

K E N D E L S E

Brøndum A/S
(Advokatfirmaet Bender, von Haller og Dragsted
ved cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

Boligforeningen Ringgården
(advokat C. Meyer Petersen, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse af 24. maj 2007 udbød Boligforeningen Ringgården som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en rammeaftale om VVS-arbejder betegnes som »Driftsaftale om VVS-arbejder«, således at der vedrørende 9 af boligforeningens afdelinger ville blive indgået rammeaftaler med én virksomhed. Kontraktsparten skulle være VVS-installatør.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 29. juni 2007 havde 6 virksomheder anmodet om at blive prækvalificeret, og indklagede besluttede herefter at prækvalificere disse 6 virksomheder:

1. Brøndum A/S
2. Kirkebjerg A/S
3. Carl Christensen og Co. A/S
4. Wicotec A/S
5. Carl C. Hansen A/S
6. Niels Mølgaard A/S.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 3. oktober 2007, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 12. november 2007 havde de prækvalificerede virksomheder bortset fra nr. 5 afgivet tilbud. Den 6. december 2007 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Carl Christensen og Co

A/S, hvilket blev meddelt de øvrige tilbudsgivere den 6. december 2007. Kontrakt blev herefter indgået den 24. januar 2008.

Den 4. juli 2008 indgav klageren, Brøndum A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Boligforeningen Ringgården. Klagen har været behandlet på et møde den 30. september 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, ved at have fastsat tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« med underkriterierne »A. Vurdering af driftsorganisation og Cv'er på nøglepersoner (25 %)« og »B. Vurdering af tilbudspris (75 %)«, uagtet beskrivelsen i udbudsbetingelserne af kravene til tilbudene ikke giver grundlag for at vurdere tilbudene i relation til underkriteriet »A. Vurdering af driftsorganisation og Cv'er for nøglepersoner«.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, ved ikke ved beslutningen om, hvilken tilbudsgiver der skulle indgå kontrakt med, at have anvendt tildelingskriteriet »laveste pris«, men derimod anvendt tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, uagtet dette tildelingskriterium på grund af udformningen af udbudsbetingelserne ikke var anvendeligt som tildelingskriterium.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 ved ved vurderingen af tilbudene fra Carl Christensen og Co A/S og klageren efter underkriteriet »A. Vurdering af driftsorganisation og Cv'er på nøglepersoner« at have vurderet tilbudene i forhold til hinanden og ikke i forhold til underkriteriet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte:

»Boligforeningen Ringgården accepterer det tilbud, som er det økonomisk mest fordelagtige eller forkaster dem alle«,
uagtet en ordregiver ikke er berettiget til i udbudsbetingelserne at bestemme, at ordregiveren »forbeholder sig« at afvise alle tilbudene eller at undlade at indgå kontrakt med nogen af tilbudsgiverne.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 24, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at tilbudsgiverne kan afgive alternative tilbud, uagtet det i udbudsbekendtgørelsen er anført, at alternative tilbud ikke vil blive taget i betragtning.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 24, stk. 3, ved ikke i udbudsbetingelserne at have fastsat de mindstekrav, som alternative tilbud skal overholde.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at aftalens løbetid er »2 år med mulighed for forlængelse i 3 år«, uagtet det i udbudsbekendtgørelsen var anført, at rammeaftalens varighed er 3 år.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, ved i udbudslisterne, der er en del af udbudsbetingelserne, at beskrive de ydelser, som kontraktparten skal levere, ved varemærker og specifikke VVS-produktionsnumre, uagtet det var muligt for indklagede objektivt i udbudsbetingelserne at beskrive de produkter, der skal leveres.

Påstand 9 (subsidiær i forhold til påstand 8)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, ved ikke i udbudsbetingelserne efter de anførte varemærker at have tilføjet »eller tilsvarende«.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led, ved ikke efter anmodning af 12. december 2007 at have givet klageren en fyldestgørende redegørelse for karakteristika og relative fordele ved tilbudet fra Carl Christensen og Co A/S.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at prækvalificere 6 virksomheder, uagtet der i udbudsbekendtgørelsen var anført: »Planlagt antal økonomiske aktører 5«.

Påstand 12

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 6. december 2007 om at indgå kontrakt med Carl Christensen og Co A/S.

Indklagede har erkendt overtrædelserne i påstand 5 og 6.

Indklagede har vedrørende påstand 1, 2, 3, 4 og 7 - 12 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Ad påstand 1 - 4

Tildelingskriteriet er i udbudsbetingelserne fastsat således:

»Ordregiver vil, efter tilbudenes modtagelse beslutte indgåelse af driftsaftale på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, valgt ud fra en samlet vurdering efter de nedenfor anførte delkriterier eller forkaste alle tilbud.

Følgende delkriterier vil blive anvendt og lagt til grund med den nedenfor angivne vægtning:

1. Vurdering af driftsorganisation og Cv'er på nøglepersoner. Dette delkriterium vægtes med 25 %.
2. Vurdering af tilbudspris.
Dette delkriterium vægtes med 75 %.

I udbudsbetingelserne er i »Udbudsbrev« under afsnit »2. Tilbudets form og omfang« er anført følgende:

»2.1. Beskrivelse af serviceorganisationen

En redegørelse for serviceorganisationen i forbindelse med såvel bestillingsfasen (responstider), udførelsesfasen og afleveringsfasen. Boligforeningen Ringgården ønsker udpeget én kontaktperson i firmaet. Kontaktpersonen og dennes funktion i organisationen i øvrigt skal fremgå af redegørelsen (evt. Cv vedlagt).

I udbudsbetingelserne er i »Driftstilbud« under 1 anført følgende:

»Responstider ved opkald inden kl. 10 samme dag, for arbejder, der skal udføres straks (1. prioritet).

Mandag – fredag timer. _____

Responstider ved opkald udenfor normal arbejdstid (døgnvagt), for arbejder, der skal udføres straks (1. prioritet).

Mandag - fredag timer. _____

Lørdag timer. _____

Søn- og helligdage timer. _____ «

I udbudsbetingelserne er i »Driftstilbud« under »i. Arbejdsbeskrivelse VVS-arbejde« anført følgende:

»1.1. Omfang

.....

Entreprenøren skal i det omfang arbejdet muliggør det udføre[te] arbejdet inden for normal arbejdstid (08.00-17.00).

Da det må forventes, at nogle arbejder bliver af uopsættelig karakter, er det en forudsætning at entreprenøren tilbyder døgnservice 365 dage om året. Bygherren ønsker kun at benytte det samme telefonnummer til entreprenørens døgnservice i hele kontraktperioden.

1.2 Procedure for tilkaldelse af entreprenør

Tilkald fra afdelingen må kun modtages fra varmemesteren som tilkalder med 3 prioriteter:

- 3. prioritet: Udføres indenfor 3 arbejdsdage
- 2. prioritet: Udføres indenfor 24 timer
- 1. prioritet: Udføres straks og er uopsætteligt.

Alle tilkaldelser foretages telefonisk og ved hver tilkaldelse bekræftes med rekvisition sendt med telefax fra varmemesteren.

Såfremt arbejdet ikke er omfattet af tilbudslistens specifikke punkter, anvendes de tilbudte timepriser og materialer afregnes til nettoprislisten med et tillæg på den tilbudte procent.

1.3 Bemanding

Entreprenøren skal i størst muligt omfang tilknytte den samme bemanning til de enkelte boligafdelinger, således at håndværkerne blive bekendte med de lokale forhold, og at der kan etableres et nært samarbejde med den stedlige varmemester.

Såfremt entreprenøren foretager udskiftning i bemanningen, skal denne information tilgå til den stedlige varmemester med et rimeligt varsel.«

	Klageren	Carl Christensen og Co. A/S
De samlede tilbudssummer ekskl. moms var	2.639.998 kr.	2.765.145 kr.

De 2 tilbud havde følgende responstider:

Responstid ved opkald inden kl.
10 samme dag for arbejder, der
skal udføres straks (1. prioritet)
mandag-fredag

½-1½ time

½-1 time

Responstider ved opkald uden-
for normal arbejdstid (døgnavagt)
for arbejder, der skal udføres

straks (1. prioritet) mandag-fredag	½-1½ time	1-2 timer
Lørdag	1-2 timer	1-2 timer
Søn- og helligdage	1-2 timer	1-2 timer

Ad påstand 5 og 6

I udbudsbekendtgørelsen er anført følgende:

»II.1.9) Alternative tilbud vil blive taget i betragtning: Nej«

Udbudsbetingelserne indeholder følgende:

»7 Alternative

Alternative tilbud tages i betragtning, hvis der samtidig afgives tilbud på grundlag af udbudsmaterialet.«

Blanketten »Hovedtilbudsliste« der er en del af udbudsbetingelserne, indeholder følgende rubrik: »Eventuelle alternative tilbud:.....«

Ad påstand 7

I udbudsbekendtgørelsen er anført: »Rammeaftalens varighed: år 3.«

I udbudsbetingelserne hedder det: »Aftaletiden er 2 år med mulighed for forlængelse til 3 år.«

Ad påstand 8 og 9

I udbudsbetingelserne er anvendt en række varemærker og specifikke VVS-produktnumre og der er yderligere i »Hovedtilbudsliste« anført følgende:

»Er materialet angivet »som« bestemte fabrikater, er angivelsen at betragte som norm for art og kvalitet, hvis andre nøje tilsvarende materialer ønskes anvendt, skal dette oplyses overfor bygherren, som kan kræve prøver forelagt til godkendelse.«

Ad påstand 10

I en skrivelse af 17. december 2007 fra indklagedes tekniske rådgiver Bascon A/S til klageren hedder det bl.a.:

»Det fremgår af udbudsbrevet, dateret d. 03. oktober 2007, at tilbud skal omfatte:

- Beskrivelse af serviceorganisation i forbindelse med såvel bestillingsfasen (responstider), udførelsesfasen og afleveringsfasen, at der ønskes én kontaktperson samt at kontaktpersonen og dennes funktion i organisationen i øvrigt skal fremgå af redegørelsen.
- Driftstilbud oplyst ved udfyldning af afdelingstilbudslisterne og hovedtilbudslisten.

Det fremgår endvidere af udbudsbrevet, at ordregiver vælger det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra en samlet vurdering ud fra delkriterierne:

1. Vurdering af driftsorganisation og CV'er på nøglepersoner (vægtes 25 %)
2. Vurdering af tilbudspris (vægtes 75 %).

Ad 1.) Vurdering af driftsorganisation og CV'er på nøglepersoner:

Tilbudet fra Brøndum A/S omfatter en meget kortfattet beskrivelse af virksomhedens serviceorganisation, mens det vindende tilbud indeholder en udførlig og fyldestgørende beskrivelse, der i langt højere grad opfylder bygherrens ønsker og forventninger for så vidt angår responstider i dagtimerne.

Vedrørende CV'er vurderes tilbudet fra den vindende tilbudsgiver ligeledes at være bedre end tilbudet fra Brøndum A/S.

For så vidt angår pkt. 1 vurderes tilbudet fra den vindende tilbudsgiver således betydelig bedre end tilbudet fra Brøndum A/S.

Ad 2.) Vurdering af tilbudspris:

Tilbudsprisen fra Brøndum A/S var billigst, mens tilbudet fra den vindende tilbudsgiver var næstbilligst – ca. 5% over tilbudet fra Brøndum A/S.

Konklusion:

Ved en samlet vurdering opvejer den meget beskedne prisforskel ikke den betydelige forskel under pkt. 1, hvorfor tilbudet fra Brøndum A/S ikke kan udpeges som det økonomisk mest fordelagtige.«

I en skrivelse af 8. januar 2008 fra indklagedes tekniske rådgiver Bascon A/S til klageren hedder det bl.a.:

»Som udgangspunkt for tilbudsevalueringen har ordregiver anvendt de i udbudsmaterialet angivne kriterier og vægtning.

Ved vurderingen af prisen kunne det konstateres, at der var en ubetydelig forskel på det vindende tilbud og tilbudet fra Brøndum A/S, idet tilbudet fra Brøndum A/S var ca. 5% billigere end det vindende tilbud.

Såfremt tilbudene havde været ligeværdige for så vidt angår det andet kriterium (driftsorganisation og CV'er), ville det naturligvis have ført til, at tilbudet fra Brøndum A/S havde vundet. Det havde ligeledes været tilfældet, selv om tilbudet fra Brøndum havde været noget dårligere end det vindende tilbud.

I den aktuelle evaluering var det vurderingen, at tilbudet fra Brøndum på det andet kriterium var væsentligt dårligere end det vindende tilbud, og ordregiver har derfor ikke fundet, at den væsentlige, kvalitative forskel kunne opvejes af den marginale, økonomiske forskel – uanset at økonomien vejer 75% og det kvalitative kriterium 25%.

Dette er naturligvis ikke udtryk for, at prisen ikke har haft noget betydning.

Såfremt ordregiver havde udpeget tilbudet fra Brøndum A/S som det vindende tilbud, kunne det derimod med rette have været anført, at det kvalitative kriterium ikke havde haft nogen betydning.

Afslutningsvis skal det anføres, at det er ordregiver, der foretager vurderingen af de enkelte kriterier, og at det naturligvis altid indebærer et skøn vedrørende særligt kvalitative kriterier. Dette skøn er det ordregivers ret til at udøve, men det skal naturligvis foregå sagligt og under hensyntagen til direktivets bestemmelser om gennemsigtighed og ligebehandling.

Det er ordregivers opfattelse, at der i dette udbud er handlet sagligt ansvarligt og i fuld overensstemmelse med direktivets bestemmelser.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort følgende gældende: I udbudsbetingelserne er som underkriterium 1 til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« fastsat følgende: »Vurdering af driftsorganisation og Cv'er på nøglepersoner«. Underkriterium 1 er ikke nærmere beskrevet i udbudsbetingelserne. Udbudsbetingelserne (udbudsbrevet) indeholder i punkt 2 en beskrivelse af de oplysninger, som tilbudene skal indeholde, og det er i punkt 2.1. fastsat, at tilbudene skal indeholde en beskrivelse af serviceorganisationen i forbindelse med såvel bestillingsfasen (responstider), udførelsesfasen og afleveringsfasen, ligesom der er fastsat, at der i tilbudene skal udpeges en kontaktperson med angivelse af denne kontaktpersons funktion i organisationen, idet der i parentes er anført følgende: »(evt. CV vedlagt)«. Mens underkriterium 1 omhandler »driftsorganisationen«, omhandler punkt 2 »serviceorganisationen«, og mens underkriterium 1 omhandler flere CV'er, nemlig »CV'er på nøglepersoner«, omhandler punkt 2 alene eet – ikke – ikke obligatorisk, men kun eventuelt – CV. Udbudsbetingelserne indeholder ikke en beskrivelse af, hvordan indklagede vil vurdere tilbudene i relation til underkriterium 1. Der er således ingen konstaterbar sammenhængt mellem det fastsatte underkriterium 1 og de krav, som tilbudene efter udbudsbetingelserne skal opfylde. De fastsatte udbudsbetingelser giver således ikke grundlag for at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har håndteret udbudet på en sådan måde, at de fastsatte udbudsbetingelser ikke er i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede under de konkrete omstændigheder var forpligtet til i stedet for det fastsatte tildelingskriterium »det økonomisk mest fordelagtige bud« at anvende tildelingskriteriet »laveste pris« og således forpligtet til at beslutte at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, der havde afgivet tilbudet med den laveste pris, at klageren var den tilbudsgiver, der havde afgivet tilbudet med den laveste pris, og at indklagede således var forpligtet til at indgå kontrakt med klageren.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke under de konkrete omstændigheder har påhvilet indklagede at gennemføre udbudet ved anvendelse af tildelingskriteriet »laveste pris«.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede i relation til underkriterium »1. Vurdering af driftsorganisation og Cv'er på nøglepersoner« i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 har vurderet tilbudene i forhold til hinanden og ikke i forhold til underkriterium 1.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har vurderet hvert enkelt tilbud i forhold til underkriterium 1.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det er i strid med Udbudsdirektivet, at en ordregiver i udbudsbetingelserne fastsætter den fremgangsmåde under udbudet, at ordregiveren enten accepterer det økonomisk mest fordelagtige tilbud eller »forkaster« alle tilbudene, da en udbudsforretning som udgangspunktet skal resultere i en indgåelse af kontrakt med en af tilbudsgiverne, og at da det efter EU-udbudsreglerne kun er lovligt at undlade at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, såfremt der foreligger en saglig grund herfor.

Indklagede har gjort gældende, at en offentlig udbyder altid er berettiget til at undlade at indgå kontrakt, og at den pågældende bestemmelse i udbudsbetingelserne derfor ikke er i strid med EU-udbudsretten.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at der ikke er overensstemmelse mellem det, der i udbudsbekendtgørelsen punkt II.1.4. og punkt II.2.2. er fastsat om kontraktens varighed, og det, der i udbudsbetingelsernes punkt 6.1. er fastsat om kontraktens varighed, og at indklagede derfor har handlet i strid med Udbudsdirektivet.

Indklagede har erkendt, at der ikke er overensstemmelse mellem angivelsen af kontraktens varighed i udbudsbekendtgørelsen og angivelsen af kontraktens varighed i udbudsbetingelserne, men har gjort gældende, at denne forskellige angivelse af kontraktens varighed ikke indebærer nogen overtrædelse af Udbudsdirektivet.

Ad påstand 8 og 9

Klageren har gjort gældende, at den udbudte ydelse i vidt omfang er beskrevet med henvisning til varemærker og specifikke VVS-produktionsnumre, at det ikke har været umuligt for indklagede at beskrive den udbudte ydelse på neutral og objektiv måde uden henvisning til sådanne varemærker og specielle VVS-produktionsnumre, og at indklagedes beskrivelse af den udbudte ydelse i udbudsbetingelserne således er i strid med Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8.

Indklagede har gjort gældende, at henvisningen i udbudsbetingelserne til de pågældende varemærker og VVS-produktionsnumre er sket, fordi indklagede ved vedligeholdelsen af VVS-installationerne og ved udskiftningen af uanvendelige VVS-elementer i beboelseslejligheder tilsigter i videst muligt omfang at fastholde det aktuelle præg og i hvert fald et så ensartet præg som muligt.

Ad påstand 10

Klageren har gjort gældende, at indklagede – efter at klageren ved skrivelser af 12. december 2007 havde anmodet indklagede om at modtage oplysninger i overensstemmelse med Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led – ikke har modtaget sådanne oplysninger, idet indklagedes skrivelser af 17. december 2007 og 8. januar 2008 ikke opfylder de krav, som følger af den nævnte bestemmelse i Udbudsdirektivet.

Indklagede har gjort gældende, at Boligforeningen med skrivelserne af 17. december 2007 og 8. januar 2008 har opfyldt sin forpligtelse efter Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led.

Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende, at der ikke er overensstemmelse mellem udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2., hvor det er anført, at der er planlagt prækvalificeret 5 virksomheder, og indklagede faktiske gennemførelse af prækvalifikationen, idet indklagede til trods for denne bestemmelse i udbudsbekendtgørelsen prækvalificerede 6 virksomheder, og at indklagede herved har handlet i strid med Udbudsdirektivet.

Indklagede har henvist til, at samtlige 6 virksomheder, som havde ansøgt om prækvalifikation, af indklagede blev spurgt, om de var indforstået med, at indklagede prækvalificerede 6 virksomheder i stedet for som anført i udbudsbekendtgørelsen 5 virksomheder, og at alle 6 virksomheder – også klageren – accepterede dette.

Ad påstand 12

Klageren har gjort gældende, at betingelserne for, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning af 6. december 2007 om indgå kontrakt med Carl Christensen og Co. A/S , er opfyldt.

Indklagede har gjort gældende, at betingelserne for annulation ikke er opfyldt. Indklagede har vedrørende nogle af påstandene anført, at der er tale om »ubetydelige fodfejl« henholdsvis »mindre småfejl« og har generelt som sin opfattelse anført, at indklagede har gjort, hvad der »med rimelighed kan forlanges« af en udbyder.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fastsatte underkriterium »1. Vurdering af driftsorganisation og Cv'er på nøglepersoner« til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« er allerede efter sit indhold uklart, og en sammenholdelse af underkriteriet med beskrivelsen i udbudsbetingelserne af de indholdsmæssige krav, som tilbudene skal opfylde, har ikke givet tilbudsgiverne noget sikkert eller blot acceptabelt grundlag for at vurdere, hvilket indhold

de skulle give deres tilbud, for at deres tilbud under indklagedes vurdering af tilbudene ville få en god eller acceptabel bedømmelse i relation til underkriterium 1. Efter EU-udbudsretten er en betingelse for, at en udbyder lovligt i udbudsbetingelser kan vælge at fastsætte tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, for det første at det under hensyn til ydelsens beskaffenhed overhovedet er muligt at fastsætte andre egnede underkriterier end prisen, samt for det andet at udbyderen – hvis dette er tilfældet – i udbudsbetingelserne formulerer disse underkriterier præcist og forståeligt for tilbudsgiverne – eventuelt ved brug af delkriterier til et eller flere af underkriterierne – samt at udbyderen i udbudsbetingelserne fastsætter krav til tilbudene, som gør det muligt ved vurderingen af tilbudene at anvende de fastsatte underkriterier og eventuelle delkriterier.

Da indklagede ikke under det aktuelle udbud har opfyldt disse krav, tager Klagenævnet påstanden til følge.

Ad påstand 2

Hvis en udbyder under et udbud, hvor tildelingskriteriet i udbudsbetingelserne er fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, bliver klar over, at udbudsbetingelserne er udformet på en sådan måde, at det ikke på grundlag af udbudsbetingelserne er muligt uden en tilsidesættelse af EU-udbudsrettens principper – herunder ligebehandlingsprincippet – blandt de modtagne tilbud at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, har ordregiveren en saglig grund til at annullere udbudet. Udbyderen vil herefter have mulighed for at iværksætte et nyt udbud med udbudsbetingelser, som er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, eller med udbudsbetingelser indeholdende tildelingskriteriet »laveste pris«.

Det kan ikke – som af klageren gjort gældende – af Udbudsdirektivet udledes, at der i denne situation er en pligt for udbyderen til i strid med det tildelingskriterium, der udtrykkeligt er fastsat i udbudsbetingelserne, og dermed i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, i stedet at vurdere tilbudene på grundlag af tildelingskriteriet »laveste pris«.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 3

De oplysninger, der er forelagt Klagenævnet om indklagedes vurdering af tilbudene, giver ikke grundlag for at fastslå, at indklagede ikke særskilt har vurderet det enkelte tilbud i reaktion til underkriterium »1. Vurdering af driftsorganisation og Cv'er på nøglepersoner«. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Udtrykket »eller forkaster dem alle« er uklart, idet det kan forstås i hvert fald på to måder: Udtrykket kan forstås således, at indklagede skal være berettiget til uden begrænsninger efter modtagelsen af tilbudene »at afvise« alle tilbudene uden at foretage en vurdering af tilbudene på grundlag af det fastsatte tildelingskriterium. Udtrykket kan endvidere forstås således, at indklagede skal være berettiget til uden begrænsninger efter at have foretaget en vurdering af tilbudene på grundlag af det fastsatte tildelingskriterium »at undlade at indgå kontrakt«.

Uanset hvilken af disse foreskrifter indklagede med den pågældende bestemmelse i udbudsbetingelserne måtte have tilsigtet at fastsætte, har indklagede handlet i strid med Udbudsdirektivet. Det følger nemlig af Udbudsdirektivet, at en ordregiver ikke frit kan »afvise« tilbud, men kun kan »afvise« tilbud under en række nærmere omstændigheder, som kan udledes af Udbudsdirektivet. Det følger endvidere af Udbudsdirektivet, at en ordregiver ikke frit kan annullere et udbud og dermed »undlade at indgå kontrakt«, men kun kan annullere et udbud og »undlade at indgå kontrakt« med de begrænsninger, der kan udledes af Udbudsdirektivet. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 5

Indklagede har i udbudsbekendtgørelsen fastsat, at alternative tilbud ikke vil blive taget i betragtning. Indklagede har på baggrund heraf handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 24, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at der kan afgives alternative tilbud. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 6

Da indklagede i udbudsbetingelserne har fastsat, at der kan afgives alternative tilbud, uden at indklagede også i udbudsbetingelserne har fastsat de mindstekrav, som sådanne alternative tilbud skal overholde, har indklagede handlet i strid med Udbudsdirektivet som beskrevet i påstanden. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 7

Da de forskellige angivelser af kontraktens varighed i henholdsvis udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne indebærer en klar overtrædelse af Udbudsdirektivet, tager Klagenævnet påstanden til følge.

Ad påstand 8 og 9

Den kontrakt, som udbudet vedrører, og som er betegnet som »Driftsaftale om VVS-arbejder«, omfatter bl.a. vedligeholdelse i et stort antal beboelseslejligheder af VVS-udstyr og udskiftning af VVS-udstyr, som ikke længere fungerer, eller som er forældet. Ved indgåelsen af en sådan kontrakt har indklagede som udlejer af lejlighederne en interesse i, at denne vedligeholdelse af og udskiftning af VVS-udstyret i lejlighederne sker med VVS-elementer, som enten, så vidt det er muligt, helt svarer til de VVS-elementer, som i forvejen er i lejlighederne, eller dog med VVS-udstyr, som harmonerer bedst muligt med de VVS-elementer, der i forvejen er i lejligheden. Indklagede har derfor under udbudet af en kontrakt af denne beskaffenhed været berettiget til i det omfang, som det er sket, i udbudsbetingelserne at henvise til varemærker og specifikke VVS-produktionsnumre, jf. Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8. Klagenævnet tager derfor ikke disse påstande til følge.

Ad påstand 10

Efter indholdet af indklagedes skrivelser af 17. december 2007 og 8. januar 2008 opfylder disse skrivelser ikke de krav, som følger af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led, med hensyn til en fyldestgørende redegørelse for karakteristika og relative fordele ved tilbudet fra Carl Christensen og Co A/S. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 11

En udbudsbekendtgørelse tilsigter at give virksomheder over hele EU et korrekt grundlag for at deres stillingtagen til, som ønsker at blive prækvalificeret under et begrænset udbud. Den aktuelle udbudsbekendtgørelse giver imidlertid ikke virksomhederne et korrekt grundlag for deres stillingtagen, idet angivelse af det planlagte antal prækvalificerede virksomheder ikke svarer til det faktiske antal prækvalificerede virksomheder. Indklagede har herved handlet i strid med de EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, og klagenævnet tager derfor påstanden til følge. Det bemærkes, at det naturligvis er uden nogen betydning, at de 6 virksomheder, der havde anmodet om prækvalifikation – herunder også klageren – over for indklagede tilkendegav, at det for deres vedkommende var i orden, at antallet af prækvalificerede virksomheder blev forhøjet fra 5 til 6.

Ad påstand 12

Efter beskaffenheden af det udbud, som indklagede har gennemført, og som har givet Klagenævnet grundlag for på en række punkter at konstatere overtrædelser af EU-udbudsreglerne, og under hensyn til beskaffenheden af overtrædelserne anført i påstand 1, som har medført, at udbudet ikke kunne give et sikkert grundlag for at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, har Klagenævnet besluttet at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Carl Christensen og Co A/S, også selvom klageren først indgav klage knap 6 måneder efter meddelelsen om beslutningen om, hvem der ville blive indgået kontrakt med.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, ved at have fastsat tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« med underkriterierne »A. Vurdering af driftsorganisation og Cv'er på nøglepersoner (25 %)« og »B. Vurdering af tilbudspris (75 %)«, uagtet beskrivelsen i udbudsbetingelserne af kravene til tilbudene ikke giver grundlag for at vurdere tilbudene i relation til underkriteriet »A. Vurdering af driftsorganisation og Cv'er for nøglepersoner«.

Påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte:

»Boligforeningen Ringgården accepterer det tilbud, som er det økonomisk mest fordelagtige eller forkaster dem alle«,
uagtet en ordregiver ikke er berettiget til i udbudsbetingelserne at bestemme, at ordregiveren »forbeholder sig« at afvise alle tilbudene eller at undlade at indgå kontrakt med nogen af tilbudsgiverne.

Påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 24, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at tilbudsgiverne kan afgive alternative tilbud, uagtet det i udbudsbekendtgørelsen er anført, at alternative tilbud ikke vil blive taget i betragtning.

Påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 24, stk. 3, ved ikke i udbudsbetingelserne at have fastsat de mindstekrav, som alternative tilbud skal overholde.

Påstand 7

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at aftalens løbetid er »2 år med mulighed for forlængelse i 3 år«, uagtet det i udbudsbekendtgørelsen var anført, at rammeaftalens varighed er 3 år.

Påstand 10

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led, ved ikke efter anmodning af 12. december 2007 at have givet klageren en fyldestgørende redegørelse for karakteristika og relative fordele ved tilbudet fra Carl Christensen og Co A/S.

Påstand 11

Indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at prækvalificere 6 virksomheder, uagtet der i udbudsbekendtgørelsen var anført: »Planlagt antal økonomiske aktører 5«.

Påstand 12

Indklagedes beslutning af 6. december 2007 om at indgå kontrakt med Carl Christensen og Co. A/S annulleres.

Påstand 2, 3, 8 og 9 tages ikke til følge.

Indklagede, Boligforeningen Ringgården, skal i sagsomkostninger til klageren, Brøndum A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig