

Klagen er efter delkendelsen blevet tilbagekaldt således, at delafgørelsen er klagenævnets endelige kendelse

K E N D E L S E

Aalsrode Tømrerfirma A/S
(advokat Thomas Grønkær, København)

mod

B45, afd. 11 – De Lichtenbergs Vej
(advokat Morten Wahl Liljenbøl, København)

Klagenævnet har den 6. juni 2017 modtaget en klage fra Aalsrode Tømrerfirma A/S (i det følgende blot AAT) over et begrænset udbud, som B45, afd. 11 – De Lichtenbergs Vej (i det følgende blot B45) har iværksat af en totalentreprise om renovering af 6 boligblokke, beliggende på De Lichtenbergs Vej 31 – 83, Grenaa. AAT indgav tilbud, men B45 besluttede at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt. Klagen vedrører denne beslutning.

AAT har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

B45 har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, nemlig klageskrift med bilag 1 – 9, svarskrift med bilag A – I, replik med bilag 10 – 11 og duplik af 26. juni 2017 med bilag J og K.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at B45 har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at erklære tilbuddet fra AAT for ukonditionsmæssigt, uagtet at tilbuddet fra AAT ikke strider mod grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere B45s beslutning om at erklære tilbuddet fra AAT for ukonditionsmæssigt.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 1 og 2)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at B45 har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 162 ved at anvende tildelingskriteriet ”pris” på trods af, at udbudsgrundlaget ikke har været tilstrækkeligt præcist beskrevet til, at dette kriterium har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere B45s beslutning af 26. maj 2017 om at tildele den udbudte kontrakt til Jorton A/S.

AAT har forbeholdt sig et erstatningskrav mod B45 for tab som følge af den uretmæssige afvisning af AAT's tilbud.

Andre oplysninger i sagen:

Totalentreprisekontrakten blev udbudt som et begrænset udbud, jf. udbudslovens afsnit I, ved udbudsbekendtgørelse 2017/S 048-087596 af 6. marts 2017. I udbudsbekendtgørelsen står der:

”Byggeriet er beliggende De Lichtenbergs Vej 31 – 83. Den eksisterende bebyggelse er opført i 1960’erne, dog lettere ombygget i 1987, og er en klassisk stokbygning. Den udbudte opgave består primært af indvendig renovering af 162 almene boliger, som sammenlægges til ca. 135 almene familieboliger, hvori der etableres tilgængelighed i ca. 80 af boligerne. Derudover etableres altaner til alle boliger. ...”

Værdien af den udbudte kontrakt blev anslået til 93 mio. kr. Tildelingskriteriet var ”Pris”.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at kravene til opgaven ”fremgår af de tekniske beskrivelser, der indgår i udbudsmaterialet.” I punkt 11.2 hedder det:

”Totalentreprisekontrakterne tildeles den tilbudsgiver, der har afgivet det antagelige tilbud med den laveste tilbudssum, som opgjort på tilbudslisten. Tilbudssummen opgøres som totalsummen påført tilbudslisten. Til brug for tilbudsevalueringen skal tilbudsgiverne aflevere en udfyldt og underskrevet tilbudsliste[n]. Tilbudsgiverne skal udfylde tilbudslisten i sin helhed.

Såfremt en post i tilbudslisten ikke er udfyldt, er ordregiver berettiget – men ikke forpligtet – til at kapitalisere værdien heraf, såfremt dette kan ske med den fornødne sikkerhed. Er dette ikke tilfældet vil tilbuddet blive betragtet som ukonditionsmæssigt.

...

11.5. Alternative bud og forbehold

Alternative tilbud modtages ikke.

Såfremt det endelige tilbud ikke er i overensstemmelse med udbudsmaterialet, risikerer tilbudsgiver at få sit tilbud afvist.

...

Ordregiver er berettiget – men ikke forpligtet – til at afvise ethvert tilbud, som ikke er i overensstemmelse med udbudsmaterialet. Ordregiver er forpligtet til at afvise tilbud, som indeholder elementer, som strider mod grundlæggende elementer i tilbuddet, eller som indeholder forbehold, som ikke kan kapitaliseres med den fornødne sikkerhed.”

Udbudsmaterialet omfattede en ”Byggesagsbeskrivelse”, hvori det hedder:

”01.01.01. Generelt

Bips Basisbeskrivelser er sammen med de i tilbuddet projektspecifikke beskrivelser gældende for projektet.

Angivne bindinger og specifikationer skal overholdes af tilbudsgiver – præciseret således at den overordnede arkitektur og indretning, herunder farver, teksturer og overflader, ligger fast. Konstruktioner, installationer m.v. er der frihed til at tilpasse, fokuseret på at der tilbydes det mest optimale projekt.

...

01.01.03 Projektmaterialet

Det foreliggende projektmateriale er udarbejdet i niveau dispositionsforslag. Hvor der for[e]ligger detaljeanvisninger, er dette ment som en mulig løsningsmodel.

Bydende arbejder videre i projektforslagsniveau og tager det fulde projekteringsansvar fra og med dette.

For så vidt at der tilbydes arbejder, der ikke afviger fra udbudsbetingelserne, men dog varierer fra det udbudte forslag, skal dokumentation for dette medfølge tilbud.

Det præciseres at materiale-/konstruktionsspecifikationer, ikke er ukonditionsmæssige forbehold og ikke vil blive anset som alternativt tilbud.

...”

Udbuddet skete ved udbudsbrev af 6. marts 2017. Det fremgår af udbudsbrevet, at der var tale om et genudbud, idet totalentreprisekontrakten første gang blev udbudt ultimo 2016, men dette udbud blev annulleret, da alle tilbudsgivere havde afgivet et tilbud, der lå væsentligt over det beløb, som B45 havde til rådighed til renoveringen. Det hedder videre:

...”

Projektet udbydes ved begrænset licitation i totalentreprise.

Projektet omfatter ombygning af afdelingens nuværende 162 til 135 tidssvarende lejligheder.

Der er udarbejdet dispositionsforslag, til brug for nærværende udbud.

Angivne bindinger og specifikationer skal overholdes af tilbudsgiver – dog er der frihed til at tilpasse konstruktioner, installationer m.v., således at der tilbydes det mest optimale projekt.

...”

B45 prækvalificerede 5 tilbudsgivere, herunder Jorton A/S og AAT. Alle prækvalificerede tilbudsgivere afgav tilbud.

Tilbudslisten fra AAT var vedlagt et brev af 16. maj 2017, hvori det hedder:

Vedr.: Tilbudsbrev vedr. licitation

Vedlagt fremsendes beskrivelse af optimerede løsninger der er indregnet i projektet.

1. Der er indregnet 2 stk. Velux vinduer ca. 78x140 cm for ventilation til brand og lys ned over trappen
2. False omkring døre er udgået

3. Terræn regulering minimeres og alt Cortens stål fjernes, beplantning forudsætte[s] udført af boligforeningen og nødv. rækværk udføres i træ
4. Altaner udføres som vedlagte skitse dog er smal altan fjernet fra facaden, samt der udføres ingen udhæng i tagkonstruktionen
5. Trægulve optimeres til en max. Indkøbspris på 150 kr./m² excl. Moms
6. Rydning af grund forudsættes udført af boligforeningen
7. Hele opbygningen af terræn ved indgangsfacaden ændres iht. Vedlagte skitser fra arkitekten
 - ° Ved dette forslag bliver der i alt 72 tilgængelige lejligheder
8. Kælderisolering under gulv er excl. i prisen
9. Indv. Døre er indregnet som stabel døre, dog er opgangsdøre stadig som udbud.
10. Der er ikke indregnet optionspriser i den samlede sum, men disse er oplyst i tilbuddet. ...”

I mail af 24. maj 2017 meddelte Kuben Management A/S, der var B45's rådgiver på opgaven, at tilbuddet fra AAT var blevet afvist som ukonditionsmæssigt. Det hedder i mailen:

” ...

I har til jeres tilbud vedlagt ”Tilbudsbrev vedr. licitationen”. Heri er anført, at der er indregnet optimerede løsninger i projektet. Formuleringen må forstås sådan, at der i tilbuddet er indregnet andre løsninger end forudsat i udbudsmaterialet.

...

Afviger et tilbud fra udbudsmaterialet, betragtes det som et forbehold, uagtet at der i tilbuddet står, at der ikke er taget forbehold.

...

Forholdene i jeres tilbud er behandlet i overensstemmelse med reglerne om forbehold.

Det er vurderet, at der er flere af forbeholdene, der ikke kan kapitaliseres med den fornødne sikkerhed og som må betegnes som forbehold for grundlæggende elementer, hvorfor tilbuddet erklæres ukonditionsmæssigt.

Det er især forbeholdet i pkt. 4 ”Altaner udføres som vedlagte skitse dog er smal altan fjernet fra facade, samt der udføres ingen udhæng i tagkonstruktionen” samt pkt. 7. ... Det, at der både fjernes altaner og ændres i antallet af lejligheder, vurderes at være så markante ændringer

af det udbudte, at det er at betragte som et grundlæggende element, hvorfor bygherre er forpligtet til at afvise tilbuddet.

...

I brev af 26. maj 2017 meddelte Kuben Management A/S, at kontrakten var tildelt Jorton, der havde afgivet det laveste tilbud. Det er oplyst, at Jortons pris var 115.427.303 kr. og dermed ca. 5,8 mio. kr. højere end den pris, AAT have tilbudt.

Parternes anbringender

AAT har gjort gældende, at der er dokumentation for, at B45 har tilsidesat udbudsloven, ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at erklære tilbuddet fra AAT for ukonditionsmæssigt, uagtet tilbuddet ikke strider mod grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, samt ved at anvende tildelingskriteriet ”pris” på trods af, at udbudsgrundlaget ikke har været tilstrækkeligt præcist beskrevet til, at dette kriterium har kunnet finde anvendelse, jf. udbudslovens § 162. Klagen bør derfor tillægges opsættende virkning.

Kontrakten med B45 har en sådan karakter, at AAT ikke kan stilles som om B45’s overtrædelser af udbudsreglerne ikke var sket, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Annulation af tildelingsbeslutningen vil ikke være mulig, såfremt B45 underskriver kontrakten med en anden tilbudsgiver. Kontrakten er en særdeles betydelig reference for AAT, og tabet af referencen vil påvirke konkurrencen i en sådan grad, at AAT vil miste sin position i markedet og risikere et betydeligt fremtidigt økonomisk tab. Hensynet til, at kontrakten tildeles til den leverandør, som reelt har leveret det bedst og økonomisk mest fordelagtige tilbud, må veje tungere end B45’s hensyn til, at kontrakten indgås hurtigst muligt. Betingelsen om fumus boni juris er opfyldt, idet klagen efter en umiddelbar vurdering har noget på sig. B45 har i udbudsprocessen begået så væsentlige fejl, at klagen skal tillægges opsættende virkning uden selvstændig prøvelse af spørgsmålet om uopsættelighed. AAT’s interesser kan kun beskyttes fuldt ud ved at tillægge klagen opsættende virkning.

B45 har gjort gældende, at AAT’s tilbudsbrev indeholdt 10 optimerede løsninger, som i større eller mindre omfang afveg fra de specifikationer, som var anført i bygningsdelsbeskrivelsen og dermed reelt udgjorde forbehold, selv om AAT ikke har brugt begrebet forbehold, men anvendt betegnelsen

”optimerede løsninger”. Forbehold foreligger, når et tilbud indeholder uoverensstemmelser i forhold til udbudsmaterialet, uanset om fravigelsen er tilsigtet eller ej. Det er tilbudsgiveren, der bærer risikoen for tilbuddets indhold, og et tilbud kan ikke fortolkes til fordel for tilbudsgiveren. Tilbud, der strider imod grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og tilbud, der indeholder andre forbehold, som ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan kapitaliseres, skal afvises. Udbudsmaterialet beskriver klart den frihed, der var i forhold til udbudsmaterialet, og som kun omfattede konstruktioner og installationer. AATs tilbuds-brev indeholdt 10 såkaldte optimerede løsninger, som alle mere eller mindre afveg fra de specifikationer, der var angivet i bygningdelsbeskrivelsen. De væsentligste afvigelser er Velux-vinduer i stedet for rytterlys over trappeopgangene med et meget mindre overfladeareal, den tilbudte terrænløsning, som indebærer en reduktion af tilgængelighedslejlighederne på 9, gulve med en maksimalindkøbspris på 150 kr. pr. m² samt ændringen med hensyn til altanerne, hvor den smalle del er fjernet og der ikke udføres udhæng i tagkonstruktionen. Både enkeltvis og samlet udgør disse ændringer forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og det er uden betydning for vurderingen heraf, at der ikke i udbudsmaterialet er en angivelse af de grundlæggende elementer. De fleste af AAT’s forbehold kunne ikke kapitaliseres, og også af den grund skulle AATs tilbud afvises. Hertil kommer, at en kapitalisering utvivlsomt ville have medført, at AATs tilbud ville have oversteget den pris, som Jorton A/S havde tilbudt. B45 har således ikke overtrådt udbudsreglerne ved at afvise AATs tilbud.

Der er ikke grundlag for AATs kritik af tildelingskriteriet ”pris”, da kriteriet er gennemsigtigt, ikke giver ordregiveren et ubetinget frit valg og desuden sikrer en effektiv konkurrence, jf. udbudslovens § 164. Det gør ingen forskel, at tilbudsgiverne havde en vis frihed i forhold til udbudsgrundlaget med hensyn til konstruktioner og installationer. Det bestrides derfor, at B45 skulle have handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og § 162.

Der foreligger ikke sådanne ”særlige grunde”, der taler for at tillægge klagen opsættende virkning, jf. klagenævnens lovens § 12, stk. 2, 2. pkt. AAT’s klage har ikke noget på sig, AAT har ikke godtgjort, at det er nødvendigt at træffe afgørelsen om opsættende virkning for at undgå, at AAT lider et alvorligt og uopretteligt tab, og en afvejning af AATs og B45’s interesser taler heller ikke for opsættende virkning. Der tillægges som udgangspunkt al-

drig en klage opsættende virkning i tilfælde, hvor klagerens tilbud er blevet afvist som ukonditionsmæssigt, da klageren aldrig ville have mulighed for at få kontrakten og derfor ikke har lidt noget tab.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning efter § 12, stk. 2, er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*").
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

AAT's tilbudsbrief af 16. maj 2017 indeholder 10 punkter, benævnt som "optimerede løsninger", som i større eller mindre grad afviger fra udbudsgrundlaget. Der er ikke tale om afvigelser med hensyn til konstruktioner og

installationer, som tilbudsgiveren havde frihed til at foretage, men afvigelser, som for de fleste punkters vedkommende væsentligt afviger fra projektets arkitektoniske ideer og afvigelser, som medfører en begrænsning af det forudsatte antal lejligheder, der opfylder tilgængelighedskravene. Disse afvigelser, navnlig punkterne 1 – 4 og 7, må utvivlsomt anses for afvigelser fra udbuddets grundlæggende elementer. B45 har derfor ikke alene været berettiget, men også for at undgå overtrædelse af udbudsreglerne været forpligtet til at afvise AAT's tilbud. Der er derfor ikke udsigt til, at klagenævnet ved en endelig afgørelse vil tage påstand 1 og dermed heller ikke påstand 2 til følge.

Der er, jf. påstand 3, på det foreliggende grundlag heller ikke holdepunkter for at antage, at tildelingskriteriet ”pris” på grund af mangler eller uklarheder ved udbudsgrundlaget ikke har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. udbudslovens § 161, jf. § 162, stk. 1, nr. 1. Der er derfor ikke udsigt til, at klagenævnet ved en endelig afgørelse vil tage påstand 3 til følge.

Der er herefter ikke udsigt til, at klagenævnet ved en endelig afgørelse vil annullere tildelingsbeslutningen, jf. påstand 4, og betingelsen om, at klagen skal have noget på sig (*”fumus boni juris”*), er derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig