

K E N D E L S E

Bravida Danmark A/S
(advokat Carsten Pedersen, København)

mod

Rødovre almennyttige Boligselskab
(advokat Hans Lykke Hansen, København)

Ved en skrivelse af 15. december 2003 iværksatte indklagede, Rødovre almennyttige Boligselskab, en begrænset licitation efter Tilbudsloven vedrørende en hovedentreprise om installation af fjernvarme i 597 rækkehuse og en børnehave. Indklagede anmodede 7 virksomheder om at afgive tilbud, herunder klageren, Bravida Danmark A/S, og Wicotec A/S. Tildelingskriteriet var fastsat som »laveste pris«. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 29. januar 2004 havde alle 7 virksomheder afgivet tilbud. Der var bl.a. afgivet følgende tilbud, som var det laveste, henholdsvis det næstlaveste tilbud:

- | | |
|------------------------|---------------------------|
| 1. Bravida Danmark A/S | 54.945.400 kr. inkl. moms |
| 2. Wicotec A/S | 54.990.375 kr. inkl. moms |

Den 6. februar 2004 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Wicotec A/S på grundlag af denne virksomheds tilbudspris.

Den 27. februar 2004 indgav klageren, Bravida Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Rødovre almennyttige Boligselskab. Klagen har været behandlet på et møde den 2. april 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved den 6. februar 2004 at beslutte at indgå kontrakt med Wicotec A/S, uagtet Wicotec A/S ikke havde afgivet tilbudet med den laveste pris, som derimod – under forudsætning af, at der ikke var forbehold i klagerens tilbud, som skulle prissættes – var afgivet af klageren, idet indklagede ved vurderingen af tilbudet fra Wicotec A/S tog hensyn til, at denne tilbudsgiver uden merudgifter for indklagede kunne aflevere entreprisen 3 måneder tidligere end fastsat i licitationsbetingelserne.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved at anse følgende angivelse i klagerens tilbud som et forbehold og herefter at prissætte dette forbehold:

»Udførelse af fjernvarmerør i terræn er baseret på økonomisk mest fordelagtig placering af tracé for fordelingsledninger og hovedledninger. Endelig placering aftales med bygherre«.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved at anse følgende angivelse i klagerens tilbud som et forbehold og herefter at prissætte dette forbehold:

»Indføring af fjernvarmestik i udhus udføres i størst muligt omgang ved anvendelse af skråboring igennem fundament«.

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

Efter indgivelsen af klagen besluttede indklagede, at der ikke skulle indgås kontrakt med Wicotec A/S, før Klagenævnet havde truffet afgørelse, og klageren har på denne baggrund undladt at nedlægge påstand om, at Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 6. februar 2004 om at indgå kontrakt med Wicotec A/S.

Klageren har tilkendegivet muligvis senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Ad påstand 1

I skrivelsen af 15. december 2003, som er en del af licitationsbetingelserne, og hvori fristen for tilbud som anført var fastsat til den 29. januar 2004, var fastsat følgende vedrørende »Entreprisens tidsmæssige udførelse«:

» Accept kan forventes uge 8, 2004.
Opstart uge 15, 2004.
Aflevering den 2005-12-15.«

I Fællesbetingelserne af 15. december 2003 er i afsnit »3.2. Arbejds- og tidsplan« anført følgende:

» Rammetidsplan:

Udbud	ultimo uge 51, 2003
Licitation	ultimo uge 05, 2004
Entreprisestart	uge 15, 2004
Aflevering sidste hus	uge 51, 2005 «.

I tilbudet fra Wicotec A/S var anført følgende:

»Arbejdet tilbydes i øvrigt udført til aflevering 3 måneder tidligere, som anført på vedlagte tidsplan, uden meromkostninger«.

I skrivelse af 6. februar 2004, hvorved indklagede meddelte klageren, at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med Wicotec A/S, hedder det:

»Som bekendt afholdtes der den 2. ds. licitation over ovennævnte arbejder, i hvilken forbindelse Bravida Danmark A/S afgav et tilbud stort kr. 54.945.400,- inkl. moms.

Ud over den anførte pris henvises der i tilbuddet til nærmere angivne standardforbehold i det omfang det ikke er i strid med udbudsgrundlaget, ligesom der anføres særskilte bemærkninger omkring udførelse af fjernvarmerør i terræn, indføring af fjernvarmestik i udhuse samt valgfrihed til anvendelse af produkter.

Sidstnævnte bemærkninger er i tilbuddet ikke anført som forbehold, men skal i overensstemmelse med entrepriseretlig praksis behandles som sådanne.

Efter vor opfattelse er der ikke tale om forbehold over for grundlæggende elementer i tilbuddet, hvorfor de tre bemærkninger skal prissæt-

tes, således (at) Bravida Danmark A/S' tilbud kan gøres sammenligneligt med de øvrige tilbud.

Som bekendt afgav Wicotec A/S et tilbud lydende på kr. 54.990.375, - inkl. moms, d.v.s. der er en difference i forhold til Bravida Danmark A/S' tilbud på kr. 44.975,- inkl. moms.

Imidlertid har Wicotec A/S i sit tilbud anført, at arbejdet kan udføres til aflevering 3 måneder tidligere, hvilket har betydning for indeksering af entreprisensummen for den del af arbejderne som udføres efter 12 måneder fra tilbudsdagen. Dette forhold er ligeledes til genstand for prissætning m.h.b. på at gøre dette tilbud sammenligneligt med de øvrige tilbud, herunder Bravida Danmark A/S' tilbud.

Prissætning af Wicotec A/S forhold medfører en skønnet besparelse for bygherren på kr. 250-300.000,- inkl. moms, hvorved Wicotec A/S ud fra en samlet objektiv bedømmelse bliver billigstbydende med sit tilbud på kr. 54.945.400,- inkl. moms med fradrag af et beløb i størrelsesorden af kr. 250-300.000,- inkl. moms.«

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at indklagede som følge af det fastsatte tildelingskriteriet »laveste pris« har været forpligtet til ved vurderingen af tilbudet fra Wicotec A/S alene at tillægge prisen betydning og derfor har været uberettiget til at tillægge den kortere afleveringstid, som var anført i tilbudet fra Wicotec A/S, betydning. Indklagede har således handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved ikke at anvende det fastsatte tildelingskriterium »laveste pris« i overensstemmelse med den fremgangsmåde, som Tilbudsloven forudsætter.

Indklagede har gjort gældende, at den tidligere færdiggørelse har betydning for indekseringen af entreprisensummen for den del af arbejderne, som udføres efter 12 måneder fra tilbudsdagen. Den tidligere færdiggørelse medfører således en besparelse for indklagede i form af lavere entreprisensum. Den tidligere færdiggørelse udgør skønsmæssigt en besparelse for indklagede på 250.-300.000 kr. Byggeriet er finansieret af egne private midler, og indklagede lider ikke et nævneværdigt tab af renteindtægter ved, at betalingen til Wicotec A/S tilsvarende skal fremrykkes 3 måneder. Endvidere vil en færdiggørelse 3 måneder før forudsat aflevering den 15. december 2005 betyde en besparelse for indklagede på udgifterne til ekstraordinære vinterforanstaltninger. Besparelsen er opgjort til i alt 50.000 kr. for perioden 1. oktober

2005 – 15. december 2005. Indklagede har været berettiget til ved vurderingen af tilbudet fra Wicotec A/S at tage hensyn til disse økonomiske fordele ved dette tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Tilbudet fra Wicotec A/S indeholder følgende passus: »Arbejdet tilbydes i øvrigt udført til aflevering 3 måneder tidligere, som anført på vedlagte tidsplan uden meromkostninger.« Det har ved bedømmelsen af dette tilbud påhvilet indklagede at foretage en vurdering af, om denne afvigelse i tilbudet fra licitationsbetingelserne er et forbehold, og – hvis det vurderes som et forbehold – at tage stilling til, om forbeholdet indebærer, at tilbudet skal afvises, eller om forbeholdet skal prissættes, fordi det på et eller flere punkter medfører en ringere løsning eller en udgiftsforøgelse for indklagede i forhold til, hvis tilbudsgiveren havde afgivet et tilbud, som indebar færdiggørelse i overensstemmelse med licitationsbetingelserne. Indklagede har således handlet i strid med Tilbudsloven ved ikke at foretage denne vurdering af, om der er tale om et forbehold, og ved i bekræftende fald ikke at vurdere, om forbeholdet skal medføre, at tilbudet afvises, eller skal prissættes, således at det bliver muligt at foretage en sammenligning af dette tilbud med de øvrige tilbud, som opfylder kravet i Tilbudsloven om ligebehandling. Det bemærkes herved, at den vurdering, som indklagede i stedet foretog af tilbudet fra Wicotec A/S, nemlig en vurdering af, om afvigelsen i dette tilbud i forhold til licitationsbetingelserne vil betyde en besparelse for indklagede, er uden relevans for indklagedes vurdering af tilbudene, jf. nedenfor.

Det er Klagenævnets vurdering, at den anførte afvigelse i Wicotec A/S's tilbud er et forbehold i forhold til licitationsbetingelserne, men at der ikke er tale om en afvigelse fra grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, som skulle medføre afvisning af tilbudet. Som følge heraf har det påhvilet indklagede at vurdere, om der skulle ske en prissætning af forbeholdet.

Som tildelingskriterium under licitationen havde indklagede fastsat »laveste pris«, og den vurdering af tilbudene, som det herefter påhvilede indklagede at foretage, skulle ske på grundlag af og alene på grundlag af tilbudspriserne med den forhøjelse af tilbudspriserne, som prissætning af eventuelle for-

behold i tilbudene ville medføre. Det er således en overtrædelse af Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, at indklagede ikke vurderede tilbudet fra Wicotec A/S udelukkende på grundlag af tilbudsprisen – muligt tillagt et beløb i forbindelse med prissætning af det forbehold, der er omtalt ovenfor – men derimod foretog »en værdisætning« af »den tidsmæssige fordel«, som dette tilbud ville indebære for indklagede, til 250 -300.000 kr. og herefter ved vurderingen af dette tilbud fratrak tilbudsprisen beløbet på 250 - 300.000 kr. Da klagerens tilbudspris på 54.945.400 kr. var lavere end Wicotec A/S's 54.990.375 kr., har indklagede handlet i strid med Tilbudsloven som anført i påstand 1, og Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Hvis indklagede i stedet for tildelingskriteriet »laveste pris« havde fastsat tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« og som et af underkriterierne til dette tildelingskriterium havde fastsat »tidlig færdiggørelse af projektet«, havde indklagede derimod ikke alene været berettiget til, men også forpligtet til at tage den tidligere færdiggørelse efter Wicotec A/S's tilbud i betragtning ved sin vurdering af, hvilket af de afgivne tilbud, der var »det økonomisk mest fordelagtige bud«, og i denne situation kunne en økonomisk beregning som den foretagne have haft relevans i forbindelse med anvendelse af underkriteriet »tidlig færdiggørelse af projektet«.

Ad påstand 2

Tilbudet fra klageren indeholdt følgende:

»Vort tilbud er baseret på følgende supplement til udbudsgrundlaget, FB Fællesbetingelser & SB Særlige betingelser:

Udførelse af fjernvarmerør i terræn er baseret på økonomisk mest fordelagtig placering af trace for fordelingsledninger og hovedledninger. Endelig placering aftales med bygherre.«

Parternes anbringender

Indklagede har gjort gældende, at klausulen om, at udførelsen af fjernvarmerør i terræn er baseret på den økonomisk mest fordelagtig placering for fordelingsledninger og hovedledninger, må forstås som et forbehold overfor udbudsmaterialets beskrivelse af, hvorledes fjernvarmerørene skal placeres. Et sådant forbehold skal prissættes. Prissættelsen lader sig imidlertid kun vanskeligt gennemføre, idet den økonomiske rækkevidde af

forbeholdet er meget vanskelig at fastlægge. Da klagerens tilbud allerede som følge af det forbehold, der behandles under påstand 3, ikke er det afgivne tilbud med laveste pris, har indklagede ikke foretaget en prissætning af dette forbehold.

Klageren har gjort gældende, at bemærkningen i klagerens tilbud om, at udførelsen af fjernvarmerør i terræn er baseret på den økonomisk mest fordelagtige placering for fordelingsledninger og hovedledninger, ikke er et forbehold i forhold til licitationsbetingelserne, og at denne bemærkning således ikke indebærer, at tilbudet afviger fra licitationsbetingelserne. Formålet med den pågældende bemærkning var alene at skabe større fleksibilitet for såvel indklagede som ordregiver og klageren som entreprenør under et eventuelt kontraktsforhold, og det fremgår udtrykkeligt af bemærkningen, at klageren som entreprenør kun ville kunne anvende en anden placering af rørene end fastsat i licitationsbetingelserne, hvis indklagede på forhånd i hvert enkelt tilfælde havde godkendt det. En ændret placering ville bl.a. kunne betyde besparelser for indklagede, derved at en aftalt ændret placering af rørene ville kunne indebære, at der ikke – eller kun i mindre omfang – blev behov for ydelser, der i licitationsbetingelserne er anført som stipulerede mængder. En ændret placering ville endvidere kunne åbne mulighed for anvendelse af trækrør til fremtidig kabelføring uden fornyet opravning, hvilket ville indebære fremtidige besparelser for indklagede.

Klagenævnet udtaler:

Efter indholdet af den pågældende bemærkning i klagerens tilbud, herunder særligt at det udtrykkeligt er anført, at »endelig placering« - d.v.s. enten placering i overensstemmelse med licitationsbetingelserne eller placering på anden måde efter forslag fra klageren - »aftales med bygherre«, er der ikke tale om et forbehold i forhold til licitationsbetingelserne. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 3

Tilbudet fra klageren indeholder følgende:

»Vort tilbud er baseret på følgende supplement til udbudsgrundlaget, FB Fællesbetingelser & SB Særlige betingelser:

.....

Indføring af fjernvarmestik i udhus udføres i størst muligt omfang ved anvendelse af skråboring igennem fundament«.

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at bemærkningen i klagerens tilbud, hvorefter »indføring af fjernvarmestik i udhus udføres i størst muligt omfang ved anvendelse af skråboring igennem fundament«, ikke er et forbehold i forhold til licitationsbetingelserne, og at denne bemærkning således ikke indebærer, at tilbudet afviger fra licitationsbetingelserne. Indklagede har således været uberettiget til at prissætte denne bemærkning som et forbehold. Formålet med den pågældende bemærkning var et skabe en valgmulighed for indklagede, som gav indklagede mulighed for at tage størst muligt hensyn til beboernes indretning og anvendelse af de udhuse, som er isoleret. Ved valg af skråboring ville der kunne tages størst muligt hensyn til indretningen af og eksisterende installationer – vaskemaskiner, skabe m.v. – i de udhuse, som er isolerede. Ved udhuse, som ikke er isoleret, vil skråboring kunne indebære en besparelse for indklagede i de tilfælde, hvor det vil være muligt at placere skråboringen tæt ved fjernvarmeindføringen i hovedhuset.

Indklagede har gjort gældende, at det i licitationsbetingelserne er fastlagt, at der på hver husfacade opsættes en stikindføringsskab, som skjuler husindføringen og afspærringsventiler. Der henvises til SB – Særlige Betingelser af 7. januar 2004, side 1 og 9, hvori der på side 9 er redegjort for opsætningen af stikindføringsskabet, og til Komponentliste – Fjernvarmeledningsnet, VVS af 15. december 2003, hvor specificering af stikindføringsskab er angivet (bilag A og B).

Af klagerens tilbud fremgår det, at det er baseret på, at der anvendes skråboring i størst muligt omfang. Skråboring overflødiggør stikindføringsskabet og er en anden løsning end den, der er fastsat i licitationsbetingelserne. Løsningen efter licitationsbetingelserne med anvendelse af stikindføringsskab giver mulighed for at bebyggelsens varmemester kan afbryde fjernvarmetilførslen i stikindføringsskabet uden at skulle ind i husene. Anvendes der skråboring i stedet for opsætning af stikindføringsskab, vil det ikke være muligt at afbryde fjernvarmen uden at få adgang til husene. Ligeledes vil

arbejdet med skråboring betyde, at entreprenøren skal have adgang til huse-
ne to gange med ca. 1 måneds mellemrum. Modsat er det i licitationsbetin-
gelserne forudsat, at arbejdet i hver bolig færdiggøres i en sammenhængen-
de periode af max 10 arbejdsdage jf., FB Fællesbetingelsernes side 5 pkt.
3.2. (bilag 2). Klagerens forbehold om i størst muligt omfang at anvende
skråboring ved indføring af fjernvarmestik i udhus i stedet for opsætning af
stikindføringsskab, giver klageren en besparelse, som indklagede har prissat
således:

Klagerens besparelse ved ikke at skulle indkøbe og opsætte stikindførings-
skab er prissat til 2.086 kr. pr. skab, der fremkommer således:

A. Indkøb af skab	1. 603 kr.
B. Sædvanlig fortjeneste, 8 %	128 kr.
C. Arbejds løn, 1 time	<u>355 kr.</u>
I alt	2.086 kr.

Klagerens merudgift ved skråboring inkl. materialer er af opgjort til 1.455
kr. pr. hus, der fremkommer således:

A. Boring af 1 hul	750 kr.
B. Arbejds løn, 1 time	<u>355 kr.</u>
I alt	1.105 kr.

Klagerens besparelse udgør dermed 981 kr. pr. hus. (2.086 kr. ÷ 1.105 kr.)

Da klageren i tilbudet forbeholder sig at anvende skråboring »i størst muligt
omfang«, og da der indklagede bekendt ikke skulle være noget til hinder for
at anvende skråboring i alle 597 rækkehuse og i børnehaven, kan klagerens
besparelse opgøres til i alt 586.638 kr.

Klagenævnet udtaler:

Klagerens tilbud indeholder følgende: »Indføring af fjernvarmestik i udhus
udføres i største muligt omfang ved anvendelse af skråboring igennem fun-
dament.« Dette afsnit i klagerens tilbud kan kun forstås som en tilkendegi-
velse om følgende: 1) Klageren ville ikke generelt foretage indføringen af
fjernvarmestik som anført i licitationsbetingelserne gennem stikkasse på
ydermuren. 2) Klageren vil i størst muligt omfang indføre fjernvarmestik i
udhus ved i stedet at anvende skråboring igennem udhusets fundament. 3)

Det er klageren, der afgør, om det konkret er muligt at anvende skråboring, eller om skråboring ikke er mulig, således at der i stedet skal anvendes den fremgangsmåde, der er anført i licitationsbetingelserne. Denne bestemmelse i klagerens tilbud er et forbehold, og det har derfor påhvilet indklagede at vurdere dette forbehold. Indklagede har ikke anset forbeholdet for at vedrøre grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, og klageren har herefter skullet prissætte forbeholdet, således at der ved vurderingen af klagerens tilbud sammen med de øvrige tilbud har kunnet tages hensyn til, at indklagede ved en udførelse af entreprisen på den anførte måde ville have fået en løsning, som på et eller flere punkter var mindre hensigtsmæssig for indklagede, end hvis entreprisen på dette punkt var blevet gennemført med placering af stikkasser som anført i licitationsbetingelserne.

Klagenævnet kan tiltræde indklagedes vurdering af, at det pågældende afsnit er et forbehold, og at forbeholdet ikke indebærer, at klagerens tilbud skal afvises, men alene at der har skullet ske en prissætning af forbeholdet, således at sammenligningen af dette tilbud med de øvrige tilbud kunne foretages i overensstemmelse med Tilbudslovens ligebehandlingsprincip. Klagenævnet kan endvidere tiltræde, at indklagede har prissat forbeholdet til 586.638 kr. Det bemærkes herved, at det påhvilede indklagede som udbyder at foretage prissætningen af forbeholdet på en sådan måde, at indklagede derved skabte sikkerhed for, at klageren ikke ved sit forbehold tiltog sig en fordel på de øvrige tilbudsgiveres bekostning.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved den 6. februar 2004 at beslutte at indgå kontrakt med Wicotec A/S, uagtet denne tilbudsgiver ikke havde afgivet tilbudet med den laveste pris, idet klageren – under forudsætning af, at der ikke var forbehold i klagerens tilbud, som skulle prissættes – havde afgivet tilbudet med en laveste pris.

Påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved at anse følgende angivelse i klagerens tilbud som et forbehold og herefter at prissætte dette forbehold:

»Udførelse af fjernvarmerør i terræn er baseret på økonomisk mest fordelagtig placering af tracé for fordelingsledninger og hovedledninger. Endelig placering aftales med bygherre«.

Indklagede, Rødovre almennyttige Boligselskab, skal i sagsomkostninger til klageren, Bravida Danmark A/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig