

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Suzanne Helsteen, Knud Erik Busk)

J.nr.: 2009-0020319

7. juli 2010

K E N D E L S E

Entreprenørfirmaet Einar Kornerup A/S
(advokat Andreas Christensen, København)

mod

Universitets- og Bygningsstyrelsen
(Kammeradvokaten v/advokatfuldmægtig Rune Wold)

Den 8. oktober 2009 iværksatte Universitets- og Bygningsstyrelsen en række indbudte licitationer efter Tilbudslovens § 6, stk. 3, jf. lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 af lov om om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter. Det samlede projekt omfattede 3 storentrepriser (Entrepriserne A, B og C) og vedrørte opførelsen af et nyt gymnasium i Ringsted. Tildelingskriteriet var for alle licitationer fastsat til »laveste pris«.

Licitationsbetingelserne vedrørende såvel storentrepriserne A, B som C blev udsendt samtidig til alle tilbudsgivere den 20. maj 2009. Følgende virksomheder var udpeget som ansøgere til entreprise A:

1. ELINDCO Byggefirma A/S
2. C.C. Brun Entreprise A/S
3. Enemærke og Petersen A/S
4. PS BYG A/S
5. Einar Kornerup A/S (klageren)

Virksomhederne ELINDCO Byggefirma A/S, Enemærke og Petersen A/S og PS BYG A/S var tillige udpeget som ansøgere til entreprise B.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 4. december 2009 havde følgende virksomheder afgivet tilbud vedrørende entreprise A:

ELINDCO Byggefirma A/S

1. C.C. Brun Entreprise A/S
2. Enemærke og Petersen A/S
3. PS BYG A/S
4. Einar Kornerup A/S (klageren)

Virksomhederne ELINDCO Byggefirma A/S, Enemærke og Petersen A/S og PS BYG A/S havde tillige afgivet tilbud på entreprise B.

Den 23. juni 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Enemærke og Petersen A/S vedrørende entreprise A og B, hvilket blev meddelt tilbudsgiverne den 1. juli 2009. Kontrakt blev herefter indgået den 13. juli 2009.

Den 28. september 2009 indgav klageren, Entreprenørfirmaet Einar Kornerup A/S klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Universitets- og Bygningsstyrelsen.

Klagen har været behandlet på et møde den 22. marts 2010.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud at lægge vægt på en samlet fradragspris angivet af blandt andre den vindende tilbudsgiver, uagtet at det ikke af licitationsbetingelserne fremgik eller ikke tilstrækkeligt klart fremgik, at og i givet fald hvorledes en sådan eventuel samlet fradragspris for entreprise A og entreprise B ville blive tillagt betydning ved evalueringen af de indkomne tilbud i entreprise A.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at tilrettelægge licitationen således, at klageren alene blev indbudt til at afgive tilbud på entreprise A, mens andre tilbudsgivere blev indbudt til at afgive tilbud på såvel entreprise A som entreprise B, hvorved de fik mulighed for at tilbyde en samlet fradragssum.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 23. juni 2009 om at indgå kontrakt med Enemærke og Petersen A/S.

Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1,3 mio. kr. med procesrente fra den 28. september 2009.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 120.000 kr. med procesrente fra den 28. september 2009.

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

Indklagede har vedrørende påstand 4 og 5 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4 og 5, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 3.

Sagens omstændigheder

Indklagedes rådgiver, Henning Larsen Architects, udsendte den 17. april 2009 på vegne af indklagede en såkaldt interesseskrivelse til en række entreprenører, der blev opfordret til inden den 23. april 2009 at meddele, hvorvidt de var interesserede i at blive indbudt til at afgive tilbud i licitationerne. Af brevet fremgår blandt andet:

»Projektet udbydes i 3 storentrepriser primo maj 2009 - i princippet som følgende:

Entreprise A: Terræn- og Råhus omfattende følgende arbejder:

- Jordarbejde, Kloakarbejde, gartner, betonarbejde, elementleverance og elementmontage samt smedearbejde.

Entreprise B: Bygning omfattende følgende arbejder:

- Stillads, murer, tag, tømrer- og snedkerarbejde, fugearbejde, inventar, bløde gulve, maler og rengøringsarbejde.

Entreprise C: Installationer omfattende følgende arbejder:

- Varme, vand og sanitet, ventilation, teknisk isolering, gas-installationer, EL-installationer m.v.

Bygherren ønsker på ovennævnte baggrund de tilskrevne entreprenørers tilbagemelding om hvilke entrepriser – i prioriteret rækkefølge – man ønsker at afgive tilbud på, idet der dog maksimalt kan bydes på 2 entrepriser i alt pr. entreprenør.

Vi kan ikke på forhånd give tilsagn om, at alle ønsker bliver tilgodeset – dvs. at der bliver mulighed for tilbudsafgivelse på mere end en enkelt entreprise, men tilkendegivelserne vil danne baggrund for sammensætningen af den endelige entreprenørliste.«

Ved e-mail af 20. april 2009 meddelte klageren indklagede blandt andet, at selskabets »interesse...i prioriteret rækkefølge [var] entreprise A og dernæst B...«

Ved brev af 20. maj 2009 meddelte Henning Larsen Architects klageren blandt andet:

»I indbydes hermed til at afgive tilbud som fast pris på følgende storentreprise:

Entreprise A, terræn- og råhusarbejder

Udover ovenstående består projektet også af følgende storentrepriser:

Entreprise B, bygningsarbejder

Entreprise C, installationer

...

Hver af de ovennævnte storentrepriser udbydes til 5 entreprenører.

...

Vurdering og bedømmelse af tilbud:

Tildeling af ordren vil ske på grundlag af den laveste pris.

Alternative tilbud

Der modtages ikke alternative tilbud udover det i tilbudslisterne anførte.

...«

I licitationsbetingelserne (»tilbudslisten«) for entreprise A senest ændret ved e-mail 10. juni 2009 er anført følgende vedrørende angivelsen af tilbudssummen:

- » Undertegnede tilbyder herved, at levere og udføre de på tegninger, i beskrivelse og tilbudsliste angivne arbejder, i forbindelse med Ringsted Gymnasium.

Beløbet er fordelt på de enkelte arbejder og hovedposter som specificeret.

Samlet tilbudssum entreprise A ekskl. moms	kr.
Moms 25%	kr.
Tilbudssum i alt, inkl. moms	kr.

Evt. samlet fradrag ved samtidig overdragelse af entreprise B

Ekskl. moms	kr.
Moms 25%	kr.
Frdragssum i alt, inkl. moms	kr.

...«

Ved e-mail af 15. juni 2009 fremsendte indklagede et »foreløbigt licitationsresultat« til tilbudsgiverne. Det anføres heri blandt andet:

»Vi har lavet en opgørelse over de indkomne tilbud og der foreligger et foreløbigt resultat.

Vedhæftet er et ark med alle tilbud. Evt. fradrag er fratrasket procentuelt i forhold til tilbudssummen.

Alle priser er ekskl. moms. Billigste pris er markeret med grønt.

Resultatet af licitationen fremlægges for styregruppen tirsdag den 16. juni og vi vil herefter tage kontakt til den vindende part.«

Af det omtalte regneark fremgik blandt andet:

Alle priser er ekskl. moms Billigste pris er markeret med grøn¹

Nr.	Firmanavn	Tilbudssum Storentreprise A	Procentuelt fradrag Entreprise A	Samlet tilbudssum Entreprise A	Tilbudssum Storentreprise B	Procentuelt fradrag Entreprise B	Samlet tilbudssum Entreprise B
1	Einar Kernerup A/S	kr. 9.777.000,00		kr. 9.777.000,00	-		
2	C.C. Brun Entreprise A/S	kr. 10.074.919,00		kr. 10.074.919,00	-		
3	ELINDCO Byggefirma A/S	kr. 9.945.000,00	kr. 290.578,92	kr. 9.654.421,08	kr. 10.589.869,00	kr. 309.421,08	kr. 10.280.447,92
4	Enemærke og Petersen A/S	kr. 9.975.000,00	kr. 505.063,29	kr. 9.469.939,71	kr. 9.775.000,00	kr. 494.936,71	kr. 9.280.063,29
5	PSP BYG A/S	kr. 10.888.490,00	kr. 59.870,45	kr. 10.828.619,55	kr. 11.844.950,00	kr. 65.129,55	kr. 11.779.820,45
6	AH Byg A/S	-			kr. 10.880.000,00		kr. 10.880.000,00
7	Bent Nygaard Sørensen A/S	-			kr. 9.943.000,00		kr. 9.943.000,00

¹ Her markeret med gråt.

I en e-mail fra Universitets- og Bygningsstyrelsen til klageren af 24. juni 2009, der var dagen efter, at tildelingsbeslutningen blev truffet, hedder det blandt andet:

»...

Under henvisning til dine telefonsamtaler...om forløbet og bedømmelsen af de indkomne tilbud på entrepriserne A og B over arbejderne på Ringsted Gymnasium, skal vi hermed vende tilbage til sagen.

...

Udbyder har bedømt de indkomne tilbud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne og har konstateret, at Enemærke og Petersen har afgivet det samlet bedste tilbud på Entreprise A og B. Beslutningen om at tildele entreprise A og B til Enemærke og Petersen fastholdes således

...«

I en erklæring af 17. marts 2010 har arkitekt Villy Breitling, der som ansat i Universitets- og Bygningsstyrelsen var bygherrens projektleder i sagen om Ringsted Gymnasium, oplyst blandt andet følgende:

»Indledningsvis kan jeg oplyse, at UBST i forbindelse med udbudsforretningen til Ringsted Gymnasium havde det som en overordnet målsætning, at entrepriserne skulle udbydes med henblik på at opnå lavest mulig pris.

Vi havde derfor allerede under projekteringen af gymnasiet fokus på optimering af arealforbrug samt valg af materialer og metoder m. v. I forlængelse af disse tiltag blev udbudet tilrettelagt, så de mest konkurrencedygtige priser kunne opnås.

Drøftelserne i rådgiverkredsen og mellem rådgiverne og UBST bragte undervejs forskellige entrepriseformer i spil. Både hoved-, stor- og fag-entrepriser samt kombinationsmodeller blev diskuteret, inden vi endeligt besluttede os for 3 storentrepriser. Overvejelserne kredsede om den bedste mulighed for at skærpe konkurrencen mellem de bydende, og valget blev derfor en kombination af bydende på 1 - henholdsvis 2 af storentrepriserne.

Vi ønskede ikke samtidigt bud på alle 3 storentrepriser, da dette ville udgøre en egentlig hovedentreprise. Hovedentreprenører indregner som regel altid et styringssalær i tilbud, og vi anså dette potentielle salær for at blive for belastende i en sag af denne relativt beskedne størrelsesorden.

Det ansås for en sandsynlig mulighed, at større entreprenører ville kunne yde en vis rabat ved samtidig overdragelse af både entreprise A og B. Disse entrepriser har mange overlappende snitflader indenfor de underliggende fagområder, så det kunne være en fordel for storentreprenøren selv at have den fulde kontrol under udførelsen med detailstyring af processerne.

Entreprenører, der kun skulle byde på enten entreprise A eller B, ville formentlig ikke beregne sig et tilsvarende styringssalær for omfattende koordinering, og de kunne derfor potentielt byde ind med en lavere pris på den enkelte storentreprise.

Ønsket hos UBST var, at alle tilbudsgivere ville optimere deres processer, indkøb og styringsindsats på en sådan måde, at det slog igennem på tilbudspriserne. Vi kunne dog ikke på forhånd tage for givet, at eventuelle stordriftfordele ville slå igennem til UBST's fordel via en rabat, eller om den forøgede styringsindsats hos den enkelte entreprenør for at samle flere storentrepriser ville udhule en eventuel rabat. I så fald kunne summen af enkelttilbud fra flere forskellige tilbudsgivere faktisk blive billigst. UBST ønskede derfor begge typer tilbud, så vi bevarede muligheden for, at summen af enkelttilbud på A og B kunne blive billigere end tilbud omfattende begge entrepriser med en eventuel rabat.

Den valgte model tog desuden hensyn til byggeriets størrelse og kompleksitet i relation til en fornuftig indbyrdes afgrænsning mellem entrepriserne i bestræbelsen på en klar ansvarsfordeling, som er logisk sammenhængende med udførelsespraksis på byggepladsen. UBST ønskede hermed at minimere risikoen for uforholdsmæssigt mange ekstrakrav under udførelsen på grund af uforudseelige problemer i grænsefladerne mellem de enkelte fag, som kunne være fordyrende for den enkelte storentreprenør undervejs. Dette ville afspejle sig i byggeriets slutpris.

Entreprenørerne har altid en vis grad af metodefrihed til at tilrettelægge deres egen indsats under hensyntagen til lige netop deres firmas muligheder for egenproduktion, materielressourcer, leveranceaftaler, evne for logistikstyring m.v. Sådanne fordele ønskede vi måtte komme byggesagen til gode i forbindelse med tilbudsgivningen.

Som led i valg af bydende havde både rådgiverne, gymnasiets bestyrelse og brugere, kommunen og UBST bragt forskellige emner til drøftelse. Da beslutningen om 3 storentrepriser var taget, blev opgaven derfor at udpege entreprenøremner, som vi forventede kunne løse opgaven. I den proces tog vi bl.a. hensyn til firmaernes faglige kompetenceområder, en vis geografisk spredning og evnerne til at levere en intern styringsindsats.

Derfor udsendte rådgiverne en interesseskrivelse af 17. april 2009 til entreprenørerne, hvori de blev bedt om at oplyse, hvilke entrepriser i prioriteret orden de ønskede at deltage i.

...

Af udbudsbrevet til den enkelte entreprenør fremgår hvilke entrepriser de indbydes til, og tilbud er givet i overensstemmelse med disse. Entreprenører, som kunne yde en eventuel rabat ved samtidig overdragelse af mere end 1 enkelt entreprise, tilbød rabatter i meget forskellig størrelsesorden.

Umiddelbart efter licitationen den 15. juni 2009 blev alle tilbud hurtigt skimmet igennem, og de tilbudte rabatter blev i første omgang oplistet i et regneark, simpelt fordelt mellem de aktuelle tilbud i forhold til disses indbyrdes størrelse - jf. den vedhæftede fil i E-mail fra Henning Larsen Architects af samme dato. Opstillingen skulle alene anskueliggøre rabatternes betydning for det samlede billede.

Uanset hvordan tilbudene betragtes, var det Enemærke & Petersen A/S, der samlet set tilbød den laveste pris for entreprise A og B.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har navnlig anført, at der ikke af licitationsbetingelserne fremgår andet om den anførte fradragssum end det, der er citeret ovenfor. Det fremgår således ikke af licitationsbetingelserne, at en eventuel oplyst fradragssum fra de tilbudsgivere, der kunne afgive tilbud på såvel entreprise A som på entreprise B, ville blive tillagt betydning ved evalueringen af tilbuddene vedrørende entreprise A. Af udbudsbrevet fremgik det udtrykkeligt, at »tildeling af ordren« (i ental) ville »ske på grundlag af laveste pris«. Der var således lagt op til, at hver storentreprise skulle vurderes særskilt. Til trods herfor har indklagede lagt vægt på fradragssummen som led i en samlet evaluering af entrepriserne A og B, og indklagede har herved handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3. Klageren har herved nærmere anført, at det efter fast praksis er et krav, at myndigheden i licitationsbetingelserne præcist beskriver, hvorledes prissammenligningen vil blive foretaget.

Indklagede har navnlig anført, at ordregiveren under en licitation, der omfatter flere delkontrakter, og hvor tildelingskriteriet »laveste pris« anvendes, har pligt til at vælge det tilbud eller den tilbudskombination, der samlet giver den laveste pris for alle delkontrakterne, og at dette er baggrunden for, at indklagede traf beslutning om at tildele ordren til Enemærke og Petersen A/S. Dertil kommer, at det tydeligt fremgår af tilbudslisterne for entreprise A og entreprise B, at tilbudsgivere, der var indbudt til at afgive tilbud på såvel entreprise A som på entreprise B, kunne give rabat, hvis tilbudsgiveren blev tildelt begge entrepriser. Herved fremgår det også, at indklagede ville lægge vægt på eventuelle rabatter under tilbuds-evalueringen.

Ad påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klageren har navnlig anført, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at lægge afgørende vægt på en fradragssum, som det kun var muligt for tre af de fem tilbudsgivere, der var blevet indbudt til at afgive tilbud på entreprise A, at tilbyde. Klageren blev herved usagligt forskelsbehandlet, da virksomheden ikke også blev indbudt til at afgive tilbud på entreprise B og derfor ikke kunne tilbyde en sådan fradragssum.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at det forhold, at klageren ikke også blev indbudt til at afgive tilbud på entreprise B, ikke var udtryk for usaglig forskelsbehandling. Formålet med den anvendte tilrettelæggelse af licitationen, hvorefter nogle tilbudsgivere kun blev indbudt til at afgive tilbud på én entreprise, mens andre blev indbudt til at afgive tilbud på to entrepriser, var at skabe optimal konkurrence, således som arkitekt Villy Breitling har redegjort for i sin erklæring til Klagenævnet. De tre virksomheder, der blev indbudt til at afgive tilbud på både entreprise A og entreprise B, blev udvalgt på baggrund af deres nøgletal fra Byggeriets Evalueringscenter, hvilket ikke er usagligt.

Ad påstand 3

Klageren har under henvisning til det, der er anført vedrørende påstand 1 og 2, gjort gældende, at indklagedes tilbudsevaluering lider af så væsentlige mangler, at indklagedes tildelingsbeslutning skal annulleres.

Indklagede har under henvisning til det, der er anført vedrørende påstand 1 og 2, navnlig gjort gældende, at indklagedes tilbudsevaluering ikke lider af væsentlige mangler, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

De udbudte »storentrepriser« A og B var to selvstændige licitationer, og tildelingskriteriet vedrørende begge entrepriser var »laveste pris«. Der var ikke udtrykkeligt givet mulighed for, at de tilbudsgivere, der var indbudt til at afgive tilbud på begge entrepriser, kunne afgive et samlet tilbud for begge entrepriser med den virkning, at det afgørende herefter ville være »laveste pris« for summen af de to entrepriser i stedet for »laveste pris« for hver af de to entrepriser. Det forhold, at der i licitationsbetingelserne for entreprise A var givet mulighed for at angive et eventuel »samlet fradrag ved samtidig overdragelse af entreprise B« og tilsvarende i entreprise B, findes ikke med den tilstrækkelige klarhed at udgøre en sådan mulighed for at afgive et samlet tilbud i de to entrepriser.

Indklagede var derfor forpligtet til for hver af de to licitationer at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der havde tilbudt den laveste pris.

Indklagede kunne ved denne vurdering kun tage hensyn til et tilbud om en rabat ved samtidig tildeling af en anden entreprise, hvis der var givet adgang hertil i licitationsbetingelserne. I licitationsbetingelserne for entreprise A var det som anført i forlængelse af oplysningerne om krav til angivelse af tilbudspris angivet, at tilbudsgiverne kunne anføre »Evt. samlet fradrag ved samtidig overdragelse af entreprise B«, opgjort inklusive moms til en »fradragssum i alt«. Uanset at det heraf klart fremgår, at der i givet fald ville ske et fradrag i den anførte tilbudssum, fremgik det ligeledes klart for tilbudsgiverne, at det anførte samlede fradrag vedrørte tilbudsprisen i både entreprise A og entreprise B, og at der intet var anført om, hvordan et sådant »samlet fradrag ved samtidig overdragelse af entreprise B« ville blive fratrasket ved opgørelsen af tilbudsgiverens tilbudspris i relation til entreprise A. Det følger heraf, at den nævnte fradragssum under de nævnte

omstændigheder, der fremgik af licitationsbetingelserne, ikke var egnet til at bidrage til at udpege det laveste og dermed det vindende tilbud i licitationen vedrørende entreprise A.

Det er ubestridt, at indklagede har lagt vægt på det samlede fradrag på 1 mio. kr., som selskabet Enemærke og Petersen A/S tilbød ved samtidig overdragelse af entrepriserne A og B, og at dette er sket ved, at indklagede har foretaget en samlet evaluering af laveste pris for de to licitationer tilsammen efter fradraget.

Da indklagede således har lagt vægt på forhold, der ikke var fastsat i licitationsbetingelserne, har indklagede handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3.

Påstanden tages derfor til følge som nedenfor bestemt.

Det er herefter ikke grundlag for at tage stilling til påstand 2.

Ad påstand 3

Som følge af det, der er anført vedrørende påstand 1, og under hensyn til karakteren af den overtrædelse, der dér er konstateret, tages påstanden om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud at lægge vægt på en samlet fradragspris angivet af blandt andre den vindende tilbudsgiver, uagtet at det ikke i licitationsbetingelserne fremgik, hvorledes en sådan eventuel samlet fradragspris for entreprise A og entreprise B ville blive tillagt betydning ved evalueringen af de indkomne tilbud i entreprise A.

Indklagedes beslutning af 23. juni 2009 om at indgå kontrakt med Enemærke og Petersen A/S annulleres.

Indklagede, Universitets- og Bygningsstyrelsen, skal i sagsomkostninger til klageren, Entreprenørfirmaet Einar Kornerup A/S, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig