

K E N D E L S E

Primatag A/S
(Hans Sønderby Christensen, Randers)

mod

Nykøbing Falster Boligselskab, afd. 13
(advokat Måjse Jarlov, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 070-210114 af 5. april 2023, offentliggjort den 7. april 2023, udbød Nykøbing Falster Boligselskab, afd. 13 ("Nykøbing Falster Boligselskab") som udbud med forhandling efter udbudsloven en hovedentreprisekontrakt vedrørende renovering af i alt 284 lejemål beliggende Holger Brodthagensvej 145 – 159 i Nykøbing Falster. Entreprisensummen er ifølge udbudsbekendtgørelsen estimeret til 101.103.125 kr. ekskl. moms.

Renoveringsopgaven indebærer bl.a. en udskiftning af tagbelægningen.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Enemærke & Petersen A/S
2. Bo-Hus A/S
3. Jönsson Entreprise A/S
4. Hansen & Andersen A/S

De anførte virksomheder blev alle prækvalificeret alene.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 28. juni 2023 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Den 4. juli 2023 indgav Primatag A/S ("Primatag") klage til Klagenævnet for Udbud over Nykøbing Falster Boligselskab.

Nykøbing Falster Boligselskab besluttede herefter at indgå kontrakt med Bohus A/S, hvilket blev meddelt tilbudsgiverne den 5. juli 2023.

Primatag har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Nykøbing Falster Boligselskab har handlet i strid med udbudslovens § 40, stk. 4, samt de grundlæggende principper om ligebehandling og proportionalitet i udbudslovens § 2 i forbindelse med udbuddet af en kontrakt om tagarbejde på Holger Brodthagensvej 1-307, idet Nykøbing Falster Boligselskab stiller krav om, at tilbudsgiver har opnået en national teknisk specifikation i form af en TGA 2018/004 efter udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, litra g, hvilket har en konkurrencebegrænsende virkning på udbuddet uden nogen saglig begrundelse.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Nykøbing Falster Boligselskab har handlet i strid med udbudslovens § 42 ved i forbindelse med udbuddet af en kontrakt om tagarbejde på Holger Brodthagensvej 1-307 at henvise til Teknisk Godkendelse til Anvendelse Nr. TGA 2018/004 for 2-lags tagdækning, uden at henvisningen efterfølges af formuleringen "eller tilsvarende".

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at det strider mod udbudsloven at henvise til Teknisk Godkendelse til Anvendelse Nr. TGA 2018/004 for 2-lags tagdækning, idet indholdet af TGA'en ikke er i overensstemmelse med udbudslovens § 40, stk. 4, eller de grundlæggende principper om ligebehandling og proportionalitet i udbudslovens § 2, eftersom en henvisning hertil har en konkurrencebegrænsende virkning på udbuddet uden saglig begrundelse.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Nykøbing Falster Boligselskabs udbud vedrørende tagarbejde på Holger Brodthagensvej 1-307, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Nykøbing Falster Boligselskab har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 7. juli 2023 meddelt Nykøbing Falster Boligselskabs kontraktpart, Bo-Hus A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Bo-Hus A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen offentliggjort den 7. april 2023 indeholder følgende beskrivelse af udbuddet:

”Afd. 13 Holger Brodthagensvej 1-307, Nykøbing F. er opført i 1974 – 1976 og består af 27 bygninger fra perioden 1979-82 samt fra 1992 (seniorboliger) og tæller samlet set 284 lejemaal. Afdelingen indeholder:

...

Byggeriet udbydes i hovedentreprise efter proceduren udbud med forhandling i henhold til Udbudsloven (Lov nr. 1564 af 15/12/2015 med senere ændringer). En begrundelse for den valgte udbudsform fremgår af udbudsbetingelsernes pkt.1. Prækvalifikationsmaterialet og udbudsbekendtgørelsen indeholder oplysninger om rammerne for afgivelse og vurdering af prækvalifikationsansøgningerne.

Det er Nykøbing F. Boligselskab, afd. 13 Holger Brodthagensvej vurdering, at en yderligere opdeling af entrepriseopgaven ikke er hensigtsmæssig, idet bl.a. følgende forhold er tillagt betydning:

- Af hensyn til Nykøbing F. Boligselskab, afd. 13 Holger Brodthagensvej koordinering ønsker bygherren at drage nytte af den organisatoriske fordel som er forbundet med, at den valgte hovedentreprenør både styrer økonomi, tidsplan, koordinering samt byggeledelse af deres underentreprenører, ligesom grænsefladeproblematikker i højere grad undgås,
- Renoveringsopgavens udførelse i hovedentreprise indebærende større økonomisk sikkerhed for, at opgavens budgetmæssige

rammer bliver overholdt, idet den aktuelle opgave er underlagt et stramt budget,

- Håndtering og placering af ansvaret er mest fordelagtigt for Nykøbing F. Boligselskab, afd. 1 Holger Brodthagensvej, når en entreprenør er ansvarlig for den samlede udførelse af renoveringsopgaven,
- Afleveringsforretning, 1-årsgennemgang, 3-årsgennemgang og 5-årsgennemgang afvikles mere effektivt overfor Nykøbing F. Boligselskab, afd. 13 Holger Brodthagensvej beboere og eventuel mangeludbedring kan udføres med mindst mulig gene for beboerne.”

I udbudsmaterialet af 5. april 2023 (revideret den 15. maj 2023) er anført følgende:

”3.2.2.8 Tagpap/tagfolie

Levetid

Alle tagpapløsninger skal have en dokumenteret levetid på min. 50 år i form af gældende Teknisk Godkendelse til Anvendelse Nr. TGA.2018/004 for 2-lags tagdækning.”

Det fremgår af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne som en del af deres tilbud skulle udfylde et skema med beskrivelse af design, kvalitet og funktionskrav bl.a. for den tilbudte tagdækning med tagpap og listedækning. Af skemaet fremgår bl.a. følgende:

”Tilbudsgiver kan tilbyde tilsvarende produkter, som opfylder udbuddets krav til design-, kvalitet- og funktion.”

Der blev under udbudsfasen ikke stillet spørgsmål til arbejdsbeskrivelsens specifikation vedrørende tagpap/tagfolie.

Det fremgår af ETA Danmarks testprogram for tagdækninger med henblik på Teknisk Godkendelse til Anvendelse (TGA), at der alene kan opnås en levetidsvurdering på minimum 50 år, hvis det er dokumenteret, at tagpappet har ligget på 12 tage i 20 år i et dansk klima eller lignende. Teknisk Godkendelse til Anvendelse nr. TGA.2018/004 for 2-lags tagdækning er alene tildelt produkter fra Phønix Tag Materialer A/S.

Den 13. juni 2023 skrev Enemærke & Petersen A/S bl.a. følgende til Prima-tag:

”Hej

Udbudsbrev og link til udbudsmaterialet på Holger Brodthagensvej er medsendt.

Link: <https://eogpuddbud.kontainer.com/direct/kDTc5ho057>

Bemærk nye filer er uploadet på sagen under - "Rettelsesblad og tilføjede filer".

Tilbudsfrist: 23.06.23 kl. 12:00

Vil I snarest muligt give os en tilbagemelding på, om I ønsker at regne et tilbud på sagen?”

Samme dag svarede Primatag følgende til Enemærke & Petersen A/S:

”Ifølge af udbudsmaterialet til tagarbejdet, er der krav til Levetid på Alle tagpapløsninger skal have en dokumenteret levetid på min. 50 år i form af gældende TekniskGodkendelse til Anvendelse Nr. TGA.2018/004 for 2-lags tagdækning.

TekniskGodkendelse til Anvendelse Nr. TGA.2018/004 for 2-lags tagdækning, er et specifikt Phønix produkt, hvorfor i må henvende jer Phønix tagentreprise.”

Primatag har fremlagt følgende liste:

”25 eksempler på afgivne bud til Enemærke & Petersen

- Irishaven 2-273 Smørum Gårdhuse, fremsendt 9. august 2021
- Fredskovvej 2-3, Dianalund, fremsendt 19. april 2021
- Sjællandsk Muld, fremsendt 27. september 2021
- Rockwool HED 42A, fremsendt 27. April 2021
- Hyldebjergvej, fremsendt 17. September 2021
- Galgebakken, fremsendt 24. Februar 2021
- DI Artillerivej, fremsendt 14. September 2021
- Canon, fremsendt 13. Oktober 2021
- Bellahøj AAB afd. 40, fremsendt 28. april 2021
- Vemmedrup Skole, fremsendt 19. august 2020
- Ryesgade 8-10, fremsendt 11. februar 2020
- Rugvænget og Sydvnget, fremsendt 28. april 2020
- Ringparken, fremsendt 31. marts 2020
- Islev Vænge, fremsendt 18. november 2020
- Højbjerg Vænge, fremsendt 11. september 2020
- Henriksgården, fremsendt 16. september 2020
- Fiskedamsgade 27, fremsendt 4. februar 2020
- Tjørneparken afd. 56-0, Rødovre, 23. oktober 2019
- Pavillon Torvet Ringsted, 4. juli 2019
- Jyderup Kvindefængsel, fremsendt 29. november 2019
- Højbjergvænget etape 2, fremsendt 23. maj 2019

- Holmegårdsskolen, 5. november 2019
- DTU, fremsendt 16. oktober 2019
- Amaliegade 26-36, fremsendt 4. december 2019
- Albertslund VA 4 udbud 2, 8. april 2019”

Jönsson Entreprise A/S tilbød et tagdækningsprodukt fra producenten BMI Denmark (Icopal Top/Base), mens de øvrige tre tilbudsgivere tilbød tagdækningsprodukter fra Phønix Tag Materialer A/S. Af Nykøbing Falster Boligselskabs evaluering vedrørende tilbuddet fra Jönsson Entreprise A/S fremgår bl.a. følgende:

”Det vægtes positivt, at de tilbudte materialer er i overensstemmelse med det i udbuddet foreskrevne.
Det vægtes positivt, at de tilbudte materialer opfylder de angivne specifikationer.”

Hverken Enemærke & Petersen A/S eller Bo-Hus A/S har egenproduktion af tagdækningsmaterialer. Det er endvidere oplyst, at Phønix Tag Materialer A/S ikke har nogen begrænsninger i salg af deres produkter, og at selskabet har ”et bredt forhandlernet”.

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden

Nykøbing Falster Boligselskab har gjort gældende, at Primatag ikke er klageberettiget efter § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, og udbudslovens § 195, stk. 1. En potentiel underleverandør har efter fast praksis ikke retlig interesse i at klage over et udbud. Det fremgår af udbudsbetingelserne, at ansøgere om prækvalifikation alene skal oplyse navnet på tilknyttede underentreprenører, såfremt ansøgeren støtter ret på underentreprenørens formåen, hvilket Enemærke & Petersen A/S ikke gjorde. Efter udbudsmaterialet har hovedentreprenøren adgang til at udskifte de underentreprenører, der er navngivet i tilbuddet, efter bygherrens forudgående godkendelse, som kun kan nægtes, hvis der foreligger en saglig begrundelse herfor. Primatag har heller ikke dokumenteret en fast eller eksklusiv aftale med Enemærke & Petersen A/S.

Primatag har gjort gældende, at Primatag har et helt fast samarbejde med Enemærke & Petersen A/S, hvilket er dokumenteret med listen over 25 eksempler på tilbud. Det er ikke en nødvendig betingelse, at samarbejdet er eksklusivt. Primatag har derfor en aktuel og specifik interesse i klagesagen. Desuden kan der ikke ske udskiftning af underentreprenører, der ikke benytter Phønix Tag Materialer. Primatags retlige interesse understreges af, at Enemærke & Petersen A/S har rettet henvendelse til Primatag med henblik på at indhente tilbud, men Primatag var afskåret herfra som forhandler af andre produkter fra Finland og Italien, jf. herved også klagenævnets kendelse af 18. august 2017, Omada A/S mod Københavns Kommune. Ved at kræve et bestemt produkt har Nykøbing Falster Boligselskab tilsidesat Primatags ret til fri bevægelighed, og selv en beskeden tilsidesættelse af den fri bevægelighed udløser retlig interesse. I modsat fald ville der være tale om en traktatkrænkelse.

Ad påstand 1

Primatag har gjort gældende, at Nykøbing Falster Boligselskabs krav om dokumentation af TGA 2018/004 er i strid med udbudsloven, idet kravet ikke giver lige adgang for alle aktører til udbuddet og bevirker, at der skabes ubegrundede hindringer for konkurrencen, jf. herved udbudslovens §§ 40 og 41. Desuden er angivelsen af TGA 2018/004 som teknisk specifikation ikke i overensstemmelse med udbudsloven, da denne hverken er proportional eller sagligt begrundet, jf. herved udbudslovens §§ 2 og 40. Bevisbyrden for, at kravet er sagligt begrundet, påhviler Nykøbing Falster Boligselskab.

Nykøbing Falster Boligselskab har gjort gældende, at udformningen af den udbudte tagpapløsning er ikke i strid med udbudslovens §§ 2 eller 40. Det er op til ordregiver at beslutte, hvad man ønsker at anskaffe. Det er sagligt og proportionalt at kræve en levetid på 50 år, da udskiftning er dyrt og til gene for beboerne. Tilbudsgivere har ikke været afskåret fra at benytte andre produkter end fra Phønix Tag Materialer. Det fremgår således af katalog vedrørende design, kvalitet og funktion, at tilbudsgiver kan tilbyde tilsvarende produkter.

Ad påstand 2

Primatag har gjort gældende, at angivelsen af TGA 2018/004 som et krav er i strid med udbudslovens § 42, idet henvisningen til den nationale specifikation ikke efterfølges af formuleringen ”eller tilsvarende”.

Nykøbing Falster Boligselskab har gjort gældende, at det fremgår af katalog vedrørende design, kvalitet og funktion, at tilbudsgiver kan tilbyde tilsvarende produkter. Der var da også en tilbudsgiver, som tilbød et andet produkt end fra Phoenix Tag Materialer.

Ad påstand 3

Primatag har gjort gældende, at Nykøbing Falster Boligselskab er afskåret fra at henvise til TGA 2018/004, som er konkurrencebegrænsende og uproportional, og henvisningen er dermed i strid med udbudsloven. Henvisningen er desuden ikke sagligt begrundet. Der er kun ét produkt, der har opnået TGA'en, hvorfor alle andre producenter er udelukkede fra at afgive tilbud, idet det er vanskeligt at opnå TGA'en.

Nykøbing Falster Boligselskab har henvist til det, der er anført vedrørende påstand 1.

Ad påstand 4

Primatag har henvist til det, der er anført vedrørende påstand 1-3.

Nykøbing Falster Boligselskab har gjort gældende, at udbudsreglerne ikke er overtrådt, og at en eventuel overtrædelse ikke har den fornødne grovhed, da den ikke har påvirket tilbudsbedømmelsen. Der er heller ikke årsagssammenhæng mellem vilkårene i udbuddet og Primatags beslutning om ikke at deltage som mulig underentreprenør til Enemærke & Petersen A/S.

Klagenævnet udtaler

Ad afvisningspåstanden

Det fremgår af § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, at enhver, der har retlig interesse heri, kan indgive en klage til Klagenævnet for Udbud.

Efter klagenævnets praksis anses en potentiel underleverandør som udgangspunkt ikke for at have retlig interesse i at klage over et udbud, medmindre det er fastlagt, at den pågældende underleverandør skal anvendes, jf. herved f.eks. klagenævnets kendelse af 1. februar 2018, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia, og kendelse af 28. april 2014, Henning Larsen Architects A/S mod Region Syddanmark. Efter praksis kræves således, at klager kan påvise en konkret og direkte interesse i at opnå klagenævnets stillingtagen til klagen.

Primatag blev spurgt af Enemærke & Petersen A/S, om man ønskede at give tilbud, ligesom Primatag har udarbejdet en liste over 25 tilbud, som Primatag tidligere har afgivet til Enemærke & Petersen A/S.

Klagenævnet finder det imidlertid ikke på den baggrund godtgjort, at der består et sådant fast samarbejdsforhold mellem Primatag og Enemærke & Petersen A/S, eller at det på anden måde var fastlagt, at Primatag ville blive anvendt som underleverandør, hvis Enemærke & Petersen A/S havde vundet udbuddet, at Primatag må anses for at have en konkret og direkte interesse i klagenævnets stillingtagen til klagen.

Primatag har gjort gældende, at de foreliggende omstændigheder svarer til den situation, der forelå i klagenævnets kendelse af 18. august 2017, Omada A/S mod Københavns Kommune, hvorefter en potentiel underleverandør blev anset som klageberettiget i en situation, hvor ordregivers markedsundersøgelse havde angivet klager som potentiel underleverandør, og hvor ordregiver havde foreskrevet brug af en bestemt type software, som udelukkede klagers løsning.

I den foreliggende sag ønskede Nykøbing Falster Boligselskab en tagløsning med en holdbarhed på mindst 50 år, hvilket er begrundet i økonomiske hensyn samt hensynet til mindst mulig gene for beboerne. Det fremgår derfor af udbudsmaterialet, at alle tagpapløsninger skal have en dokumenteret levetid på mindst 50 år i form af TGA 2018/004. Det fremgår andetsteds af udbudsmaterialet, at der kan tilbydes tilsvarende produkter, som opfylder udbuddets krav til design, kvalitet og funktion. Tilbudsgiveren Jönsson Entreprise A/S tilbød et sådant tilsvarende produkt, som blev positivt evalueret af Nykøbing Falster Boligselskab.

På den baggrund finder klagenævnet, at Primatag ikke på grund af kravet om TGA 2018/004 (eller tilsvarende) har været afskåret fra at deltage som underleverandør med den virkning, at Primatag må anses som klageberettiget.

Under disse omstændigheder er det ikke godtgjort, at Primatag har en så tilstrækkelig klar og direkte interesse i at opnå klagenævnets stilling til klagen, at Primatag er klageberettiget efter § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Det, som Primatag har anført om beskyttelse af retten til fri bevægelighed, kan ikke føre til et andet resultat.

Klagenævnet afviser derfor klagen.

Herefter bestemmes

Klagen afvises.

Primatag A/S skal i sagsomkostninger til Nykøbing Falster Boligselskab, afd. 13, betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Ane Røddik Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig