

Klagenævnet for Udbud

(Erik Kjærgaard, Christian Østrup, Gorm K. Elikofer)

J.nr.: 04-108.568

29. september 2004

K E N D E L S E

Dansk Byggeri
(advokat Poul Brincker, København)

mod

Sundby-Hvorup Boligselskab
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

I februar 2004 udbød indklagede, Sundby-Hvorup Boligselskab, som offentlig licitation efter Tilbudsloven bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med nyopførelse af 50 boliger i 4 etager med tilhørende service- og pulterrum ved Nørresundby. Arbejderne blev udbudt i en række fagentrepriser, herunder en råhusentreprise og en tømrer- og snedkerentreprise. Tildelingskriteriet var fastsat som »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne »en afvejning af pris og dokumenterede håndværksmæssige kvalifikationer.....«.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 23. februar 2004, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 12. marts 2004 havde 8 virksomheder afgivet tilbud på råhusentreprisen og 6 virksomheder afgivet tilbud på tømrer- og snedkerentreprisen

Efter åbningen af tilbudene den 15. marts 2004 anmodede indklagede ved brev af 19. marts 2004 samtlige bydende, som havde afgivet konditionsmæssige tilbud på henholdsvis råhusentreprisen og tømrer- og snedkerentreprisen, om at fremkomme med forslag til besparelser på entreprisen til nedbringelse af tilbudspriserne.

Den 24. marts 2004 indgav klageren, Dansk Byggeri, klage til Klagenævnet over indklagede, Sundby-Hvorup Boligselskab. Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 2, ved ikke at have fastsat anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« ud over underkriteriet »pris«, idet kriteriet »håndværksmæssige kvalifikationer« må anses for et udvælgelseskriterium og således uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 10 ved efter modtagelsen af tilbudene at have indledt forhandling med andre tilbudsgivere end lavestbydende, uanset at tildelingskriteriet – da indklagede ikke havde fastsat andre anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« end underkriteriet »pris« - under licitationen var »det laveste bud«.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

.....

Indklagede har erkendt overtrædelserne beskrevet i påstand 1 – 2.

Sagens omstændigheder

I en skrivelse af 23. februar 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver, Arkitekterne Venndt A/S, til de virksomheder, der havde anmodet om at modtage licitationsbetingelserne, er bl.a. anført følgende:

»På vegne af Sundby-Hvorup Boligselskab udsendes herved på Deres anmodning udbudsbetingelserne til offentlig licitation for entreprise:

[fagentreprise]

.....

Tildelingskriteriet:

»Det økonomisk mest fordelagtige tilbud« som vil være en afvejning af pris og dokumenterede håndværksmæssige kvalifikationer«.

I licitationsbetingelserne af 23. februar 2004 er bl.a. fastsat følgende:

»Byggeriet omfatter nyopførelse af 50 boliger i 4 etager med tilhørende service- og pulterrum.

Etagebyggeriet som betonelementbyggeri, skalmuret med teglsten. Tag belagt med vingetegl. Trappetårn og værn udført i stålkonstruktion med glas. Udhus- og servicebygninger opført i træ med paptag. Altangange og altaner udført i beton. Vindues- og facadepartier udført i plast.

.....

0.7 Tilføjelser/afvigelser i forhold til AB 92

Almindelige betingelser

Arbejdet udbydes på grundlag af »Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed«, kaldet AB 92,, samt efterfølgende »Fællesbetingelser«, der dels supplerer og dels ændrer AB 92

.....

0.7.2 Bygherrens udbud

.....

ad § 7, stk. 2 – tilføjelse

Delpriiser og hovedposter vil blive betragtet som selvstændige tilbud i forhandlingsfasen, forud for kontraktskrivning og det må påregnes, at de kan bortfalde med 100%.

Delposter vil endvidere blive benyttet til regulering af mer- og mindreydelser i hele byggefasen«.

Klageren gjorde ved skrivelse af 11. marts 2004 til indklagede den opfattelse gældende, at det fastsatte tildelingskriterium med tilhørende underkriterier ikke var formuleret på en sådan måde, at det var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af de oplysninger, der krævedes af tilbudsgiverne, hvorfor klageren henstillede, at indklagede foretog de fornødne ændringer vedrørende licitationen. Klageren og indklagede brevvexlede herom, indtil klageren indgav klage.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud var der afgivet følgende tilbud vedrørende råhusentreprisen:

Hornum Murer- og Entreprenørforretning	12.303.900,00 kr. incl. moms.
Bach & Egmosø A/S	12.611.375,00 kr. incl. moms.
Jorton A/S	12.752.500,00 kr. incl. moms.
Hans Nielsen & Søn A/S	13.042.250,00 kr. incl. moms.
J&B Entreprise A/S	13.187.500,00 kr. incl. moms.
Skanska Danmark A/S	13.685.000,00 kr. incl. moms.

NCC Construction Danmark A/S	13.927.695,25 kr. incl. moms.
Vodskov Murer-Entreprenør- forretning A/S	14.687.875,00 kr. incl. moms.

Ved fristens udløb var der afgivet følgende tilbud vedrørende tømrer- og snedkerentreprisen:

MT Højgaard A/S	9.261.998,75 kr. incl. moms.
Tømrermester Ole Bæk Pedersen ApS	9.472.990,00 kr. incl. moms.
Sondrup & Kastberg ApS	12.009.727,00 kr. incl. moms.
Skanska Danmark A/S	12.101.250,00 kr. incl. moms.
H.O.K. Byg A/S	12.427.125,00 kr. incl. moms.
Multi-Byg A/S	12.769.467,50 kr. incl. moms.

I skrivelse af 19. marts 2003 fra indklagedes tekniske rådgiver til samtlige tilbudsgivere hedder det:

»I henhold til Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren skal jeg på vegne af Sundby-Hvorup Boligselskab hermed orientere Dem om den videre procedure i forhandlingerne om den offentlige licitation afholdt den 15. marts 2004.

Alle bydende som ikke afgav konditionsmæssige tilbud modtager brev herom.

For de entrepriser, hvorom der indledes forhandlinger tilsendes der samtlige entreprenører, der indgav konditionsmæssige bud et tilbud om at deltage i de fortsatte forhandlinger«.

I skrivelse af 19. marts 2003 fra indklagedes tekniske rådgiver til samtlige tilbudsgivere, der havde afgivet konditionsmæssigt tilbud på henholdsvis råhusentreprisen og tømrer- og snedkerentreprisen, hedder det:

»På vegne af Sundby-Hvorup Boligselskab skal jeg hermed tilbyde Dem at deltage i de kommende forhandlinger om besparelser i Deres tilbud for

[fagentreprise]

De bedes fremkomme med forslag til besparelser på entreprisen til nedbringelse af Deres tilbud til en tilbudssum på

[beløb]

Vilkårene er de i udbudsmaterialet angivne og forbehold som strider med udbudsmaterialet vil ikke blive accepteret.

Besparelsesforslagene bedes anført som klart definerede fradrag til Deres allerede fremsendte udfyldte tilbudsliste ved angivelse af positionsnumre, ligesom det er af stor vigtighed at besparelserne er beskrevet, så bygherren vil være i stand til at kunne træffe sit valg på baggrund af det, af Dem fremsendte.

Efter modtagelsen af forslagene, vil der om nødvendigt blive indkaldt til afklaring af spørgsmål af teknisk art, hvorefter bygherren træffer sit valg, af det for ham mest fordelagtige tilbud«.

Klagenævnet er ikke bekendt med hvorvidt ordregiveren måtte have indgået kontrakt med nogen af de bydende.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at kriteriet »håndværksmæssige kvalifikationer«, der sammen med kriteriet »pris« var eneste fastsatte underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, ikke har noget reelt indhold som underkriterium set i forhold til de oplysninger, som tilbudsgiverne ifølge licitationsbetingelserne skulle afgive i tilbudene, at kriteriet »håndværksmæssige kvalifikationer« endvidere fremtræder som et udvælgelseskriterium og ikke et underkriterium, at det på denne baggrund ikke er klart, hvilke forhold ud over prisen tilbudene under licitationen skulle bedømmes på, at kriteriet »håndværksmæssige kvalifikationer« derfor ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, at der således ikke var fastsat andre anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« end underkriteriet »pris«, og at indklagede derfor havde pligt til at bedømme tilbudene efter tildelingskriteriet »det laveste bud«.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede havde pligt til under licitationen at anvende tildelingskriteriet »det laveste bud, jf. det anførte ad påstand 1, at indklagede efter Tilbudslovens § 10 ikke må forhandle med andre end lavestbydende, når tildelingskriteriet »det laveste bud« skal anvendes, og at indklagede derfor har handlet i strid med Tilbudslovens § 10 ved med hensyn til råhusentreprisen og tømrer- og snedkerentreprisen at anmode samtlige tilbudsgivere om at fremkomme med forslag til besparelser i forhold til de oprindeligt afgivne tilbud.

Ad påstand 3

.....

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Et underkriterium er kun egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, når underkriteriet har relation til oplysninger, som efter licitationsbetingelserne skal være indeholdt i budene, og som derfor må forventes at være indeholdt i de modtagne bud. Et kriterium kan således ikke lovligt anvendes som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomiske mest fordelagtige bud«, hvis budene ikke efter licitationsbetingelserne skal indeholde oplysninger, som gør det muligt ud fra underkriteriet at vurdere de enkelte bud i forhold til hinanden.

Et kriterium kan endvidere ikke anvendes som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomiske mest fordelagtige bud«, hvis der ved kriteriet reelt stilles krav til tilbudsgiverne og deres egnethed til at udføre det pågældende bygge- og anlægsarbejde. Udbyderen kan derimod i medfør af Tilbudslovens § 6, stk. 2, i tilbuds-betingelserne opstille objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier for udvælgelsen af de tilbudsgivere, hvis bud skal indgå i bedømmelsen af, hvilket bud der er det økonomisk mest fordelagtige, og fastsætte krav til tilbudsgivernes dokumentation herfor.

Det kan på grundlag af licitationsbetingelserne og navnlig forløbet efter afgivelsen af bud fastslås, at tilbudene under den aktuelle licitation reelt

alene skulle vurderes på grundlag af tilbudssummen. Kriteriet »håndværksmæssige kvalifikationer« er i den forbindelse ikke anvendeligt som supplement til underkriteriet »pris« ved vurderingen af, hvilket bud der er det økonomiske mest fordelagtige bud. Kriteriet »håndværksmæssige kvalifikationer« fremtræder derimod som et kriterium, som alene vil kunne anvendes ved udvælgelsen af egnede tilbudsgivere. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Det er en forudsætning for, at en udbyder under en licitation efter Tilbudsloven kan anvende tildelingskriteriet »det økonomiske mest fordelagtige bud«, jf. Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 2, at der fastsættes underkriterier - udover underkriteriet »pris« - som under hensyn til beskaffenheden af det konkrete bygge- og anlægsarbejde er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagede havde imidlertid ikke fastsat andre anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, end underkriteriet »pris«, jf. det anførte ad påstand 1. Idet indklagede ikke valgte at annullere, men at gennemføre licitationen, var indklagede herefter forpligtet til at gennemføre licitationen ved anvendelse af tildelingskriteriet »det laveste bud«.

Indklagede anmodede ved skrivelser af 19. marts 2004 ikke blot lavestbydende, men samtlige tilbudsgivere, der havde afgivet konditionsmæssigt bud på henholdsvis råhusentreprisen og tømrer- og snedkerentreprisen, om at fremkomme med forslag til besparelser med henblik på eventuel efterfølgende forhandling. Indklagede har således handlet i strid med Tilbudslovens § 10. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 2, ved ikke at have fastsat anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« ud over underkriteriet »pris«, idet kriteriet »håndværksmæssige kvalifikationer« må anses for et udvælgelseskriterium og således uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 10 ved efter modtagelsen af tilbudene at have indledt forhandling med andre tilbudsgivere end lavestbydende, uanset at tildelingskriteriet – da indklagede ikke havde fastsat andre anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« end underkriteriet »pris« - under licitationen var »det laveste bud«.

Indklagede, Sundby-Hvorup Boligselskab, skal i sagsomkostninger til klageren, Dansk Byggeri, betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Erik Kjærgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig