

K E N D E L S E

Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S,
Malerfirmaet 10kanten A/S og CL Electric A/S
(advokat Christian Petri, Birkerød)

mod

Hillerød Kommune
(advokat Maria Rask Lund, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 048-087593 af 6. marts 2017, offentliggjort den 9. marts 2017, udbød Hillerød Kommune som begrænset udbud efter udbudsloven 5 rammeaftaler om udførelse af håndværkerydelser på ejendomme, der ejes af eller administreres af kommunen. Rammeaftalerne blev udbudt som delaftaler for murerarbejder, tømrerarbejder, malerarbejder, vvs-arbejder og elarbejder.

Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S var blandt de prækvalificerede på delaftale 2, tømrerarbejder. Malerfirmaet 10kanten A/S var blandt de prækvalificerede på delaftale 3, malerarbejder. CL Electric A/S var blandt de prækvalificerede på delaftale 5, elarbejder.

Tildelingskriteriet var pris bedømt ud fra en nærmere beskrevet prismodel.

Hvert af de tre selskaber afgav rettidigt tilbud den 22. maj 2017.

Hillerød Kommune meddelte den 7. juni 2017 tilbudsgiverne, at kommunen havde besluttet at annullere udbuddet.

Den 16. juni 2017 indgav Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S, Malerfirmaet 10kanten A/S og CL Electric A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Hillerød Kommune. De tre selskaber fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Ved brev af 22. juni 2017 til parterne meddelte klagenævnet bl.a.

”... Det fremgår af sagens akter, at indklagede den 7. juni 2017 underrettede klagerne om, at kommunen havde besluttet at annullere udbuddet. Klagen angår i første omgang berettigelsen af denne beslutning.

Ordregivers meddelelse om beslutningen om annullation af udbudsproceduren iværksætter ikke i sig selv en standstill-periode, idet der ikke herved er truffet nogen beslutning om tildeling af en kontrakt. Det følger af bestemmelsen i lov om Klagenævnet for Udbud § 3. Klagen er derfor ikke omfattet af bestemmelsen i § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnet har på den baggrund forstået klagen således, at klagerne i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, anmoder klagenævnet om at træffe bestemmelse om, at klagen skal have opsættende virkning. Efter denne bestemmelse kan klagenævnet, hvor særlige grunde taler for det, tillægge en klage opsættende virkning.

En beslutning om opsættende virkning indebærer, at udbudsproceduren skal standses, således at ordregiveren ikke kan træffe yderligere udbudsretlige beslutninger som led i udbuddet, og at ordregiveren ikke må indgå kontrakt. Da ordregiver har annulleret udbudsproceduren, vil udbudsproceduren ikke kunne standses yderligere, og der vil derfor heller ikke kunne træffes beslutning om tildeling af eller indgåelse kontrakt på grundlag af det annullerede udbud. Der er allerede på den baggrund ikke grundlag for at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagenævnet tager herefter ikke anmodningen om at tillægge klagen opsættende virkning til følge.”

Klagen har været behandlet skriftligt.

Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S, Malerfirmaet 10kanten A/S og CL Electric A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Hillerød Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 8 ved at annullere udbuddet, selvom Hillerød Kommune ikke har en saglig begrundelse herfor.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Hillerød Kommune beslutning om at annullere udbuddet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Hillerød Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S, Malerfirmaet 10kanten A/S og CL Electric A/S' tilbud som ikke-konditionsmæssig[e].

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at tilbuddene fra Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S, Malerfirmaet 10kanten A/S og CL Electric A/S er konditionsmæssige i henhold til udbudslovens § 169.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Hillerød Kommune skal udrede erstatning til klagerne.

Hillerød Kommune har vedrørende påstand 1 og 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Kommunen har påstået påstand 3 og 4 afvist og har vedrørende påstand 5 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 5, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1 - 4.

Sagens nærmere omstændigheder

Af et referat af den ”indledende markedsdialog”, som Hillerød Kommune afholdt inden igangsættelsen af udbuddet den 23. februar 2017, fremgår, at der i udbuddet ville blive anvendt en ny prismodel i forhold til de tidligere udbud af kommunens rammeaftaler. Det hedder herom:

”Hillerød Kommune redegjorde for den valgte prismodel. Hillerød Kommune vil gerne væk fra en ren timeprismodel, og ønsker konkurrence på så mange parametre som muligt. Derfor vil entreprenørerne også skulle konkurrere på dækningsbidrag på timepriser inden for på forhånd definerede intervaller, materialepriser og materielpriser – hvor halvdelen af konkurrencen er på timepriser og den anden halvdel på dækningsbidraget.”

Hillerød Kommune modtog i alt 90 ansøgninger om prækvalifikation på de 5 delaftaler. Kommunen prækvalificerede 10 ansøgere på hver af delkontrakterne, dog 15 på den delkontrakt, som vedrørte tømrentreprisen.

I udbudsbetingelserne er om tildelingskriteriet anført:

”Tildelingskriteriet er ”Pris”, jf. udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 1

Prisen er opdelt i to delkriterier, som hver vægter lige:

Tilbudsgivers tilbudte timepriser (kostpris) (50 %)

Tilbudsgivers tilbudte dækningsbidrag (50 %)

5.1. Tilbudsgivers tilbudte kostpriser (50 %)

Tilbudsgiver skal udfylde tilbudslisten med tilbudte timepriser på sine medarbejdere fordelt i kategorierne lærling, faglært og ufaglært samt en pris på tillæg for arbejde uden for normal arbejdstid.

...

52. Tilbudsgivers tilbudte dækningsbidrag (50 %)

Delkriteriet er inddelt i tre underkriterier, der vægter som følger:

Tilbudt dækningsbidrag timeforbrug...70%...

Tilbudt dækningsbidrag indkøbte materialer...20 %

Tilbudt dækningsbidrag lejet materiale...10 %”

Om delkriteriet ”Tilbudt dækningsgrad indkøbte materialer” er i punkt 5.5.2. bl.a. anført:

”Dækningsgraden skal dække tilbudsgivers administrationsomkostninger, fortjeneste, afhentning af materialer etc., og tillægges dokumenterede indkøbspris for materialerne ved fakturering.”

Om delkriteriet ”Tilbudt dækningsgrad lejet materiel” er i punkt 5.2.3. bl.a. anført:

”Dækningsgraden skal dække tilbudsgivers administrationsomkostninger, fortjeneste, afhentning af materiel etc., og tillægges dokumenterede lejepris for ved fakturering ved fakturering.”

Kommunen modtog 48 tilbud fra 38 tilbudsgivere, nemlig 7 tilbud på malerentreprisen, 9 tilbud på murerentreprisen, på vvs-entreprisen og på elentreprisen samt 14 tilbud på tømrerentreprisen.

Hillerød Kommune konstaterede ved åbningen af tilbuddene, at der a) i 3 af de 48 tilbud var afgivet tilbud med negative procentsatser for dækningsbidrag på materialer og/eller materiel, at der b) i 12 af de 48 tilbud var tilbudt dækningsbidrag på mellem 0 og 150 kr. for arbejder inden for alle timeintervaller, og at der c) i 20 af 48 tilbud var afgivet timepriser på under 115 kr. for lærlinge og/eller under 145 kr. for ufaglærte

Ad a)

Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S tilbød en dækningsgrad på -100 % for såvel indkøbte materialer som lejet materiel, mens Malerfirmaet 10kanten A/S og CL Electric A/S tilbød en dækningsgrad på -100 % på lejet materiel.

Hillerød Kommune anmodede de tre tilbudsgivere om en redegørelse for de tilbudte negative dækningsgrader i henhold til udbudslovens § 169, og kommunen modtog redegørelserne henholdsvis den 29. maj, den 24. maj og den 30. maj 2017.

Hillerød Kommunes advokat vurderede i et notat af 2. juli 2017 ud fra de indkomne redegørelser, at det var tvivlsomt, om de tre tilbud kunne anses som værende unormalt lave som følge af de negative dækningsgrader, men at tilbuddene ikke var konditionsmæssige.

Denne vurdering blev ikke af Hillerød Kommune meddelt tilbudsgiverne, da Hillerød Kommune i stedet valgte at aflyse udbuddet.

Ad b)

De tilbudte dækningsbidrag på under 150 kr. fordelte sig således (hvor de samme beløb for dækningsbidrag er angivet to gange, er der tale om den samme tilbudsgivers tilbud på forskellige delaftaler):

Oversigt over udvalgte dækningsbidrag for timeintervaller				
0-2 timer	2-10 timer	10-25 timer	25-50 timer	Over 50 timer
kr. 50,00	kr. 50,00	kr. 50,00	kr. 40,00	kr. 40,00
kr. 40,00	kr. 40,00	kr. 40,00	kr. 40,00	kr. 40,00
kr. 150,00	kr. 150,00	kr. 150,00	kr. 150,00	kr. 150,00
kr. 1,00	kr. 1,00	kr. 1,00	kr. 1,00	kr. 1,00
kr. 117,78	kr. 97,78	kr. 97,78	kr. 77,78	kr. 67,78
kr. 75,00	kr. 66,00	kr. 75,00	kr. 80,00	kr. 80,00
kr. 0,00	kr. 0,00	kr. 0,00	kr. 0,00	kr. 0,00
kr. 95,00	kr. 60,00	kr. 75,00	kr. 72,00	kr. 70,00
kr. 50,00	kr. 50,00	kr. 50,00	kr. 40,00	kr. 40,00
kr. 50,00	kr. 50,00	kr. 50,00	kr. 40,00	kr. 40,00
kr. 25,00	kr. 25,00	kr. 25,00	kr. 25,00	kr. 25,00
kr. 75,00	kr. 66,00	kr. 75,00	kr. 80,00	kr. 80,00

Ad c)

Af tilbudsbetingelsernes pkt. 5.1 fremgik:

”Ved entreprenørens timepriser (kostpriser) forstås således i denne forbindelse entreprenørens direkte omkostninger til sine medarbejdere inkl. sociale bidrag og feriepenge.”

Hillerød Kommune foretog i den forbindelse en undersøgelse af kostpriserne for lærlinge og ufaglærte ud fra de relevante overenskomster for hvert fag. Undersøgelsen viste, at en lærlings gennemsnitlige ”minimalløn”, inkl. sociale bidrag, pension, feriepenge mv., over den 4 årige lærlingetid er ca. 115 kr. pr. time, mens den gennemsnitlige ”minimalløn” for ufaglærte, inkl. sociale bidrag, pension, feriepenge mv., er ca. 145 kr. pr. time.

Den 7. juni 2017 meddelte Hillerød Kommune tilbudsgiverne følgende:

”Hillerød Kommune må desværre meddele, at kommunen har besluttet at annullere udbuddet.

Annulationen sker som følge af, at kommunen ud fra de indkomne tilbud har vurderet, at der er en række af tilbudsgiverne, som må formodes at have misforstået udbudsmaterialet. Dette har resulteret i nogle pris-sammensætninger, som kommunen har vurderet som uhensigtsmæssige.

For at sikre den bedste konkurrence i udbuddet og det bedste efterfølgende kontraktforløb, har kommunen derfor fundet det mest hensigtsmæssigt at annullere udbuddet. Rammeaftalerne forventes genudbudt efter sommerferien.

Hillerød Kommune takker for jeres deltagelse i udbuddet, og håber, at I også vil være interesserede i at deltage i det nye udbud.”

Af et bilag benævnt ”Tillægsdagsorden” vedrørende ”Rammeaftaler for Håndværkerydelser” fremgår bl.a.:

”Hillerød Kommune ønsker det bredest mulige konkurrencefelt og på den baggrund besluttede Hillerød Kommune, at den samlet bedste løsning for Kommunen vil være at annullere udbuddet, jf. Notat –”Udbud af håndværkerydelser.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S, Malerfirmaet 10kanten A/S og CL Electric A/S har gjort gældende, at tilbudslovens § 8, stk. 1, ikke skal forstås sådan, at der er fri adgang til at annullere.

Hillerød Kommune begrundede annullationen med, at der ikke har været tilstrækkelig konkurrence. Annullation på grund af manglende tilstrækkelig konkurrence er som udgangspunkt berettiget, såfremt dette er sagligt. Der er tale om en skønsmæssig vurdering. Hvis det mod forventning lægges til grund, at Hillerød Kommune berettiget vil kunne udelukke de tre tilbudsgivere, vil kommunen imidlertid fortsat have 44 tilbudsgivere tilbage til de 5 delkontrakter.

Annullationen er derfor usaglig, da der er tilstrækkelig konkurrence.

Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S, Malerfirmaet 10kanten A/S og CL Electric A/S har i tilslutning hertil gjort gældende, at kommunen har haft overblikket over egne ønsker og har haft mulighed for at kommunikere disse ønsker klart og tydeligt til tilbudsgiverne. Såfremt kommunen ønskede, at der ikke skulle kunne afgives tilbud med negative dækningsgrader, burde kommunen have oplyst herom.

At negative dækningsgrader vil medføre, at der siges nej til opgaverne, er uden dækning i virksomhedernes redegørelser, hvor det netop anføres, at man er indstillet på at påtage sig enhver opgave som følge af rammeaftalen. De tre virksomheder har på intet tidspunkt givet udtryk for det modsatte.

I relation til kommunens synspunkt om, at de tre virksomheder ikke ville have afgivet de laveste tilbud, såfremt de i stedet for negative dækningsgrader havde tilbudt dækningsgrader på 0 %, har virksomhederne bestridt, at kommunen vil have forudsætninger for at vurdere denne hypotetiske situation, idet tilbuddene i så fald ville have set helt anderledes ud.

Det er tvivlsomt, hvad der danner grundlag for kommunens udtalelse om, at tilbudsgiverne har misforstået udbudsmaterialet. Tilbuddene er udtryk for en bevidst og strategisk beslutning fra de enkelte tilbudsgivere.

Ved at kommunen annullerer udbuddet og genudbyder opgaverne, opnår de øvrige tilbudsgivere – der vel og mærke ikke er lavestbydende – en uberettiget fordel, da de kan ændre deres tilbud og herefter fremsætte mere konkurrencedygtige tilbud.

Begrundelsen for at annullere udbuddet opfylder heller ikke kravene i forvaltningslovens § 24.

Annulation af udbuddet er derfor i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Hillerød Kommune har gjort gældende, at en ordregiver efter fast domstols- og klagenævnspraksis er berettiget til at annullere et udbud, med mindre beslutningen herom hviler på usaglige hensyn. Kommunen har henvist til Højesterets dom offentliggjort i Ugeskrift for Retsvæsen 2011, side 3129, ISS Facility Services A/S mod Silkeborg Kommune, og klagenævnets seneste afgørelse om spørgsmålet i kendelse af 19. juni 2017, LH Gulve mod Region Midtjylland.

Hillerød Kommune konstaterede en række uhensigtsmæssigheder ved tilbuddene, som kunne indikere, at en del af tilbudsgiverne ikke havde forstået prismodellen i udbudsmaterialet korrekt. Misforståelserne vedrørte ikke kun de tilbudte negative dækningsgrader, men også de tilbudte timepriser (kost-

priser) på lærlinge og ufaglærte og de tilbudte dækningsbidrag i de forskellige timeintervaller.

Hillerød Kommune har således ved annullationsbeslutningen vurderet, at det mest hensigtsmæssige vil være at foretage et nyt udbud med præciserede udbudsbetingelser for at forebygge de misforståelser, der er opstået i det første udbud, og for at ende med de tilbud, som giver Hillerød Kommune de faktisk laveste priser og det bedste efterfølgende kontraktforløb for rammeaftalerne. Hillerød Kommunes beslutning om at annullere udbuddet var således ikke usagligt begrundet, og annullationen er i øvrigt heller ikke i strid med ligebehandlingsprincippet.

Hillerød Kommune har nærmere gjort gældende, at kommunen ud fra de tre indkomne redegørelser vurderede, at det var tvivlsomt, om klagerens tre tilbud kunne anses som værende unormalt lave som følge af de negative dækningsgrader, men kommunen var dog fortsat bekymret for, om de tilbudte negative dækningsgrader ville betyde, at tilbudsgiverne ville ende med at sige nej til opgaver under rammeaftalen, som indebærer, at de skulle indkøbe dyre materialer eller leje dyrt materiel til opgaven, da et dækningsbidrag på $\div 100\%$ betyder, at tilbudsgiverne selv skal afholde alle omkostninger til materialer og lejet materiel.

Hillerød Kommune har forklaret prismodellen grundigt både i tilbudsbetingerne og på informationsmødet den 25. april 2017. På trods heraf kunne kommunen efter modtagelsen af tilbud konstatere, at der fortsat var tilbudsgivere, som måtte antages at have misforstået prismodellen. Et dækningsbidrag på ét fast beløb må således formodes at være stigende alt efter, hvor mange timer der anvendes på opgaven, hvilket ikke var tilfældet for en række af tilbuddene. Herudover vurderede kommunen, at det ikke var realistisk med et dækningsbidrag på under 150 kr., i hvert fald ikke for opgaver i de to højeste timeintervaller. Hillerød Kommune vurderede derfor, at de pågældende tilbudsgivere ved en fejl havde tilbudt et dækningsbidrag pr. anvendt time og ikke for det samlede antal timer inden for hvert interval som efterspurgt. Kommunen vurderede, at det ville være problematisk at acceptere disse tilbud, da det antageligvis ville påvirke det efterfølgende kontraktforløb væsentligt, hvis kommunen valgte at forpligte tilbudsgiverne på deres tilbud, herunder at de pågældende tilbudsgivere ville være nødsaget til at sige nej til en lang række opgaver under rammeaftalen. Der var der også flere tilbud, som angav lave dækningsbidrag (150-1.000 kr.) i de to hø-

jeste timeintervaller. Kommunen vurderede også for disse tilbud, at det antageligvis ville betyde, at håndværkerne ville sige nej til opgaver inden for de pågældende intervaller, hvilket ikke var intentionen med prismodellen.

Endelig vurderede Hillerød Kommune, at tilbud med en timepris for lærlinge på 115 kr. eller derunder og for ufaglærte på 145 kr. eller derunder ikke kunne anses for at være udtryk for den reelle gennemsnitlige kostpris inkl. sociale bidrag, pension, feriepenge mv. Af hensyn til det fremtidige samarbejde og økonomien under rammeaftalerne ønskede kommunen ikke at indgå rammeaftalerne på et grundlag, som ville medføre nærliggende risiko for fremtidige uoverensstemmelser, herunder manglende overholdelse af kommunens sociale klausuler, som bestemmer, at entreprenørens ansatte skal være ansat på vilkår i forhold til ”løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for arbejde af samme art i henhold til en kollektiv overenskomst indgået af de inden for det pågældende faglige område mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark”.

Da Hillerød Kommune ønsker, at de samme vilkår skal være gældende for alle delaftaler, både af hensyn til håndværkerne og af hensyn til kommunens efterfølgende administration af delaftalerne, besluttede kommunen at annullere udbuddet af alle delaftalerne, uanset om der var problemer med tilbuddene på den enkelte delaftale.

Ad påstand 2

Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S, Malerfirmaet 10kanten A/S og CL Electric A/S har gjort gældende, at den ubettigede beslutning om at annullere udbuddet skal annulleres.

Hillerød Kommune har gjort gældende, at selv hvis klagenævnet måtte finde, at kommunens begrundelse for annullationen er usaglig, foreligger der ikke omstændigheder, som begrundet annullation af kommunens beslutning.

Hillerød Komme har ønsket at gennemføre en fuldt korrekt udbudsprocedure, og de fejl, der måtte være ved annullationen, skyldes ikke usaglige hensyn.

Hvis tilbuddene som følge af uhensigtsmæssighederne skal betragtes som ukonditionsmæssige, vil dette betyde en voldsom reduktion i det konkurrencefelt, som Hillerød Kommune ønskede for aftalerne, hvilket igen vil kunne betyde, at kommunen vil ende med betydelig dyrere priser på rammeaftalen. En del af formålet med udbudsreglerne er også at sikre, at offentlige midler anvendes bedst muligt.

Ad påstand 3

Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S, Malerfirmaet 10kanten A/S og CL Electric A/S har gjort gældende, at tilbuddene fra de 3 virksomheder ikke er ukonditionsmæssige. Konklusionen herom i advokatens notat af 2. juli 2017 strider mod, at det i notatet samtidig anføres, at ”de tilbudte negative dækningsgrader ikke i sig selv udgør ”unormalt lave priser” efter udbudslovens § 169, som begrundet en udelukkelse af tilbuddene.”

Hillerød Kommune er derfor ikke berettiget til at udelukke de tre virksomheder.

Hillerød Kommune skal tildele ordrerne til tilbudsgiverne med den laveste pris, det vil sige klagerne.

Hillerød Kommune har gjort gældende, at kommunen på intet tidspunkt har meddelt de tre selskaber eller de øvrige tilbudsgivere, at deres tilbud er afvist som ukonditionsmæssige. Hillerød Kommune valgte i stedet at annullere udbuddet.

Da der således ikke er truffet en beslutning herom, kan klagenævnet ikke påse, om denne ikke-trufne beslutning skulle være i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13.

Påstanden skal derfor afvises.

Ad påstand 4

Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S, Malerfirmaet 10kanten A/S og CL Electric A/S har henvist til det, som er anført ad påstand 3.

Hillerød Kommune har gjort gældende, at det ikke ligger inden for klagenævnets kompetence selvstændigt at efterprøve, om tilbud skulle være konditionsmæssige efter udbudslovens § 169, når ordregiveren ikke har truffet en afgørelse herom, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13.

Påstanden skal derfor afvises.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Hillerød Kommune har iværksat et begrænset udbud efter udbudsloven, og klagenævnet tager derfor alene stilling til, om kommunen har handlet i strid med denne lov.

I dom af 18. juni 2002 i sag C-92/00, Hospital Ingenieure (HI) mod Stadt Wien, udtalte EF-domstolen (præmis 47):

”Selv om direktiv 92/50 ikke indeholder særlige bestemmelser om betingelserne for tilbagekaldelse af et udbud vedrørende en offentlig tjensteydelsesaftale, er de ordregivende myndigheder som følge af det anførte forpligtet til, når de vedtager en beslutning, at overholde traktatens grundlæggende bestemmelser i almindelighed og forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed (jf. analogt Telaustria og Telefonadress-dommen, som vedrørte indgåelsen af offentlige indkøbsaftaler, præmis 60).”

I fortsættelse heraf udtalte EF-domstolen i kendelse af 16. oktober 2003 i sag C-244/02, Kauppatalo Hansel OY mod Imatran kaupunki (præmis 29 - 33):

”I Fracasso og Leitschutz-dommens præmis 23 og 25 har Domstolen nærmere fastslået, at det i artikel 8, stk. 2, i direktiv 93/37 ikke bestemmes, at den ordregivende myndigheds beføjelse til at undlade at tildele en offentlig bygge- og anlægskontrakt, som har været udbudt, hvilket direktivet stiltiende anerkender, kun må udøves i undtagelsestilfælde eller skal have vægtige grunde.

I øvrigt har Domstolen i præmis 41 i dom af 18. juni 2002, HI (sag C-92/00, Sml.I, s. 5553), fastslået, at artikel 12, stk. 2, i direktiv 92/50 skal fortolkes således, at den indeholder en forpligtelse for den ordregivende myndighed til at begrunde sin beslutning over for ansøgere og bydende,

såfremt den vælger at tilbagekalde udbuddet vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale, men at dette ikke er ensbetydende med, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at føre udbudsproceduren til ende.

I Hi-dommens præmis 42 har Domstolen endvidere præciseret, at selv om direktiv 92/50 ikke indeholder særlige bestemmelser vedrørende de materielle eller formelle betingelser for en beslutning om at tilbagekalde et udbud, bortset fra at denne skal begrundes, er en sådan beslutning dog undergivet fællesskabsrettens grundlæggende principper, navnlig EF-traktatens principper vedrørende etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

Navnlig har Domstolen ved fortolkningen af kravet i artikel 12, stk. 2, i direktiv 92/50 om, at der gives en begrundelse for en beslutning om at tilbagekalde et udbud, i lyset af det dobbelte formål om at åbne for konkurrence og skabe gennemsigtighed, som forfølges med dette direktiv, fastslået, at dette krav netop er begrundet i ønsket om at sikre et vist minimum af gennemsikuelighed i de procedurer om tildeling af offentlige kontrakter, som direktivet finder anvendelse på, og dermed at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet (Hi-dommen, præmis 43-46).

Domstolen konkluderede derfor, at selv om direktiv 92/50 ikke indeholder særlige bestemmelser om betingelserne for tilbagekaldelse af et udbud vedrørende en offentlig tjenesteydelsesaftale, er de ordregivende myndigheder som følge af det anførte forpligtet til, når de vedtager en beslutning, at overholde traktatens grundlæggende bestemmelser i almindelighed og forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed (Hi-dommen, præmis 47).”

Domstolens afgørelse af sag C-244/02 blev truffet i kendelsesform med henvisning til procesreglementets regler om, at Domstolen, når besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål ”klart følger af Domstolens praksis”, kan træffe afgørelse ved begrundet kendelse.

Der er intet grundlag for at fastslå, at Hillerød Kommune har handlet i strid med traktatens grundlæggende bestemmelser eller i øvrigt på anden måde usagligt ved at annullere udbuddet. Som det fremgår af de oven for citerede afgørelser, har en offentlig myndighed, som iværksætter et udbud, ingen kontraheringspligt.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det følger af det, som er anført ad påstand 1, at påstanden ikke tages til følge.

Ad påstand 3 og 4

Da Hillerød Kommune ikke har truffet beslutning om ikke at anse de tre virksomheders tilbud for konditionsmæssige, men derimod har aflyst udbuddet, afvises disse påstande.

Herefter bestemmes:

Påstand 3 og 4 afvises.

I øvrigt tages klagen ikke til følge.

Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S, Malerfirmaet 10kanten A/S og CL Electric A/S skal in solidum betale sagsomkostninger til Hillerød Kommune med 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig