

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Jørgen Egholm, Jens Fejø)

J.nr.: 02-234.844

5. august 2003

K E N D E L S E

Georg Berg A/S
(advokat Peter Stig Jakobsen, København)

mod

Køge Kommune
(advokat Kirsten Lund Jørgensen, Køge)

Ved en udbudsbekendtgørelse i EF-Tidende udbød indklagede, Køge Kommune, som begrænset udbud i henhold til direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved direktiv 97/52 (Bygge- og anlægsdirektivet), forskellige fagentrepriser ved opførelsen af en ny skolebygning, Ølby skole.

Sagen angår tømrerentreprisen ved byggeriets 1. og 2. etape. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Efter at Køge Kommune havde besluttet at indgå kontrakt med klageren, Georg Berg A/S, om udførelsen af den omtalte tømrerentreprise, indgik kommunen kontrakt med Georg Berg A/S den 29. juni 2001.

Under arbejdets udførelse er der opstået uenighed mellem parterne, om hvilket isoleringsmateriale Georg Berg A/S er berettiget til at anvende i visse dele af byggeriet. Sagen angår denne uenighed.

Ved klageskrift af 10. december 2002 har klageren, Georg Berg A/S, klaget over indklagede, Køge Kommune. Sagen har været behandlet på et møde den 12. juni 2002.

Georg Berg A/S (Georg Berg) har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Køge Kommune har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at anføre specifikke varemærker i udbudsbetingelserne af 6. april 2001.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Køge Kommune har handlet i strid med Bygge- og Anlægsdirektivet ved i sin accept af Georg Bergs tilbud den 11. juni 2001 at stille krav om anvendelsen af specifikke varemærker.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Georg Berg som den tilbudsgiver, der er indgået kontrakt med, vil være berettiget til at anvende andre produkter end de af Køge Kommune i udbudsbetingelserne anførte varemærker, under forudsætning af, at disse produkter er af samme eller tilsvarende kvalitet som de af Køge Kommune anførte varemærker.

Køge Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens omstændigheder i hovedtræk:

Udbudsbetingelserne var udformet af kommunens arkitekt Nøhr & Sigsgaard Arkitektfirma A/S (Nøhr & Sigsgaard). I udbudsbetingelserne var bl.a. anført:

»I tilfælde, hvor udbudsmaterialet angiver bestemte fabrikater eller typer af materialer "som" bestemte fabrikater, typer af materialer eller varebetegnelser, er angivelsen et udtryk for bygherrens krav til art, kvalitet, funktion, konstruktion, geometri, overflade, farve m.v.

Hvis der i tilbudet er indregnet materialer eller leverancer, der afviger fra det i udbudsmaterialet anførte med et "som...", skal oplysninger om, hvilke materialer eller fabrikater der er indregnet, oplyses skriftligt i tilbudet.

Efter indgåelse af entrepriseaftalen er entreprenøren forpligtet til at levere de i udbudsmaterialet anførte fabrikater eller typer af materialer, bortset fra de evt. afvigelser, der er accepteret af bygherren i forbindelse med indgåelse af entrepriseaftale.«

I udbudsbetingelserne var angivet, at forskellige materialer skulle være »som« nærmere angivne referenceprodukter. Således som sagen er forelagt, angår den kun en enkelt af disse angivelser, nemlig følgende:

»Tagisolering og tagdækning på trapezplader
Materialer
Isolering skal være som Rockwool Ucoatede lameltagkiler.«

Lameltagkiler er en særlig type isolering, og den citerede angivelse betyder, at flade tage skulle isoleres med isolering som det nævnte referenceprodukt.

Georg Bergs tilbud blev accepteret ved et brev af 11. juni 2001 fra Nøhr & Sigsgaard. I dette brev udtaltes bl.a.:

»Der er med tilbudet ikke afgivet oplysninger om at der er indregnet materialer eller produkter der afviger fra de i udbudsmaterialet beskrevne. Alle materialer og produkter skal således være de i udbudsmaterialet angivne.«

Tagdækkerarbejdet, herunder tagisoleringen, blev for Georg Berg udført af fa. Prima Tagdækning som underentreprenør.

Under arbejdets udførelse konstaterede Nøhr & Sigsgaard, at Prima Tagdækning anvendte isoleringsplader af fabrikatet Heralan til isolering af flade tage. Da disse isoleringsplader efter Nøhr & Sigsgaards opfattelse ikke er på højde med referenceproduktet Rockwool lameltagkiler, er der opstået uenighed mellem Georg Berg og kommunen med hensyn til, om anvendelsen af de omtalte isoleringsplader er berettigede. Det er oplyst, at der verserer sag mellem parterne ved Voldgiftsnævnet for Bygge- og Anlægsvirksomhed med hensyn til, om de omtalte isoleringsplader har kvalitet som referenceproduktet. Sagen for Klagenævnet for Udbud er ligeledes et udslag af den nævnte uenighed.

Kommunen har i 2003 udbudt 3. og 4. etape af byggeriet. I udbudsbetingelserne vedrørende disse etaper er ikke henvist til et referenceprodukt med hensyn til isolering af flade tage. De pågældende udbudsbetingelser indeholder derimod detaljerede angivelser af, hvilke specifikationer isoleringen skal opfylde. På nogle punkter er der i disse angivelser henvist til europæiske standarder.

De afgivne forklaringer

Der er afgivet forklaringer af Kurt Nielsen som repræsentant for Prima Tagdækning og af Lars Clausen som repræsentant for Nøhr & Sigsgaard.

Kurt Nielsen har bl.a. forklaret: Han er indehaver af Prima Tagdækning og har afgivet tilbud til Georg Berg som underentreprenør. Den isoleringsplade, han har ønsket at bruge, er meget bedre end Rockwool lameltagkiler og opfylder databladet for disse. Hans isoleringsplade har større trykstyrke, og Rockwool lameltagkiler opfylder ikke de gældende belastningskrav. Rockwool lameltagkiler er en etlags-isolering, der efterhånden er sjældent anvendt. Normalt anvender man en flerlags-løsning. Han har spurgt Nøhr & Sigsgaard, på hvilke punkter hans isoleringsplade ikke opfylder kravene, men har ikke fået svar. Det er tydeligt, at Nøhr & Sigsgaard simpelthen har villet have Rockwool lameltagkiler. Hans isoleringsplade er billigere, hvilket dog skyldes en særlig markedssituation. Han importerer den selv. Rockwool lameltagkiler er nu udgået af produktion som forældet. 1. etape af byggeriet blev udført med hans isoleringsplade, mens han har måttet bruge Rockwool lameltagkiler i 2. etape.

Lars Clausen har bl.a. forklaret: Han er arkitekt og ansat hos Nøhr & Sigsgaard. Der er tale om en helt ny skole, der opføres i fire etaper. Nøhr & Sigsgaard vandt en arkitektkonkurrence. Den arkitektoniske ide går ud på at opføre skolen som en by med mange bygninger. Man har ønsket, at flade tage skal have en særlig styrke, fordi man må regne med, at skoleeleverne i et vist omfang vil færdes på sådanne tage, selvom det er forbudt. Man overvejede forskellige isoleringskonstruktioner for de flade tage. Man drøftede emnet med firmaet Rockwool, der sagde at lameltagkiler var Rockwools stiveste konstruktion, og man valgte derfor at henvise til Rockwool lameltagkiler i udbudsbetingelserne. Der er tale om isoleringsplader, der fremstilles specielt til de enkelte tage, og som sammenlimes, hvilket medfører stivhed. Man kunne ikke give en generel beskrivelse i udbudsbetingelserne, da der ikke fandtes standarder, der kunne henvises til. I dag findes der nogle standarder, som man til dels kan henvise til, men de omfatter ikke alle forhold. Den isolering, som Prima Tagdækning har ønsket at anvende, er grundlæggende forskellig fra Rockwool lameltagkiler. Der er tale om lag af isoleringsplader, som man lægger ud enkeltvis uden sammenliming, og som

ikke har samme styrke. Udbudsbetingelsernes tekniske krav til isolering af flade tage angik isoleringsmaterialets bestanddele, fiberlængde, fibersammensætning og påvirkningsegenskaber med hensyn til fugt og styrke m.m. Man angav dette i udbudsbetingelserne ved at henvise til Rockwool lameltagkiler. Det vil altid være et fortolkningsspørgsmål, hvad der ligger i begrebet »som«. I udbudsbetingelserne for 3. og 4. etape har man ikke henvist til Rockwool lameltagkiler. Det er foranlediget af denne sag, og man har jo også nu fået nogle standarder at henvise til.

Efter den mundtlige forhandling har Georg Berg gjort gældende, at de standarder, der omtales i Lars Clausens forklaring, er udgivet forud for udfærdigelsen af udbudsbetingelserne vedrørende etape 1 og 2, ligesom Georg Berg har fremsendt nogle bilag herom. Da det pågældende spørgsmål ikke er afgørende for Klagenævnets stillingtagen til sagen, har Klagenævnet ikke indhentet kommunens bemærkninger til det nævnte anbringende fra Georg Berg og ser derfor væk fra det.

Parternes anbringender

Georg Berg har gjort gældende: Ad påstand 1: Det er i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, at kommunen i udbudsbetingelserne henviste til Rockwool lameltagkiler, dels fordi der ikke brugtes formuleringen »eller dermed ligestillet«, dels fordi kravene til det pågældende isoleringsmateriale kunne beskrives uden angivelse af et referenceprodukt. Her til kommer, at formuleringen »som« har gjort kravene helt uigennemsigtige. Ad påstand 2: Kommunens krav om, at tilbudsgiverne skulle give oplysning om anvendelse af andre produkter end dem, der var angivet i udbudsbetingelserne, er en særlig tilsidesættelse af kravet i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, om at sådanne angivelser skal ledsages af ordene »eller dermed ligestillet«.

Køge Kommune har gjort gældende: Ad påstand 1: Kravene til det ønskede isoleringsmateriale kunne ikke beskrives nøjagtigt og fuldstændigt uden henvisning til et referenceprodukt, og der forelå ikke ved udbudsbetingelsernes udarbejdelse standarder at henvise til. Formuleringen »som« opfylder kravet i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6. Ad påstand 2: Det ville have været en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, hvis

kommunen ikke havde stillet krav om oplysning om anvendelse af andre produkter end dem, der var angivet i udbudsbetingelserne.

Parterne har ikke fremsat særlige synspunkter vedrørende påstand 3.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter formuleringen dækker påstanden alle angivelser af referenceprodukter i udbudsbetingelserne. Klagenævnet tager imidlertid kun stilling til angivelsen af Rockwool lameltagkiler, da det kun er denne angivelse, som er blevet forelagt for Klagenævnet.

Udbudsbetingelsernes angivelse af, at der skulle anvendes isolering »som« Rockwool lameltagkiler, var i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, allerede fordi denne bestemmelse kræver, at der ved henvisning til referenceprodukter bruges formuleringen »eller dermed ligestillet«.

Den nævnte angivelse var imidlertid også bortset herfra i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, idet det fremgår direkte af sagens oplysninger, at det ønskede isoleringsmateriale kunne beskrives ved nøjagtige og forståelige specifikationer uden brug af et referenceprodukt, jf. bestemmelsen i slutningen. Klagenævnet henviser herved til, at der på det pågældende punkt ikke er henvist til et referenceprodukt i udbudsbetingelserne vedrørende byggeriet 3. og 4. etape.

Det er uden betydning i denne forbindelse, at der i udbudsbetingelserne vedrørende etape 3 og 4 til dels henvises til europæiske standarder, da disse standarder ifølge Lars Clausens forklaring ikke dækker alle kravene til det pågældende isoleringsmateriale. Klagenævnet har derfor ikke anledning til at tage stilling til, om der kunne have været henvist til de pågældende standarder i de udbudsbetingelser, som sagen angår, dvs. udbudsbetingelserne vedrørende etape 1 og 2.

Påstand 1 tages herefter til følge for så vidt angår udbudsbetingelsernes henvisning til Rockwool lameltagkiler.

Ad påstand 2

Som nævnt ovenfor ad påstand 1 tager Klagenævnet kun stilling til udbudsbetingelsernes angivelse af Rockwool lametagkiler. Påstand 2 har herefter ikke selvstændig betydning ved siden af påstand 1, hvorfor Klagenævnet ikke tager stilling til påstand 2.

Ad påstand 3

Klagenævnet har ikke kompetence til at tage stilling til tvister om kontraktsforholdet mellem en udbyder og en tilbudsgiver, med hvem der er indgået kontrakt i henhold til et EU-udbud. Påstanden afvises derfor.

Herefter bestemmes:

Påstand 1 tages til følge, idet Klagenævnet konstaterer, at indklagede, Køge Kommune, har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, ved i udbudsbetingelserne for byggeriets etape 1 og 2 at have henvist til Rockwool lametagkiler, allerede fordi der ikke blev anvendt formuleringen »eller dermed ligestillet«, men også bortset herfra.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 2.

Påstand 3 afvises.

Klagegebyret tilbagebetales.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klageren, Georg Berg A/S, betale 15.000 kr., der skal betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig