

K E N D E L S E

Balco A/S

og

Balco AB

(advokat Morten Winsløv, Greve)

mod

Arbejdernes Andels Boligforening

(advokat Tina Braad, Aarhus)

I foråret/sommeren 2010 iværksatte indklagede, Arbejdernes Andels Boligforening, en begrænset licitation efter tilbudsloven vedrørende facadelukning. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Den 17. maj 2010 blev prækvalifikationsannonce indrykket, og 15 ansøgere anmodede om prækvalifikation.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 18. juni 2010 til følgende prækvalificerede ansøgere:

1. Klageren, Balco AB og Balco A/S
2. HS Hansen Fabrikker A/S
3. Eiler Thomsen Alufacader A/S
4. HL Montage ApS
5. Ejnar Kornerup A/S

Efterfølgende blev udsendt supplerende rettelsesblad nr. 1 af 30. juni 2010 og rettelsesblad nr. 2 af 5. juli 2010.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 9. juli 2010 havde alle 5 prækvalificerede ansøgere afgivet tilbud. Den 2. november 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med HS Hansens Fabrikker A/S, og kontrakt blev herefter indgået.

Den 17. februar 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på møde den 26. april 2012.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2 ved ikke at afvist tilbuddet fra HS Hansen Fabrikker A/S, uanset at dette tilbud var ukonditionsmæssigt, idet

- dræning på HS Hansen Fabrikker A/S' system er ud over forkant og ikke som beskrevet i udbudsmaterialet (problemstilling 1);
- det tilbudte system fra HS Hansen Fabrikker A/S ikke er det folde- og skydeglass, som "Balco Twin", udbudsmaterialet foreskriver, men det man i altanbranchen kun kalder foldeglass (problemstilling 2);
- det system, HS Hansen Fabrikker A/S har tilbudt, ikke indeholder den beskrevne ventilationsspalte, der skal forebygge senere risici for fugtgener (problemstilling 3);
- HS Hansen Fabrikker A/S ikke har kunnet give de oplysninger om referencer, der i udbudsmaterialet – i forbindelse med prækvalifikationen – var stillet krav om (problemstilling 4).

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens §§ 14 og 15 ved ikke, med det hurtigst mulige kommunikationsmiddel at underrette tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen, idet

- indklagedes rådgiver først ved brev af 21. december 2010 til klagerens advokat gav oplysning om, at opgaven var tildelt HS Hansen Fabrikker A/S;

- indklagede først pr. 21. december 2010 gav klageren oplysning om licitationsresultatet, herunder vægtningskriterierne.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 2. november 2010 om at indgå kontrakt med HS Hansens Fabrikker A/S.

Klageren har taget forbehold for at nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 2 erkendt overtrædelsen.

Sagens nærmere omstændigheder

I skrivelse udsendt af indklagede den 17. maj 2010 var anført blandt andet følgende:

» Ansøgning om prækvalifikation: Ansøgning om prækvalifikation skal indeholde følgende information:

- Virksomhedens navn, adresse, CVR nr., kontaktoplysninger og navn på kontaktperson
- Lovpligtig tro og loveerklæring ...
- Bevis for relevant erhvervsansvarsforsikring
- Revisorpåtegnede resultatopgørelser og balance for de seneste 3 regnskabsår.
- Soliditetserklæring fra bank eller sparekasse om at virksomheden kan løfte opgaven
- Oversigt over størrelsesmæssige og sammenlignelige opgaver, som virksomheden har gennemført i de seneste 3 år med angivelse af hvilken rolle virksomheden har haft i opgaveløsningen
- ...

Tildelingskriterium: Entreprisen tildeles efter kriteriet Økonomisk mest fordelagtige tilbud.

...«

I prækvalifikationsansøgning af 1. juni 2010 har HS Hansens Fabrikker A/S anført følgende vedrørende referencer:

- » ... Organisationen omkring udskiftning af altanfacader er særdeles erfaren i netop altanlukninger, renovering m.m. idet Hans Lading, Karl Henrik Kristensen og Kent Bisbo alle igennem årene har beskæftiget sig med lukning af flere tusinde altaner i hele Danmark herunder også i Århus og omegn.

Ligeledes er danmarkshistoriens nok største renovering af altaner på Høje Gladsaxe projektet udført af ovennævnte i hovedentreprise
Der er vedlagt CV for relevante personer

Det skal for god ordens skyld oplyses, at ikke alle projekter er udført i HS Hansen regi men er alene oplistet under hensyn til at faglige kompetencer er en del af HS Hansen.

Herunder er et udpluk af altanlukningsopgaver som er gennemført.

...«

Listen over de af HS Hansens Fabrikker A/S udførte opgaver indeholdt 21 projekter. Heraf var de otte benævnt »altanlukninger«, medens de øvrige i det væsentlige var benævnt »facadelukninger«. Det nyeste altanlukningsprojekt var fra 2007, medens de øvrige var fra 2000 eller tidligere år.

I licitationsbetingelserne af juni 2010, fagbeskrivelse er anført følgende under overskriften »BEMÆRK SÆRLIG VEDR UDBUD«:

- » De viste opdelinger af facadelukningspartier, brystninger mv samt den viste og beskrevne oplukkefunktion af vinduer og døre skal nøje følges. Eventuelle afvigelser mellem entreprenørens tilbudte produkt og udbudsmateriale skal udførlig fremgå af entreprenørens tilbud.«

I samme dokument er anført følgende under punkt 4.9 Materialer og produkter:

- » Profilsystem:
Aluminiumsprofiler og tilhørende komponenter som Balco Altanlukningssystem type Twin eller dermed ligestillet komplet

med oplukkelige rammer og døre med kombineret folde- og skyde oplukke.

...

Ventilation:

Partierne skal være forsynede med integreret og skjult ventilationsspalte, der sikrer tvangsudlutning af den bagvedliggende altan med minimum 15 l/sek.

Afvanding:

Frontpartierne skal være med integreret dræningssystem, så vand opfanges etagevis og ledes bort i integrerede kanaler.

...

Gående rammer (vinduer):

Systemet skal have funktionerne Foldevindue og Skydevindue i et og samme system. Vinduer skal være forsynede med rammeprofiler på alle 4 sider.....«

I rettelsesblad nr. 2 af 5. juli 2010 fremgår blandt andet følgende:

» Rettelse:

Materialer og produkter

Afvanding:

Teksten udgår og erstattes med følgende:

Frontpartierne skal være med integreret dræningssystem, så vand opfanges etagevis og ledes bort i integrerede kanaler. Dræningssystemet skal endvidere afvande tagfladen over 6. salens altaner. Såfremt det valgte profilsystem ikke har indbygget lodret kanalføring, vil det blive accepteret, at der indbygges et lodret nedløb pr 17,4 m skjult i facadesystemet. Kravet vil være, at der etagevis sker afledning af vand fra facaden til denne lodrette rørføring. Disse installationer skal udføres skjult. Alle ydelser i forbindelse hermed skal være indeholdt i tilbudet. Der er ikke krav om afvanding fra altanpladerne.«

Tilbud af 9. juli 2010 fra HS Hansens Fabrikker A/S beskrev det tilbudte system som følger:

» System:

Altanpartier udføres i slanke aluminiums-profiler i system Hansen Balcony, i dybdeprofiler iht. Statiske krav.

Systemet leveres og indbygges som et skyde/folde system med alurammer omkring glas.

Systemet indeholder afdræning af vand fra glasfelter til brønd i terræn.

Værn tilbydes jfr. Beskrivelse i varmforzinket udførelse.

...

Tilbehør

Befæstigelses- og beslag er generelt i rustfri og/eller aluminium.

Skyde/foldedøre er etableret med rustfri kuglelejer.

...«

Tilbuddet indeholdt ikke forbehold over for udbudsmaterialets kravspecifikation.

Forklaringer

Direktør Jesper Larsson fra klageren har forklaret blandt andet, at klageren forud for licitationen samarbejdede med indklagede om at finde frem til mulige løsninger. Klageren havde i den forbindelse et åbent hus arrangement, hvor beboerne havde mulighed for at se en opstillet model af klagerens skyde/foldevinduer benævnt "Balco Twin". Beboerne var meget begejstrede.

Forud for prækvalifikationen blev klageren kontaktet af HS Hansens Fabrikker A/S, der spurgte til, om det var muligt at sammenbygge en del af klagerens vinduesløsning med en anden løsning, som HS Hansens Fabrikker A/S ønskede at anvende. Klageren oplyste, at dette ikke kunne lade sig gøre.

Efter parternes indgivelse af tilbud blev klageren opmærksom på, at den løsning, som HS Hansens Fabrikker A/S havde lagt til grund for sit tilbud, ikke var konditionsmæssig.

Klagerens folde/skyde-løsning er særdeles gennemprøvet. Det er ikke et patenteret system, men det er meget fleksibelt og brugervenligt. Ved efterfølgende besigtigelse af indklagedes færdige projekt har klageren fået bekræftet, at den anvendte løsning ikke er en folde/skydevinduesløsning, der svarer til klagerens "Balco Twin". I stedet er der en helt plan, lukket facade.

Ved besigtigelsen har klageren tillige konstateret, at der ikke er de ventilationsspalter i facaden, som udbudsmaterialet foreskrev, ligesom løsningen heller ikke opererer med det integrerede dræningssystem, som udbudsmaterialet foreskrev.

Man kan ikke ud af tilbuddet fra HS Hansens Fabrikker A/S se, hvilken teknisk løsning, der ligger til grund for tilbuddet.

Ingeniør Kim Clausen fra ingeniørfirmaet Viggo Madsen har forklaret blandt andet, at han bistod indklagede med at udarbejde udbudsmateriale, ligesom han bistod ved bedømmelsen af tilbud. Tilbuddet fra HS Hansens Fabrikker A/S var uden forbehold i forhold til udbudsmaterialets krav. Den leverede vinduesløsning er en løsning, hvor vinduerne både kan skydes og foldes. Denne løsning bliver også af andre leverandører kaldt en folde-skydeløsning.

Den løsning, som HS Hansens Fabrikker A/S har leveret, har en ventilationspalte som krævet i udbudsmaterialet. Det er langsgående spalter, der befinder sig i bund- og toprammen. Det har vist sig, at denne løsning fungerer godt i praksis.

Med hensyn til dræningsløsningen blev udbudsmaterialet modificeret for at muliggøre andre leverandører end klageren. Tilbuddet fra HS Hansens Fabrikker A/S var uden forbehold i forhold til kravet om integreret dræningsløsning. Under de efterfølgende drøftelser illustrerede HS Hansens Fabrikker A/S, hvorledes deres dræningssystem fungerede. Efter tildeling blev det imidlertid aftalt at fravige kravet om en integreret dræningsløsning. Det skyldtes, at løsningen fra HS Hansens Fabrikker A/S opererede med en helt glat facade, hvorfor kravet til dræning ikke forekom så relevant, som hvis det havde været klagerens løsning, der var blevet valgt. Da kravet om dræning udgik, opnåede klageren en besparelse på 300.000 kr.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har vedrørende problemstilling 1 gjort gældende, at det med overvejende sandsynlighed kan lægges til grund, at HS Hansen Fabrikker A/S

har tilbudt en løsning, hvor frontpartierne afvandes med etagevis opsamling, men uden bortledning i integrerede kanaler. Tilbuddet er derfor ukonditionsmæssigt i forhold til kravet i fagbeskrivelsens pkt. 4.9.

Klageren har vedrørende problemstilling 2 gjort gældende, at løsningen fra HS Hansen Fabrikker A/S må formodes at anvende profilsystemer med 1 spor, hvorfor det ikke kan have de 3 funktioner, som findes i Balco Twin-løsningen. Tilbuddet er derfor ukonditionsmæssigt i forhold til kravet i fagbeskrivelsens pkt. 4.9.

Klageren har vedrørende problemstilling 3 gjort gældende, at klager er af den opfattelse, at HS Hansens Fabrikker A/S har tilbudt en løsning uden en skjult ventilationsspalte, men med huller i stedet, hvilket er en ringere og billigere løsning end forudsat. Hullerne kan i øvrigt lukkes af beboerne, og så er der ikke tale om tvangsudluftning som krævet. Tilbuddet er derfor ukonditionsmæssigt i forhold til kravet i fagbeskrivelsens pkt. 4.9.

Klageren har vedrørende problemstilling 4 gjort gældende, at det ikke ses, at HS Hansen Fabrikker A/S tidligere har udført opgaver af den udbudte karakter, hvilket må antages at være nødvendigt for at opnå prækvalifikation, da ansøgerne er anmodet om at levere oversigt over referenceopgaver. Da HS Hansen Fabrikker ikke kan have haft tilstrækkelige referencer, skulle der være set bort fra ansøgningen som ukonditionsmæssig.

Indklagede har vedrørende problemstilling 1-3 gjort gældende, at tilbuddet fra HS Hansen Fabrikker A/S ikke indeholder forbehold eller afvigelser til udbudsmaterialet, hvorfor denne tilbudsgiver var aftaleretlig forpligtet til at levere et produkt, der levede op til mindstekravene i udbudsmaterialet til den i tilbuddet oplyste pris. Tilbuddet fra HS Hansen Fabrikker A/S indeholder ikke oplysninger, der giver indklagede anledning til at betvivle, at HS Hansen Fabrikker A/S ved løsning af opgave vil leve op til de i fagbeskrivelsen fastsatte mindstekrav.

Når en tilbudsgiver, som i den foreliggende sag har oplyst, at et tilbud lever op til mindstekravene i udbudsmaterialet, er ordregiver ikke forpligtet til af egen drift at foretage en nærmere undersøgelse af, hvorvidt dette er korrekt, medmindre oplysningerne fremstår som åbenbart forkerte. Hvis den af HS Hansen Fabrikker A/S tilbudte løsning ikke lever op til kravene i fagbeskri-

velsens pkt. 4.9, har dette under ingen omstændigheder været åbenbart for indklagede.

Spørgsmål om den valgte tilbudsgivers efterfølgende opfyldelse af kontraktuelle krav har ikke betydning for lovligheden af tildelingsbeslutningen.

Indklagede har vedrørende problemstilling 4 gjort gældende, at indklagede ikke har stillet mindstekrav til ansøgernes tekniske og økonomiske kompetencer. Det fremgår af den af HS Hansen Fabrikker A/S til prækvalifikationsansøgningen vedlagte dokumentation, at virksomheden og dens medarbejdere i vidt omfang har erfaring med løsning af opgaver af tilsvarende karakter som den udbudte. Da ansøgningen har indeholdt den i licitationsannoncen krævede dokumentation, har indklagede været forpligtet til at lade ansøgningen indgå i forbindelse med udvælgelse af tilbudsgivere.

Ad påstand 3

Klageren har ikke gjort særskilte anbringender gældende til støtte for påstand 3.

Indklagede har gjort gældende, at overtrædelsen af tilbudslovens § 14, stk. 1, som indklagede har begået, har været af minimal og bagatelagtig karakter og uden indflydelse på den trufne tildelingsbeslutning, hvorfor dette ikke i sig selv kan bevirke, at indklagedes tildelingsbeslutning skal annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Der er for klagenævnet ikke fremkommet oplysninger, som kan begrunde, at prækvalifikationsansøgningen fra HS Hansens Fabrikker A/S var ufyldestgørende. Ansøgningen har indeholdt den krævede oversigt over størrelsesmæssige og sammenlignelige opgaver, som virksomheden har gennemført i de seneste 3 år. Selv om det måtte lægges til grund, at kun den i 2007 udførte altanlukningsopgave er direkte sammenlignelig, kan det ikke føre til, at ansøgningen er ukonditionel, da der ikke blev stillet minimumskrav til teknisk erfaring. Der blev således ikke stillet krav til at

referencerne ikke kunne angå facadelukningsopgaver, som var den overordnede betegnelse for licitationen.

Der er for klagenævnet heller ikke fremkommet oplysninger, som kan begrunde, at tilbuddet fra HS Hansens Fabrikker A/S var ukonditionsmæssigt. Tilbuddet var således uden forbehold over for kravspecifikationen. Af de grunde, som indklagede har anført, har indklagede ikke været forpligtet til af egen drift at foretage en nærmere undersøgelse af, hvorvidt den tilbudte løsning var i overensstemmelse med kravspecifikationen. Spørgsmål om HS Hansens Fabrikker A/S' efterfølgende opfyldelse af kontraktens krav har ikke betydning for lovligheden af tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 2

Klagenævnet tiltræder i overensstemmelse med parternes enighed, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 14 og 15 som påstået.

Ad påstand 3

Den konstaterede overtrædelse af tilbudslovens §§ 14 og 15 kan ikke i sig selv begrunde en annulation af tildelingsbeslutningen.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med tilbudslovens §§ 14 og 15 ved ikke med det hurtigst mulige kommunikationsmiddel at underrette tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen, idet indklagedes rådgiver først ved brev af 21. december 2010 til klagerens advokat gav oplysning om, at opgaven var tildelt HS Hansen Fabrikker A/S, og idet indklagede først pr. 21. december 2010 gav klager oplysning om licitationsresultatet, herunder vægtningskriterierne.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 og påstand 3.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Søren Holm Seerup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig