

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Kaj Kjærsgaard, Helle Bøjen Larsen)

J.nr.: 01-213.807

22. marts 2002

K E N D E L S E

Johs. Sørensen & Sønner Århus A/S
(advokat Lars Grøngaard, Århus)

mod

Århus Kommunale Værker
(advokat Torben Brøgger, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse af 27. april 2001 udbød Århus Kommunale Værker som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet), en tjenesteydelse bestående af indsamling af glas og papir fra opstillede kuber m.m. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Ved tilbudsfristens udløb den 16. august 2001 var der afgivet tilbud fra fire prækvalificerede virksomheder, herunder klageren.

I henhold til udbudsbetingelserne, der blev sendt til de prækvalificerede i juni 2001, skulle tilbudspriserne i tilbudene beregnes på grundlag af enhedspriser for det forventede antal tømninger, og enhedspriserne skulle angives i nogle tilbudslister, der var bilagt udbudsbetingelserne.

Den samlede tilbudspris i klagerens tilbud var væsentligt lavere end de samlede tilbudspriser i de øvrige tilbud, hvilket foranledigede indklagede til i et brev af 22. august 2001 at stille klageren nogle spørgsmål om tilbudsprisens beregning. I brevet henvistes til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 37 (om tilbud, der forekommer unormalt lave).

Efter at klageren havde besvaret spørgsmålene, meddelte indklagede i et brev af 27. august 2001 til tilbudsgiverne, at klagerens tilbud havde den laveste pris, og at man herefter ville tage kontakt til klageren med henblik på indgåelse af kontrakt.

Nogle få dage derefter blev indklagede opmærksom på, at der var en fejl i udbudsbetingelserne med hensyn til disses angivelse af det forventede antal tømninger af papir- og glaskuber. Fejlen gik ud på, at angivelsen i tilbudslisterne af antallet af tømninger var langt lavere det rigtige antal tømninger, der var anført i selve udbudsbetingelserne. Indklagede annullerede herefter udbudet den 7. september 2001, hvilket man meddelte tilbudsgiverne ved breve af samme dag.

Ved udbudsbekendtgørelse af 10. september 2001 udbød indklagede som offentligt udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet den samme ydelse ligeledes med tildelingskriteriet laveste pris. Også under dette udbud afgav klageren et tilbud, men var ikke lavestbydende, og kontrakten blev indgået med en anden tilbudsgiver, der var lavestbydende.

Klagen til Klagenævnet er indgivet ved klageskrift af 26. oktober 2001. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse begæring om, at Klagenævnet i medfør af Lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 15. november 2001 besluttede Klagenævnet ud fra en samlet vurdering, herunder baggrunden for indklagedes annullation af udbudet, ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 1. marts 2002.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Principal: Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at annullere udbudet i henhold til udbudsbekendtgørelsen af 27. april 2001 vedrørende indsamling af glas og papir.

Subsidiært: Klagenævnet skal konstatere, at indklagede ved at annullere det nævnte udbud, efter at der ved skrivelse af 27. august 2001 var sket ordretildeling til klageren, har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2.

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

Der er fremlagt et antal bilag. I medfør af forvaltningslovens § 15, stk. 1, har klageren ikke haft aktindsigt i visse af bilagene.

Det fremgår af sagens oplysninger, at klagerens tilbudspris i henhold til det første udbud også ville have været den laveste, selvom tilbudsprisen var blevet beregnet på grundlag af det rigtige antal tømninger.

Der er afgivet forklaringer af Lars Sørensen som repræsentant for klageren og af Frede Markussen som repræsentant for indklagede.

Af Lars Sørensen forklaring er bl.a. fremgået: Klagerens udfærdigelse af tilbudet i henhold til det første udbud skete af forskellige grunde under tids-pres, og klageren blev først opmærksom på uoverensstemmelsen mellem udbudsbetingelsernes og tilbudslisternes angivelse af antal tømninger, efter at fristen for at stille spørgsmål til udbudsbetingelserne var udløbet. Man forestillede sig dog ikke, at der var tale om en fejl, men gjorde sig forskellige tanker om, hvad formålet kunne være.

Af Frede Markussens forklaring er bl.a. fremgået: Uoverensstemmelsen mellem angivelserne i udbudsbetingelserne og tilbudslisterne af antallet af tømninger skyldtes en banal fejl. Efter at man var blevet opmærksom på fejlen, fremgik det, at der ville blive klaget til Klagenævnet for Udbud, uanset hvad man foretog sig. Hvis man ikke annullerede udbudet og i stedet indgik kontrakt med klageren, ville en af de andre tilbudsgivere indgive klage. Hvis man annullerede udbudet, ville klageren indgive klage. Man valgte herefter at annullere udbudet ud fra en betragtning om, at man ville have størst udsigt at vinde en klagesag rejst af klageren.

Klageren har i hovedtræk gjort gældende: Indklagedes meddelelse af 27. august om, at man ville tage kontakt til klageren med henblik på indgåelse af kontrakt, er en accept af klagerens tilbud og bevirkede, at der var indgået en bindende aftale mellem indklagede og klageren om opgavens udførelse. Meddelelsen var endvidere indklagedes ordretildeling, og udbudet var dermed afsluttet. Uanset at en udbyder af et EU-udbud kan annullere udbudet, hvis der er saglig grund hertil, har indklagede herefter været afskåret fra at annullere det første udbud. En udbyders adgang til at annullere sit udbud ophører, når udbudet er afsluttet med udbyderens meddelelse om ordretil-

delingen, hvilket logisk følger af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2. Det er uden betydning for sagen, at klageren ved tilbudets afgivelse var opmærksom på uoverensstemmelserne mellem udbudsbetingelserne og tilbudslisterne.

Indklagede har i hovedtræk gjort gældende: Indklagedes meddelelse af 27. august er ikke en accept af klagerens tilbud, og der er derfor ikke indgået en bindende aftale mellem parterne om klagerens udførelse af opgaven. Indklagede har endvidere haft saglig grund til at annullere det første udbud, og Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, kan ikke være til hinder herfor.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet har i flere kendelser fastslået, at en udbyder af et EU-udbud kan annullere udbudet, hvis udbyderen har saglig grund hertil, og indklagedes annulation af det første udbud var sagligt begrundet i, at indklagede havde opdaget en fundamental fejl i udbudsbetingelserne.

Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, fastsætter ikke udtrykkeligt, at en annulation som omtalt ikke kan foretages efter den underretning om kontraktstildelingen, der er foreskrevet i bestemmelsen. Det almindelige fortolkningsprincip, der ifølge EF-domstolens gentagne tilkendegivelser skal anvendes ved fortolkningen af udbudsdirektiverne, fører endvidere ikke til indfortolkning af en sådan regel i bestemmelsen. I henhold til det nævnte fortolkningsprincip skal udbudsdirektiverne fortolkes således, at deres effektive virkning tilgodeses, og det vil ikke tilgodeses Tjenesteydelsesdirektivets effektive virkning at fortolke direktivets artikel 12, stk. 2, som hævdet af klageren. Derimod ville den fortolkning, som klageren gør gældende, efter omstændighederne kunne modvirke direktivets effektive virkning.

Det er uden betydning for sagen, om indklagedes meddelelse af 27. august 2001 skal anses for en accept af klagerens tilbud, således at der er indgået en bindende aftale mellem parterne om klagerens udførelse af opgaven, og således at indklagedes annulation af det første udbud derfor er en misligholdelse af denne aftale. Dette spørgsmål afhænger af dansk entreprise- og aftaleret, hvilket Klagenævnet ikke kan beskæftige sig med.

Som følge af det anførte tages klagen ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Det pålægges ikke indklagede at betale sagsomkostninger til klageren.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig