

K E N D E L S E

Persolit Entreprenørfirma A/S
(selv)

mod

Statens Serum Institut
(advokat Niels Karl Heilskov Rytter og advokat Malene Roose Bagh, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 094-226210 af 14. maj 2019, offentliggjort den 16. maj 2019, udbød Statens Serum Institut som offentligt udbud efter udbudsloven fagentreprisen E03 Stål til en anslået værdi af 5,5 mio. kr. Fagentreprisen indgår i opførelsen af en 600 m² veterinær beredskabsbygning.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde Persolit Entreprenørfirma A/S, V-Steel A/S, PMJ A/S og Levi Jensen Steel ApS afgivet tilbud.

Den 16. juli 2019 besluttede Statens Serum Institut at indgå kontrakt med PMJ A/S.

Den 25. juli 2019 indgav Persolit Entreprenørfirma A/S (herefter Persolit) klage til Klagenævnet for Udbud over Statens Serum Institut. Da klagen var indgivet, før standstill-perioden udløb den 27. juli 2019, tog klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, stilling til, om klagen skulle tillægges fortsat opsættende virkning. Ved brev af 29. juli 2019 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da be-

tingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Kontrakt blev herefter indgået den 19. august 2019.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Efter at klagenævnet i brevet af 29. juli havde henstillet til Persolit at formulere påstande, som mere præcist beskrev de overtrædelser, som Statens Serum Institut efter Persolits opfattelse har gjort sig skyldig i, har Persolit nedlagt de nedenfor anførte påstande. Klagenævnet har i opregningen i denne kendelse udeladt de linjer med sagsfremstilling/begrundelse/anbringender, som Persolit har anført efter hver påstand, og har i stedet, hvor det har været muligt, gengivet disse i sagsfremstillingen og under gengivelsen af Persolits anbringender. Påstandene lyder herefter:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Statens Serum Institut uberettiget har tillagt Persolits pos.(250).003.05 i tilbudslisten 36.300 kr.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at PMJ A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt, idet det ikke lever op til udbudsmaterialets krav, da tilbuddet ikke indeholder pos.(250).004.10 i tilbudslisten, hvor denne post konkret kræves udfyldt med en sum.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at PMJ A/S har taget forbehold over for ydelsernes omfang ved at undlade at udfylde en konkret og ikke uvæsentlig sum pos. i tilbudslisten, til trods for, at PMJ A/S på tilbudslistens forside bekræfter ikke at have nogle forbehold.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at PMJ A/S ikke har udfyldt pos. (250).004.10 i tilbudslisten, og at PMJ A/S' tilbud derfor ikke lever op til udbuddets krav og det udbudte arbejdes omfang.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Statens Serum Institut har vurderet PMJ A/S manglende udfyldelse af pos.(250).004.10 i tilbudslisten som et forbe-

hold mod ikke grundlæggende elementer til trods for, at PMJ A/S bekræfter ikke at have taget forbehold.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at Statens Serum Institut ikke blot kan kompensere PMJ A/S' ukomplette / ukonditionsmæssige tilbud med den af Persolit tilbudte pris på den aktuelle tilbudsliste pos. for at foretage en pris evaluering.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at der under tilbudslisten pos.(250).005 mangler en linje til prissætning af stålbjælker ved udvendige skakte type BS-00-005.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at Statens Serum Institut har handlet i strid med AB 18 § 4, stk. 2, ved ikke at udsende et entydigt formuleret udbudsmateriale.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at Persolit ad flere omgange har gjort opmærksom på den manglende entydighed og manglende besvarelse af de projektafklarende spørgsmål.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at der er en overvejende risiko for, at de bydendes tilbud er baseret på forskellige mængder og dermed ikke sammenligningsmæssig sikrer gennemsigtighed og ligebehandling, jf. udbudslovens § 2.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at der, jf. udbudsbetingelser pkt. 6 side 7, opfordres til, at tilbudsgiverne [...] udnytte[r] deres adgang til at stille spørgsmål, såfremt bl.a. udbuddets krav afviger fra markedets standard.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at Persolit ad flere omgange anmodede om en revideret tilbudsliste med mængder.

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at der i Statens Serum Instituts afslags- og afklaringsbrev ikke er oplyst, hvilke mængder de enkelte byderes tilbudssummer er baseret på.

Påstand 14

Klagenævnet skal konstatere, at udbudsmaterialet inkl. rettelsesblade nr. 1-3 og manglende svar på projektafklarende spørgsmål til rettelsesblad 3 ikke entydig og endeligt afklarer omfanget vedrørende brandmaling af stålkonstruktioner.

Påstand 15

Klagenævnet skal konstatere, at udbudsmaterialet inkl. rettelsesblade nr. 1-3 og manglende svar på projektafklarende spørgsmål til rettelsesblad 3 ikke entydig og endeligt afklarer omfanget vedrørende sandwichpaneler til ventilationskamre i pos.(250).004.10 i tilbudslisten.

Påstand 16

Klagenævnet skal konstatere, at der på baggrund af Statens Serum Instituts forkerte antagelse af Persolit primære nøglepersons kompetencer skal foretages en ny reel pointevaluering, hvor Persolit fremstår som vinder.

Påstand 17

Klagenævnet skal konstatere, at havde Statens Serum Institut været det mindste i tvivl, kunne instituttet have stillet objektive afklarende spørgsmål til Persolit angående CV'er på nøglepersoner.

Påstand 18

Klagenævnet skal konstatere, at Statens Serum Institut har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til PMJ A/S, idet beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl eller var åbenbart forkert, da udbudsmaterialet ikke var entydigt formuleret og endeligt afklaret i rettelsesblad nr. 1 – 3.

Påstand 19

Klagenævnet skal konstatere, at på baggrund af den urelle korrektion af Persolits tilbudspris under ovenstående påstand 1 og den efter Statens Serum Instituts evaluering erklærede vinder PMJ A/S manglende inkludering

af betydelige arbejder i tilbudslisten pos.(250).003.05 og pos.(250).004.10, som Statens Serum Institut lavt har prissat til 246.300,- svarende til ca. 4% af hele PMJ A/S tilbudspris, at der skal foretages en ny reel point evaluering, hvor Persolit fremstår som vinder.

Påstand 20

Klagenævnet skal konstatere, at såfremt ovenstående påstande ikke giver anledning til ændring i licitationsresultatet, hvor Persolit fremstår som vinder, skal udbuddet annulleres og der skal gennemføres en ny udbudsrunde.

Statens Serum Institut har nedlagt påstand om, at klagen afvises.

Subsidiært har Statens Serum Institut nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 29. juli 2019 meddelt Statens Serum Instituts kontraktpart, PMJ A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

PMJ A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Tildelingskriteriet er ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 10 fastsat til det ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” med underkriterierne ”Pris”, der vægter 50 %, og ”Byggesagens udførelse”, der vægter 50 %.

Underkriteriet ”Byggesagens udførelse” er opdelt i tre delkriterier, ”Organisation” (40 %), ”Procesbeskrivelse” (30 %) og ”Arbejdsplan” (30 %).

Tilbudsgiverne skulle afgive deres tilbud på en ”Tilbudsliste”. På baggrund af tilbudsgivernes udfyldelse af tilbudslisten blev der beregnet en evalueringsteknisk sum, der dannede grundlag for tilbudsevalueringen i relation til underkriteriet ”Pris”.

På tilbudslistens forside (faneblad 1) var bl.a. angivet:

”Samtlige ydelser, herunder biydelser, til arbejdets fulde færdiggørelse er indeholdt i tilbuddet.

Ydelser, som er inkluderet i arbejdet, men ikke direkte omtalt i tilbudslisten, er medregnet i de poster, hvorunder de naturligt hører.

Tilbudsgiver skal angive de korrekte mængder for Hovedposter, og er ene ansvarlig herfor, hvorfor Tilbudsgiver er ene ansvarligt for tilbudte mængdeopgørelser. Såfremt en post ikke ønskes anvendt, angives ”0” i mængde.”

Tilbudslisten bestod ud over forsiden af en række hovedposter (faneblad 2) og reguleringsposter (faneblad 3), som tilbudsgiverne skulle udfylde.

Reguleringsposterne (faneblad 3) vedrørte ydelser (f.eks. mandetimer), som Statens Serum Institut havde ret, men ikke pligt, til løbende at tilkøbe på ethvert tidspunkt i udførelsesfasen til de tilbudte enhedspriser i overensstemmelse med kontraktens punkt 7.2. Disse priser indgik derfor ikke i den samlede tilbudte entreprisensum, men indgik i den evalueringstekniske sum på baggrund af de anslåede mængder, som var angivet i fanebladet.

For hovedposterne (faneblad 2) skulle tilbudsgiverne for hver post både angive en mængde (af den pågældende enhed) og en enhedspris. På baggrund heraf blev der beregnet en samlet pris for posterne, og summen heraf, som blev overført til forsiden, udgjorde den samlede tilbudte entreprisensum i overensstemmelse med kontraktens punkt 7.1 og AB 18 § 5, stk. 1, det vil sige en fast pris, som tilbudsgiveren forpligtede sig til at udføre den udbudte entreprise for.

Tilbudsgivernes fastsættelse af mængderne for hovedposterne skulle ske på baggrund af udbudsgrundlaget. Det var tilbudsgivernes ansvar at angive de nødvendige mængder for de enkelte poster i overensstemmelse med tilbudslistens forside og udbudsbetingelsernes punkt 11.2, hvoraf fremgik:

”Tilbudsgiver skal angive de korrekte mængder for Hovedposter, og er ene ansvarlig herfor, hvorfor Tilbudsgiver er ene ansvarligt for tilbudte mængdeopgørelser.”

Udbudsbetingelsernes punkt 6 om ”Forbehold” lyder:

”Ordregiver er berettiget til at afvise ethvert tilbud med forbehold til udbudsmaterialet.

Ved afgivelse af tilbud må Tilbudsgiver ikke tage forbehold overfor mindstekrav eller grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, idet tilbud med sådanne forbehold vil blive afvist som ukonditionsmæssige.

Ved et forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet forstås et forbehold, som kan medføre væsentlig fordrejning af konkurrencen, såfremt forbeholdet tillades. Flere forbehold over for ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet kan samlet set medføre, at forbeholdene må anses som grundlæggende.

Et forbehold, som ikke kan prissættes med rimelig sikkerhed, anses som et forhold over for grundlæggende elementer.

Tilbudsgiver opfordres til ikke at tage forbehold, da forbehold indebærer betydelig risiko for, at tilbuddet ikke vil blive taget i betragtning. Hvis Tilbudsgiver alligevel vælger at tage forbehold, bedes Tilbudsgiver udtrykkeligt angive forbeholdet og redegøre for, hvorfor forbeholdet er taget.” [...]

Vurderingen af delkriteriet ”Organisation” skulle ifølge udbudsbetingelserne bl.a. foretages på baggrund af de tilbudte nøglemedarbejdere, jf. udbudsbetingelsernes punkt 10.3. Til brug for evalueringen skulle tilbudsgiverne aflevere et CV på den primære og sekundære nøglemedarbejder. Herom fremgår af punkt 10.3:

”CV’erne skal indeholde Ordregivers skabelon i form af Bilag 11.1 som forside. De enkelte CV'er må maksimalt fylde 1 A4-side med skriftstørrelse 11. Sider herudover vil ikke blive taget i betragtning.

...

Ved bedømmelse af "Organisation" lægges der vægt på, at de tilbudte Nøglemedarbejdere har relevant erfaring fra tilsvarende udførelse af sammenlignelig entrepris – særligt at Nøglemedarbejderne har erfaring med sammenkoordinerede stålkonstruktioner med en facadeløsning svarende til den foreskrevne.

Det vægter endvidere positivt, at de tilbudte Nøglemedarbejdere besidder et højt niveau af relevante faglige kompetencer og erfaringer, der understøttes af de fremsendte CV'er, og som i videst muligt omfang nyttiggøres i Projektet.

...”

Statens Serum Institut modtog en række spørgsmål til udbudsmaterialet, som instituttet løbende besvarede, som det fremgår af rettelsesblad nr. 3.

Samtlige spørgsmål blev stillet af Persolit eller dennes underentreprenør, DANPRO Steel Construction A/S.

Nogle af spørgsmålene vedrørte tilbudsgivernes pligt til selv at angive mængder for hovedposterne i tilbudslisten, nemlig ID 1, 2 og 13. I sin besvarelse fastholdt Statens Serum Institut, at det var tilbudsgivernes ansvar at angive de korrekte mængder, og at disse mængder skulle udledes på baggrund af tegningsmaterialet.

Statens Serum Institut modtog som anført tilbud fra Persolit , V-Steel A/S, PMJ A/S og Levi Jensen Steel ApS. Tilbuddet fra Levi Jensen Steel ApS blev anset for ukonditionsmæssigt.

Hverken Persolit eller PMJ A/S havde i deres tilbud udfyldt pos. (250).003.05 (vedrørende stålbjælker af typen BS-02-055), der ved en fejl var ”låst”, så posten derfor ikke kunne udfyldes af tilbudsgiverne. Persolit anførte herom i sit tilbuds-brev af 21. juni 2019:

”Den tilbudsliste der skal anvendes til afgivelse af tilbuddet giver ikke mulighed for at udfylde pos.(250).003.05, idet cellerne D40 og E40 i excel arket er låst.”

I tilbuddet fra V-Steel A/S var posten udfyldt, idet det var lykkedes denne tilbudsgiver at ”låse posten op”.

Statens Serum Institut fandt, at den manglende udfyldelse af posten i tilbuddene fra Persolit og PMJ A/S ikke kunne anses som forbehold over for grundlæggende elementer, idet posten med rimelig sikkerhed kunne prissættes, jf. udbudsbetingelsernes punkt 6.

Persolit har under klagesagen oplyst, at virksomheden har inkluderet omkostning vedrørende stålbjælker af typen BS-02-055 i tilbudslistens byggeplads pos.(250).001.01, da dette var den eneste mulighed.

PMJ A/S havde i sit tilbud desuden ikke udfyldt pos.(250).004.10, der var blevet tilført tilbudslisten under udbuddet og vedrørte udførelse af ventilationskammer som anført i rettelsesblad nr. 3.

Det hedder herom i evalueringsrapporten:

”Koncernindkøb har ved evaluering af PMJ A/S’ og Persolit Entreprenørfirma A/S’ tilbud konstateret, at PMJ A/S mangler at udfylde tilbudslistens Pos.(250).003.05 og Pos.(250)004.10, og Persolit Entreprenørfirma A/S mangler at udfylde tilbudslistens Pos.(250).003.05, idet der ikke er angivet en mængde og pris i tilbudslisten ud for de to positioner.

Koncernindkøb er ved tilbudsevaluering blevet opmærksom på, at felterne til Pos.(250).003.05 i Tilbudslisten er låst. Dette er en fejl, som Koncernindkøb tager det fulde ansvar for. Desværre er fejlen først kommet til Koncernindkøbs kendskab efter tilbudsfristens udløb. Der er ikke konstateret fejl i Tilbudslisten, for så vidt angår den manglende tilbudspris på Pos.(250)004.10.

Evalueringsteamet består af Koncernindkøb og eksterne rådgiver Rambøll A/S. Evalueringsteamet har vurderet, at de positioner, som de manglende mængde- og prisangivelser vedrører, er en forudsætning for Kontraktens opfyldelse, hvorfor positionerne skal prissættes for, at der kan indgås Kontrakt.

Det er på baggrund heraf Koncernindkøbs vurdering, at de manglende mængde- og prisangivelser skal kapitaliseres eller helt udgå af evalueringen, idet de manglende mængde- og tilbudspriser udgør en konkurrencefordel ved evalueringen af underkriteriet ”Pris” for tilbudsgiverne PMJ A/S og Persolit Entreprenørfirma A/S.”

Efter indstilling fra sin tekniske rådgiver, Rambøll A/S, prissatte Statens Serum Institut herefter pos.(250).003.05 (Stålbjælker af typen BS-02-055), som hverken var udfyldt af Persolit eller PMJ A/S, til 36.300 kr. svarende til 660 kg a 50 kr. tillagt 10 % for samlinger. Tilbudsgiveren V-Steel A/S havde prissat posten til 35.000 kr.

Pos.(250).004.10 (ventilationskammer), som ikke var udfyldt af PMJ A/S, blev af Statens Serum Institut efter indstilling fra Rambøll A/S prissat til 210.000 kr. med udgangspunkt i den forventede mængde og pris. Persolit og V-Steel A/S havde prissat posten til henholdsvis 209.900 kr. og 208.000 kr.

De prissatte beløb indgik i beregningen af tilbudsgivernes evalueringstekniske pris, som dannede grundlag for den samlede evaluering af tilbuddene.

Af evalueringsrapporten fremgår bl.a., at PMJ A/S' evalueringstekniske pris udgjorde 6.427.055,79 kr., Persolits 6.593.220,25 kr. og V-Steel A/S' 6.238.573,00 kr.

Ved evalueringen af Persolits tilbud for så vidt angår delkriteriet "Organisation" opnåede virksomheden 6 point på en skala fra 0-10. Ved vurderingen af tilbuddets primære og sekundære nøglemedarbejdere fremgår følgende af evalueringsrapporten:

"Ordregiver har vurderet den tilbudte primære Nøgleperson med udgangspunkt i det medsendte CV. Herunder i forhold til relevant erfaring fra tilsvarende udførelse af sammenlignelig entrepris – særligt i forhold til erfaring med sammenkoordinerede stålkonstruktioner med en facadeløsning svarende til den udbudte entrepris. Referencerne for den primære Nøgleperson er vurderet fine i forhold til stål- og facadearbejder. Det fremgår dog ikke tydeligt af CV'et, om den primære Nøgleperson har erfaring med sandwichelementer, opnået i forbindelse med udførelsen af de konkrete angivne referencer. [...]"

Ordregiver har ligeledes vurderet den tilbudte sekundære Nøgleperson med udgangspunkt i det medsendte CV. Det er vurderet, at Nøglepersonen har gode referencer fra sin tid i virksomheden, hvor både stålmonter og sandwichelementer har udgjort en del af leverancer og montage. [...]"

Den samlede evaluering er i evalueringsrapporten gengivet således:

Samlet pointsum	PMJ A/S	Entreprenørfirma	V-Steel A/S
Points for pris	8,99	8,11	10,00
Vægtet points for pris (50%)	4,50	4,05	5,00
Point kor kvalitet	6,7	7,5	3,3
Vægtet points for kvalitet (50%)	3,35	3,75	1,65
Point i alt	7,85	7,80	6,65
Plads	1	2	3

I den endelige underskrevne kontrakt med PMJ A/S blev pos.(250).003.05 prisangivet til 0 kr., idet PMJ A/S – ligesom Persolit under klagesagen – oplyste, at posten allerede var indeholdt i tilbuddet. Dette forhold blev først oplyst efter Statens Serum Instituts prissætning og efter gennemførelse af tilbudsevalueringen. Pos.(250).004.10 blev efter aftale (også i forbindelse med kontraktindgåelsen) fastsat til 113.950 kr. og altså betydeligt under den gengivne prissætning af posten.

Parternes anbringender

Afvisningspåstanden

Statens Serum Institut har til støtte for sin påstand om, at klagen afvises, gjort gældende, at klagen er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling, jf. klagenævnslovens § 6, stk. 2. Statens Serum Institut forstår det således, at Persolits endelige påstande er de 20 ”påstande” eller klagepunkter, der fremgår i det endelige klageskrift af 12. august 2019. Af disse angiver hovedparten hverken, hvilken udbudsretlig regel eller hvilket udbudsretligt princip der skulle være overtrådt. Dertil kommer, at påstandene generelt er upræcise, ukonkrete og overlappende. Statens Serum Institut har bl.a. henvist til klagenævnets kendelse af 9. december 2015, Varmecentret ApS mod Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme, og kendelse af 2. februar 2018, Helnan Marselis Hotel A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

Særligt hvad angår påstand 16 og 19 har instituttet gjort gældende, at det falder uden for klagenævnets kompetence at tildele en klager kontrakten.

Persolit har til støtte for sin påstand om, at klagen realitetsbehandles, bl.a. gjort gældende, at entreprenører uden juridisk baggrund skal have samme muligheder som jurister for at klage over afgørelser trods begrænset adgang til juridisk bistand. Arbejdet er således udbudt som en offentlig licitation og levner formelt alle mulighed for at byde.

De enkelte påstande

Påstand 1 (Prissætningen af pos.(250).003.05 i Presolits tilbud)

Presolit har gjort gældende, at tilbudslisten var ”låst”, og at virksomheden i stedet har inkluderet omkostningen til denne position i tilbudslistens byggeplads pos.(250).001.01. Det var derfor uberettiget at tillægge tilbuddet 36.300 kr., navnlig fordi det af tilbudslistens side 1 fremgik: ”Ydelser som er inkluderet i arbejdet men ikke direkte omtalt i tilbudslisten, er medregnet i de poster, hvorunder de naturligt hører.”

At det er lykkedes V-Steel A/S at ”låse posten op” må skyldes, at denne tilbudsgiver har anvendt test-versionen af tilbudslisten, der efter rettelsesbladene ikke *måtte* anvendes til selve afgivelsen af tilbud.

Statens Serum Institut har gjort gældende, at det var berettiget at prissætte den pågældende post, idet den ikke var udfyldt af Persolit. At den manglende mulighed for udfyldelse skyldtes en fejl af Statens Serum Institut er i den forbindelse uden betydning. Manglende prissætning af posten risikerede at medføre, at tilbudsgiverne ikke blev ligebehandlet i evalueringen. Det bemærkes i den forbindelse, at den pågældende post var udfyldt i tilbuddet fra V-Steel A/S.

Persolit angav ikke i sit tilbud, at prisen for posten var indeholdt i en anden post, men angav alene, at felterne var ”låst”. Efter fast praksis fra klagenævnet bærer tilbudsgiverne selv risikoen for uklarheder i deres tilbud, og det var således Persolits egen risiko, at det ikke fremgik af tilbuddet, at posten var indeholdt i en anden post, og at den ikke-prissatte post derfor blev prissat.

Den fortrykte tekst på tilbudslistens forside er ikke relevant, da den omhandlede post netop *var* direkte omtalt i tilbudslisten.

Påstand 2-6 (Prissætningen af pos.(250).004.10 i PMJ A/S' tilbud)

Persolit har gjort gældende, at PMJ A/S ved ikke at have udfyldt posten ikke har levet op til kravene i udbuddet. Ordregiveren skulle derfor have set bort fra tilbuddet. PMJ A/S havde desuden erklæret ikke at have taget forbehold. Alligevel har Statens Serum Institut anset den manglende udfyldelse som et forbehold, der kan prissættes, og har desuden prissat forbeholdet forkert og for lavt med henvisning til Persolits tilbud. Persolit har i sit tilbud nemlig indregnet generelle og fælles omkostninger i relation til denne post under byggeplads pos.(250).001.01.

Statens Serum Institut har gjort gældende, at PMJ A/S' manglende udfyldelse af pos.(250).004.10 ikke kunne anses for et forbehold over for mindstekrav eller grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og at det således var berettiget, at Statens Serum Institut prissatte posten. Udbudsmaterialet indeholdt ikke et klart krav om, at alle poster i tilbudslisten skulle udfyldes, og det fremgik så meget desto mere heller ikke, at en tilsidesættelse af udfyldelsen ville lede til en afvisning af tilbuddet. Den ydelse, som den pågældende post vedrørte, var klart afgrænset, nemlig et ventilationskammer, hvis udførelse uden vanskeligheder ville kunne overlades til tredjemand.

I den foreliggende situation var det netop muligt at foretage en prissætning af forbeholdet, som sikrede, at tilbudsgiveren ikke fik en fordel af den manglende udfyldelse af pos.(250).004.10.

Statens Serum Institut udviste ved prissætningen den saglighed og forsigtighed, som praksis foreskriver, jf. bl.a. U 2011.1955H, og har til fulde overholdt de betingelser, der efter fast rets- og klagenævnspraksis gælder for prissætning af forbehold.

Hertil kommer, at størrelsen af beløbet med sikkerhed dækkede arbejdet under den pågældende post, ligesom prissætningen blev foretaget på baggrund af udbudsbetingelserne og de vilkår, der er anført heri. Ved opgørelsen tog instituttet og Rambøll udgangspunkt i den forventede mængde og pris samt de øvrige tilbudte priser. Prissætningen oversteg således også den pris, der var tilbudt af de øvrige tilbudsgivere, ligesom den væsentligt oversteg den pris, som blev fastsat i forbindelse med kontraktunderskrift.

Det må have formodningen imod sig, at Persolit havde indregnet generelle og fælles omkostninger relateret til den omhandlede post i pos. (250).001.01, jf. anvisningen på tilbudslstens forside, hvorefter *"Ydelser, som er inkluderet i arbejdet, men ikke direkte omtalt i tilbudslsten, er medregnet i de poster, hvorunder de naturligt hører."*

Påstand 7 (Stålbjælker af typen BS-00-005)

Persolit har anført, at der under tilbudslstens pos.(250).005 manglede en linje til prissætning af stålbjælker ved udvendige skakte, type BS-00-005.

Statens Serum Institut har anført, at det er korrekt, at tilbudslsten ikke indeholdt en linje til prissætning af stålbjælker af typen BS-00-005, idet det netop var ydelser som denne, der "fanges" af bestemmelsen på tilbudslstens forside, hvorefter sådanne ydelser skulle medregnes af tilbudsgiverne i de poster, hvorunder de naturligt hørte, hvilket Persolit da også netop har gjort.

Den pågældende ydelse har under alle omstændigheder en særdeles begrænset værdi – formentlig omkring 8.000 kr. – hvorfor forholdet under alle omstændigheder er bagatelagtigt og uden betydning for tildelingsbeslutningen.

Påstand 8 -15 (Udbudsmaterialets klarhed og entydighed)

Persolit har gjort gældende, at udbudsmaterialet ikke var klart og entydigt, og at Persolit under udbuddet gjorde opmærksom på den manglende entydighed. Der er derfor fare for, at tilbuddene er baseret på forskellige mængder og derfor i strid med udbudslovens § 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ikke er sammenlignelige. Tilbudslisten er ikke udformet i overensstemmelse med markedsstandarder for stålentrepriser. Rettelsesbladene giver ikke entydige svar, der afklarer omfanget vedrørende brandmaling af stålkonstruktioner og sandwichpaneler til ventilationskamre.

Statens Serum Institut har bestridt, at udbudsmaterialet savnede klarhed eller var tvetydigt. At der blev stillet et antal projektafklarende spørgsmål, kan ikke tillægges nogen selvstændig betydning. Det er helt sædvanligt, at der bliver stillet sådanne spørgsmål fra tilbudsgiverne i udbud som det omhandlede. Alle spørgsmål blev i øvrigt stillet af Persolit, hvilket indikerer, at Persolit var alene i sin opfattelse af, at udbudsmaterialet savnede klarhed.

At der ikke var angivet mængder for de enkelte hovedposter er ikke problematisk i relation til ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincippet. Det var tilbudsgivernes ansvar at sikre, at der blev angivet korrekte mængder for de enkelte poster, og de angivne mængder dannede grundlag for beregningen af den samlede entripresum, som entreprenøren var bundet af i forbindelse med kontraktens gennemførelse. Det betyder samtidig, at tilbudsgiverne ikke ville opnå nogen økonomisk fordel ved at angive lave mængder i tilbudslisten.

Entreprenøren er under alle omstændigheder forpligtet til at udføre det beskrevne projekt, uanset hvilke mængder denne har angivet i sit tilbud.

Det forhold, at Statens Serum Institut overlod det til tilbudsgiverne at fastsætte mængderne i stedet for blot at angive sumposter, havde til formål at give Statens Serum Institut indsigt i tilbudsgivernes beregning af hovedposterne, herunder kendskab til enhedspriserne. Udbudsretligt set er det afgørende, at tilbudsgiverne afgav tilbud på det samme projektmateriale.

Den anvendte metode er ikke usædvanlig, og det bestrides, at den skulle afvige fra en "markedsstandard".

For samtlige stålbjælker var det angivet i plantegningerne, hvorvidt de skulle brandmales. For de bjælker, som kun delvist skulle brandmales, fremgik det præcise omfang af brandmalingen af detaljetegningerne.

Persolit og V-Steel ApS prissatte pos.(250).004.10 vedrørende sandwich paneler med stort set enslydende priser. Dette understreger, at tegningsmaterialet og udbudsmaterialet i øvrigt var klart og fyldestgørende.

Påstand 16-17 (Evalueringen af Persolits primære nøglemedarbejders erfaring)

Persolit har gjort gældende, at det er uberettiget i afslagsbrevet at anføre, at det ikke fremgår tydeligt af CV'et, at Persolits primære nøgleperson har erfaring med sandwichelementer. De af Persolit angivne referencer indeholder flere projekter, hvor der er brugt sandwichelementer, bl.a. Studstrupværket, hvor Rambøll ligeledes var rådgiver, og hvor de aktuelle nøglepersoner udførte tilsvarende opgaver.

Ganske uforståeligt var CV'et af Statens Serum Institut begrænset til én A4 side (hvor der i skabelonen reelt set kun var plads til oplysende tekst på ca. 2/3 siden). Det er svært at korte et CV ned til 2/3 af en A4 side, når vedkommende har ca. 30 års erfaring.

Når Persolit beskriver erfaring med ”..... samt beklædning og isolering”, er det indforstået alle gængse typer tyndplade beklædning såsom trapezplader, bagvægskassetter, rigler, plan plader, facade kassetter, strækmetal og naturligvis sandwichpaneler.

Statens Serum Institut kunne have stillet objektive afklarende spørgsmål til Persolit.

I øvrigt er Persolit bemandet på sagen og byggepladsen med specialister på både stål og beklædning/sandwich paneler ud over de to personer, der er cv'er på. Dette fremgår af organisationsplanen og den tilhørende procesbeskrivelse, som var vedlagt tilbuddet.

Statens Serum Institut har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Statens Serum Instituts skønsmæssige evaluering af Persolits tilbudte nøglemedarbejders erfaring i relation til delkriteriet ”Organisation”.

Klagen går tilsyneladende på, at Statens Serum Institut burde have kunnet udlede af CV’et, at nøglemedarbejderen havde erfaring med sandwichelementer, idet de angivne referencer i CV’et indeholdt projekter, hvor der var brugt sandwichelementer, bl.a. et tidligere projekt, hvor Rambøll havde været rådgiver.

En ordregiver skal imidlertid i sin evaluering alene lægge vægt på tilbudets indhold og ikke på sin tidligere erfaring med en tilbudsgiver, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 2. september 2016, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse. Det samme må selvsagt gælde for ordregiverens rådgivere.

Det fremgår af fast klagenævnspraksis, at ordregiveren har en bred skønsmargin i forbindelse med tilbudsevalueringen, så længe ordregiveren ikke overtræder de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed og i øvrigt udøver et sagligt skøn.

Statens Serum Institut har med bistand fra Rambøll foretaget en grundig og saglig vurdering af de modtagne tilbud, herunder respekteret ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Da det ikke fremgik klart af Persolits tilbud, at den tilbudte primære nøglemedarbejder havde erfaring med sandwichelementer, kunne Statens Serum Institut ikke lægge vægt på en sådan erfaring i sin evaluering.

Statens Serum Institut havde ikke pligt til at stille afklarende spørgsmål til Persolit i en situation som den foreliggende.

Påstand 18-20 (konklusion og sanktion)

Persolit har gjort gældende, at tildelingen af kontrakten til PMJ A/S skete på et tyndt grundlag, idet evalueringen viser en forskel på blot 16.000 kr. vedrørende de omhandlede poster (pos.(250).003.05 på 36.300 kr., pos. (250).004.10 på 210.000 kr. og pos.(250).005 på 8.000 kr.).

Hvis den pointmæssige evaluering af Persolits primære nøgleperson var foretaget korrekt, ville Persolit fremstå som klar vinder.

Statens Serum Institut har gjort gældende, at Persolit ikke har påvist, at Statens Serum Institut har overtrådt udbudsreglerne. Der er derfor hverken grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen eller udbuddet.

I det omfang klagenævnet måtte finde, at udbudsreglerne er overtrådt, har Statens Serum Institut gjort gældende, at overtrædelserne er konkret uvæsentlige og derfor ikke kan føre til annulation.

Særligt i relation til pos.(250).001.01 har Statens Serum Institut gjort gældende, at hvis klagenævnet skulle finde, at Statens Serum Institut burde have anset prisen for inkluderet i en af de øvrige poster i Persolits tilbud, skulle Statens Serum Institut have gjort det samme for PMJ A/S' tilbud, og forholdet ville derfor være uden betydning i forhold til tildelingsbeslutningen.

Særligt i relation til pos.(250).004.10 i PMJ A/S' tilbud har Statens Serum Institut gjort gældende, at selv hvis klagenævnet skulle finde, at posten skulle have været prissat noget højere end 210.000 kr., ville dette først være blevet udslagsgivende for tildelingsbeslutningen, hvis posten blev prissat til over ca. 226.000 kr. Så højt var instituttet i hvert fald ikke forpligtet til at prissætte posten.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisningspåstanden

En klage kan i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, afvises, hvis de nedlagte påstande er uegnede til at danne grundlag for klagesagens behandling. Bestemmelsen skal læses i sammenhæng med lovens § 10, hvorefter klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende. Bestemmelsen skal tillige ses i sammenhæng med den vejledningspligt, klagenævnet har i medfør af forvaltningslovens § 7.

Bestemmelserne i lov om Klagenævnet for Udbud er indsat ved lov nr. 618 af 14. juni 2011. Af forarbejderne til § 6, stk. 2, fremgår blandt andet, at "[d]en foreslåede bestemmelse er en konsekvens af forslaget § 1, nr. 7. I

henhold til forslaget § 1, nr. 7, kan Klagenævnet for Udbud ikke træffe en afgørelse, der går ud over de påstande eller forhold, som en part har nedlagt eller fremført. ... For at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af klagenævnets ressourcer foreslås det i § 1, nr. 7, at Klagenævnet for Udbud fremover ikke træffer afgørelser, der går ud over de nedlagte påstande eller faktiske og retlige forhold, som parterne fremfører. ... Klagenævnet skal fortsat opfylde sin vejledningspligt efter forvaltningslovens § 7, idet klagenævnet skal vejlede parten om, hvilke elementer af klagen der gør denne uegnet til at danne grundlag for klagenævnets behandling, fx at klagers påstand er uklar, samt hvad klager bør foretage sig med henblik på at udforme klagen, så den egner sig til behandling for nævnet. En sådan vejledning bør dog ikke gå så vidt, at klagenævnet yder bistand til at formulere brugbare påstande eller formulere nye eller supplerende spørgsmål/forhold som kunne fremføres, jf. herved bemærkningerne til § 1, nr. 7.”

Af de 20 påstande, som er gengivet ovenfor, er alene påstand 18 formuleret i overensstemmelse med den vejledning, som fremgår af klagenævnets hjemmeside, og som klagenævnet også konkret har vejledt Persolit om. Ved påstanden skal klagenævnet konstatere, at Statens Serum Institut har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til PMJ A/S, idet beslutningen om tildeling af kontrakten var behæftet med fejl eller åbenbart forkert, da udbudsmaterialet ikke var entydigt formuleret og endeligt afklaret i rettellesblad nr. 1-3.

De øvrige påstande er enten formuleret som anbringender til støtte for påstanden om, at kontrakten er blevet tildelt PMJ A/S i strid med udbudslovens § 2 (påstand 1, 2, 3, 4, 6, 10, 14, 15 og 17), eller som gengivelse af faktiske forhold (påstand 5, 7, 9, 11, 12 og 13). Disse påstande afvises derfor.

Påstand 8 om AB 18 er, som den er formuleret, ligesom påstand 16 og 19, ikke omfattet af klagenævnets kompetence. Disse påstande afvises derfor.

Påstand 20 må i fortsættelse af påstand 18 forstås som en påstand om annullation af udbuddet, fordi udbudsmaterialet ikke var entydigt formuleret. Påstandens sidste led om ”ny udbudsrunde” må forstås som en påstand om, at klagenævnet skal pålægge Statens Serum Institut at foranstalte et nyt udbud. Denne del af påstanden er ikke omfattet af klagenævnets kompetence, jf.

lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 3, og klagenævnets kendelse af 8. juni 2012, Marius Pedersen A/S mod Aalborg Kommune. Denne del af påstand 20 afvises derfor.

Klagenævnet tager derfor alene stilling til påstand 18, som vurderes i lyset af de anbringender, som er gjort gældende efter den systematik, som fremgår ovenfor, og til påstand 20, første led. Det skal derfor på dette grundlag vurderes, om tildelingsbeslutningen var behæftet med fejl eller var åbenbart forkert.

Ad påstand 18 og påstand 20, første led

Vedrørende prissætningen af pos.(250).003.05 i Persolits tilbud lægger klagenævnet til grund, at posten på grund af en fejl fra Statens Serum Institut ikke kunne åbnes i den endelige version af tilbudslisten, som tilbudsgiverne var forpligtede til at anvende. Det var imidlertid ikke et krav, at alle felter i tilbudslisten skulle udfyldes, og Statens Serum Institut var derfor berettiget til at prissætte den manglende udfyldelse, idet Persolits oplysning i tilbuds-brevet om, at posten ikke *kunne* udfyldes, uden anden angivelse fra Persolits side ikke kunne antages at indebære, at beløbet var indeholdt i andre poster. Posten var prissat til 36.300 kr. i såvel Persolits som PMJ A/S' tilbud. Ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 er derfor ikke tilsidesat.

Pos.(250).004.10 i PMJ A/S' tilbud vedrører hverken et mindstekrav eller et grundlæggende element i kontrakten, og PMJ A/S' manglende udfyldelse af posten er ikke udtryk for et forbehold, som ikke kan prissættes. Statens Serum Institut har prissat posten til 210.000 kr., det vil sige over det, som de to andre tilbudsgivere havde angivet, og i forbindelse med kontraktindgåelsen blev beløbet nedsat betydeligt, hvilket ligeledes indikerer, at posten ikke var prissat for lavt.

Tilbudslisten havde ikke et selvstændigt felt vedrørende stålbjælker af typen BS-00-005. Tilbudsgiverne måtte derfor gå frem i overensstemmelse med anvisningen på tilbudslistens forside, hvorefter sådanne ydelser skulle medregnes af tilbudsgiverne i de poster, hvorunder de naturligt hørte. Dette har tilbudsgiverne, herunder Persolit, også netop gjort.

Der er således ikke grundlag for at konstatere, at Statens Serum Institut har handlet i strid med udbudslovens § 2 og principperne om ligebehandling og

gennemsigtighed ved ikke at udforme tilbudslisten med et felt til stålbjælker af den pågældende type.

Ifølge udbudsbetingelserne, herunder de svar på Persolits spørgsmål, som fremgår af rettelsesbladene, var det klart tilbudsgiverens ansvar ud fra projekt materialet at fastlægge, hvilke mængder tilbuddet byggede på, og disse mængder dannede grundlag for beregningen af den samlede entreprisesum, som tilbudsgiveren var bundet af i forbindelse med kontraktens gennemførelse. Således var det fx angivet i plantegningerne, hvorvidt stålbjælkerne skulle brandmales, og for de bjælker, som kun delvist skulle brandmales, fremgik det præcise omfang af brandmalingen af detaljetegningerne. Der er heller ikke i øvrigt grundlag for at fastslå, at udbudsmaterialet ikke var klart og fyldestgørende. Det bemærkes, at de tilbudte priser, der ligger relativt tæt, heller ikke afspejler en sådan uklarhed.

Endelig bemærkes vedrørende evalueringen af Persolits primære nøglemedarbejders erfaring, at Statens Serum Institut i sin evaluering alene har måttet lægge vægt på tilbuddets indhold og ikke lovligt har kunnet inddrage Rambølls tidligere erfaring med tilbudsgiveren. Da det ikke fremgik klart af Persolits tilbud, at den tilbudte primære nøglemedarbejder havde erfaring med sandwichelementer, kunne Statens Serum Institut derfor ikke lægge vægt på en sådan erfaring i sin evaluering.

Da ingen af anbringenderne til støtte for påstand 18 – vedrørende prissætningen af pos.(250).003.05 i Persolits tilbud, prissætningen af pos.(250).004.10 i PMJ A/S' tilbud, stålbjælker af typen BS-00-005, udbudsmaterialets klarhed og entydighed og evalueringen af Persolits primære nøglemedarbejders erfaring – kan føre til, at påstand 18 tages til følge, tages påstanden ikke til følge.

Der er derfor heller ikke grundlag for at tage påstand 20 til følge i det omfang, denne påstand ikke er afvist.

Herefter bestemmes:

Påstand 1 – 17 og 19 samt påstand 20, andet led, afvises.

Påstand 18 og påstand 20, første led, tages ikke til følge.

Persolit Entreprenørfirma A/S skal i sagsomkostninger til Statens Serum Institut betale 18.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig