

K E N D E L S E

MBG Entreprise A/S
(selv)

mod

Københavns Kommune
(selv)

Den 21. september 2018 iværksatte Byggeri København, Københavns Kommune, en begrænset licitation efter tilbudslovens § 6, stk. 3, (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med senere ændringer) vedrørende Skolen på Strandboulevarden – Bygning 26” omfattende reovering af tag og facader. Tildelingskriteriet var fastsat til ”laveste pris”.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 24. oktober 2018 havde MBG Entreprise A/S, Ason A/S, Combibyg A/S, Jakon A/S og Øens Murerfirma A/S afgivet tilbud.

Den 31. oktober 2018 besluttede Københavns Kommune at indgå kontrakt med MBG Entreprise. Den 1. november 2018 tilbagekaldte kommunen tildelingsbeslutningen og tildelte i stedet kontrakten til Ason, og kommunen har herefter den 15. november 2018 indgået hovedentreprisekontrakt med denne virksomhed.

Den 19. november 2018 indgav MBG Entreprise klage til Klagenævnet for Udbud over Københavns Kommune. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

MBG Entreprise har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2 ved at meddele MBG Entreprise, men ikke de øvrige tilbudsgivere, at MBG Entreprise skulle medregne zinkbeklædning både på udskiftningsalternativet af kviste og på renoveringsalternativet af kviste.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2 ved at sammenligne MBG Entreprises tilbud inklusive pris på zinkbeklædning både på udskiftningsalternativet af kviste og på renoveringsalternativet af kviste med Asons tilbud, som kun indeholdt pris på zinkbeklædning på udskiftningsalternativet.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Københavns Kommunes beslutning af 1. november 2018 om at tildele den udbudte kontrakt til Ason.

Påstand 4

Klagenævnet skal pålægge Københavns Kommune at betale MBG Entreprise 628.132,59 kr. med tillæg af moms.

Københavns Kommune har vedrørende påstand 1 – 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, og har vedrørende påstand 4 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4.

Sagens nærmere omstændigheder

Licitationsmaterialet indeholdt bl.a. følgende:

”2. Beskrivelse

Nærværende byggesag omhandler renovering tag og facader, renovering af facader består bl.a. af renovering af eksisterende vinduer, reparationer af facade puds, udskiftning af taget på bygning 26, hvor i forbindelse med tagrenoveringen nedrives gangbro på spidsloft, lofter, skråvægge og skunkvægge med efterfølgende reetablering.

...

7. Tildelingskriterium

Tildelingskriteriet er laveste pris.

8. Tilbudsevaluering

Ved vurderingen lægges der vægt på den laveste pris. Laveste pris fremgår af tilbudslisten side 1.

9. Forbehold/Alternative bud

Tilbud, der indeholder forbehold, risikerer at blive afvist som ukonditionsmæssige.

Alternative bud modtages ikke.

...”

Tilbudslisten ”Skolen på Strandboulevarden Hovedentreprisetilbud”, ”Hovedentreprise - Udvendig renovering af facader og ombygning af tagterrasse” var opbygget således, at tilbudsgiveren på side 1 skulle oplyse den samlede tilbudssum uden moms, momsbeløbet heraf og den samlede tilbudssum inkl. moms. På side 2 skulle oplyses delpriser for 1) ”Bygning 26, 27 og 20”, 2) ”Byggepladsindretning”, 3) ”Miljøsanering”, 4) ”Optioner” og endelig den samlede tilbudssum.

I tilbudslisten side 1 var fastsat:

”NB! Arbejder under ”Optioner” og vejrligsbestemte vinterforanstaltninger indgår i konkurrencen som optioner og skal medregnes i tilbudssummen. Arbejder anført under ”Optioner” og vejrligsbestemte vinterforanstaltninger tilkøbes undervejs som option og kommer kun til anvendelse efter bygherrens anvisning. Bygherren er berettiget til at købe de tilbudte optioner under byggesagen til den anførte pris. Såfremt der er tilkøbt optioner i forbindelse med kontraktindgåelsen er bygherren fortsat berettiget til at tilkøbe de resterende optioner under byggesagen til den af entreprenøren i tilbudslisten anførte pris. ...”

Af tilbudslisten side 21 øverst fremgik bl.a.:

”Ydelserne skal indeholde alle arbejder, bi ydelser og leverancer i henhold til det respektive beskrivelsesafsnit samt for arbejdets fulde færdiggørelse.”

Samme sted fremgik under ”Optioner” bl.a. følgende punkter:

- ”Bygning 20”
- ”Vinterforanstaltninger”
- ”Kviste”

Vedrørende optioner på kviste fremgik bl.a.:

”Kviste

Nedrivning af kviste, inkl. Miljøsanering og bortskaffelse, eksisterende vinduer sættes til deponering

- 105.0 Stor kvist med sålbænk
Zinkinddækning af kvist på rupløjede brædder inkl. sålbænk (blank zink)
- 106.0 Kviste med sålbænk.
Zinkinddækning af kvist på rupløjede brædder inkl. sålbænk (blank zink)
- 107 Kviste uden sålbænk.

Kviste, Levering og montering, inkl. Flunk opbygning se tegning: I1229 K01 L26 H3 EX S1 N001 - Eksisterende vinduer genbruges

- 105.01 Stor kvist med sålbænk
- 106.01 Kviste med sålbænk.
- 107.01 Kviste uden sålbænk.

Funktions udbud. Tillæg for levering og montering af nye vinduer med koblede rammer til kviste - Vinduer udføres med samme geometri og profilering på karm, sprosser og gående rammer som eksisterende. Forskudte rammer og skjult tætningsliste, diffusionsbånd imellem rammerne, leveres med trukket glas i yderste ramme imellem kittede sprosser, tegninger leveres til fagtilsynet for kommentering.

- 105.2 Nyt vindue med koblede rammer, udføres med anverfer, stormkroge og dertilhørende stjerthager og hjørnebeslag med rumpestabel i farven hvid. til - Stor kvist med sålbænk
- 106.2 Nyt vindue med koblede rammer, udføres med anverfer, stormkroge og dertilhørende stjerthager og hjørnebeslag med rumpestabel i farven hvid. til - Kviste med sålbænk.

- 107.2 Nyt vindue med koblede rammer, udføres med anverfer, stormkroge og dertilhørende stjerthager og hjørnebeslag med rumpestabel i farven hvid. til - Kviste uden sålbænk.

renovering af kvistvinduer

Kvist uden sålbænk

- 20 Type 1 - Vinduer: afrenses, slibes, spartles, grundes og males. Nye rustfrie skruer i hjørnebånd, nye tætningslister, stormkroge og anverfer skiftes og udføres som eksisterende i hvide
- 21 Type 6 - Kitning af vinduer.
- 22 Type 5 - Ny forsatsramme som nabo vindue.

Kvist med sålbænk

- 23 males. Nye rustfrie skruer i hjørnebånd, nye tætningslister,
- 24 Type 5 - Ny forsatsramme som nabo vindue.
- 25 Type 6 - Kitning af vinduer.

Stor kvist med sålbænk

- 26 Type 1 - Vinduer: afrenses, slibes, spartles, grundes og males. Nye rustfrie skruer i hjørnebånd, nye tætningslister, stormkroge og anverfer skiftes og udføres som eksisterende i hvide
- 27 Type 5 - Ny forsatsramme som nabo vindue.
- 28 Type 6 - Kitning af vinduer.”

Der er i sagen fremlagt en snittegning (dokument ID I1229 K01 L26 H3 EX S1 N001) vedrørende tagkonstruktion, ovenlys i spidsloft, loftkonstruktion i loftsrum, skunkvæg, konstruktion af kviste, flunke og sålbænk ved kvist i bygning 26. I dokumentet findes bl.a. følgende tekst:

”Konstruktion af kviste (option)

Tag: Zinkbeklædning (blank zink)

21 x 115 mm brædder med fer/not.

50 mm ventilation

245 mm mineraluld

Dampspærre

45 x 45 mm lægte

Flunke (option)

Zinkbeklædning (blank zink)

21 x 115 mm brædder med fer/not.

25 mm ventilation

25 mm afstandsliste

Vindspærre

45 x 45 mm lægte

Brystning ved kvist
Ca. 2 x 120 mm mineraluld
2 x 12,5 mm gipsplader

Sålbænk ved kvist

Zinkbeklædning (blank zink)
21 x 115 mm brædder med fer/not”

MBG Entreprises samlede tilbudspris var 10.156.263 kr. ekskl. moms, mens Asons samlede tilbudspris var på 10.130.000 kr. ekskl. moms, svarende til en difference mellem tilbuddene på 26.263 kr. ekskl. moms.

De øvrige samlede tilbudspriser var:

Combibyg A/S	12.181.000 kr. ekskl. moms
Jakon A/S	11.796.600 kr. ekskl. moms
Øens Murerfirma A/S	11.787.757 kr. ekskl. moms

Af MBG Entreprises brev af 24. oktober 2018, hvorved virksomhedens tilbud blev fremsendt til kommunen, fremgår bl.a.:

”Pris på zinkinddækning af kviste, som anført på tegning I1229_k01_L26_H1_04_S1_N002 er placeret under tilbudslistens ”B17-optioner”, pkt. 20, 23 og 26.”

MBG Entreprisen har under behandlingen af sagen i klagenævnet oplyst, at virksomhedens tilbud indeholdt priser på zinkarbejder vedrørende såvel optionen på opførelse af nye kviste som optionen på renovering af kviste. Prisen for zinkarbejdet i relation til optionen på renovering af kviste udgjorde vedrørende post 20, 23 og 26 302.940 kr. Herudover har virksomheden fremlagt beregninger af zink på kviste baseret på ”Molios prisbøger”, der viser en totalsum på 345.663 kr.

I brev af 2. november 2018 fra MBG Entreprisen til Københavns Kommune står der bl.a.:

”Som bekendt har det været nogen usikkerhed omkring resultatet af licitationen på ovennævnte byggesag senest med kommunens skrivelse af 31.10.2018 og 1.11.2018 til os.

Vi forstår, at der er 2 tilbud som ligger meget tæt, og da vi er meget interesserede i at afgørelsen træffes på korrekt grundlag, er vi opmærksomme på et forhold omkring optionspriserne på renovering af kviste, herunder zinkbeklædning af disse kviste. Ydelsen fremgår af tegning:

- I 1229_K01_F1_H2_EX_S1_N001 af 14. september 2018, punkterne 105 - 106 - 107

...

men ydelsen er ikke beskrevet i den beskrivende tilbudsliste.

Vi rettede derfor henvendelse til projekterende, som oplyste, at vi skulle prissætte zinkbeklædningen under optioner pkt. 20 - 23 og 26 uanset betegnelsen i tilbudslisten kun omhandlede maler- og snedkerreparationer.

Yderligere oplyste projekterende, at vi ikke måtte tilføje linjer i tilbudslisten.

Opdelingen af vor tilbudslistes prissætning fremgår af vedlagte bilag af 1.11.2018.

Da de bydende ikke forinden licitationen har modtaget instruks fra udbyder i form af rettelsesblad eller lignede, indskrev vi i tilbudsbrevet, at vi havde prissat zinkarbejderne på kvistene i de anførte punkter. ...

For at sikre at alle bydende har modtaget samme oplysninger og har medregnet zinkinddækning af kvistene, beder vi hermed om aktindsigt i det relevante tilbud fra [Ason] A/S herunder [Ason] A/S' prissætning af optioner angivet på tilbudslistens side 23:24.”

Det nævnte bilag af 1. november 2018 vedrørende MBG Entreprises prissætning lyder således:

”Skolen på Strandboulevarden

1.11.2018

Optioner

Pkt.	Pris inkl. zink	Pris zink	Pris excl. zink
20	87.933,00	71.280,00	16.653,00
23	289.031,00	213.840,00	75.191,00
26	30.531,00	17.820,00	12.711,00
	407.495,00	302.940,00	104.555,00

”

Ved svarmail af 5. november 2018 skrev Københavns Kommune således til MBG Entreprise:

” ...

Vedr. prissætning af zink

Med hensyn til prissætningen af zink fremgår det af AB 92 § 3, stk. 4, at tilbuddet omfatter ydelser, der fremgår af tegninger eller arbejdsbeskrivelser, og af AB 92 § 2, stk. 6, fremgår, at tilbudslisten alene er en specifikation af tilbudssummen. Endelig fremgår det af tilføjelsen til AB 92 § 3, stk. 4, at byggesagsbeskrivelse, tegninger, arbejdsbeskrivelser, kontrakt og tilbudslisten supplerer hinanden og gælder hver for sig, således at ydelser skal medregnes i tilbuddet, selvom de kun er angivet ét af stederne.

Endvidere er det øverst på alle sider i tilbudslisten angivet, at ”Ydelserne skal indeholde alle arbejder, bi ydelser og leverancer i henhold til det respektive beskrivelsesafsnit samt for arbejdets fulde færdiggørelse”.

Som følge heraf er Byggeri København som ordregiver både berettiget og forpligtet til at lægge til grund, at betaling for zinkbeklædninger som de fremgår af tegningerne er indeholdt i alle de afgivne tilbudssummer, herunder i Asons.

Som følge heraf fastholdes tildelingsbeslutning meddelt den 1. november 2018.”

I telefonnotat dateret 29. november 2018 fra PLH Arkitekter A/S hedder det:

”MGB ringede til mig i 11. time, på dagen inden de skulle aflevere tilbuddet, de informerede om at tilbudslisten manglede et pkt. for zink inddækning, men der stod beskrevet at hvis det var beskrevet på tegning eller i beskrivelse skulle de tage det med, og det var beskrevet på en tegning. de spurgte så indtil hvor de skulle dække dette ind under og om det kunne være i ”Fane B17 - Optioner pkt. 20, 23 og 26.

Jeg gjorde opmærksom på at, jeg ikke kunne kræve det var medtaget hvis det manglede i projektet, men såfremt det stod beskrevet som MGB nævnte pr. telefon, måtte de selvom hvor det blev placeret, så ja.

I forbindelse med at jeg skal redegøre for denne telefon samtale vil jeg henvise til at øverst på alle sider i tilbudslisten er følgende skrevet:

”Ydelserne skal indeholde alle arbejder, bi ydelser og leverancer i henhold til det respektive beskrivelsesafsnit samt for arbejdets fulde færdiggørelse”. ”

Københavns Kommune har oplyst, at ingen andre tilbudsgivere har stillet spørgsmål om omfanget af zinkbeklædning i den udbudte kontrakt.

MBG Entreprise har fremlagt følgende opstilling (sagens bilag 21) om delpriserne i de afgivne tilbud:

”

Optioner side 23, Renovering af kvistvinduer

SPS		Bydende 1	MBG	Bydende 2	Bydende 3	Bydende 4
20	Renovering af kviste uden sålbænk, 4 stk	35.000,00	87.933,00	24.216,00	121.000,00	20.936,00
23	Renovering af kviste med sålbænk, 12 stk	180.000,00	289.031,00	139.853,00	102.000,00	97.788,00
26	Renovering af stor kvist med sålbænk, 1 stk	35.000,00	30.531,00	39.108,00	35.864,00	25.538,00
		250.000,00	407.495,00	203.177,00	258.864,00	144.262,00

”

I MBG Entreprises processkrift II er i tilknytning hertil anført bl.a.:

”Af bilag 21 fremgår det, at der er signifikant forskel på MBG's priser og øvrige bydendes priser, og det er nøjagtigt på disse delpriser at MBG har indregnet udskiftning af zinkbeklædningerne på kvistene som anført i MBG's tilbudsbrev (bilag 3) og som instrueret af bygherrens rådgiver.

ByK's bilag D anon.pdf er anonymiseret, hvorfor det ikke er muligt at konstatere, hvilket af de 4 øvrige bydendes delpriser der er afgivet af Ason. Det er for så vidt også uden betydning, idet alle øvrige delpriser er langt højere end MBG's resulterende i at MBG under alle omstændigheder er lavestbydende, hvis MBG ikke havde medtaget zinkarbejderne i renoveringsoptionen.”

Klagenævnet har indhentet oplysninger fra Københavns Kommune til brug for sagen. Klagenævnets mail af 1. april 2019 til kommunen lyder således:

” ...

Klagenævnet har besluttet at fastsætte frist for Københavns Kommune til senest den 8. april 2019 kl. 15.00 at fremsende følgende oplysninger og materiale, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 11, stk. 2, og bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 6:

1. Oplysning om, hvorvidt det er Københavns Kommunes opfattelse, at zinkbeklædning, zinkinddækning eller andre zinkarbejder er omfattet af optionen vedrørende "renovering af kvistvinduer" med underpunkterne "Kvist uden sålbænk" (punkt 20, 21 og 22), "Kvist med sålbænk" (punkt

23, 24 og 25) og "Stor kvist med sålbænk" (punkt 26, 27 og 28), og i givet fald hvilke punkter der omfatter sådanne arbejder. Svaret bedes begrundet, herunder med henvisning til tekststeder/tegninger i det samlede licitationsmateriale.

2. Oplysning fra Ason A/S om, i hvilket omfang virksomhedens tilbud ved tilbuddets afgivelse indeholdt zinkbeklædning, zinkinddækning eller andre zinkarbejder med hensyn til optionen "renovering af kvistvinduer" med underpunkterne "Kvist uden sålbænk" (punkt 20, 21 og 22), "Kvist med sålbænk" (punkt 23, 24 og 25) og "Stor kvist med sålbænk" (punkt 26, 27 og 28), og i givet fald under hvilke punkter zinkarbejderne var indregnet i virksomhedens tilbud, samt dokumentation herfor, fx i form af tilbudsberegningerne for de pågældende punkter.

...”

Københavns Kommune har ved mail af 5. april 2019 svaret:

”Klagenævnet for Udbud har stillet 2 spørgsmål til indklagede med henvisning til lov om Klagenævnet for Udbud § 11, stk. 2 og bekendtgørelsen om Klagenævnet for Udbud § 6. Spørgsmålene blev modtaget i Byggeri København den 2. april 2019.

Hvad det første spørgsmål angår, kan det oplyses, at indklagede er af den opfattelse, at nødvendige zinkarbejder var omfattet af punkterne 105.1, 106.1 og 107.1 i tilbudslisten. Det er således indklagedes opfattelse, at det ikke var påkrævet at medtage zinkarbejder særskilt under punkterne 20 til 28. Opfattelsen begrundes med henvisning til ordlyden i de omhandlede punkter i tilbudslisten, hvor punkterne 105.1, 106.1 og 107.1 omhandler kvister og specifikt nævner zinkarbejder, samt at eksisterende vinduer genbruges. Punkterne 20 til 28 omhandler de kvistvinduer, som ifølge punkterne 105.1, 106.1 og 107.1 skal genbruges. Kvistvinduerne er ikke belagt med zink.

For så vidt angår det andet spørgsmål, bemærkes det, at Ason A/S ikke er part i sagen, hvorfor indklagede ikke har mulighed for at kræve, at de bidrager til sagens oplysning. Indklagede har henvendt sig til Ason A/S (via indklagedes rådgiver), og en kopi af svaret fra Ason A/S er vedlagt denne mail. Svaret omfatter en kort følgemail og 2 dokumenter: dels en kopi af tilbuddet fra Ason A/S' underentreprenør for blikkenslagerarbejder til Ason A/S og dels en ekstrakt fra Ason A/S' tilbudsliste. I en efterfølgende telefonsamtale mellem indklagede v/undertegnede og Ason A/S v/byggeleder Anders Holst har Ason A/S bekræftet, at zinkarbejdet udelukkende er prissat under punkterne 105.1, 106.1 og 107.1.

For en god ordens skyld skal det nævnes, at tilbuddet fra Ason A/S' underentreprenøren er afgivet på en anden tilbudsliste end den, som Ason A/S og de andre tilbudsgivere anvendte – underentreprenøren har navnlig anvendt sagens oprindelige tilbudsliste, mens Ason A/S og de andre tilbudsgivere har anvendt en revideret tilbudsliste. Der findes ikke punkter svarende til punkterne 20 til 28 i den tilbudsliste, som underentreprenøren har anvendt.

...”

Københavns Kommunes henvendelse til Ason ved mail af 3. april 2019 lyder således:

”Ville du / I være behjælpelig med dette. på forhånd tak!

2. Oplysning fra Ason A/S om, i hvilket omfang virksomhedens tilbud ved tilbuddets afgivelse indeholdt zinkbeklædning, zinkinddækning eller andre zinkarbejder med hensyn til optionen ”renovering af kvistvinduer” med underpunkterne ”Kvist uden sålbænk” (punkt 20, 21 og 22), ”Kvist med sålbænk” (punkt 23, 24 og 25) og ”Stor kvist med sålbænk” (punkt 26, 27 og 28), og i givet fald under hvilke punkter zinkarbejderne var indregnet i virksomhedens tilbud, samt dokumentation herfor, fx i form af tilbudsregningerne for de pågældende punkter.”

Asons svar af samme dato lyder således:

”Hermed vedhæftet tilbud fra vores blikkenslager på div. Zinkarbejder på Skolen på Strandboulevarden. Jeg har også vedhæftet vores tilbud for god ordens skyld, omhandlende zink til kviste i det fremsendte tilbud.”

Af det vedhæftede tilbud fra Asons underleverandør, Meyers Tag & Facade A/S, fremgår, at underleverandøren har medregnet zinkarbejder i relation til post 105.1, 106.1 og 106.1. Det fremgår derimod ikke af tilbuddet fra underleverandøren, at denne har medregnet zinkarbejder i relation til post 20 – 28 om option for renovering af kvistvinduer.

Klagenævnet har ved brev af 24. april 2019 meddelt MBG Entreprise partsaktindsigt i tilbudslistes fra virksomhederne Ason, Combibyg, Jakon og Øens Murerfirma, med undtagelse af delpriser, og tilbudsbreve.

Parternes anbringender

Ad påstand 1 - 3

MBG Entreprise har gjort gældende, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2 ved at meddele MBG Entreprise, men ikke de øvrige tilbudsgivere, at virksomheden skulle medregne zinkbeklædning både ved udskiftningsalternativet af kviste og ved reoveringsalternativet af kviste.

Virksomheden har endvidere gjort gældende, at kommunen har handlet i strid med de nævnte principper ved at sammenligne virksomhedens tilbud, der indeholdt pris på zinkbeklædning både på udskiftningsalternativet af kviste og på reoveringsalternativet af kviste, med Asons tilbud, der kun indeholdt pris på zinkbeklædning ved udskiftningsalternativet.

MBG Entreprise har nærmere anført, at licitationsmaterialet ikke var entydigt for så vidt angår zinkinddækning på kviste i reoveringssituationen.

Tilbudslisten indeholdt 2 optioner vedrørende kvistene. Den ene option (her benævnt ”option 1”) vedrørte udskiftning af kviste ved nedrivning af kviste (pos. 105.0 - 106.0 - 107.0) og levering af nye kviste (pos. 105.1 - 106.1 - 107.1), herunder med nyt zink på tag og flunker. MBG Entreprise havde ved sin prissætning af denne option indeholdt ny zink på kvisttage og flunker. Den anden option (her benævnt ”option 2”) vedrørte reovering af kvistene (pos. 20 - 28).

På rådgiverens tegning 1129_K01_L26_H3_EX_S1_N001 (sagens bilag 17) var som option anført zinkbeklædte kviste på tag og flunker. Af tegningen fremgik imidlertid ikke, om zinkbeklædningen kun vedrørte option 1 eller tillige option 2. Zinkydelserne var endvidere ikke nævnt i teksten på tilbudslisten side 23 - 24 under pkt. 20 til 28, og omfanget af disse ydelser fremgik heller ikke klart og utvetydigt andre steder i licitationsmaterialet.

MBG Entreprise henvendte sig på den baggrund til Københavns Kommunes rådgiver med henblik på afklaring af, om zinkydelserne alene skulle medregnes ved option 1 eller både ved option 1 og option 2. Rådgiveren vejledte MBG Entreprise til også at prissætte zink på kvisttage og kvistflunker

under pos. 20 - 23 og 26 og dermed også under option 2, uanset at betegnelsen under disse punkter i tilbudslisten kun omhandlede maler- og snedkerreparationer. Virksomhedens tilbud blev udformet i overensstemmelse hermed, og dette blev oplyst i tilbuds brevet. MBG Entreprisen har således i sit tilbud indeholdt zinkbeklædning af kvisttage og kvistflunker 2 gange, både i udskiftningsoptionen og i renoveringsoptionen. MBG Entreprisen forstår det således, at ingen andre tilbudsgivere har spurgt ind til zinkbeklædningen. På den baggrund må det lægges til grund, at de andre tilbud ikke indeholdt zink andre steder end udtrykkeligt fastsat i tilbudslisten, dvs. under option 1 ved udskiftning af kviste.

Af tilbudslisten side 1 nederst fremgår, at ”Arbejder anført under ”optioner” og vejrligsbestemte vinterforanstaltninger indgår i konkurrencen som optioner og skal medregnes i tilbudssummen”. Tildelingskriteriet var laveste pris, og det kan derfor være afgørende, hvorvidt tilbudsgiverne i deres tilbud har medtaget zinkbeklædning af kviste også ved prissætningen af option 2.

Hvis rådgiveren ikke havde vejledt MBG Entreprisen om at medtage ny zink på kviste i option 2, ville MBG Entreprisen – ligesom Ason – ikke have medtaget denne post under option 2. Hvis denne post, som konkret udgjorde 302.940,- ekskl. moms, havde været udeladt i MBG Entreprisen's tilbud, ville tilbuddet have lydt på 9.853.323 kr. ekskl. moms, og dermed ville tilbuddet have været 276.677 kr. lavere end Ason's tilbud på 10.130.000 kr. ekskl. moms.

Københavns Kommune har fremlagt ”bilag D anon”, og MBG Entreprisen har herefter udarbejdet bilag 21 omfattende pkt. 20, 23 og 26 i tilbudslisten for så vidt angår alle afgivne tilbud. Bilag 21 viser, at der er markant forskel på MBG Entreprisen's priser og de øvrige tilbudsgiveres priser, og det er på disse delpriser, at MBG Entreprisen har indregnet udskiftning af zinkbeklædningerne på kvistene som også anført i virksomhedens tilbuds brev til kommunen.

MBG Entreprisen gjorde ved brev af 2. november 2018 kommunen opmærksom på, at der kunne være forskel på de oplysninger, tilbudsgiverne havde modtaget til brug for udfyldelsen af tilbudslisten, herunder punkterne på tilbudslisten side 23 – 24. Ved mail af 5. november 2018 meddelte Københavns Kommune, at kommunen lagde til grund, at betaling for zinkbeklæd-

ning, som fremgår af tegningerne, var indeholdt i alle de afgivne tilbudssummer, herunder også i tilbuddet fra Ason, og at tildelingsbeslutningen derfor blev fastholdt. De øvrige tilbudsgivere blev imidlertid ikke under licitationen oplyst om, at zinkarbejder på kviste skulle medtages to gange, både under option 1 og option 2, og disse virksomheder havde derfor ingen anledning til at medtage zinkarbejder to gange. Der har derfor fundet ulovlig forskelsbehandling sted.

MBG Entreprises henvendelse til kommunen i forbindelse med tildelingen burde have fået kommunen til at undersøge prissætningen i Asons tilbud før den endelige tildeling af kontrakten.

På den anførte baggrund bør tildelingsbeslutningen annulleres.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med principperne i tilbudslovens § 2.

Kommunen har nærmere anført, at den ikke forholder sig til, om licitationsmaterialet var uklart for så vidt angår zinkinddækning, da der ikke er nedlagt påstand herom. Det må derfor lægges til grund, at alle ydelser i den udbudte kontrakt var med i tilbuddet fra Ason, idet virksomheden ikke havde taget forbehold. En ordregiver vil ofte kræve eller anmode om delpriser til eventuel brug under den efterfølgende byggesag, men er ikke forpligtet til at gøre det. I licitationen var tildelingskriteriet laveste pris for hovedentreprisens udførelse. Delpriser indgik ikke i bedømmelsen af den laveste pris.

Kommunen har endvidere anført, at eventuelle uklarheder gjorde sig gældende i samme omfang for alle tilbudsgivere.

Kommunens rådgiver har ikke instrueret MBG Entreprise om, under hvilke poster ydelserne skulle prissættes. Rådgiveren besvarede virksomhedens henvendelse med, at MBG Entreprise selv kunne vælge, under hvilke poster i tilbudslisten de pågældende ydelser skulle prissættes, herunder de punkter, som MBG Entreprise har foreslået, og oplyste, at hele den udbudte opgave skulle prissættes. MBG Entreprises fortolkning af telefonsamtalen, hvorefter virksomheden blev vejledt om at prissætte ydelsen to gange, og at prisen skulle lægges på bestemte poster i tilbudslisten, savner mening og må afvises som usandsynlig.

Der kan ikke lægges vægt på MBG Entreprises beregninger for zinkarbejder på kviste i option 2. Oversigten viser, at de fem tilbudsgivere prissatte posterne i tilbudslisten forskelligt, men den viser ikke, at MBG Entreprise har medtaget ydelser, som andre tilbudsgivere ikke har medtaget.

Hvis bemærkningerne i MBG Entreprises tilbudsbrev om, at zinkydelserne var prissat under bestemte poster i tilbudslisten, skal forstås som et forbehold, må virksomhedens tilbud anses for ukonditionsmæssigt, da forbeholdet ikke umiddelbart kan prissættes.

Der er herefter ikke grundlag for at give MBG Entreprise medhold, herunder i påstanden om annullation om tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 2

Optioner i licitationsmaterialet

Af tilbudslisten fremgik, at tilbudsudbydere skulle udfylde tilbudslisten med priser på optioner under "Kviste". Heri indgik option for nedrivning m.v. af kviste (pkt. 105.0, pkt. 106.0 og pkt. 107.0), option for levering af nye kviste (pkt. 105.1, 106.1 og 107.1), option for levering og montering og nye vinduer (pkt. 105.2, 106.2 og 107.2) samt option for reovering af kvistvinduer (pkt. 20, 21 og 22 for kvist uden sålbænk, pkt. 23, 24 og 25 for kvist med sålbænk og pkt. 26, 27 og 28 for stor kvist med sålbænk).

Af tilbudslisten fremgik videre, at summen for alle optioner skulle overføres til tilbudslistens side 3 pkt. B17, hvorefter "B17 Optioner" skulle opgøres som en sum, der skulle overføres til tilbudslistens side 2.

Af tilbudslisten side 2 fremgik, at den samlede tilbudssum fremkom ved sammenlægning af de tilbudte priser på henholdsvis "Pkt. 1 Bygning 26, 27 og 20", "Pkt. 2 Byggepladsindretning", "Pkt. 3 Miljøsanering" og "Pkt. 4 Optioner", og at den samlede tilbudssum skulle overføres til tilbudslistens side 1. Endelig fremgik det af tilbudslistens side 1, at der skulle anføres en "Tilbudssum overført fra side 2" med tillæg af moms.

Tildelingskriteriet var fastsat til ”laveste pris”. Det var endvidere om ”Tilbudsevaluering” fastsat, at ”Ved vurderingen lægges der vægt på den laveste pris. Laveste pris fremgår af tilbudslisten side 1”.

I tilbudslisten var herudover fastsat: ”NB! Arbejder anført under ”Optioner” ... indgår i konkurrencen som optioner og skal medregnes i tilbudssummen. Arbejder anført under ”Optioner” ... tilkøbes undervejs som option og kommer kun til anvendelse efter bygherrens anvisning. Bygherren er berettiget til at købe de tilbudte optioner under byggesagen til den anførte pris. ...”.

Det må herefter lægges til grund, at de tilbudte priser på optioner skulle indgå fuldt ud i konkurrencen efter tildelingskriteriet laveste pris, og at forskelle på de tilbudte priser for optionerne ligesom andre forskelle i de tilbudte delpriser ville få betydning for den samlede tilbudte pris og dermed for tilbudsevalueringen.

I den tekst i tilbudslisten, der angår optionen på renovering af kvistvinduer (kaldet option 2) omfattende pkt. 20, 21 og 22, pkt. 23, 24 og 25 og pkt. 26, 27 og 28 er beskrevet, at vinduer skal afrenses, slibes, spartles, grundes og males, at der skal foretages kitning, monteres ny fortsatsramme, isættes rustfrie skruer og monteres nye tætningslister. Derimod indeholder teksten ingen beskrivelse af zinkarbejder.

Sagens bilag 17 indeholder en tegning af tagkonstruktion og kviste, og herudover indeholder bilaget tekstafsnit om zinkbeklædning, men det er ikke nærmere specificeret, hvilke optioner zinkarbejdet angår. Sagens bilag 17 er en del af det licitationsmateriale, som parterne har fremlagt for klagenævnet.

På denne baggrund var licitationsmaterialet uklart formuleret i relation til option 2.

Forløbet under licitationen og tilbudsevalueringen

Der er for klagenævnet fremlagt oplysninger om delpriserne i de afgivne tilbud for så vidt angår de nævnte punkter under option 2. Heraf fremgår, at de tilbudte delpriser for pkt. 20, 23 og 26 varierede betydeligt.

MBG Entreprise A/S henvendte sig i forbindelse med licitationen til Københavns Kommune med spørgsmål i anledning af uklarheden i licitationsmaterialet. Virksomheden gjorde også i sit tilbudsbrev udtrykkeligt opmærksom på, at der i virksomhedens tilbudte pris på option 2 indgik pris på zinkinddækning af kviste, hvilket heller ikke er bestridt under denne sag. Umiddelbart efter tildelingsbeslutningen af 1. november 2018 henvendte MBG Entreprise A/S sig på ny til kommunen og henledte igen kommunens opmærksomhed på problemstillingen.

Tilbuddet fra Ason A/S' underleverandør af zinkarbejder ses ikke at indeholde priser på zinkinddækning vedrørende option 2. Efter indholdet af kommunens spørgsmål til Ason A/S, virksomhedens svar af 3. april 2019 og oplysningerne i kommunens brev af 5. april 2019 til klagenævnet lægges det til grund, at Ason A/S' tilbud alene indeholdt pris på zinkarbejder ved udskiftningsalternativet (option 1) og således ikke pris på zinkinddækning ved renoveringsalternativet (option 2).

Selvom at det efter forløbet af licitationen, herunder MBG Entreprise A/S' henvendelser til kommunen, var nærliggende for kommunen at antage, at tilbuddene kunne indeholde væsentligt forskellige poster under visse af optionerne, undlod kommunen at undersøge forholdet nærmere, men gennemførte tilbudsevalueringen på grundlag af de indkomne tilbud.

Klagenævnet tager på denne baggrund påstand 2 til følge.

Klagenævnet finder efter det anførte om priserne og delpriserne i de modtagne tilbud, at det må lægges til grund, at uklarheden i licitationsmaterialet har haft væsentlig betydning.

Klagenævnet tager derfor også annullationspåstanden til følge.

Klagenævnet kan afgøre sagen helt eller delvis, og klagenævnet tager efter det anførte ikke stilling til påstand 1, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2 ved at sammenligne MBG Entreprise A/S' tilbud inklusive pris på zinkbeklædning både ved udskiftningsalternativet af kviste og ved renoveringsalternativet af kviste med Ason A/S' tilbud, som kun indeholdt pris på zinkbeklædning ved udskiftningsalternativet.

Københavns Kommunes beslutning af 1. november 2018 om at indgå kontrakt med Ason A/S annulleres.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 1.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig