

K E N D E L S E

HM Gruppen A/S
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

mod

Holbæk Kommune
(advokat Steen Krabbe, København)

Den 15. maj 2012 iværksatte indklagede, Holbæk Kommune, en begrænset licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) vedrørende ombygning af Holbæk Seminarium, Studiegården m.v. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 15. maj 2012 til følgende udpegede ansøgere:

1. Per S. Poulsen A/S
2. Marcoplan A/S
3. Tømrergården i Tuse A/S
4. Friis og Lillelund A/S
5. Georg Berg A/S
6. HM Gruppen A/S (klageren)

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 30. maj 2012 havde alle virksomhederne undtagen Per S. Poulsen A/S afgivet tilbud. Den 4. juni

2012 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Tømrergården i Tuse A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 8. november 2012.

Den 10. oktober 2012 indgav HM Gruppen A/S klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt under henvisning til, at klageren ikke havde udfyldt alle poster i tilbudslisten, idet klageren i henhold til licitationsbetingelserne ikke var forpligtet til at udfylde tilbudslistens poster vedrørende Redwood.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 2, stk. 2 og 3, ved – under henvisning til at klageren ikke havde afgivet tilbud på facadepartier i Redwood – at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, idet et krav om tilbud på facadepartier i Redwood ikke lovligt har kunnet håndhæves.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 4. juni 2012 om at indgå kontrakt med Tømrergården i Tuse A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Der er i februar 2012 for Kulturstyrelsen og Holbæk Kommune udarbejdet en fredningsmanual vedrørende Holbæk Seminarium »med det formål at udpege fredningsværdier og dermed være retningsgivende for fremtidige ud- og indvendige bygningsarbejder i det fredede anlæg.«

Af manualen fremgår blandt andet:

»Tekniske krav

Der vil være emner, der ved fremtidige istandsættelser og ombygninger ikke i dag lader sig gøre af lovmæssige eller miljømæssige krav, eller fordi produktet er udgået. Her skal der ved fremtidige istandsættelser findes alternativer. ...

...

Det anbefales at bevare så meget originalt materiale som muligt. F.eks kan Redwood ... genbruges i forbindelse med ombygninger. ...

...

Truet træsort

Vinduespartiernes rammer er udført af Redwood (*Sequoia sempervirens*). Redwood er et af verdens højeste træer, og sorten er mellem 2300 og 2700 år gammel. Træerne er i dag fredede, og der skal derfor findes alternative træsorter til udlusning. En egnet træsort er Sipo Mahogni, der farvemæssigt harmonerer med Redwood.

...

Dør- og vinduesrammer er udført af træsorten Redwood, der i dag er truet og lovmæssigt ikke længere må anvendes i byggebranchen.

Skydedøre

...

Ifm. fremtidig renovering og eventuelle ombygninger bør døre og vinduer friholdes mest muligt for nye synlige beslag og besætninger. Udlusninger bør foretages med redwood, men i øvrigt begrænses, idet de er meget synlige og fremstår som tydelige lapper. Nye partier udskiftes med Sipo Mahogni. ...

...

Fredningsværdier

Generelle betragtninger

...

Der bør værnes om oprindelige materialer, strukturer, detaljer og udførelsesmetoder. Dog vil der være emner, der ved fremtidige istandsættelser og ombygninger ikke i dag lader sig gøre på grund af lovmæssige eller miljømæssige krav, eller fordi produktet er udgået. Dette bør efterleves, udbedres eller erstattes af andre produkter. Det gælder:

...

- Den anvendte Redwood er truet og forhandles ikke mere. Udlusninger kan foretages i Sipo mahogni.

...«

Den 30. marts 2012 gav Kulturstyrelsen »tilladelse til det ansøgte projekt under forudsætning af, at: ... godkendelse af nye vindues- og facadepartier, idet profilerne skal udføres som originaltegning og som eksisterende i godkendt træsort. ...«

I licitationsbetingelserne af 15. maj 2012 er anført følgende vedrørende:

»Krav til tilbud

Tilbud skal indeholde de dokumenter og informationer, der opfylder afleveringskrav. Alle punkter i Tilbudslisterne, Entreprenørgaranti, Hensigtserklæring, Tro og Love og aftale om varmt arbejde skal udfyldes og underskrives.

...

Forbehold

Tilbud, der indeholder forbehold, risikerer at blive afvist som ukonditionsmæssige.

Alternative tilbud

Alternative tilbud modtages ikke.

...«

I »Arbejdsbeskrivelser for Arkitekt arbejder« er anført under punkt 3.5.2.4:

»Snedkertræ og træ til vinduer, døre og porte samt glas

Træ til vindues- og dørpartier, herunder alle propninger og reparationer leveres overfladebehandlet og færdigmonteret med ruder, beslag mv.

Anvendelse: Karm og rammer til udvendige døre, vinduer og glaspartier.

Anvendelsesklasse 1

Kvalitetsklasse: jf. ovenstående

Trætype: Redwood/Sipo Maghoni

...«

Under punkt 4.8 er anført:

»...

Træ:

Redwood.

Alternativt træ hvis Redwood ikke kan skaffes Sipo-Mahogni.

Træet skal have en sortering og en udtørningsgrad således at det er anvendeligt til brug for facadepartier.

...«

Den 24. maj 2012 udsendte indklagede til tilbudsgiverne et rettelsesblad, hvori blandt andet er anført:

»Jeg vil lige henlede opmærksomheden på at der er tilkommet et facadeprojekt indeholdende nedrivning af mellemgang, hultagning i betonvæg samt ombygning og nybygning af facadepartier.«

Den 29. maj 2012 skrev indklagedes rådgiver til de bydende:

»...

Krav til tilbud

Tilbud skal indeholde de dokumenter og informationer, der opfylder afleveringskrav.

Alle punkter i Tilbudslisterne, Entreprenørgaranti, Hensigtserklæring,

Tro og Love og aftale om varmt arbejde skal udfyldes og underskrives. Er disse dokumenter ikke udfyldt vil tilbuddet ikke komme i betragtning

...«

Den af indklagede udsendte tilbudsliste var vedrørende »facader« udfærdiget således, at der for hvert felt skulle tilbydes en pris for det, der stod i feltet. F. eks. var der et felt, hvor der stod »Type K1 udført i Redwood«. I det følgende felt stod der »Type K1 udført i Sipo Maghoni«. De følgende felter angik andre dele af facadeentreprisen, og de var tilsvarende inddelt i et felt, hvor prisen skulle oplyses for arbejdet udført i Redwood, og et felt, hvor prisen skulle oplyses for arbejdet udført i Sipo Mahogni.

I klagerens tilbud af 30. maj 2012 er anført:

»...

Forbehold/antagelser:

Byggeriets standardforbehold med mindre det strider imod udbudsmaterialet

BD30/35db døre kan ikke tilbydes med finer 4 sider, men i stedet tilbudt med underliggende kantliste i bøg 4 sider. Fineret/massiv oregon pine kan ikke tilbydes til karme til udepåliggende skydedørskarme men tilbudt i massiv bøg. Lås 245 kan ikke tilbydes til dobb. Døre, i stedet

tilbydes lås 1498. Karme til døre kode F er tilbudt med oregon pinefiner. Karme til partier er tilbudt i massiv oregon pine. Redwood kan ikke skaffes og tilbydes derfor ikke. El 560, kan ikke tilbydes til dørnål 70 EL 580 er tilbudt i stedet. 40 mm døre og karme til 60 mm døre tilbydes malet 1 farve

Evt. sikkerhedsbelysning i afsnit 5 er ekskl. Savner grundlag.

Evt. Supplerende tavlekapslinger ekskl. i tilfældet af ny grupper ikke kan være i eksist. tavler

...«

Klageren har udfyldt tilbudslisten således, at hvert felt, hvor der er anført Redwood, er udfyldt, mens klageren har udfyldt det følgende felt, hvor prisen skulle oplyses for arbejdet udført i Sipo Mahogni. Klageren har ved sammentællingen udregnet tilbuddet for arbejdet udført i Sipo Mahogni.

Den 31. maj 2012 skrev indklagedes rådgiver til indklagede:

»...

Vi har nu regnet priserne efter og de passer med entreprenørernes egne priser ...

Vi vedlægger udbudsbrevet og mail sendt af den 29.05 til de bydende hvor krav til tilbuddet fra udbudsbrevet gentages.

I må herefter vurdere om ... og HM-Gruppen skal afvises som ukonditionsmæssige, da tilbudsliste ikke er udfyldt korrekt, samt om forbehold er af en sådan karakter, især fra HM-gruppen, at det kan medføre afvisning som ukonditionsmæssig.

...«

Den 4. juni 2012 meddelte indklagedes rådgiver klageren, at en tilbudsgiver ikke havde afgivet et tilbud, tre tilbudsgivere, herunder klageren, havde afleveret tilbud, der ikke var konditionsmæssige, og to tilbudsgivere havde afleveret konditionsmæssige tilbud. I skrivelsen oplystes endvidere:

»...

... at arbejdet er givet til anden side, til den lavest bydende, der var konditionsmæssig.

Det kan oplyses at vi har haft bygherrens jurist til at gennemgå materialet mht. Manglende udfyldelse af tilbudsliste samt forbehold mv. Ønskes en nærmere præcisering af disse forhold kan der rettes henvendelse til undertegnet.

...«

Den 8. juni 2012 svarede indklagede således på et spørgsmål stillet af klageren:

»...

Begrundelsen for i blev fravalgt var:
at alle poster i tilbudslisten ikke var udfyldt
hvilket er et krav jfr. udbudsbrevet
samt i mail af 29. maj sendt til jer (inden licitationen), fra ...

3 ud af 5 firmaer overholdt ikke udbudskravene ...

2 firmaer overholdt kravene ...

Tømmergården i Tuse var så billigst og har fået arbejdet.

Det var ærgerligt for jer – for i var meget tæt på, hvis i ellers havde overholdt udbudskravene.

...«

Af et mødereferat af 19. juni 2012 fra indklagedes afdeling for Teknik og Miljø fremgår:

»...

Muligheden for levering af Redwood til entreprisen blev diskuteret, da HM-Gruppen mente, at det ikke var muligt at skaffe Redwood.

De 4 andre bydende på licitationen havde givet tilbud på levering af Redwood.

... indhenter oplysninger hos alle fem bydende samt TUN om levering af Redwood.«

Den 26. juni 2012 udsendte indklagede sålydende »Meddelelse til alle de bydende«:

»...

Tvivelsspørgsmålet bestod i, at da der skulle afgives tilbud på både Redwood og Sipo Maghoni, kunne Redwood overhoved købes på det fri marked? Ligeledes om de bydende havde givet tilbud på »ægte« Redwood?

Ved en rundspørge til de 5 bydende, svarede 3 firmaer, at de havde prisat rigtig Redwood. Tømmergården i Tuse A/S har fremsendt dokumentation i form af et brev fra Dansk Hårdttræ Savværk A/S, at de kan levere gennem 2 leverandører fra Californien i USA, jfr. vedhæftet skrivelse dateret den 20. juni 2012.

Kommunen kan herefter konkludere, at det er muligt at skaffe Redwood på det fri marked.

...«

I tilbudslisten fra Tømrergården A/S var posten 4N Blok 1,2, som vedrørte »slutrengøring«, og posten afsnit 4S Blok 5, 6, 7 og 8 »Overfladebehandling facadepartier indv. Side a 4 lbm.« vedrørende i alt 33 fag ikke udfyldt.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at licitationsbetingelserne ikke indeholdt et ufravigeligt krav om, at tilbudsgiverne skulle tilbyde Redwood. Den ønskede træsort for facadepartierne var i specifikationen punkt 3.5.2.4 angivet som Redwood/Sipo Mahogni og i punkt 4.8 som Redwood og »alternativt træ hvis Redwood ikke kan skaffes Sipo Mahogni«. Klageren har yderligere gjort gældende, at indklagede ved den efterfølgende udsendelse af specifikationen for facadeprojektet og den dertil hørende tilbudsliste ophævede kravet i udbudsbrevet om, at alle felter i tilbudslisten skulle udfyldes, idet specifikationen for facadeprojektet åbnede op for, at der kunne afgives tilbud på Sipo Mahogni, hvis Redwood ikke kunne skaffes. Samtidig med udsendelsen af specifikationen for facadeprojektet udsendte indklagede en tilbudsliste, hvor der kunne angives priser på udførelse i såvel Redwood som Sipo Mahogni, således at disse træsorter havde hver deres felt i tilbudslisten. Specifikationen for facadeprojektet sammenholdt med tilbudslistens udformning, herunder særligt forpligtelsen til at sammentælle tilbudslistens delpriser til en samlet pris for facadeentreprisen, gjorde det åbenbart, at tilbudsgiverne skulle afgive tilbud på enten Redwood eller Sipo Mahogni, idet det slet ikke ville give mening at medregne udførelsen af hvert af delelementerne i facadeentreprisen to gange. Hvis det var indklagedes hensigt at opstille krav om, at tilbudsgiverne skulle tilbyde Redwood og/eller udfylde samtlige felter i tilbudslisten, bevirkede udformningen af specifikationen for facadeprojektet og tilbudslisten for denne del af entreprisen, at indklagedes licitationsbetingelser var så uklare, at kravet om tilbud af Redwood og/eller udfyldelse af samtlige felter i tilbudslisten ikke kunne håndhæves på en måde, der kommer klageren til skade. Det skal fremgå klart af licitationsbetingelserne, hvis en ordregiver stiller et krav, som berettiger til afvisning ved manglende udfyldelse/opfyldelse. Klageren forsøgte forgæves at

skaffe Redwood, men det var ikke muligt. På denne baggrund var klageren ikke forpligtet til at udfylde tilbudslistens felter med prisangivelser for udførelse af facadeentreprisen i Redwood eller i øvrigt forpligtet til at tilbyde Redwood, og indklagede var ikke berettiget til at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, allerede fordi tilbuddet indeholdt flere forbehold. Da det i licitationsbetingelserne var anført, at tilbud, der indeholdt forbehold, risikerede at blive afvist som ukonditionsmæssige, skal klagerens påstand ikke skal tages til følge. Indklagede var derfor berettiget til at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning. Klagerens tilbud indeholdt på en række punkter forbehold, og disse forbehold må i hvert fald tilsammen betegnes som grundlæggende, hvorfor indklagede var ikke blot berettiget, men tillige forpligtet til at afvise klagerens tilbud.

Indklagede har yderligere anført, at det fremgik af arbejdsbeskrivelsen, punkt 3.5.2.4, at »snedkertræ og træ til vinduer, døre og porte samt glas« skulle være Redwood/Sipo Mahogni, mens det var anført under punkt 4.8, at »materialer og produkter« skulle være »Redwood. Alternativt træ hvis Redwood ikke kan skaffes Sipo-Maghoni«. Det under punkt 4.8 anførte var en undtagelse til hovedreglen om, at indklagede ønskede træsorten Redwood. Idet Redwood kunne skaffes, var klagerens tilbud ukonditionsmæssigt. Indklagede har endeligt bestridt, at ordlyden i udbudsbrevet var uklar. Da Redwood kunne skaffes, medførte klagerens tilbud på anvendelse af Sipo Mahogni, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke lovligt i licitationsbetingelserne kunne opstille krav om anvendelse af Redwood. Denne betingelse medførte dels en uproportional og unødvendig begrænsning af mulighederne for at skabe tilstrækkelig konkurrence om kontrakten, dels gav den ikke alle tilbudsgivere lige muligheder. Indklagede måtte fra fredningsmanualen vide, at adgangen til certificeret Redwood, der lovligt kan anvendes som byggemateriale, er stærkt begrænset, og den af indklagede fastsatte tidsramme bevirkede, at flere af de indbudte tilbudsgivere konkret ikke havde mulighed for at tilbyde Redwood. Indklagede havde heller ikke nogen saglig grund til at bestemme, at der skulle anvendes Redwood, idet det vedrør-

rende anvendelsen fremgår af fredningsmanualen for Holbæk Seminarium, at »træerne i dag er fredede«, »dør- og vinduesrammer er udført af træsorten Redwood, der i dag er truet og lovmæssigt ikke længere må anvendes i byggebranchen«, ligesom der til brug for renovering skal »findes alternative træsorter«, og at »en egnet træsort er Sipo Mahogni, der farvemæssigt harmonerer med Redwood«. Endelig fremgår det flere steder af manualen, at renoveringsarbejder skal eller kan foretages med Sipo Mahogni. På den baggrund og navnlig når indklagede er fremkommet med et anbringende om, at indklagede har »forstået« Kulturstyrelsens anbefalinger vedrørende materialevalg således, at Redwood er førsteprioriteten, mens der kun må anvendes Sipo Mahogni, hvis Redwood ikke kan skaffes, må det påhvile indklagede at godtgøre, at kontraktens genstand gjorde det nødvendigt at kræve anvendelse af Redwood. Endelig er det udokumenteret, når indklagede anfører, at Kulturstyrelsen skulle have givet byggetilladelse ud fra den forudsætning, at profilerne skulle udføres i Redwood. Det anføres alene, at profilerne skulle udføres som originaltegning og som eksisterende, ligesom det anføres, at der skal anvendes en godkendt træsort, hvilket kunne være Sipo Mahogni.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede havde valgfrihed med hensyn til, hvilken træsort der skulle anvendes i den udbudte entreprise. Indklagede kunne lovligt bestemme, at der skulle anvendes Redwood til byggeriet. Der var flere tilbudsgivere, der tilbød at udføre arbejdet i Redwood. Kravet om anvendelse af Redwood begrænsede ikke mulighederne for at skabe tilstrækkelig konkurrence og stillede tilbudsgiverne lige, idet ingen af tilbudsgiverne havde bedre eller ringere forudsætninger eller muligheder for at anskaffe Redwood. Fredningsmanualen er ikke retligt bindende for indklagede. Den er alene et redskab med det formål at vejlede ejeren af den fredede bygning, men bygningsejeren har en forpligtelse til at søge om tilladelse til ombygningsarbejder hos Kulturstyrelsen. Vedrørende Redwood har indklagede forstået, at Kulturstyrelsen var af den opfattelse, at der egentlig menes, at Redwood er førsteprioriteten, og at der kun må anvendes Sipo Mahogni, hvis Redwood ikke kan skaffes.

Indklagede har yderligere gjort gældende, at licitationsbetingelsernes krav om, at der skulle anvendes Redwood, ikke var at betragte som et referenceprodukt, men alene et krav om anvendelse af et bestemt materiale. Ingen af tilbudsgiverne opnåede en fordel ved indklagedes krav om at anvende

Redwood, der i forvejen var anvendt i bygningen. Redwood blev af arkitektoniske, kulturelle og historiske grunde valgt som førsteprioritet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet som følge af de fejl, som indklagede har begået under licitationen, skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, idet indklagede lovligt kunne stille krav om, at træsorten Redwood skulle anvendes. Indklagedes tildelingsbeslutning var derfor lovlig, og tildelingsbeslutningen skal således ikke annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at såfremt klagenævnet måtte finde, at indklagedes krav om anvendelse af Redwood var i strid med tilbudsloven, havde denne overtrædelse ikke konkret væsentlig betydning for tildelingsbeslutningen, idet klagerens tilbud ikke kunne tages i betragtning som følge af, at klageren havde taget flere forbehold.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det lægges til grund, at indklagede i licitationsbetingelserne ville kunne bestemme, at der ved entreprisen skulle anvendes træ af typen Redwood. Et tilbud, der indebar anvendelse af en anden træsort, ville i så fald være ukonditionsmæssigt, og ordregiveren kunne ikke tage et sådant tilbud i betragtning. Kulturstyrelsens udtalelser og det i fredningsmanualen vedrørende Holbæk Seminarium anførte om anvendelse af træ af typen Redwood ændrer ikke herved, allerede fordi det er godtgjort, at Redwood kunne skaffes om end med nogen forsinkelse.

Af licitationsbetingelserne fremgår vedrørende »snedkertræ og træ til vinduer, døre og porte samt glas«, at der skulle anvendes træ af typen »Redwood/Sipo Maghoni« og vedrørende »træ« generelt, »Redwood Alternativt træ hvis Redwood ikke kan skaffes Sipo Mahogni«. I mangel af andre be-

stemmelser i licitationsbetingelserne må dette forstås således, at tilbudsgiveren kunne tilbyde entreprisen udført med træ af enten Redwood eller Sipo Mahogni. Klageren tilbød arbejdet udført med Sipo Mahogni. Klagerens tilbud var derfor ikke ukonditionsmæssigt, fordi klageren ikke tillige havde udfyldt feltet med prisen for arbejdet udført med Redwood.

Det følger af det anførte, at tilbudsgiverne kunne tilbyde arbejdet udført under anvendelse af enten den ene eller den anden træsort. Tilbuddet skulle desuden indeholde én samlet pris. Under disse betingelser gav det ikke mening, at tilbudsgiverne i henhold til licitationsbestemmelserne skulle udfylde alle tilbudslistens poster, herunder under anvendelse af Redwood.

Klagerens påstand tages derfor til følge.

Det forhold, at klagerens tilbud på andre områder muligt var ukonditionsmæssigt, kan heller ikke føre til et andet resultat, idet det må lægges til grund, at indklagede i forbindelse med skrivelserne af 4. og 8. juni 2012 som begrundelse for, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt anførte, at det var den manglende anvendelse af Redwood, der bevirkede at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Som følge af det anførte annulleres indklagedes beslutning af 4. juni 2012 om at tildele kontrakten til Tømrergården i Tuse A/S.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt under henvisning til, at klageren ikke havde udfyldt alle poster i tilbudslisten, idet klageren i henhold til licitationsbetingelserne ikke var forpligtet til at udfylde licitationslistens poster vedrørende Redwood.

Indklagedes beslutning af 4. juni 2012 om at indgå kontrakt med Tømrergården i Tuse A/S annulleres

Indklagede, Holbæk Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, HM Gruppen A/S, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

N. Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Thomas Schapiro
kontorfunktionær