

K E N D E L S E

Køster Entreprise A/S
(advokat Henning Bill, København)

mod

Morsø Kommune
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Ved annoncer af ikke oplyst dato i Dagbladet Licitation og i Morsø Folkeblad udbød Morsø Kommune »i offentlig entreprise...under tjenesteydelsesdirektivet« som led i udarbejdelsen af spildevandsplan for bebyggelser i det åbne land på Mors entreprisen vedrørende spuling og TV-inspektion af afløbssystemerne i en række mindre byer på Mors. Det var i udbudsbetingelserne fastsat, at tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Udbudsbetingelserne blev udsendt i juni 2003, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 24. juli 2003 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Køster Entreprise A/S	841.068 kr.
2. Sydjysk Kloak- og Industriservice A/S	1.128.568 kr.
3. Nordjysk Kloak- og Industriservice A/S	1.251.246 kr.
4. Trio Inspections TV	1.257.972 kr.
5. Fyns Kloak Service A/S	1.386.546 kr.

Den 3. september 2003 besluttede Morsø Kommune at indgå kontrakt med 3. Nordjysk Kloak- og Industriservice A/S. Den 12. september 2003 påpegede Køster Entreprise A/S over for kommunen en række overtrædelser af udbudsreglerne og krævede erstatning. Den 25. september 2003 meddelte Morsø Kommune Køster Entreprise A/S, at kommunen havde besluttet at

annullere udbudsforretningen med henblik på lovliggørelse, og at kontrakt med 3. Nordjysk Kloak- og Industriservice A/S ikke var indgået.

Den 30. april 2004 indgav klageren, Køster Entreprise A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Morsø Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 2. september 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i udbudsbekendtgørelsen at forbeholde sig ret til at vælge frit mellem de indkomne tilbud eller forkaste dem alle.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, litra a, ved i annoncerne i Dagbladet Licitation og Morsø Folkeblad og i udbudsbetingelserne som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat »entreprenørens erfaring med tilsvarende opgaver« og »entreprenørens organisation og medarbejdere«, uanset at disse kriterier ikke var egnede til at fastlægge det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at beslutte at indgå kontrakt med klageren, hvis tilbud var det laveste, uanset at de fastsatte underkriterier – bortset fra underkriteriet »tilbudssummen« – ikke var egnede, og tilbudene derfor skulle vurderes efter tildelingskriteriet »den laveste pris«.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at anvende de fastsatte underkriterier sagligt og korrekt.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 18, stk. 3 og 4, og det EU-udbudsretlige ligebe-

handlingsprincip og gennemsigtighedsprincip ved efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud at have ændret i udbudsbetingelserne, idet indklagede nu tillige af tilbudsgiverne krævede dels levering af tv-inspektioner i programmet WIN CAN, dels oplysninger om supplerende referencer med angivelse af, om der var foretaget indmåling af brønde, samt hvilket program der var leveret i.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, herunder forhandlingsforbudet, ved efter tilbudenes afgivelse at have forhandlet med tilbudsgiverne om pris og andre grundlæggende vilkår for kontrakten.

Påstand 7

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 312.500 kr. med procesrente fra den 30. april 2004.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 129.438,75 kr. med procesrente fra den 30. april 2004.

Indklagede har vedrørende påstand 1, 2, 5 og 6 nedlagt påstand om afvisning. Indklagede har erkendt overtrædelserne.

Indklagede har vedrørende påstand 3 og 4 nedlagt påstand om, at påstandene ikke tages til følge. Vedrørende påstand 7 og 8 har indklagede påstået frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 7 og 8, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 6.

Sagens nærmere omstændigheder

Annoncerne i dagbladet Licitation og Morsø Folkeblad indeholder følgende vedrørende tildelingskriteriet:

».....

Bygherren vil vælge det tilbud, der for bygherren set under ét er økonomisk mest fordelagtigt. Der foretages følgende økonomiske vægt-

ning:

- Tilbudssummen (75%)
- Tilbudssummen Entreprenørens erfaring med tilsvarende opgaver (15%)
- Tilbudssummen Entreprenørens organisation og medarbejdere (10%)

Bygherren forbeholder sig ret til at tage alternative tilbud, vælge frit mellem de indkomne tilbud, og at forkaste alle de indkomne tilbud

.....«

I udbudsbetingelserne af juni 2003 er anført følgende vedrørende tildelingskriteriet:

»Tildelingskriteriet for entreprisen er, at det tilbud der for bygherren set under ét er det økonomisk mest fordelagtige. Der foretages følgende økonomiske vægtning:

- Tilbudssummen (75%)
- Entreprenørens erfaring med tilsvarende opgaver (15%)
- Entreprenørens organisation og medarbejdere (10%).«

Den udbudte tjenesteydelse er i udbudsbetingelserne af juni 2003 beskrevet således:

».....

2.2

Der udbydes indmåling af brønde med GPS, brøndinspektion samt spuling og TV-inspektionsopgaver af det offentlige afløbssystem på Mors som led i udarbejdelse af spildevands- samt saneringsplan for det offentlige kloaksystem.

.....

5.1....

Entreprenøren skal dokumentere, at de er frivilligt registreret ved anmeldelse til DTVK (Danske TV-inspektionsfirmaers kontrolordning).

.....

5.7.....

Optagelse på DVD

TV-entreprenøren skal optage den effektive inspektion på nye DVD skiver. Bygherren ønsker alle optagelser og rapporter afleveret på DVD. Ved optagelse på DVD skal denne kunne gengive på standard PC med Windows brugerflade. Dette skal leveres i DVD R eller DVD RW format.

.....

DVD optagelsen skal leveres med et software, som muliggør, at der kan »klikkes« på hver enkelt konstateret observation på en given strækning, og herved simpelt finde frem til den tilhørende billedsekvens.

.....

Ved start og slut af alle ledningsstrækninger skal den indvendige ledningsdimension opmåles med en nøjagtighed på +/- 10 mm. Der måles både lodret og vandret.

.....

6.2. Indmåling af brøndenenes placering med GPS

Der skal foretages en nøjagtig indmåling af brøndenenes placering med GPS. Dataene skal leveres i SKV-format således, at der kan ske indlæsning til DAS-format.

.....

6.3. Rapportering

.....

Der udarbejdes brøndrapporter for alle knudepunkter. Samtlige punkter i brøndrapporten, på nær alder, anlægsår og x- og y koordinat udfyldes

.....

Slutrapportering/Aflevering

.....

8.2 DVD

TV-inspektionerne skal afleveres digitalt på DVD. Desuden skal informationerne fra rapporteringsskemaerne overføres til fil på DVD i det med bygherren aftalte DAS-udvekslingsformat (DAS-4 format).

.....«

I udbudsbetingelserne er i afsnittet vedrørende entreprenørens kvalitetskontrol anført, at entreprenøren skal dokumentere, at »TV-inspektionen kvalitetssikres af uvildig instans (f.eks. af DTVK)«.

Tilbudsgiverne skulle ved afgivelsen af tilbud benytte en tilbudsliste, som var vedhæftet licitationsbetingelserne. Som bilag hertil skulle tilbudsgiverne afgive erklæring om gæld til det offentlige, om entreprenørens organisation og medarbejdere, herunder disses uddannelse og erfaring, om det materiel, der forventedes anvendt til opgaven, samt om tilbudsgiverens erfaring med tilsvarende opgaver.

Klageren afgav herefter den 2. juli 2003 tilbud med den nævnte samlede tilbudssum på 841.068 kr. Den 14. juli 2003 afgav 3. Nordjysk Kloak- og Industriservice A/S tilbud med den nævnte samlede tilbudssum på 1.251.246 kr.

I klagerens tilbud er ud for linien »Evt. forbehold« tilføjet: »DTVK afgift pr. brøndtræk Kr. 21.« Ligeledes har 2. Sydjysk Kloak- og Industriservice A/S i sit tilbud under punktet »Evt. forbehold« angivet: »administrationen af

brøndstrækningsafgift til DTVK ikke er incl. i enhedspriserne og udgør Kr. 21,- pr. brøndstræk.« 4. Trio Inspections TV og 5. Fyns Kloak Service A/S har under punktet anført: »Almindelige betingelser for TV-inspektion«.

I Vedtægter for Danske TV-inspektionsfirmaers Kontrolordning hedder det bl.a.:

»Medlemmerne af kontrolordningen er forpligtet til på deres faktura at angive udgiften til kontrolordningen, som udgiften til kontrolordningen i kroner pr. undersøgt strækning.

.....«

Efter telefonisk kontakt mellem klageren og indklagede skrev indklagede den 12. august 2003 således til klageren:

».....

Den 8. august 2003 er det i en e-mail angivet, at I pt. ikke kunne leverer i WIN CAN, men at I ville få programmet installeret i løbet af 14 dage.

Morsø Kommune skal for at kunne foretage en vurdering af de TV-inspektioner i foretager samt hvorledes I efterfølgende leverer til Morsø Kommune have fremsendt en test DVD, hvor TV-inspektionerne leveres i WIN CAN.

Da Morsø Kommune ønsker en afklaring, af hvem der skal tildeles entreprisen, skal Morsø Kommune senest den 15. august 2003 have modtaget en test DVD leveret i programmet WIN CAN.

.....«

Ved skrivelse af 13. august 2003 meddelte klageren indklagede, at det ville være forbundet med en softwareinvestering på 107.500 kr. at levere i WIN CAN. Klageren påpegede samtidig, at udbudsbetingelserne intet foreskrev om, at arbejdet skulle udføres i WIN CAN.

Ved skrivelse af 21. august 2003 indkaldte indklagede klageren til forhandling. Det anførtes, at der var tale om »forhandling med udgangspunkt i den afholdte licitation med henvisning til tilbudslovens § 10 og 11 og uden at opgavens karakter ændres væsentligt«. Det er under sagen for Klagenævnet oplyst, at de øvrige tilbudsgivere ligeledes blev indkaldt til forhandling, og at dagsordenen for forhandlingerne med hver af tilbudsgiverne var som anført i skrivelsen til klageren, nemlig:

».....

Teknisk Forvaltnings oplæg til forhandlingen forløber som følger:

- orienterer om hvilken procedure der følges.
- beskriver ændringer i forhold til licitationsmaterialet.
- fremlægger tidsplan/perspektiv.....«.

Forhandlingen med klageren fandt sted den 27. august 2003. Ved begyndelsen af mødet udleverede indklagede en fortegnelse over, hvad der skulle drøftes, og indklagede fremsendte den 3. september 2003 referat af mødet. Det fremgår heraf:

».....

Ad 2) Der blev ikke givet supplerende referencer udover dem der er angivet i licitationsmaterialet.

Ad 3) Køster Entreprise oplyste, at de tidligere har indmålt brønde med x- og y koordinater, men aldrig med z-koordinaten. De samarbejder med Dines Jørgensen rådgivende ingeniørfirma og mener ikke at der er problemer med at indmåle brøndene inden for de angivelser som Morsø kommune har angivet i licitationsmaterialet.

Ad 4)

.....

Køster oplyste, at de godt kan levere i Win Can, men at dette vil give anledning til en merpris på 75.000 kr. i forhold til den angivne pris i licitationsmaterialet.

Køster oplyste, at der går en uge fra programmet bestilles til de er klar til at tage programmet i brug, hvorfor det ikke vil give anledning til tidsfrist overskridelser.

.....«

I skrivelse af 4. september 2003, hvorved indklagede meddelte klageren, at indklagede 3. september 2003 havde besluttet at indgå kontrakt med 3. Nordjysk Kloak- og Industriservice, hedder det:

».....

Tildelingen af entreprisen er sket ud fra økonomiske mest fordelagtige tilbud ud fra følgende vægtning.

- Tilbudssummen (75%)
- Entreprenørens erfaring med tilsvarende opgaver (15 %)
- Entreprenørens organisation og medarbejdere (10 %)

Morsø Kommune har ud fra referencer, forhandlinger med de enkelte firmaer samt firmaernes erfaringer med at indmåle brønde vurderet at NKI's tilbud er det mest fordelagtige for Morsø Kommune.«

Indklagede har ikke under klagenævnssagen fremlagt forvaltningens sagsfremstilling, herunder indstillingen til kommunalbestyrelsen til brug for dennes beslutning om at indgå kontakt. Der er heller ikke fremlagt referater fra møder i kommunalbestyrelsen om spørgsmålet.

Ved skrivelse af 12. september 2003 rejste klageren over for indklagede erstatningskrav, fordi klageren ikke som lavestbydende var blevet tildelt entreprisen.

Ved skrivelse af 25. september 2003 erkendte indklagede, at der »i forskellig henseender« var sket overtrædelse af tjenesteydelsesdirektivet. Det blev anført, at kommunen havde besluttet at annullere udbudsforretningen med henblik på lovliggørelse, selv om udbud kunne være sket uden overholdelse af tjenesteydelsesdirektivet. Endelig blev det præciseret, at der ikke var indgået kontrakt med 3. Nordjysk Kloak- og Industriservice A/S.

Efter korrespondance mellem parterne meddelte indklagede den 11. november 2003 klageren, at denne ville blive indbudt til at deltage i den ny udbudsforretning.

Ved skrivelse af 8. december 2003 meddelte klageren indklagede, at klageren på baggrund af det hidtidige forløb havde besluttet ikke at deltage i en ny udbudsforretning.

Det er under mødet i Klagenævnet oplyst, at indklagedes på ny har udbudt entreprisen efter Tjenesteydelsesdirektivet.

Direktør Thomas Køster, Køster Entreprise A/S, har forklaret, at indklagede først i duplikken i sagen for Klagenævnet har nævnt, at klagerens forbehold for DTVK-afgiften skulle medføre, at klagerens bud var ukonditionsmæssigt. Dette blev f.eks. ikke nævnt under mødet den 27. august 2003. Eftersom entreprisen omfattede 1500 brønde, ville afgiften til DTVK beløbe sig til 1500 gange 21 kr. Det ville passe godt ind i firmaets arbejdstilrettelæggelse at få opgaven på Mors, for klageren havde netop afsluttet et projekt i Herning. Klageren regnede helt sikkert med at have

vundet licitationen, navnlig fordi prisen skulle vægtes med 75%, og klagerens tilbud lå langt under de øvrige. Han regnede med, at mødet i august ville munde ud i, at kontrakten blev underskrevet, og blev derfor meget forbløffet over, hvad det viste sig at være kommunens hensigt at drøfte på mødet. Da han foreholdt kommunens repræsentanter, at klageren mente klart at være den vindende, fik han at vide, at Tilbudslovens § 10 og 11 gav adgang til forhandling, også om prisen. Det blev ligeledes oplyst, at kommunen havde lagt en procedure, så »alle parter bliver lige behandlet«. På mødet skulle klageren udførligt forklare om de referencer, der var anført i tilbudet. Stadsingeniør Børge Asferg, Morsø Kommune, ville ikke under nogen omstændigheder acceptere, at klageren selv eller det af klageren antagne rådgivende ingeniørfirma Dines Jørgensen foretog GPS-opmålingen.

Afdelingsleder Jim Friis, Morsø Kommune, har forklaret, at antallet af mulige brøndstræk under en entreprise som den foreliggende godt kunne løbe op i langt flere end 1500. Klagerens kvalifikationer så ud til at være i orden. Indklagede anvendte ikke noget pointsystem eller lignende ved evalueringen af de enkelte tilbud, men støttede sig til de afgivne referencer. Undervejs blev indklagede på grundlag af en oplysning fra en lokal landinspektør opmærksom på, at GPS-opmålingen burde foretages af landinspektører, da der krævedes stor nøjagtighed. Klageren fastholdt imidlertid under forhandlingen selv at ville foretage opmålingen. Indklagede har ikke prissat klagerens forbehold om afgift til DTVK.

Stadsingeniør Børge Asferg, Morsø Kommune, har forklaret, at han var skuffet over, at klageren ikke ville bruge landinspektør til GPS-opmålingen. Indklagede havde henvendt sig til en af de 4 referencer, som klageren havde anført, og fået negativ tilbagemelding. Indklagede besluttede at indkalde de bydende til forhandling, og alle møderne blev med samme dagsorden gennemført inden for en kort periode i august 2003. Han kan ikke erindre, om nogen af de andre tilbudsgivere satte prisen ned under forhandlingerne. Han var overrasket over, at klageren forlangte merpris ved levering i WIN CAN, for Flemming Berg, Køster Entreprise A/S, havde telefonisk oplyst, at det kunne lade sig gøre for klageren at levere i dette program.

Der er desuden afgivet forklaring af Flemming Berg, Køster Entreprise A/S.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det af tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 fremgår, at indklagede skal anvende »den laveste pris« eller »det økonomisk mest fordelagtige bud« som tildelingskriterium. Indklagede kan derimod ikke forbeholde sig ret til frit at vælge imellem de indkomne tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har nogen retlig interesse i påkendelse af påstanden, idet indklagede i erkendelse af fejl annullerede udbudsforretningen med henblik på lovliggørelse, og Klagenævnets stillingtagen til påstanden heller ikke er nødvendiggjort af de nedlagte erstatningspåstande, eftersom indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at underkriterierne »entreprenørens erfaring med tilsvarende opgaver« og »entreprenørens organisation og medarbejdere« alene var egnede til at vurdere tilbudsgivernes egnethed til at løse opgaven. Kriterierne fremstår derfor som udvælgelseskriterier.

Indklagede har gentaget sine anbringender ad påstand 1.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede, der ikke havde fastsat andre egnede underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« end kriteriet »tilbudssummen«, var forpligtet til at anvende tildelingskriteriet »laveste pris«. Indklagede var derfor også forpligtet til at beslutte at indgå kontrakt med klageren, der var den lavestbydende og ikke kunne afvises som følge af manglende opfyldelse af de fastsatte udvælgelseskriterier. Det anførte om den pligtige betaling af DTVK- afgift er ikke et forbehold, men en klar følge af udbudsbetingelsernes krav om kvalitetskontrol. Dertil kommer, at indklagede først under duplikken har gjort gældende, at der var tale om et forbehold, og at indklagede derfor havde været berettiget til at afvise klagerens tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede havde saglig grund til at annullere udbudsforretningen, og at klageren ikke har retskrav på tildeling af ordren på grundlag af et med rette annulleret udbud. Dertil kommer, at klagerens tilbud i givet fald skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, idet tilbudet indeholdt forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, nemlig selve grundlaget for prisberegning.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede reelt undlod at lægge vægt på underkriteriet »tilbudssummen«. Dertil kommer, at indklagedes vurdering af kriteriet »entreprenørens erfaring med tilsvarende opgaver« alene foregik ud fra tilbudsgivernes referencer vedrørende erfaring med indmåling af brønde. Det fremgik ikke af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne skulle angive specifikke referencer vedrørende deres erfaring med indmåling af brønde, og disse referencer blev for klagerens vedkommende også først indhentet efter afgivelse af tilbudene gennem en forhandling, som stred mod forhandlingsforbudet.

Indklagede har henvist til det, der er gjort gældende ad påstand 3, og har supplerende gjort gældende, at de fastsatte underkriterier slet ikke blev anvendt, idet udbudsforretningen med rette blev annulleret.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede først efter licitationen tilkendegav, at der ville blive lagt vægt på, om tilbudsgiverne kunne levere tv-inspektioner i WIN CAN. Dette fremgik ikke af udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne. Som anført under påstand 4 fremgik det heller ikke, at indklagede ønskede specifikke referencer vedrørende tilbudsgivernes erfaring vedrørende indmåling af brønde. Indklagede indhentede først disse referencer i forbindelse med forhandlingen den 27. august 2003.

Indklagede har gentaget sine anbringender ad påstand 1.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at enhver forhandling om grundlæggende elementer i kontrakten og om pris er udelukket ved offentlige udbud. Indklagede har gennemført forhandlinger om priser og vilkår med tilbudsgiverne efter afgivelse af tilbudene. Det fremgår af indklagedes meddelelse af 4. september 2003 om tildelingen af entreprisen, at indklagede netop har lagt vægt på resultatet af forhandlingerne.

Indklagede har gentaget sine anbringender ad påstand 1.

Klagenævnet udtaler:

Indklagede har i annoncerne i Dagbladet Licitation og Morsø Folkeblad og i udbudsbetingelserne anført, at entreprisen udbydes »under tjenesteydelsesdirektivet«. Det forhold, at indklagede i sin indkaldelse til forhandling af 21. august 2003 henviser til Tilbudslovens § 10 og 11, og at værdien af aftalen (under tærskelværdien) ikke nødvendiggjorde udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet, bevirker ikke, at udbudet anses for gennemført efter Tilbudslovens regler, der i øvrigt alene omfatter bygge- og anlægsopgaver.

Indklagede havde da også besluttet at annullere udbudet med henblik på lovliggørelse, hvilket blev meddelt klageren ved skrivelse af 25. september 2003, og indklagede har herefter på ny udbudt entreprisen. Klageren havde imidlertid allerede ved skrivelse af 8. december 2003 meddelt ikke at ville deltage i et nyt udbud. Uanset dette finder Klagenævnet, at klageren har retlig interesse i at få fastslået, i hvilket omfang indklagede havde overtrådt udbudsreglerne under det først afholdte udbud, idet Klagenævnets afgørelse herom er forudsætningen for, at der vil kunne tages stilling til klagerens påstand om erstatning, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Indklagedes påstand om, at påstand 1, 2, 5 og 6 afvises, tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 1

Som erkendt af indklagede er adgangen til at vælge mellem de indkomne tilbud eller til at annullere et udbud ikke fri. En offentlig udbyder, som vælger mellem de indkomne tilbud uden overholdelse af tildelingskriteriet, eller som uden saglig begrundelse annullerer et udbud, handler i strid med EU-udbudsreglerne. Indklagede har således handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i udbudsbetingelserne at forbeholde sig at vælge frit mellem de indkomne tilbud eller forkaste dem alle. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Som erkendt af indklagede er de fastsatte underkriterier »entreprenørens erfaring med tilsvarende opgaver« og »entreprenørens organisation og medarbejdere« ikke egnede til at fastlægge »det økonomisk mest fordelagtige bud«, men derimod egnede til at klarlægge entreprenørens almindelige egnethed til at varetage opgaven. Der er således tale om udvælgelseskriterier. Indklagede har derfor handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, litra a, og påstanden tages til følge.

Ad påstand 3

Indledningsvis bemærkes, at indklagede ikke under udbudet har betragtet oplysningen om, at DTVK-afgiften udgjorde 21 kr. pr. brøndstræk, som et forbehold, det være sig grundlæggende eller væsentligt, og derefter valgt at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, men har gennemført forhandlinger med klageren – og med andre tilbudsgivere, der havde givet samme oplysning – uden på noget tidspunkt at anføre, at tilbud med en sådan oplysning var ukonditionsmæssige. Efter udbudsbetingelsernes krav om, at tilbudsgiverne skulle være frivilligt registreret netop ved anmeldelse til DTVK, er oplysningen heller ikke efter Klagenævnets opfattelse noget forbehold, uanset at klageren i lighed med andre tilbudsgivere har oplyst afgiftens størrelse ud for punktet »Evt. forbehold«. Indklagede er derfor ikke berettiget til at afvise klagerens tilbud på dette grundlag.

Da indklagede ikke havde fastsat andre egnede underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« end »tilbudssummen«, var indklagede forpligtet til at anvende tildelingskriteriet »den laveste pris«, så-

fremt udbudet blev gennemført. Da klageren havde afgivet det laveste bud, og da klagerens tilbud i øvrigt opfyldte udbudsbetingelserne, havde indklagede været forpligtet til at træffe beslutning om at indgå kontrakt med klageren, såfremt udbudet blev gennemført.

Indklagede valgte imidlertid at annullere udbudet på grund af en række fejl. Indklagedes annulation var således sagligt velbegrundet, og den tilbudsgiver, som indklagede havde valgt at indgå kontrakt med, ville ikke kunne få medhold i, at beslutningen om kontaktindgåelse skulle opretholdes.

Såfremt indklagede havde måttet annullere udbudet, f.eks. fordi der viste sig ikke at være tilstrækkelige bevillingsmæssige muligheder, ville også en sådan annulation have været saglig. Heller ikke i den situation ville den tilbudsgiver, som indklagede måtte have valgt at indgå kontrakt med, kunne få medhold i, at beslutningen om kontaktindgåelse skulle opretholdes.

Klagerens påstand må forstås således, at det ønskes fastslået, at indklagede – hvis indklagede valgte at gøre brug af de indkomne tilbud – havde været forpligtet til at beslutte at indgå kontrakt med klageren, fordi klagerens tilbud, der ikke på andet grundlag kunne afvises, var det laveste. Det ligger derimod ikke i påstanden, at indklagede ville have været forpligtet at beslutte at indgå kontrakt med klageren og til senere at opretholde en sådan beslutning, såfremt der viste sig saglige grunde til at annullere udbudet.

En række af indklagedes fejl blev begået, efter at tilbudene var åbnet. Indklagede forhandlede således med samtlige tilbudsgivere, bl.a. om pris og andre grundlæggende vilkår, ligesom indklagede introducerede nye udbudsbetingelser. Som forløbet viser, vil det åbne mulighed for omgåelse af udbudsreglerne, såfremt en udbyder – sagligt korrekt, men på grund af egne grove fejl begået mere eller mindre bevidst efter modtagelsen af tilbudene – ved at annullere udbudet kunne bringe sig i ly for en senere påstand om erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Virkningen af, at en udbyder sagligt korrekt annullerer et udbud på grund af fejl, der opdages f.eks. i forbindelse med en sag for Klagenævnet, bør således ikke udstrækkes til at afskære stillingtagen til, hvad der ville have været situationen, hvis udbudet ikke var blevet annulleret.

På denne baggrund tages klagerens påstand til følge.

Ad påstand 5

Som erkendt af indklagede har indklagede i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 18, stk. 3 og 4, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud ændret i udbudsbetingelserne. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 6

Som erkendt af indklagede har indklagede i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, herunder forhandlingsforbudet, efter tilbudenes afgivelse forhandlet med tilbudsgiverne om pris og andre grundlæggende vilkår for kontrakten. Påstanden tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at forbeholde sig ret til at vælge frit mellem de indkomne tilbud eller forkaste dem alle.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, litra a, ved som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat »entreprenørens erfaring med tilsvarede opgaver« og »entreprenørens organisation og medarbejdere«, uanset at disse kriterier ikke var egnede til at fastlægge det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at beslutte at indgå kontrakt med klageren, hvis tilbud var det laveste, uanset at de fastsatte underkriterier – bortset fra underkriteriet »tilbudssummen« – ikke var egnede, og tilbudene derfor skulle vurderes efter tildelingskriteriet »den laveste pris«.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 18, stk. 3 og 4, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip ved efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud at have ændret i udbudsbetingelserne, idet indklagede nu tillige af tilbudsgiverne krævede dels levering af tv-inspektioner i programmet WIN CAN, dels oplysninger om supplerende referencer med angivelse af, om der var foretaget indmåling af brønde, samt hvilket program der var leveret i.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, herunder forhandlingsforbudet, ved efter tilbudenenes afgivelse at have forhandlet med tilbudsgiverne om pris og andre grundlæggende vilkår for kontrakten.

Indklagede, Morsø Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Køster Entreprise A/S, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig