

Denne side er maskinoversat [\[Link\]](#). Maskinoversættelser kan indeholde fejl, der potentielt gør teksten mindre klar og nøjagtig. Ombudsmanden påtager sig intet ansvar for eventuelle afvigelser. For de mest pålidelige oplysninger og den største retssikkerhed henvises der til originalversionen på engelsk, som der er linket til ovenfor. Læs mere i vores [sprog- og oversættelsespolitik](#) [\[Link\]](#).

Afgørelse i sag 178/2014/AN - Udelukkelse fra et offentligt udbud om bygge- og anlægsarbejder i Bosnien-Hercegovina

Afgørelse

Sag 178/2014/AN - Indledt den 06/02/2014 - Afgørelse af 23/10/2014 - Den vedrørte institution Den Europæiske Investeringsbank (Kritisk bemærkning) |

Sagen vedrørte Den Europæiske Investeringsbanks beslutning om at støtte udelukkelsen af klageren (den italienske virksomhed Impresa Pizzarotti & C. SpA) fra et offentligt udbud, som banken finansierede i Bosnien-Hercegovina. Klageren var blevet udelukket på grundlag af en påstand om, at tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelserne. Klageren forelagde sagen for EIB's klageinstans, som gav klageren medhold, idet den vurderede, at udelukkelsen var ulovlig. EIB's ledelse afviste dog konklusionen fra sin egen klageinstans og støttede beslutningen om at udelukke klageren fra udbudsprocessen.

Ombudsmanden undersøgte sagen og fandt fejl eller forsømmelser, for så vidt som EIB's afgørelse var baseret på en juridisk fejl. Ingen løsning var mulig, i betragtning af at kontrakten var blevet tildelt en anden bydende, og bygge- og anlægsarbejdet allerede var påbegyndt. Ombudsmanden afsluttede derfor sagen med en kritisk bemærkning. Ombudsmanden udtrykte også bekymring over, at bankens fejl eller forsømmelser i denne sag risikerer at rejse tvivl om Den Europæiske Unions engagement i at styrke retsstatsprincipperne i Bosnien-Hercegovina. Hun meddelte, at hun ville overveje at indlede en undersøgelse på eget initiativ vedrørende systemiske problemstillinger, der ligger til grund for EIB's behandling af sagen.

Baggrunden for klagen

1. Den Europæiske Investeringsbank ("EIB") er Den Europæiske Unions langsigtede långivende institution. EIB har til opgave at fremme Den Europæiske Unions mål ved at stille langsigtet finansiering til rådighed for sunde investeringer. Inden for EIB blev klagemekanismen



oprettet for at lette og behandle klager over EIB fra enkeltpersoner, organisationer eller selskaber, der er berørt af EIB's aktiviteter. Et aftalememorandum mellem Den Europæiske Ombudsmand og EIB [1] forklarer, hvordan førstnævnte tager hensyn til klagemekanismens arbejde. Klagemekanismen er uafhængig af EIB's tjenestegrene, som er ansvarlige for de af klageren anfægtede aktiviteter. Klagere, der stadig er utilfredse efter at have gjort brug af klagemekanismen, kan eskalere klagen til Den Europæiske Ombudsmand.

2. I 2012 deltog klageren, det italienske selskab Impresa Pizzarotti & C. SpA, i et udbud om opførelse af en viadukt i Bosnien-Hercegovina (BiH), som blev finansieret af EIB. Til trods for at have afgivet det laveste bud blev klageren udelukket af Bosnien-Hercegovinas initiativtager med den begrundelse, at dens bud ikke svarede til udbudsbetingelserne.

3. Klageren anfægtede denne afgørelse med initiativtageren, som fastholdt sit synspunkt. Lokal lovgivning udelukkede ethvert retsmiddel ved de lokale domstole i forbindelse med sådanne udbud. Klageren henvendte sig til EIB's klagemekanisme, som efter en undersøgelse konstaterede, at klageren havde ret. Klagemekanismen anbefalede, at EIB trak sin godkendelse ("manglende indsigelse") af tildelingen af kontrakten til en anden tilbudsgiver tilbage. EIB tilsluttede sig imidlertid initiativtagerens holdning og fastholdt sin ikke-indsigelse.

Undersøgelsen

4. Den 6. februar 2014 indledte Ombudsmanden en undersøgelse af klagen på grundlag af en påstand om, at EIB med urette undlod at tage sin manglende indsigelse i den foreliggende sag op til fornyet overvejelse, og hævdede, at EIB burde gennemgå den manglende indsigelse og suspendere finansieringen af projektet.

5. Under undersøgelsen modtog Ombudsmanden EIB's udtalelse om klagen og efterfølgende klagerens bemærkninger som svar på denne udtalelse. Hendes tjenestegrene foretog også en undersøgelse af EIB's sagsakter i sagen. I denne beslutning tages der hensyn til parternes argumenter og udtalelser.

Påstand om forkert opretholdelse af den manglende indsigelse og dermed forbundne krav

Argumenter fremført for Ombudsmanden

6. EIB tilsluttede sig i det væsentlige Bosnien-Hercegovinas projektleders synspunkt om, at den byggemetode, som klageren foreslog i sit bud, var forskellig fra den, der kræves i udbudsmaterialet, hvilket ikke gav mulighed for afvigelser.

7. EIB mente også, at den byggemetode, som klageren havde foreslået, ville have medført betydelig ekstra tid, ikke blot til at foretage en ny udformning, men også til at indhente et nyt sæt



administrative tilladelser fra Bosnien-Hercegovinas myndigheder. Bosnien-Hercegovinas initiativtagers beslutning om at udelukke klagerens tilbud med den begrundelse, at det ikke opfyldte kravene i udbudsmaterialet, blev støttet af tre eksterne eksperter bestilt af projektlederen. Desuden bestilte EIB en fjerde international ekspert til at gennemgå sagen, som var enig i sidstnævntes opfattelse. Desuden konkluderede EIB's egne tekniske tjenester også, at klagerens bud ikke opfyldte udbudskravene.

8. En af de eksterne eksperter bemærkede også, at udbudsmaterialet var klart og utvetydigt. EIB fandt navnlig, at den krævede konstruktionsmetode var formuleret tilstrækkeligt klart og præcist til, at en med rimelighed erfaren civilingeniør kunne forstå, hvad der præcist var påkrævet. Dette fremgår efter EIB's opfattelse af, at tilbudsgiverne under proceduren for afklaring ikke har stillet spørgsmål vedrørende byggemetoden, og at alle de øvrige tilbudsgivere har afgivet bud på grundlag af den korrekte konstruktionsmetode.

9. I lyset af klagemekanismens anbefaling om at genoverveje den manglende indsigelse behandlede EIB's tjenestegrene sagen på ny og bekræftede den oprindelige ikkeindsigelse. EIB fastholdt således sin afgørelse.

10. Klageren mente på sin side, at udbudsmaterialet ikke krævede en bestemt konstruktionsmetode, og at den foreslåede metode derfor ikke kunne anses for at afvige fra udbudsbetingelserne. Dette synspunkt blev også godkendt af klagemekanismen. Klageren anførte gentagne gange, at dens udelukkelse fra udbuddet ikke blot forårsagede betydelig økonomisk skade, men også førte til, at EIB finansierede et bud, der var 11 % dyrere, hvilket medførte ekstraudgifter på ca. 18 mio. EUR.

Ombudsmandens vurdering

11. Parternes divergerende holdninger i denne sag omfatter tekniske argumenter vedrørende bygge- og anlægsspørgsmål. Det er hverken hensigtsmæssigt eller nødvendigt, at Ombudsmanden tager stilling til disse spørgsmål, da det centrale spørgsmål drejer sig om udbudsdokumenternes juridiske betydning, navnlig bestemmelserne om graden af teknisk frihed, som tilbudsgiverne har i forbindelse med udarbejdelsen af deres tilbud.

12. Det retlige spørgsmål, der ligger til grund for tvisten, er, om **udbudsbetingelserne klart og utvetydigt krævede en bestemt konstruktionsmetode**, som EIB hævdede, eller om de gav plads til andre metoder, som klageren og klagemekanismen mente.

13. Det udbudsmateriale, som Ombudsmandens tjenestegrene har gennemgået, består af en række dokumenter, hvoraf nogle er skrevet ("den skriftlige del"), nogle består af tegninger ("tegninger") og endelig nogle, der indeholder finansielle oplysninger ("mængdeoversigten"). Udbudsmaterialet var ledsaget af retningslinjer for vejkonstruktion, konstruktion, vedligeholdelse og tilsyn samt brokonstruktion (herefter "retningslinjerne").

14. Efter at have gennemgået EIB's fuldstændige sagsakter i forbindelse med udbuddet deler



Ombudsmanden klagerens og klagemekanismens synspunkt om, at udbudsmaterialet ikke klart og utvetydigt angiver, hvilken byggemetode der skal anvendes. Der er intet herom i den skriftlige del. Som EIB har erkendt i sin udtalelse, henviste de tegninger, der blev stillet til rådighed for tilbudsgiverne, desuden til "hoveddesign", uden nogen som helst angivelse af, at et sådant hoveddesign var endeligt. Tværtimod indeholder afsnit 1.1.2 i Mængdeloven et element, der skal dække de anslåede omkostninger til ændring af hoveddesignet, hvilket viser, at sidstnævnte ikke blev betragtet som uforanderlig i udbudsmaterialet.

15. Ud over ovenstående skal det bemærkes, at retningslinjernes punkt 13, som specifikt henviser til brobygningsmetoder, opregner og uddyber de mulige byggemetoder, herunder den, som klageren har foreslået. Selv om retningslinjerne ikke er en del af udbudsbetingelserne, ledsagede de udbudsmaterialet og havde til formål at bistå tilbudsgiverne i deres tekniske valg. Da udbudsmaterialet ikke klart krævede en specifik konstruktionsmetode, gjorde det i retningslinjerne med rimelighed muligt for klageren og enhver anden tilbudsgiver at konkludere, at ingen af dem var udelukket.

16. Ombudsmanden accepterer EIB's holdning om, at Bosnien-Hercegovinas initiativtager havde til hensigt at tildele kontrakten til en kontrahent ved hjælp af en specifik byggemetode, som var forskellig fra den, klageren havde foreslået. Ombudsmanden har desuden ingen grund til at betvivle, at den pågældende metode af en række årsager med rimelighed kunne anses for at være den mest hensigtsmæssige under de givne omstændigheder. Men det er ikke de relevante spørgsmål. Tilbudsgivere, der deltager i en offentlig udbudsprocedure, der finansieres af en EU-institution, skal kunne fastslå, hvad der kræves af dem, og i hvilket omfang de kan afvige fra de fastsatte krav eller fremsætte forslag, der fører til samme resultat på forskellige måder. I det foreliggende tilfælde blev de, uanset projektlederens bagvedliggende hensigter, ikke udtrykt tilstrækkeligt klart i udbudsdokumenterne til at udelukke klagerens fortolkning.

17. Det er i denne forbindelse uden betydning, som EIB nævnte, at der ikke var nogen spørgsmål til afklaring, og at klageren var den eneste tilbudsgiver, der fortolkede udbudsbetingelserne på en måde, der ikke var den tilsigtede. Der kan være mange grunde til dette, f.eks. at ingen anden tilbudsgiver havde adgang til den nødvendige teknologi til at foreslå den samme byggemetode som klageren, eller at andre tilbudsgivere blot læste udbudsmaterialet på en anden måde. Spørgsmålet er fortsat, at **udbudsbetingelserne gav mulighed for klagerens fortolkning og dermed forhindrede initiativtageren i at diskvalificere klageren med den begrundelse, at sidstnævnte fortolkede de relevante regler på en måde, der adskilte sig fra den, initiativtageren foretrak.**

18. Ud over ovenstående kan Ombudsmanden ikke acceptere EIB's argument om, at klagerens bud heller ikke var i overensstemmelse med kravene, fordi den foreslåede byggemetode ville have forsinket gennemførelsen af projektet, da det krævede udstedelse af nye byggetilladelser. Ombudsmanden forstår fuldt ud det økonomiske rationale bag projektets gennemførelse så hurtigt som muligt, men hun påpeger ikke desto mindre, at en sådan begrundelse, medmindre det er angivet i udbudsmaterialet, ikke kan føre til udelukkelse af en tilbudsgiver.

19. Hvis EIB eller initiativtageren havde til hensigt at gøre en hurtig gennemførelse af projektet



til et væsentligt krav, burde dette have været udtrykkeligt nævnt i udbudsmaterialet. I stedet nævnes det i del 1 i afsnit IV i udbudsmaterialet blot, at tilbudsgiveren "skal *dokumentere evnen til at udføre alle arbejder inden for 20 måneder*". Som klagemekanismen med rette påpegede, bør varigheden af de arbejder, som kontrahenten skal udføre, ikke omfatte den tid, som projektlederen har brug for til at opnå byggetilladelserne. Derudover præciserede klageren i sit bud, at den metode, som klageren foreslog, ville gøre det muligt for denne at udføre arbejderne inden for denne frist.

20. Det følger heraf, at EIB's beslutning om at fastholde sin manglende indsigelse mod udelukkelsen af klagerens bud var baseret på en juridisk ukorrekt læsning af udbudsmaterialet. Det var et tilfælde af fejl eller forsømmelser.

21. Fejl og forsømmelser er særlig alvorlige, fordi det, som OECD har erkendt, er et vigtigt instrument til bekæmpelse af korruption i den offentlige sektor, at indkøbsprocedurerne bliver rigtige. Ifølge OECD er indkøb den statslige aktivitet, der er mest sårbar over for affald, svig og korruption på grund af størrelsen af de involverede finansielle strømme. Integritet i offentlige indkøb er afgørende for at bevare borgernes tillid til regeringen [2] .

22. Desuden er det af hensyn til EIB's gode omdømme som en vigtig leverandør af EU-midler og som en respektabel EU-institution over for tredjelandes myndigheder, initiativtagere og kontrahenter, at deltagere i udbud, der finansieres med EIB-lån i tredjelande, bør have adgang til en fuldt operationel intern klagemekanisme inden for EIB. Dette er især vigtigt, når EIB er involveret i lande, der har underudviklede eller ineffektive retssystemer.

23 . I den forbindelse noterer Ombudsmanden sig følgende erklæring i Europa-Kommissionens statusrapport for 2013 om Bosnien-Hercegovina (COM(2013) 700 final): *Der kan ikke rapporteres om væsentlige forbedringer med hensyn til retssystemet i Bosnien-Hercegovina, hvilket fortsat er komplekst og udfordrende. Lovgivningens standard er forholdsvis høj på nogle områder; ikke desto mindre er den praktiske gennemførelse af lovgivningen ofte dårlig på grund af centrale institutioners svage håndhævelseskapacitet. Retssystemet fungerer ofte ikke effektivt og dækker ikke i tilstrækkelig grad kommercielle aktiviteter. Håndhævelsen af kommercielle kontrakter er fortsat en langvarig proces, som omfatter 37 procedurer og tager i gennemsnit 595 dage, uændret i forhold til det foregående år. Generelt hæmmer en svag retsstat, korruption og upålidelig håndhævelse af kontrakter fortsat erhvervsklimaet [3] .*

24 . På denne baggrund er EIB's tilgang i denne sag helt uacceptabel. Det risikerer at sætte spørgsmålstejn ved ikke blot EIB's eget omdømme, men også Unionens tilsagn om at styrke retsstatsprincippet i Bosnien-Hercegovina. Denne skade på omdømmet kunne have været undgået, hvis EIB havde fulgt rådgivningen fra sin egen interne klagemekanisme.

25. I henhold til artikel 3, stk. 5, i Den Europæiske Ombudsmands statut skal Ombudsmanden, når der konstateres et tilfælde af fejl eller forsømmelser, så vidt muligt søge en løsning sammen med den pågældende institution med henblik på at fjerne fejl og forsømmelser. I den foreliggende sag er den alvorlige karakter af fejl og forsømmelser og de potentielle systemiske konsekvenser heraf af en sådan art, at det ville være uhensigtsmæssigt at søge en sådan



løsning. Under alle omstændigheder er det i dette tilfælde ikke muligt at finde en løsning nu, da byggeprojektet blev tildelt en anden tilbudsgiver, og byggeriet begyndte for flere måneder siden. Klageren i denne sag har ikke søgt at få kompensation for omkostningerne ved at udarbejde en udbudsansøgning, som på grund af ulovlighed blev udelukket fra udbudsproceduren. Ombudsmanden vil derfor ikke anbefale økonomisk kompensation for disse omkostninger. Ombudsmanden vil derfor afslutte undersøgelsen med en kritisk bemærkning og vil også sende en kopi af denne afgørelse til formændene for Europa-Parlamentet, Rådet for Den Europæiske Union og Europa-Kommissionen til orientering.

26. Ombudsmanden har tillid til, at banken vil følge op på den kritiske bemærkning ved at tage ved lære af denne sag fremover. Hun vil også overveje at indlede en undersøgelse på eget initiativ af de systemiske spørgsmål, der rejses i sagen.

Konklusion

På grundlag af undersøgelsen af denne klage afslutter Ombudsmanden den med følgende kritiske bemærkning:

EIB's beslutning om at fastholde sin manglende indsigelse mod udelukkelsen af klagerens bud var baseret på en juridisk ukorrekt læsning af udbudsdokumenterne. Det var et tilfælde af fejl eller forsømmelser.

EIB's aktiviteter påvirker **Den Europæiske Unions omdømme og bør være i overensstemmelse med Unionens værdier og principper. EIB's fejl og forsømmelser i denne sag risikerer at sætte spørgsmålstejn ved ikke blot EIB's eget omdømme, men også Unionens tilsagn om at styrke retsstatsprincippet i Bosnien-Hercegovina. Denne skade på omdømmet kunne have været undgået, hvis EIB havde fulgt rådgivningen fra sin egen interne klagemekanisme.**

Klageren og EIB vil blive underrettet om denne afgørelse. Ombudsmanden sender også en kopi af sin afgørelse til formændene for Europa-Parlamentet, Europa-Kommissionen og Rådet for Den Europæiske Union til orientering.

Emily O'Reilly

Udfærdiget i Strasbourg, den 23. oktober 2014

[1] Findes på: <http://www.ombudsman.europa.eu/cooperation/en/20080709-1.htm> [Link]

[2] Se <http://www.oecd.org/corruption/ethics/integrityinpublicprocurement.htm> [Link]

[3] http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/ba_rapport_2013_en.pdf



[Link] på s. 26