

K E N D E L S E

E.K. Entreprise A/S
(advokat Ole Sigetty, København)

mod

Post Danmark A/S og
Lokesvej 18 ApS
(selv)

Den 8. juni 2018 blev iværksat en begrænset licitation med forhandling vedrørende opførelse af en distributionshub i Hillerød.

Ordregiveren er i udbudsbetingelserne omtalt som PostNord og Lokesvej 18 ApS, c/o PostNord, som efter det oplyste ”i daglig tale” dækker Post Danmark A/S. I det følgende betegnes indklagede som PostNord.

E.K. Entreprise A/S (”E.K. Entreprise”) afgav tilbud den 20. juni 2018 inden udløbet af fristen herfor.

Den 24. august 2018 oplyste PostNord, at licitationen var annulleret.

Den 12. september 2018 indgik PostNord kontrakt med DS Flexhal A/S om den omhandlede entreprise.

Den 8. oktober 2018 indgav E.K. Entreprise klage til Klagenævnet for Udbud over PostNord.

Klagen har været behandlet skriftligt.

E.K. Entreprise har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at PostNord har handlet i strid med tilbudslovens § 8 ved at annullere licitationen uden iagttagelse af ligebehandlings- og saglighedsprincippet.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at PostNord har handlet i strid med tilbudslovens § 2 ved ikke at tildele kontrakten til E.K. Entreprise A/S, uagtet at E.K. Entreprise A/S under licitationen afgav det økonomisk mest fordelagtige bud i overensstemmelse med udbudsmaterialet.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at PostNord har handlet i strid med tilbudslovens § 2 ved at indgå kontrakt med en tredje part uden afholdelse af offentlig eller begrænset licitation, idet den omhandlede tredje part ikke afgav tilbud under den forudgående licitation.”

PostNord har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. PostNord har desuden anmodet klagenævnet om at udskille spørgsmålet om, hvorvidt ordregiveren er et offentligretligt organ, til selvstændig behandling, da spørgsmålet er afgørende for, om nævnet har kompetence til at behandle sagen.

Klagenævnet har besluttet ikke at udskille spørgsmålet om, hvorvidt ordregiveren er et offentligretligt organ, til særskilt behandling.

Sagens nærmere omstændigheder

PostNord udbød ved brev af 8. juni 2018 en entreprisekontrakt om opførelse af en ny distributionshub i Hillerød. Udbudsbrevet er på brevpapir med PostNords logo og med Post Danmark A/S' CVR-nr. I brevet står der blandt andet:

”PostNord inviterer hermed til at afgive tilbud på opførelse af en distributionshub i Hillerød i totalentreprise. Omfanget fremgår af udbudsmaterialet.

Udbuddet foregår som en begrænset licitation med forhandling. Tildeling af arbejdet vil ske til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Udbudsprocedure

Bygherren har udvalgt 9 totalentreprenører, der inviteres til at afgive tilbud. Efter afgivelsen af tilbuddene bliver disse vurderet efter tildelingskriterierne, se Udbudsbetingelserne pkt. 10. Efter vurderingen kan bygherren vælge at indkalde maksimalt 3 bydende til forhandlingsmøder. Bygherren forbeholder sig ret til at tildele opgaven direkte uden afholdelse af forhandling. Efter forhandlingen vil bygherren udpege en vinder af opgaven og der indgås totalentreprisekontrakt på vilkår angivet i udkast til totalentreprisekontrakt, jf. punkt 4. nedenfor.

Uddybende beskrivelse af udbudsprocessen inkl. tidsplan for denne fremgår af udbudsbetingelserne og -tidsplanen.”

Udbudsbetingelserne indeholder blandt andet følgende:

”Indledning

Dette dokument beskriver betingelserne for deltagelse i og afgivelse af tilbud på Post Nord ("Ordregiver") udbud af en totalentreprise vedrørende projektering og opførelse af en ny distributionshub i Hillerød som nærmere beskrevet i Byggeprogrammet. For en oversigt over udbudsmaterialet, se afsnit 4.0.

1.0 Oplysninger om Ordregiver

1.1 [...] Ordregiver er:

Lokesvej 18 ApS
c/o PostNord

...

CVR-nummer: 39 60 52 60 [tilhørende Lokesvej 18 ApS]

...

2.0 Beskrivelse af projektet og den udbudte opgave

PostNord er en kommunikations- og logistikvirksomhed inden for koncernen PostNord AB. Hovedaktiviteterne for virksomheden er at indsamle, sortere og distribuere adresserede breve og blade, pakker og stykgods.

...

I Hillerød ønskes opført en ny distributionshub, hvor der vil foregå følgende produktion:

- Sortering og lager af pakker.
- Sortering af adresserede breve og blade.
- Distribution af breve, pakker.
- Kundernes indlevering og afhentning af forskellige typer forsendelser via erhvervsindlevering og postboksanlæg.

Projektet gennemføres som en totalentreprise og omfatter projektering og opførelse af den nye distributionshub på ca. 4.200 m² [...]

...

10.1 Tildelingskriterium

Tildeling af kontrakten vil ske til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriteriet "Bedste forhold mellem pris og kvalitet".

10.2 Underkriterier

Ved vurderingen af hvilket tilbud, der indebærer det bedste forhold mellem pris og kvalitet, vil Ordregiver lægge følgende vægtede underkriterier og delkriterier til grund:

- | | |
|---|------|
| ▪ Tilbudspris | 40% |
| ▪ Kvalitet og vedligehold af bygningen | 30 % |
| ▪ Organisering og kompetencer i bemanningen | 15 % |
| ▪ Tidsplan og leveringssikkerhed | 15 % |

10.3 Evaluering af underkriterier og delkriterier

I de følgende afsnit beskrives det, hvordan Ordregiver vil foretage evalueringen af under- og delkriterierne.

De tilbudte priser vil blive omregnet til point på skalaen 0-10 som beskrevet nedenfor i afsnit 10.3.1.

De tre kvalitative underkriterier "Kvalitet og Vedligehold af bygningen", "Organisering og kompetencer i bemanningen" og "Tidsplan" vil blive tildelt point på skalaen 0-10 på følgende vis:

Karakter	Beskrivelse
10	Gives for det exceptionelle tilbud, som bedst muligt opfylder underkriteriet med ingen eller få uvæsentlige undtagelser.
9	Gives for det fremragende tilbud, der med én eller få væsentlige undtagelser / flere uvæsentlige undtagelser opfylder underkriteriet bedst muligt.
8	Gives for tilbud med en meget god opfyldelse af underkriteriet.
7	Gives for tilbud med en god opfyldelse af underkriteriet.
6	Gives for tilbud, hvor opfyldelsen af underkriteriet ligger mellem god og tilfredsstillende.
5	Gives for tilbud med en tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet.
4	Gives for tilbud med en opfyldelse af underkriteriet, der er mindre tilfredsstillende.
3	Gives for tilbud, hvor opfyldelsen af underkriteriet ligger mellem mindre tilfredsstillende og utilfredsstillende.
2	Gives for tilbud, hvor opfyldelsen må anses for utilfredsstillende.
1	Gives for tilbud, hvor opfyldelsen må anses for meget utilfredsstillende.
0	Gives for et tilbud, som er konditionsræssigt, men hvor der ikke foreligger oplysninger, der kan tillægges positiv vægt i bedømmelsen af underkriteriet.

10.3.1 Underkriteriet "Tilbudspris"

Ved evalueringen af underkriteriet "Tilbudspris" vil Ordregiver lægge vægt på den samlede tilbudspris, som tilbudsgiver har angivet i Tilbudslisten, inklusive Tillægspriser beregnet på baggrund af det forventede træk på disse (jf. de angivne mængder) som angivet i Tilbudslistens pkt. 5.10 (Den samlede tilbudspris).

Den samlede tilbudspris i Tilbudslisten vil blive omregnet til en karakter på skalaen 0-10.

Ordregiver har valgt at anvende følgende model:

Karakteren findes efter følgende kurve, hvor der gives 7 for at ramme Y, der gives 10 for en pris på X. og derunder og karakteren 0 for en pris på Z. Dyrere tilbud accepteres ikke. Der interpoleres lineært i intervallerne X-Y og Y-Z.

...

X: 30 mio. DKK

Y: 35 mio. DKK

Z: 50 mio. DKK

"Y" er fastsat på baggrund af det forventede prisniveau på den udbudte opgave.

10.3.2 Underkriteriet "Kvalitet og Vedligehold af bygningen"

Ved evalueringen af underkriteriet "Kvalitet og Vedligehold af bygningen" vil Ordregiver ud fra en helhedsvurdering lægge vægt på følgende: Tilbudsgivers evne til kvalitativt at imødekomme udbudsmaterialets formål og krav.

Tilbudsgivers evne til at imødekomme de arkitektoniske kvaliteter i forhold til udformning og materialernes samspil.

Tilbudsgivers evne til at imødekomme kravene til et velfungerende og praktisk byggeri.

Ordregiver vil endvidere lægge vægt på, at bygningsrengøring kan udføres med et minimum af resurser samt, at bygninger har et minimalt fremtidigt behov for vedligehold.

Ordregiver vil ligeledes lægge vægt på, at installationer er nemt tilgængelige.

...

16.0 Annullation af udbudsprocessen

Ordregiver kan, indtil tidspunktet for indgåelse af kontrakt med den vindende tilbudsgiver, uden ansvar, godtgørelse eller kompensation annullere udbudsprocessen, når der foreligger en saglig grund."

Kontraktudkastet indeholder følgende:

”

Lokesvej 18 ApS

Herefter benævnt

CVR nr.

Postal address

Bygherren

39 60 52 60

Hedegaardsvej 88

2300 København

S”

Den 20. juni 2018 afgav E.K. Entreprise tilbud på entreprisekontrakten. Virksomhedens samlede tilbudspris lød på 40.270.000 kr. ekskl. moms.

PostNord besluttede efter modtagelse af tilbuddene at annullere licitationen.

I en mail af 24. august 2018 til E.K. Entreprise står der:

”...

Jeg kan hermed bekræfte at PostNord annullerer udbuddet vedr. Hillerød Ny Hub. Grunden til at udbuddet er blevet annulleret, er at de indkomende tilbud ikke mødte vores forventning til kvalitet og pris.

...”

E.K. Entreprise gjorde ved brev af 31. august 2018 indsigelse mod PostNords beslutning om at annullere licitationen. Af brevet fremgår blandt andet:

”I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbudsloven fra januar 2016 og udbudsloven redegøres for, hvorledes et udbud lovligt kan annulleres, og det kan konstateres, at PostNord ikke har overholdt kravene.

...

Endvidere må aflysningen af udbuddet og tildelingen af kontrakten til DS Flexhal ikke ske i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, jf. udbudslovens § 2 og UfR 2011.3129 H.

Ligebehandlingsprincippet indeholder et generelt krav om, at ordregiveren skal handle sagligt i håndteringen af udbud.

Der var ikke noget sagligt argument for at annullere udbuddet eller for at tildele kontrakten til DS Flexhal fremfor EK Entreprise A/S.

Annuleringen af udbuddet og tildelingen af kontrakten til DS Flexhal var således i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip.”

PostNord svarede:

”...

Jeg forstår din mail således, at du ser processen med indhentning af tilbud på byggerier som stridende mod udbudsloven. Dette må desværre bero på en misforståelse, da hverken PostNord som sådan eller de to selskaber, der er bygherrer, er omfattet af udbudsloven. PostNord er derimod i visse

situationer omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet i det omfang, et givent indkøb sker som led i PostNords levering af posttjenester.

I den aktuelle sag med byggeri af ny distributionshub i Hillerød er indkøbet af byggeriet dog under tærskelværdierne i forsyningsvirksomhedsdirektivet, og tilbudsindhentningen er derfor ikke afholdt som et EU-udbud.

Tilbudsindhentningen er sket efter de processer, der er beskrevet i de dokumenter, tilbudsgiverne er blevet præsenteret for i forbindelse med invitation til at komme med et tilbud. Der er ikke heri anført et rapporteringskrav som det, du henviser til i udbudsloven. Det er desuden min opfattelse, at der i tilbudsprocessen er handlet i overensstemmelse med de beskrevne processer, ligesom alle indkomne tilbud naturligvis er behandlet ens og vurderet efter samme principper.

Tilbudsindhentningen blev annulleret, fordi der desværre ikke var opnået den ønskede sammenhæng mellem pris og kvalitet. Din klients tilbud var eksempelvis den laveste af de indkommende, men den var relativt langt over targetprisen og baseret på en stålkonstruktion, der konstruktionsmæssigt til det forudsatte behov er dårligere end en betonkonstruktion. I det omfang en stålkonstruktion alligevel skulle vælges, skulle prisen derfor have været markant lavere. Denne overvejelse er naturligvis en saglig grund.

...”

Parternes anbringender

Ad rette indklagede

E.K. Entreprise har principalt gjort gældende, at Post Danmark A/S (Post Nord A/S) er rette indklagede, jf. udbudsbrevet og det anførte i udbudsbetingelserne, herunder blandt andet afsnittet ”Indledning”.

Subsidiært har E.K. Entreprise gjort gældende, at Post Danmark A/S og Lokesvej 18 ApS i fællesskab er udbydere af licitationen. Mere subsidiært har virksomheden anført, at hvis klagenævnet vælger at opfatte Lokesvej 18 ApS som eneste udbyder, og dermed rette indklagede, skal sagen materielt behandles, som om Post Danmark A/S var udbyderen. Post Danmark A/S kan ikke ændre/omgå sin retsstilling blot ved rent strukturelt at etablere et ejendomsselskab som bygherre/ejer af omhandlede bygning, der netop etableres af Post Nord A/S koncernen for dennes regning og med henblik på Post Danmark A/S’ brug. En sådan aktivitet kan i denne henseende betragtes som uretmæssig omgåelse.

PostNord har anført, at Lokesvej 18 ApS er bygherre på det projekt, som er genstand for klagen, og at selskabet derfor må anses for rette indklagede. PostNord har videre anført, at det er uden betydning, om det er Lokesvej 18 ApS eller Post Danmark A/S, som anses for rette indklagede, idet hverken Lokesvej 18 ApS eller Post Danmark A/S kan anses for at være et offentligt organ eller i øvrigt omfattet af tilbudsloven.

Ad påstand 1

E.K. Entreprise har gjort gældende, at PostNords annullation af licitationen ikke var i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet i tilbudsloven.

Den anførte begrundelse for annullationen var, at der ikke var opnået den ønskede sammenhæng mellem pris og kvalitet, herunder at E.K. Entreprises tilbud ifølge PostNord var ”langt over targetprisen og baseret på en stålkonstruktion, der konstruktionsmæssigt til det forudsatte behov er dårligere end en betonkonstruktion [...]”.

Den fastsatte targetpris var 35.000.000 kr. Denne pris ville i medfør af udbudsbetingelserne få karakteren 7, svarende til ”god opfyldelse” af priskriteriet. E.K. Entreprises tilbudte pris på 40.270.000 kr. ville have fået karakteren 5, svarende til en ”tilfredsstillende opfyldelse”.

Virksomheden har bestridt, at den tilbudte løsning baseret på en stålkonstruktion var konstruktionsmæssigt dårligere til det forudsatte behov end en betonkonstruktion. Det nævnes i øvrigt ikke udbudsmaterialet, at PostNord ønskede en betonkonstruktion. Hertil kommer, at størstedelen af E.K. Entreprises projekt var baseret på en betonløsning. Hele administrationsbygningen og de nederste 1,5 m af lageret skulle således udføres i beton.

Ligebehandlingsprincippet blev tilsidesat, idet PostNord annullerede det lovpligtige udbud for blot at vælge en leverandør af entreprisen, som ikke deltog i udbuddet. Selskabet har dermed handlet i direkte modstrid med selve kernen i udbudsreglerne. PostNord ændrer endvidere på udbudsbetingelserne efter modtagelsen af tilbuddene ved lige pludselig at stille krav om en betonkonstruktion.

PostNord har bestridt, at selskabet har handlet i strid med tilbudslovens § 8 ved at annullere konkurrenceudsættelsen uden iagttagelse af ligebehandlings- og saglighedsprincippet. PostNord er ikke omfattet af tilbudsloven, hvorfor selskabet ikke kan handle i strid med en bestemmelse heri. Henvisningen til tilbudslovens § 8 er endvidere uklar, da § 8 omhandler tildelingskriterier.

PostNord har videre anført, at det følger af langvarig og fast praksis, at en ordregiver er berettiget til at annullere et udbud, og at en annulation alene undtagelsesvis kan være en overtrædelse af de udbudsretlige regler og principper, da det alene vil være i tilfælde, hvor annulationen forfølger formål i strid med ligebehandlingsprincippet eller i øvrigt er usaglig. Adgangen til at annullere proceduren var endvidere beskrevet i udbudsbetingelserne.

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at ensartede forhold ikke uden objektiv og saglig begrundelse må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke ugrundet må behandles ensartet. E.K. Entreprise har ikke redegjort for, hvordan ligebehandlingsprincippet skulle være overtrådt af PostNord.

I forbindelse med planlægningen af bygningens opførelse havde PostNord indhentet en pris fra DS Flexhal A/S. Virksomheden tilbød at udføre entreprisen som en betonkonstruktion, hvilket var PostNords foretrukne løsning for projektet. PostNord ønskede imidlertid at undersøge, om projektet kunne gennemføres billigere. Selskabet valgte derfor at gennemføre en konkurrenceudsættelse af projektet for at få et sammenligningsgrundlag og en belysning af, hvilke priser der kunne opnås i markedet. PostNord havde i udbudsmaterialet med udgangspunkt i DS Flexhal A/S' tilbud fastsat en targetpris på 35.000.000 kr. Denne pris var selskabets budgetmæssige udgangspunkt. Under konkurrenceudsættelsen modtog PostNord reelt kun to fyldestgørende tilbud, som selskabet forholdt sig til, idet et tredje tilbud var ukonditions-mæssigt. E.K. Entreprise og de øvrige tilbudsgivere havde afgivet tilbud, der var væsentligt højere end DS Flexhal A/S' tilbud og væsentligt højere end den fastsatte targetpris.

E.K. Entreprise tilbød således den laveste pris på 40.270.000 kr. som var mere end 15% højere end PostNords budgetmæssige udgangspunkt. Det er en væsentlig forøgelse af omkostningen, der udover at medføre en væsentlig finansieringsomkostning også ville medføre en væsentlig højere husleje for den fremtidige lejer af ejendommen, hvilket kunne besværliggøre fremtidige

udlejningsmuligheder. Samtidig medførte E.K. Entreprisen projekt en ringere bygning end forudsat, da projektet forudsatte anvendelse af stålkonstruktion i bygningen i stedet for en betonkonstruktion. Anvendelse af ståldragere i en lagerhal betyder, at der ikke opnås fuld udnyttelse af bygningens lagerrum i højden. Det er korrekt, at PostNord ikke direkte havde stillet krav om betonkonstruktion. Dette skyldes, at selskabet ønskede at holde mulighederne for en lavere byggepris åben. Med andre ord kunne en stålkonstruktion være en acceptabel bygningskonstruktion, hvis byggeprisen tilsvarende blev lavere end budgettet. Dette blev som nævnt ikke opfyldt, hvorfor PostNord valgte at afbryde konkurrenceudsættelsen.

Dette er en saglig grund for annullering af konkurrenceudsættelsen, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 5. april 2019, Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer kommuner. E.K. Entreprisen bærer bevisbyrden for den påståede usaglighed.

Ad påstand 2

E.K. Entreprisen har overordnet gjort gældende, at virksomheden afgav det laveste tilbud på entreprisekontrakten og dermed skulle være tildelt kontrakten.

Virksomheden har videre anført, at det påhviler PostNord ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbud og tildelingen af ordrer at sørge for, at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier, og at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne, jf. tilbudslovens § 2, stk. 3. PostNord har imidlertid ikke overholdt ligebehandlingsprincippet, idet selskabet tildelte kontrakten til en anden virksomhed end E.K. Entreprisen, som tilbød den laveste pris. Den valgte virksomhed deltog end ikke i licitationen.

E.K. Entreprisen har bestridt, at PostNord frit kan vælge at forkaste alle de indhentede tilbud for blot at vælge en udenforstående leverandør. En sådan fremgangsmåde er i strid med tilbudslovens § 2, stk. 3, og alle principper bag udbudslovgivningen. At der i henhold til ordlyden i tilbudslovens § 2 ikke må ske forskelsbehandling ”mellem tilbudsgiverne”, åbner ikke mulighed for at tildele opgaven til en udenforstående efterfølgende ”tilbudsgiver”.

PostNord har bestridt, at selskabet handlede i strid med tilbudslovens § 2, allerede fordi PostNord ikke er omfattet af tilbudsloven.

PostNord har videre anført, at konkurrenceudsættelsen blev retmæssigt annulleret, jf. det anførte ad påstand 1. Efter at have annulleret konkurrenceudsættelsen, kunne PostNord i sagens natur ikke samtidig tildele kontrakten til E.K. Entreprise.

Ad påstand 3

E.K. Entreprise har gjort gældende, at PostNord har tildelt kontrakten til en tredjepart uden afholdelse af forudgående licitation, selvom selskabet var forpligtet dertil i medfør af tilbudslovens § 2, stk. 1, jf. § 12.

Det skal tages i betragtning, at PostNord mener sig berettiget til at invitere blandt andre E.K. Entreprise til at afgive et kompliceret og tidskrævende tilbud alene for at kontrollere den pris, som PostNord havde modtaget fra sin valgte kontraktpart, DS Flexhal A/S. At dette var det egentlige formål fremgår ikke af udbudsbrevet, hvori det blandt andet anføres, at tildeling vil ske til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

PostNord har overordnet gjort gældende, at den kontrakt, som var til genstand for tilbudsindhentningen, hverken var udbudspligtig efter tilbudsloven eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det forhold, at der under konkurrenceudsættelsen er anvendt udtryk som udbud og licitation, ændrer ikke herved. Disse er sædvanlige termer i forbindelse med tilbudsindhentning. Værdien af kontrakten oversteg ikke EU-tærskelværdien, og kontrakten var derfor heller ikke udbudspligtig efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Kontrakten blev ikke udbudt efter tilbudsloven, idet PostNord ikke er omfattet af tilbudslovens regler. Da PostNord ikke er et offentligretligt organ, er selskabet ikke omfattet af tilbudsloven og kan følgelig heller ikke handle i strid hermed.

PostNord har endvidere ikke anvendt konkurrenceudsættelsen til at kontrollere en pris. Selskabet har derimod afholdt en konkurrenceudsættelse med det klare formål at få det bedste projekt i forhold til kvalitet og pris. Dette lykkedes imidlertid ikke. Da konkurrenceudsættelsen var et frivilligt tiltag, kunne

PostNord vælge at indgå aftale med en tredjepart, selvom denne ikke tog del i konkurrenceudsættelsen.

Klagenævnet udtaler:

Ad rette indklagede

Udbudsmaterialet, herunder udbudsbrevet og udbudsbetingelserne, indeholder ikke en klar identificering af ordregiveren. Udbudsbrevet henviser således til PostNord, mens udbudsbetingelserne angiver såvel PostNord som Lokesvej 18 ApS c/o PostNord som ordregiver. Da ordregiver selv bærer risikoen for fejl og uklarheder i udbudsmaterialet, anser klagenævnet både PostNord A/S og Lokesvej 18 ApS som rette indklagede i overensstemmelse med E.K. Entreprises anbringender.

Ad klagenævnets kompetence

Det fremgår af lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 2, nr. 3, at klagenævnets kompetence omfatter klager over overtrædelse af lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tilbudsloven). Klagenævnet har dermed kompetence til at behandle de spørgsmål, som er indeholdt i klagens påstand 1-3.

Ad påstand 1 og 2

Opførelsen af en ny distributionshub i Hillerød skulle gennemføres som en begrænset licitation med tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige bud”, og efter licitationsbetingelsernes pkt. 10. 1, således at tildeling af kontrakten ville ske til den tilbudsgiver, der afgav tilbuddet med det ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

PostNord annullerede efter modtagelse af tilbud licitationen og foretog kontrakttildeling til DS Flexhal A/S, som ikke havde afgivet tilbud ved licitationen.

Den 24. august 2018 meddelte PostNord tilbudsgiverne, at licitationen blev annulleret, idet de indkomne tilbud ikke mødte PostNords forventning til kvalitet og pris.

Af licitationsbetingelsernes pkt. 16.0 fremgår, at ordregiver indtil tidspunktet for indgåelse af kontrakt uden ansvar, godtgørelse eller kompensation kan annullere udbudsprocessen, når der foreligger en saglig grund.

Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at en ordregiver er berettiget til at annullere et udbud eller en licitation, således at ingen af de afgivne tilbud antages. Beslutningen om annulation må dog ikke forfølge et formål, som er i strid med ligebehandlingsprincippet, eller på anden måde være usagligt begrundet.

PostNord har begrundet annulationen med, at den laveste tilbudspris på 40.270.000 kr. var mere end 15% højere end PostNords budgetmæssige udgangspunkt, nemlig targetprisen 35.000.000 kr., jf. udbudsbetingelsernes pkt. 10.3.1, og lå væsentligt over den tilbudte pris fra DS Flexhal A/S.

Klagenævnet finder ikke grundlag for at antage, at det budgetmæssige hensyn ikke reelt lå grund for beslutningen om at annullere konkurrenceudsættelsen. Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at annulationen var i strid med ligebehandlingsprincippet eller i øvrigt forfulgte et usagligt formål.

Påstand 1 og 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Påstanden angår, om Post Nord var forpligtet til at afholde en offentlig eller begrænset licitation efter tilbudslovens bestemmelser forud for tildeling af entreprisekontrakten, idet den valgte virksomhed ikke afgav tilbud under den forudgående licitation.

Parterne har blandt andet gjort de samme anbringender gældende som vedrørende påstand 1 og 2.

E.K. Entreprise har anført, at PostNord efter tilbudslovens § 2, stk. 1, jf. § 12, skulle tildele kontrakten til E.K. Entreprise, idet denne virksomhed havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud.

PostNord har gjort gældende, at PostNord kunne tildele kontrakten til DS Flexhal A/S uden at gennemføre en licitation efter tilbudslovens bestemmelser.

Det fremgår af bekendtgørelse nr. 817 af 23. august 2005 om visse udbyderes anvendelse af underhåndsbud efter lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, at visse ordregivere, herunder offentligretlige organer, har mulighed for at tildele bygge- og anlægskontrakter under EU-tærskelværdien på baggrund af underhåndsbud, jf. bekendtgørelsens § 1, jf. tilbudslovens § 12, stk. 7, jf. stk. 3, Disse ordregivere er således som udgangspunkt ikke forpligtede til at gennemføre en offentlig eller begrænset licitation.

På denne baggrund tages påstanden ikke til følge.

Klagenævnet har herved ikke taget stilling til, om indklagede i sagen skal defineres som et offentligretligt organ omfattet af tilbudslovens regler, jf. tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 1.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

E.K. Entreprise A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 20.000 kr. i sagsomkostninger til Lokesvej 18 ApS og Post Danmark A/S.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
specialkonsulent