 -68428/DA), med den begrundelse, at tilbuddene som følge af et forbehold vedrørende benyttelse af tilbud, der ikke antages, og et forbehold vedrørende ansvarsbegrænsning for tilbudsgiveren ikke var forskriftsmæssige, jf. Rådets Direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler art. 11, stk. 2, litra a.

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

Der har under sagens behandling for klagenævnet mellem parterne været enighed om, at Foreningen af Rådgivende Ingeniører er klageberettiget i denne sag, jf. bekendtgørelse nr. 72 af 30. januar 1992 § 14, stk. 1.

Der har endvidere under sagens behandling mellem parterne været enighed om, at Klagenævnet alene skal tage stilling til betydningen af de 2 anførte forbehold i de 6 tilbud, idet Undervisningsministeriet har tilkendegivet, at de 2 andre forbehold, der var taget i de 6 tilbud, ikke blev tillagt betydning ved ministeriets afgørelse af, om tilbuddene var forskriftsmæssige.

Den 17. februar 1994 - altså før de 6 tilbud var indleveret - skrev foreningen således til ministeriet:

»... Som foreslået af Byggedirektoratet skal F.R.I. på samtlige de prækvalificerede firmaers vegne herved fremkomme med spørgsmål til det udsendte udbudsmateriale i forbindelse med ovennævnte konkurrence.

...

Konkurrencevilkår.

...

Ejendomsret til tilbuddene:

Det er anført, at udbyder får ejendomsretten til de i tilbuddene indeholdte beskrivelser. Det er uklart, om udbyder herved påregner at få overdraget de immaterielle rettigheder over de udarbejdede beskrivelser eller om det alene drejer sig om ejendomsretten til det konkrete materiale, der bliver udleveret til udbyder.

Såfremt der er tale om overdragelse af immaterielle rettigheder er dette uacceptabelt, idet disse er en del af de bydendes forretningsgrundlag og vil derfor ikke kunne overdrages for tilbudsvederlaget på kr. 35.000.

Ligeledes kan det heller ikke accepteres, at det vindende firma, således som det efterfølgende anføres, er berettiget til at anvende ideer og forslag fra de øvrige tilbud.

Det kan alene tilbydes, at tilbudsgiverne påtager sig at være indforstået med at sælge forslag mv., såfremt det måtte blive aktuelt.

Rådgiveraftale.

...

Ad 11.

Ansvarsbegrænsninger accepteres ikke, hvilket findes uhensigtsmæssigt, idet udbyder ikke under alle omstændigheder kan påregne at få dækning for tab ud over forsikringsdækningen, ligesom det findes uheldigt, at tilbudsgiverne på denne måde sættes til at konkurrere på egenkapital.

Det skal foreslås, at der aftales en ansvarsbegrænsning på kr. 20 mio. svarende til den krævede forsikringsdækning.

...«

Undervisningsministeriet besvarede denne henvendelse ved en skrivelse af 21. februar 1994, hvori det bl.a. hedder:

»...

Ad ejendomsret til tilbudene

I lighed med arkitektkonkurrencer, har udskriveren brugsretten til de indkomne forslag, medens tilbudsgiveren har ophavsretten.

...

Punkt 11

Det fastholdes, at ansvarsbegrænsning ikke accepteres. De bydendes kapitalforhold kan ikke indfortolkes under nogen af bedømmelseskriterierne og vil derfor ikke få nogen indflydelse på valget.

...«

I et referat udarbejdet af Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet, vedrørende spørgemødet den 22. februar 1994, hvori såvel Foreningen af Rådgivende Ingeniører som de 6 udvalgte rådgivende ingeniørfirmaer deltog, hedder det bl.a.:

»...

7. F.R.I. rejste spørgsmålet om vederlaget for tilbudsgivning er stort nok til at udbyderen kan få brugsretten til de indkomne forslag.

Udbyderen oplyser, at det er en brugsret i forbindelse med det konkrete projekt og ikke en ejendomsret, men fastholder i øvrigt sin ret hertil.

...

16. F.R.I. beklagede, at ansvarsbegrænsninger ikke accepteres under henvisning til, at udbyderen ikke kan påregne at få dækning ud over forsikringsdækningen.

Udbyderen kan ikke acceptere ansvarsbegrænsninger.

....«

Kontorchef Flemming Lethan, Bygge- og Boligstyrelsen, Boligministeriet, har forklaret, at hovedreglen om erstatningsansvar efter ABR 89, der skal anvendes af statslige bygherrer, er ubegrænset erstatningsansvar, og det er for statsligt byggeri foreskrevet, at der normalt ikke bør indgås aftaler indeholdende ansvarsbegrænsninger. Dette fremgår af Byggestyrelsens Bygherrevejledning 1983 side 184. Han har aldrig selv været ude for, at styrelsen har accepteret ansvarsbegrænsninger. Bygge- og Boligstyrelsen fører ikke tilsyn med de andre ministeriers byggeri, men rigsrevisionen påser, at der ikke indgås aftaler med ansvarsbegrænsning. I midten af juni 1994 godkendte Bygge- og Boligstyrelsen en nyordning, hvorefter der godkendes ansvarsbegrænsning i forbindelse med, at den rådgivende ingeniør tegner en speciel

projektforsikring vedrørende det pågældende projekt, og denne forsikringsdækning fastsættes i udbudsmaterialet.

Jurist Malene Grønvald, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, har forklaret, at hun deltog i spørgemødet den 22. februar 1994 som repræsentant for Foreningen af Rådgivende Ingeniører. Spørgs målet om ansvarsbegrænsning blev ikke drøftet på mødet, men foreningen var bekendt med, at ministeriet var imod ansvarsbegrænsning, men ikke baggrunden herfor. Det blev ikke på mødet sagt, at forbehold vedrørende ansvarsbegrænsning ville føre til forkastelse af tilbud, og hun havde heller ikke under mødet indtryk af, at et sådant forbehold ville kunne give anledning til forkastelse. Foreningen var klar over, at ministeriet ikke ville bryde sig om det forbehold, der blev indsat vedrørende ansvarsbegrænsning, men havde ikke regnet med, at det ville medføre forkastelse. Foreningen satte forbeholdet ind for at komme i dialog med ministeriet om ansvarsspørgsmålet.

Fuldmægtig Ulla Skall Joensen, Undervisningsministeriets Byggedirektorat, har forklaret, at det aktuelle udbud er byggedirektoratets første udbud efter tjenesteydelsesdirektivet vedrørende teknisk rådgivning. Udkastet til rådgiveraftale var ministeriets standardkontrakt. Da de statslige myndigheder har fået pålæg om ikke at acceptere ansvarsbegrænsninger i kontrakter vedrørende byggerier, blev det i udkastet til rådgiveraftale udtrykkeligt i tilslutning til henvisningen til ABR 89 anført, at ansvarsbegrænsninger ikke accepteres. Staten har haft den principielle holdning, at aftaleparter ikke skal kunne forhandle sig ud af et ansvar, og dette princip er kun fraveget i helt specielle situationer, hvor fx et eventuelt tabs omfang har været helt uoverskuelig. Hun deltog i spørgemødet den 22. februar 1994 som repræsentant for Byggedirektoratet, og på dette møde tilkendegav de bydende, at de fandt det urimeligt, at der ikke blev accepteret ansvarsbegrænsning. Hun fastholdt på byggedirektoratets vegne forbudet mod ansvarsbegrænsning. Der blev ikke talt om, at forbehold om ansvarsbegrænsning ville føre til forkastelse af et tilbud. Hun forestillede sig ikke dengang, at tilbudsgivere ville tage forbehold vedrørende ansvarsbegrænsning.

Arkitekt Peter Birk Hansen, Undervisningsministeriets Byggedirektorat, har forklaret, at standardrådgiveraftalen henviser til ABR 89, hvorefter der kan træffes særlige aftale om ansvarsbegrænsning, men ønsker om ansvarsbegrænsning ved statsligt byggeri bliver ikke imødekommet. Kun hvis der foreligger helt særlige omstændigheder, kan det tænkes, at forbehold accepteres, men sådanne særlige omstændigheder forelå ikke ved det aktuelle projekt. På spørgemødet den 22. februar 1994 tilkendegav ingeniør Svend E. Petersen, der var medlem af bedømmelsesudvalget som repræsentant for F.R.I., at det var urimeligt, at man ikke accepterede ansvarsbegrænsninger.

Foreningen af Rådgivende Ingeniører har til støtte for sin påstand gjort gældende, at de 2 forbehold, som de 6 tilbudsgivere tog, hverken hver for sig eller samlet vedrører grundlæggende bestemmelser i udbudsbetingelserne, og at de 6 tilbud således var forskriftsmæssige. Indklagede var således ikke berettiget til at forkaste tilbuddene, jf. Rådets Direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 artikel 11, stk. 2, litra a.

Foreningen har nærmere anført, at det efter tjenesteydelsesdirektivet påhviler en udbyder at vurdere, om et forbehold i et tilbud vedrører grundlæggende bestemmelser i udbudsvilkårene med den virkning, at tilbuddet skal forkastes, eller om forbeholdet ikke vedrører grundlæggende bestemmelser i udbudsbetingelserne med den virkning, at udbyderen ikke er berettiget til at forkaste tilbuddet som ikke-forskriftsmæssigt. I sidstnævnte tilfælde har udbyderen mulighed for at optage forhandling med tilbudsgiveren med henblik på at finde en løsning vedrørende forbeholdet. Det er

klart, at en tilbudsgiver ikke ved at indsætte et forbehold kan tvinge en udbyder til at indgå en kontrakt indeholdende det pågældende forbehold, og udbyderen vil således altid, hvis der ikke ved forhandling opnås en løsning, have mulighed for at se bort fra det tilbud, hvortil der er knyttet et forbehold. Ved afgørelsen af, om et forbehold vedrører en grundlæggende bestemmelse i udbudsbetingelserne eller må anses for mindre væsentlig, skal udbyderen sikre, at der ikke sker en krænkelse af den grundsætning om lige vilkår for de bydende, der er et væsentligt element i EU-rettens regler om offentlige udbud. Sættes grænsen for »grundlæggende bestemmelser« for højt, vil der kunne opstå risiko for forskelsbehandling under de forhandlinger, som finder sted på grund af forbeholdet. Denne risiko for forskelsbehandling er imidlertid ikke til stede i den aktuelle situation, hvor alle 6 tilbudsgivere har taget nøjagtigt de samme forbehold. Grænsen for »grundlæggende bestemmelser« må imidlertid heller ikke sættes for lavt, idet der også i denne situation vil kunne opstå nogle u hensigtsmæssige virkninger. Sættes grænsen for lavt, vil der opstå risiko for, at udbud forkastes på grund af forbehold vedrørende bagatelagtige forhold, og dette vil kunne føre til vilkårlighed. Et af de 2 andre forbehold, som tilbudsgiverne tog, var efter foreningens opfattelse faktisk væsentligere end de forbehold, som gav anledning til forkastelsen af tilbuddene. En for lav grænse vil endvidere kunne føre til forskelsbehandling af udenlandske tilbudsgivere, idet disse i praksis oftere tager forbehold end danske tilbudsgivere bl.a. på grund af ukendskab til danske forhold. En for lav grænse vil endelig føre til anvendelse af proceduren i artikel 11, stk. 2, litra a, om udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse i videre omfang end tilsigtet, og der vil derved kunne opstå en praksis, som er i strid med grundlæggende EU-regler.

Foreningen har vedrørende de materielle indhold i de to forbehold anført følgende: Forbeholdet vedrørende anvendelsen af ideer og forslag fra ikke-antagne tilbud har ikke megen betydning for den tilbudsgiver, hvis tilbud antages, da der i forvejen er en betydelig usikkerhed om rækkevidden af immaterielle rettigheder vedrørende ingeniørydelser, og da det på forhånd vil være usikkert, om der overhovedet bliver behov for at anvende ideer og forslag fra de ikke-antagne tilbud. Skulle der imidlertid opstå behov for at anvende ideer og forslag fra disse tilbud, vil der efterfølgende kunne findes en løsning ved forhandling. Forbeholdet vedrørende ansvarsbegrænsning er ligeledes uden praktisk betydning, fordi beløbet på 20 mio. kr. reelt dækker den risiko, der er. Forsikringsselskabet Tryg, som gennem en årrække har tegnet ansvarsforsikringer for foreningens medlemmer, har således oplyst, at der aldrig er udbetalt erstatning på over 15 mio. kr. Hertil kommer, at den ordning, der trådte i kraft pr. 1. juli 1994, netop har accepteret grænsen 20 mio. kr. vedrørende projektforsikringerne.

Foreningen har for det tilfælde, at Klagenævnet statuerer, at forbeholdene vedrører grundlæggende bestemmelser i udbudsvilkårene, i anden række gjort gældende, at indklagede ved sin adfærd i forbindelse med det aktuelle udbud har handlet på en måde, der afskærer ministeriet fra at forkaste tilbuddene. Udbudsmaterialets »Generelle Betingelser« punkt 1.10. »Ufravigelige krav« indeholder intet om, at forbehold vedrørende anvendelsen af ideer og forslag fra ikke-antagne tilbud og om ansvarsbegrænsning vil føre til forkastelse af tilbud. Endvidere burde det på spørgemødet den 22. februar 1994 af ministeriet repræsentanter udtrykkeligt være tilkendegivet, at forbehold i et tilbud vedrørende de nævnte bestemmelser i udbudsbetingelserne ville medføre forkastelse af de pågældende tilbud.

Undervisningsministeriet har til støtte for sin påstand gjort gældende, at de 2 forbehold, som de 6 tilbudsgivere tog, vedrørte grundlæggende bestemmelser i udbudsbetingelserne, og at de 6 tilbud således ikke var forskriftsmæssige, jf. Rådets Direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 artikel 11, stk. 2, litra a. Indklagede var derfor efter de gældende udbudsregler såvel berettiget som forpligtet til at

forkaste tilbuddene, ligesom indklagede var berettiget til derefter at iværksætte et udbud efter forhandling efter forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse efter direktivets artikel 11, stk. 2, litra a. Indklagede har gjort gældende, at hver af de 2 forbehold vedrørte grundlæggende bestemmelser i udbudsbetingelserne, og at hvert af disse forbehold derfor bevirkede, at indklagede var berettiget og forpligtet til at forkaste tilbuddene. Indklagede har subsidiært gjort gældende, at de 2 forbehold, når de optræder i samme tilbud, vedrørende grundlæggende bestemmelser i udbudsbetingelserne og derfor bevirker, at indklagede er berettiget og forpligtet til at forkaste tilbuddene.

Indklagede har specielt vedrørende udbudsmaterialet anført, at det utvetydigt af udbudsmaterialet fremgår, at såvel spørgsmålet om ansvarsbegrænsning som spørgsmålet om anvendelsen af ideer og forslag fra ikke-antagne tilbud af udbyderen anses for grundlæggende bestemmelser i udbudsvilkårene, og at forbehold vedrørende disse spørgsmål således vil medføre, at et tilbud bliver forkastet. Vedrørende spørgsmålet om ansvarsbegrænsning er det i Udkastet til rådgiveraftale udover en henvisning til ABR 89 udtrykkeligt anført, at ansvarsbegrænsninger ikke accepteres. Det fremgår endvidere klart af udbudsbrevet af 25. januar 1994, at rådgiveraftalen ikke indgår i de kriterier, som tilbuddene vil blive bedømt efter, og det er i overensstemmelse hermed i Generelle Betingelser anført, at der i rådgiveraftalen alene skal ske udfyldelse af punkt 8.1. om honorarprocenten samt ske underskrivelse med kendetegn. På denne baggrund må det konstateres, at indklagede på helt utvetydig måde over for tilbudsgiverne har tilkendegivet, at et ubetinget ansvar anses for en grundlæggende bestemmelse i udbudsvilkårene. Vedrørende spørgsmålet om anvendelsen af ideer og forslag fra ikke-antagne tilbud er det udtrykkeligt i udbudsbrevet af 25. januar 1994 og i Generelle Betingelser anført, at der til tilbudsgivere, der afgiver konditionsmæssige tilbud, ydes et vederlag på 35.000 kr. excl. moms. I sammenhæng hermed er det i generelle Betingelser endvidere anført, at den tilbudsgiver, der får overdraget opgaven, skal være berettiget til at anvende ideer og forslag fra de ikke-antagne tilbud. Ved disse bestemmelser har indklagede på helt utvetydig måde over for tilbudsgiverne tilkendegivet, at bestemmelsen om benyttelse af ideer og forslag fra ikke-antagne tilbud er et vilkår for at deltage i tilbudsgivningen, som der ikke kan tages forbehold overfor.

Indklagede har specielt vedrørende kontakten mellem indklagede og de 6 tilbudsgivere i tiden mellem prækvalifikationen og indgivelsen af tilbud anført, at indklagede under denne kontakt har understreget, at ministeriet anså begge de nævnte forhold for grundlæggende bestemmelser i udbudsvilkårene. Indklagede har ikke under denne kontakt udtrykkeligt tilkendegivet, at forbehold vedrørende disse forhold vil medføre forkastelse af tilbuddene, men det påhviler imidlertid heller ikke en udbyder nogen pligt til udtrykkeligt at fremkomme men en sådan tilkendegivelse.

Indklagede har specielt vedrørende det materielle indhold i de to pågældende bestemmelser i udbudsvilkårene anført følgende: På tidspunktet for det pågældende udbud var det for statslige udbydere en næsten undtagelsesfri regel, at de ikke måtte acceptere ansvarsbegrænsninger, og der forelå ikke ved det konkrete udbud særlige omstændigheder, som kunne begrunde en fravigelse fra dette forbud. Formålet med bestemmelsen om, at den vindende tilbudsgiver skulle kunne anvende ideer og forslag fra ikke-antagne tilbud, var at fremme projekteringen ved at give vinderen mulighed for at anvende kreative elementer fra de øvrige tilbud inden for rammerne af alment teknisk fælleseje. En accept af tilbudsgivernes forbehold ville lægge hindringer i vejen herfor. Det ville ikke være nogen acceptabel løsning hverken for ministeriet eller for den tilbudsgiver, som fik opgaven, blot at henvise denne til at forhandle spørgsmålet med de tilbudsgivere, hvis ideer og forslag det blev aktuelt at anvende.

Klagenævnet udtaler:

Efter det oplyste om formålet med, at indklagede i udbudsvilkårene indsatte vilkår om, at ansvarsbegrænsninger ikke ville blive accepteret, og om at den tilbudsgiver, hvis tilbud blev antaget, skulle kunne benytte ideer og forslag fra ikke-antagne tilbud, og efter det oplyste om disse vilkårs betydning for indklagede, kan klagenævnet tiltræde, at opfyldelsen af disse vilkår blev anset for afgørende ved vurderingen af, om tilbud var forskriftsmæssige. Indklagede har endvidere ved sin udformning af udbudsmaterialet på tilstrækkelig tydelig måde over for tilbudsgiverne tilkendegivet disse vilkårs betydning. Indklagede har ikke i forbindelse med udbuddet handlet på en måde, der afskærer ministeriet fra at forkaste tilbuddene, idet det herved specielt skal bemærkes, at det ikke påhviler en udbyder udtrykkeligt at anføre, i hvilke situationer tilbud vil blive forkastet som ikke-forskriftsmæssige.

Indklagede findes således at have været berettiget til på grund af de pågældende forbehold at forkaste de 6 tilbud som ikke-forskriftsmæssige, jf. Rådets Direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 artikel 11, stk. 2, litra a, og foreningens klage tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Foreningen af Rådgivende Ingeniørers klage over Kulturministeriet ved Undervisningsministeriet tages ikke til følge.