

K E N D E L S E

HRH Albertslund Tømrer og Snedker A/S
(advokat Morten Mark Østergaard, Roskilde)

mod

AlmenIndkøb v/ Lejerbo (Administrationsorganisationen)
(advokat Anders Nørgaard Jensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 146-252942 af 26. juli 2013 udbød AlmenIndkøb v/ Lejerbo (Administrationsorganisationen) som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en række rammeaftaler om fagentrepriser og håndværksmæssig istandsættelse af fraflytningslejligheder for den almene boligsektor i Danmark. Tildelingskriteriet var ”laveste pris”.

Fristen for anmodning om prækvalifikation var fastsat til den 11. september 2013. Ved ændringsbekendtgørelse nr. 2013/S 194-333729 af 5. oktober 2013 blev fristen ændret til den 15. oktober 2013.

HRH Albertslund Tømrer og Snedker A/S indleverede anmodning om prækvalifikation på bl.a. rammeaftalen om istandsættelse af fraflytningslejligheder i distrikt København, som denne sag vedrører. HRH Albertslund Tømrer og Snedker A/S blev prækvalificeret vedrørende denne rammeaftale.

HRH Albertslund Tømrer og Snedker A/S og en række andre virksomheder afgav tilbud, herunder SANIVA Facility A/S. Ved e-mail af 11. februar

2014 meddelte AlmenIndkøb, hvilke virksomheder der var tildelt rammeaftaler, idet AlmenIndkøb udsendte oversigter over samtlige delaftaler med angivelse af den enkelte tilbudsgiver, og hvilken pris virksomheden samlet havde tilbudt. Både HRH Albertslund Tømrer og Snedker A/S og SANIVA Facility A/S blev tildelt rammeaftaler.

Den 20. august 2014 udsendte AlmenIndkøb (Lejerbo København) budopfordring og betingelser for miniudbud vedrørende udførelse af istandsættelse af fraflytningslejligheder hos afdelinger i København til de virksomheder, som var aktører på denne rammeaftale (herefter Miniudbud 1).

Den 30. september 2014 annullerede Lejerbo København Miniudbud 1.

Den 9. oktober 2014 udsendte AlmenIndkøb (Lejerbo København) på ny budopfordring og betingelser for miniudbud vedrørende udførelse af istandsættelse af fraflytningslejligheder hos afdelinger i København (herefter Miniudbud 2).

Den 27. oktober 2014 valgte AlmenIndkøb (Lejerbo København) at indgå kontrakt med SANIVA Facility A/S.

Den 23. oktober 2014 indgav klageren, HRH Albertslund Tømrer og Snedker A/S (herefter Albertslund Tømrer og Snedker), klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, AlmenIndkøb v/ Lejerbo (Administrationsorganisationen) (herefter AlmenIndkøb). Albertslund Tømrer og Snedker anmodede ved klagens indgivelse om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. (nu lov om Klagenævnet for Udbud) § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Klagenævnet afsagde den 21. januar 2015 kendelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Albertslund Tømrer og Snedker har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at AlmenIndkøbs annullation af 30. september 2014 af AlmenIndkøbs miniudbud (Miniudbud 1) på håndværksydelser er usaglig og ulovlig.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at AlmenIndkøb har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at ændre kriterierne for tildeling af kontrakter på baggrund af AlmenIndkøbs miniudbud efter indgåelse af rammeaftale og offentliggørelse af miniudbudsbekendtgørelse.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at AlmenIndkøb har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at ændre vægtningen af tilbudsgivernes priser i forhold til den vægtning, som fremgik af rammeaftaleudbuddet, og på et tidspunkt i processen, hvor AlmenIndkøb var bekendt med de respektive tilbudsgiveres priser fra rammeaftaleudbuddet og Miniudbud 1.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at AlmenIndkøb har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 32, stk. 4, ved efter indgåelse af rammeaftale og offentliggørelse af første miniudbudsbekendtgørelse at have ændret vægtningen for tildelingen af kontrakten i forhold til den vægtning, der fremgik af rammeaftaleudbuddets udbudsbetingelser.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at AlmenIndkøb har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53, stk. 2, ved at indføre en vægtning under tildelingskriteriet ”laveste pris”, selv om artikel 53, stk. 2, ikke henviser til artikel 53, stk. 1, litra b); subsidiært at have handlet i strid artikel 2 og med princippet i artikel 53, stk. 2, ved ikke i rammeaftaleudbuddet at have beskrevet den vægtningsmodel, som blev indført i Miniudbud 2.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at AlmenIndkøb har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2, håndhævelseslovens § 2 og AlmenIndkøbs samhandelsvilkår ved ikke at have givet tilstrækkelig begrundelse for tildelingsbeslutningen.

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

Sagens nærmere omstændigheder

AlmenIndkøb er en fælles indkøbsportal for de almene boliger, som administreres af Lejerbo. AlmenIndkøb agerer som indkøbscentral for over 170 boligorganisationer i hele Danmark med tilsammen mere end 260.000 boliger. Disse var omfattet af den rammeaftale, der dannede grundlag for det miniudbud, som Albertslund Tømrer og Snedker har klaget over.

Rammeaftalekomplekset består af rammeaftaler opdelt på (i) 20 geografiske distrikter, (ii) indeholdende hver 8 fagentrepriser og 1 hovedentreprise om istandsættelse af fraflytningslejligheder og (iii) hver med højst 10 økonomiske aktører. Hver entreprise inden for hvert distrikt udgjorde en delaftale.

Det samlede rammeaftalekompleks bestod således af 180 delaftaler (rammeaftaler), som kunne omfatte op til 1.800 økonomiske aktører.

Af udbudsbetingelserne for rammeaftalerne om fagentrepriser og istandsættelse af fraflytningslejligheder fremgår:

” ...

1.5 Tildeling af kontrakter under rammeaftalen

Kontrakter tildeles direkte på grundlag af rammeaftalen og i henhold til de retningslinjer, der er fastsat i Bilag VI, ”Retningslinjer for tildeling”.

...”

I bilag VI ”Retningslinjer for tildeling” står:

”1 Tildeling af kontrakter

1.1 Generelt

Tildelingen af kontrakter under rammeaftalerne sker ved enten

- (i) direkte tildeling på grundlag af rammeaftalens vilkår, eller
- (ii) fornyet konkurrence (miniudbud).

Rammeaftalerne giver ikke et frit valg imellem ovennævnte tildelingsformer, idet

- (a) direkte tildeling skal anvendes, hvor den anslåede værdi af den konkret påtænkte anskaffelse udgør DKK 50.000 ekskl.

moms eller mindre, og hvor alene de i tilbudslisten i kolonnen "A. Ydelser" angivne ydelser indgår i anskaffelsen, jf. punkt 1.2.1, og

- (b) miniudbud skal anvendes, hvor den anslåede værdi af den konkret påtænkte anskaffelse udgør mere end DKK 50.000 ekskl. moms, eller hvor de i tilbudslisten i kolonnen "B. Timepriser" og/eller kolonne "C. Tillæg" angivne ydelser indgår i anskaffelsen jf. punkt 1.2.2.

1.2 Konkret tildeling af kontrakt

1.2.1 Direkte tildeling

Kontrakter på grundlag af rammeaftalen tildeles direkte, når den anslåede værdi af den konkret påtænkte anskaffelse udgør DKK 50.000 ekskl. moms eller mindre, og hvor alene de i tilbudslisten i kolonnen "A. Ydelser" angivne ydelser indgår i anskaffelsen.

Ved direkte tildeling tildeles den konkrete kontrakt til den leverandør, der på grundlag af de tilbudte priser i den til rammeaftalen hørende tilbudsliste kan identificeres som den leverandør, der har tilbudt den laveste pris for den konkrete anskaffelse.

1.2.2 Miniudbud

Kontrakter på grundlag af rammeaftalen tildeles ved miniudbud, når den anslåede værdi af den konkret påtænkte anskaffelse udgør mere end DKK 50.000 ekskl. moms, eller hvor de i tilbudslisten i kolonnen "B. Timepriser" og/eller kolonne "C. Tillæg" angivne ydelser indgår i anskaffelsen.

Tildeling ved miniudbud sker i henhold til tildelingskriteriet "Laveste pris" og ved anvendelse af følgende procedure:

- (i) Ordregiver retter skriftlig henvendelse til leverandørerne under rammeaftalen med angivelse af nærmere oplysninger om den konkrete anskaffelse, herunder med eventuel angivelse af en tidsplan for det pågældende arbejdes udførelse samt med eventuelle nødvendige præciseringer af vilkår inden for rammerne af Udbudsdirektivets art. 32, stk. 4, 2. pind.
...
- (ii) Grundlaget for leverandørernes afgivelse af tilbud under et miniudbud udgøres af den til udbudsmaterialet hørende til-

budsliste for den relevante Entreprise med de yderligere oplysninger, som ordregiver måtte angive, jf. punkt 1.2.2, nr. (i)

(iii) ...

(iv) Leverandørerne fremsender i overensstemmelse med ordregivers anvisninger og inden tilbudsfristens udløb en revideret tilbudsliste med reviderede priser i relation til den konkrete udbudte anskaffelse.

Priserne i den reviderede tilbudsliste kan i ingen sammenhænge overstige de priser, som den enkelte leverandør har tilbudt i den tilbudsliste, der dannede grundlag for tildeling af rammeaftalen, med mindre ordregiver ved miniudbuddet har besluttet at AB92 er gældende.

...

(v) Ordregiver evaluerer de indkomne tilbud i henhold til tildelingskriteriet "Laveste pris" og tildeler kontrakten til den leverandør, der har afgivet den laveste pris for den konkrete anskaffelse.

..."

Af bilag A til AlmenIndkøbs samhandelsvilkår med den enkelte leverandør på den konkrete rammeaftale fremgår bl.a. i kolonnen "Fristberegning", at fristberegningsbetingelserne under punkt F2 finder anvendelse ved kontrakttildeling ved miniudbud. I punkt F2 står:

"Som F1, idet underretningen meddeles af Brugeren.

Det tilføjes i underretningen,

(i) at standstill perioden er frivillig, og

(ii) at klagefristen ved direkte kontrakttildeling er et aftalt vilkår under rammeaftalen."

I punkt F1 står:

"... Underretningen skal have et indhold som anført i Håndhævelseslovens §§ 2 – 3, og derfor oplyse om begrundelse for tildelingsbeslutningen og om standstill periodens udløb."

Tilbudsgiverne skulle udfylde en tilbudsliste pr. delaftale, hvoraf bl.a. fremgik:

”Tildeling af rammeaftaler vil ske på grundlag af kriteriet ”Laveste pris”, hvor hver ydelseskategori (jf. A - C) indgår med følgende vægtninger: ”A. Ydelser” vægter 85%,”B. Timepriser” vægter 10% og ”C. Tillæg” vægter 5%. Inden for hver ydelseskategori er endvidere indeholdt delvægtninger (jf. kolonnen ”Mængde”) af de enkelte prisposter”

Albertslund Tømrer og Snedker blev tildelt rammeaftale om istandsættelse af fraflytningslejligheder i distrikt København sammen med 9 andre virksomheder.

Miniudbud 1

Den 20. august 2014 udsendte AlmenIndkøb (Lejerbo København) budopfordring og miniudbudsmateriale om udførelse af istandsættelse af fraflytningslejligheder hos afdelinger i København.

Af miniudbudsbetingelserne fremgår om det udbudte arbejde:

”...
3 Hvad skal laves og hvor? (”Arbejdet”)
 ...

Istandsættelse af flyttelejligheder i totalentreprise

Antallet af fraflytninger forventes at være ca. 150 stk. pr. år

Arbejdets udfaldskrav skal opfyldes i henhold til de medsendte vedligeholdelses reglem[en]ter

Omfanget af arbejdet forbundet med istandsættelse af de enkelte fraflytningslejligheder beskrives i de elektronisk fremsendte flytterapporter samt tillægsrapporter, som fremsendes i Emoove.

Der har været mulighed for at besigtige afdelingerne d. 28.08.2014 – hvis der skulle være ønske om endnu en fremvisning kan bestiller af dette miniudbud kontaktes.

...

7.5 Tilbudsevaluering

Tilbuddene vurderes og sammenlignes i henhold til tildelingskriteriet ”Laveste pris”.

Tilbudsgiverne skulle bl.a. udfylde følgende tilbudsliste (udsnit):

Kode#	Unik ID#	Beskrivelse	Pris	Mængde	Deltotal	Enhed
1	FRA1	VELKOMMEN TIL UDBUD AF I STANDSÆTTELSE AF FRAFLYTNINGSLEJLIGHEDER (TOTALENTREPRISE) Der skal afgives en pris pr. ydelse i kolonnen "Pris". Alle priser skal angives i DKK ekskl. moms. Samtlige ydelser skal udfyldes med priser. Hvis du er blevet budopfordret til - og ønsker at afgive tilbud på flere delaftaler - skal der udfyldes en tilbudsliste for hver delaftale.		0		DKK/ydelse
2	FRA2			0		DKK/ydelse
3	FRA3			0		DKK/ydelse
4	FRA4	A. YDELSER		0		DKK/ydelse
5	FRA5	Alle priser skal være inklusiv hjælpematerialer og arbejde. Ligeledes er følgende inkluderet i det omfang, at disse er nødvendige for at løse opgaven: Servicevogn, kørselstillæg & parkering, affaldshåndtering, driftsmidler & forbrugsgods og miljøtillæg		0		DKK/ydelse
6	FRA6	A.1 Malerarbejde		0		DKK/ydelse
7	FRA7	Maling af vægge 1 gang pr. m2 (ekskl. pris for maling)		12	0	DKK/ydelse
8	FRA8	Maling af vægge 2. gang pr. m2 (tillægspris til 1. gang) (ekskl. pris for maling)		12	0	DKK/ydelse
9	FRA9	Maling af vægge 3. gang pr. m2 (tillægspris til 2. gang) (ekskl. pris for maling)		12	0	DKK/ydelse
10	FRA10	Etabl. af afdækning og fjernelse og bortskaffelse af afdækning pr. m2		12	0	DKK/ydelse
11	FRA11	Maling af lofter 1 gang pr. m2 (ekskl. pris for maling)		12	0	DKK/ydelse
12	FRA12	Maling af lofter 2. gang pr. m2 (tillægspris til 1. gang) (ekskl. pris for maling)		12	0	DKK/ydelse
13	FRA13	Maling af lofter 3. gang pr. m2 (tillægspris til 2. gang) (ekskl. pris for maling)		12	0	DKK/ydelse

Angivelsen i kolonnen "Mængde", der var udfyldt af AlmenIndkøb, var den samme som under rammeaftaleudbuddet. Under overskriften "Malerarbejde" (punkt A.1) var der i alt beskrevet 52 ydelser, hvor der i 49 ydelser i kolonnen "Mængde" var angivet "12", mens der i 3 stod "11". Der var endvidere under overskriften "Gulvarbejde" (A.2) beskrevet 6 ydelser, under overskriften "Rengøring" (A.3) beskrevet 6 ydelser og under overskriften "Andet" (A.4) beskrevet 4 ydelser. I resten af tilbudslisten skulle tilbudsgiverne anføre timesatser for mester, svende og lærlinge samt tillæg for stillads.

AlmenIndkøb meddelte ved e-mail af 15. september 2014, at Albertslund Tømrer og Snedker var vinder af miniudbuddet. AlmenIndkøb vedhæftede en oversigt over de 10 tilbudsgivere med angivelse af, hvilket tilbud der var nr. 1, 2, 3 osv. 3 af de 10 virksomheder havde undladt at afgive tilbud, og et enkelt tilbud havde været ukonditionsmæssigt.

Ved e-mail af 30. september 2014 skrev AlmenIndkøb til tilbudsgiverne:

”
...

Lejerbo's administration har efter en gennemgang af de modtagne tilbud kunnet konstatere en uhensigtsmæssighed i tilbudslisten. På dette grundlag er det besluttet, at proceduren annulleres. Lejerbo forventer dog at foretage et fornyet miniudbud snarest muligt.

...”

Miniudbud 2

Den 9. oktober 2014 udsendte AlmenIndkøb budopfordring og miniudbudsmateriale om udførelse af istandsættelse af fraflytningslejligheder hos afdelinger i København.

Af miniudbudsbetingelserne fremgik det fortsat, at tilbuddene blev vurderet og sammenlignet i henhold til tildelingskriteriet ”laveste pris”.

Tilbudsgiverne skulle bl.a. udfylde følgende tilbudsliste (udsnit):

Kode#	Unik ID#	Beskrivelse	Pris	Mængde	Deltotal	Enhed
1	FRA1	VELKOMMEN TIL UDBUD AF ISTANDSÆTTELSE AF FRAFLYTNINGSLEJLIGHEDER (TOTALENTREPRISE)		0,0 %		DKK/ydelse
		Der skal afgives en pris pr. ydelse i kolonnen "Pris". Alle priser skal angives i DKK ekskl. moms. Samtlige ydelser skal udfyldes med priser. Hvis du er blevet budopfordret til - og ønsker at afgive tilbud på flere delaftaler - skal der udfyldes en tilbudsliste for hver delaftale.		0,0 %		DKK/ydelse
2	FRA2			0,0 %		DKK/ydelse
3	FRA3			0,0 %		DKK/yd
4	FRA4	A. YDELSER		0,0 %		DKK/yd
		Alle priser skal være inklusiv hjælpematerialer og arbejde. Ligeledes er følgende inkluderet i det omfang, at disse er nødvendige for at løse opgaven: Servicevogn, kørselstillæg & parkering, affaldshåndtering, driftsmidler & forbrugsgods og miljøtillæg		0,0 %		DKK/yd
5	FRA5	A.1 Malerarbejde		0,0 %		DKK/yd
6	FRA6	Maling af vægge 1 gang pr. m2 (ekskl. pris for maling)		25,9 %	0	DKK/yd
7	FRA7	Maling af vægge 2. gang pr. m2 (tillægspris til 1. gang) (ekskl. pris for maling)		27,6 %	0	DKK/yd
8	FRA8	Maling af vægge 3. gang pr. m2 (tillægspris til 2. gang) (ekskl. pris for maling)		0,5 %	0	DKK/yd
9	FRA9	Etabl. af afdækning og fjernelse og bortskaffelse af afdækning pr. m2		0,7 %	0	DKK/yd
10	FRA10	Maling af lofter 1 gang pr. m2 (ekskl. pris for maling)		8,5 %	0	DKK/yd
11	FRA11	Maling af lofter 2. gang pr. m2 (tillægspris til 1. gang) (ekskl. pris for maling)		4,7 %	0	DKK/yd
12	FRA12					

AlmenIndkøb valgte under Miniudbud 2 at ændre angivelsen i kolonnen ”Mængde” fra bl.a. ”12” ved de enkelte ydelser til procentangivelser. Tilbudslisten indeholdt de samme ydelser, som under rammeaftaleudbuddet og Miniudbud 1, men der var ud for en lang række ydelser i kolonnen ”Mængde” anført en procentsats på 0,0 – 0,8. 2 ydelser skilte sig ud, nemlig ydelse 7 og 8 med henholdsvis 25,9 % og 27,6 %.

Albertslund Tømrer og Snedker gjorde ved e-mail af 22. oktober 2014 indsigelse mod ændringen af mængdeangivelserne og anførte bl.a., at AlmenIndkøb derved indførte en vægtning, som ikke havde været fastsat under rammeaftaleudbuddet.

AlmenIndkøb fastholdt den foretagne ændring og anførte, at dette alene var en præcisering af tilbudslisten, som lå inden for rammerne af udbudsdirektivet.

Albertslund Tømrer og Snedker indleverede den 23. oktober 2014 klage til klagenævnet.

Ved e-mail af 27. oktober 2014 fremsendte AlmenIndkøb sin underretning om tildelingsbeslutningen:

” ...

Kære alle

Tak for fremsendte tilbud på flyttelejligheder team Valby – resultatet er vedhæftet denne mail.

Der vil være en standstill periode frem til 10.11.2014.

...”

Det fremgik af det vedhæftede, at SANIVA Facility A/S havde afgivet den laveste pris, mens Albertslund Tømrer og Snedker havde afgivet den 6. laveste pris.

AlmenIndkøbs redegørelse under klagesagen for ændring af mængdeangivelsen

Den foretagne justering af de angivne mængder fra Miniudbud 1 til Miniudbud 2 var begrundet i, at de oprindelige mængdeangivelser indgik i beregningen af den tekniske tilbudssum, som skulle anvendes til brug for tilbudssammenligningen af de oprindeligt udbudte rammeaftaler. Under rammeaftaleudbuddet blev der stillet følgende spørgsmål (spørgsmål 2):

”Hvad betyder mængde i prisarket?”

AlmenIndkøb svarede:

”Kolonnen ”Mængde” i prisarket angiver, hvor meget den enkelte pris ud af i alt 1.000 point vægter ved evaluering. De anførte ”mængder” har således alene betydning i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud.”

AlmenIndkøb har videre anført, at disse mængder ikke – som ved et udbud af enhver anden rammeaftale – kunne lægges til grund for hver enkelt konkrete anskaffelse under rammeaftalen, der ville variere alt efter den konkrete opgaves omfang og karakter.

De justerede mængder har også haft til formål at optimere konkurrencen om de konkrete ydelser, der konstaterbart medførte de største prisudsving under

den oprindelige afgivelse af tilbud på rammeaftalen. En fastholdelse af de oprindelige mængder ville således på grundlag af de aktuelt afgivne priser under Miniudbud 1 resultere i, at nogle lejere skulle betale en betydeligt højere udgift ved istandsættelse ved fraflytning. Dette ville ikke harmonere med boligorganisationernes forpligtelser, jf. § 48 i lov nr. 961 af 11. august 2010 om leje af almene boliger forudsætningsvist.

Ordregivere under rammeaftalen kan vælge udelukkende at indkøbe et udsnit af ydelserne i tilbudslisten i forbindelse med et miniudbud, jf. betingelserne for rammeaftaleudbuddet, bilag VI ”Retningslinjer for tildeling”, punkt 1.2.2. Vælger en ordregiver eksempelvis at iværksætte et miniudbud bestående udelukkende af ”førstegangsmaling af vægge”, vil denne ene ydelse skulle vægtes med 100 %.

Da det gennemførte miniudbud skete på grundlag af konkrete arbejder, ville tilbudsgiverne kunne prissætte ydelserne i tilbudslisten med langt større sikkerhed end under det oprindelige rammeaftaleudbud. Dette er endvidere kommet til udtryk derved, at AlmenIndkøb (Lejerbo København) opnåede yderligere besparelser under miniudbuddet i forhold til det oprindelige udbud af rammeaftalen.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Albertslund Tømrer og Snedker har gjort gældende, at AlmenIndkøbs annullation af Miniudbud 1 var usaglig og ulovlig. AlmenIndkøb har ikke anført en saglig begrundelse for annullationen. Det er AlmenIndkøb, der har bevisbyrden for, at annullationen af udbuddet var nødvendig og saglig, og denne bevisbyrde er ikke løftet. Tilbudslisten under Miniudbud 1 var egnet til at identificere tilbuddet med den laveste pris. Hvis klagenævnet lægger til grund, at der var grundlag for annullation, skulle AlmenIndkøb have annulleret rammeaftaleudbuddet sammen med Miniudbud 1.

AlmenIndkøb har gjort gældende, at den truffe beslutning om annullation af Miniudbud 1 skete inden for rammerne af udbudsdirektivets artikel 2. Annullationen havde ikke et usagligt formål, idet den skulle justere en uhensigtsmæssighed i tilbudslisten. Hvis den oprindelige mængdeangivelse var blevet fastholdt, ville det have resulteret i, at nogle lejere skulle betale

en betydeligt højere udgift ved istandsættelse ved fraflytning. AlmenIndkøb kunne efter gennemførelsen af rammeaftaleudbuddet og Miniudbud 1 konstatere, at de oprindeligt anførte ”mængder” i tilbudslisten i praksis medførte en stor prisstigning for så vidt angik visse af fraflytningsydelserne. Det drejede sig i særdeleshed om malerydelserne, jf. tilbudslistens afsnit A.1.

Prisudfaldet var en udmøntning af tilbudsgivernes prisoptimering under hensyntagen til de anførte ”mængder”, sådan at ydelser med en høj mængdeangivelse blev prissat lavt og ydelser med en lav mængdeangivelse blev prissat højt. Selvom AlmenIndkøb (Lejerbo) under Miniudbud 1 bl.a. havde foretaget en geografisk afgrænsning af udførelsesstederne, ændrede dette ikke på, at de tilbudte enhedspriser på overfladebehandling fra bl.a. Albertslund Tømrer og Snedker blev ekstraordinært høje som følge af, at de oprindelige teoretiske mængder fra rammeaftaleudbuddet blev fastholdt.

Albertslund Tømrer og Snedkers prisoptimering på malerydelserne ville derfor medføre en markant ujævn fordeling af besparelserne blandt lejerne. Den påpasselige lejer, der eksempelvis blot skal have foretaget overfladebehandling, ville således blive ramt af en uforholdsmæssig stor stigning. Grundlaget for annulationen var således en uhensigtsmæssighed i tilbudslisten, som førte til en uacceptabel prissætning af de efterspurgte istandsættelsesydelser. Denne uhensigtsmæssighed berigtigede AlmenIndkøb med indførelsen af de for anskaffelsen konkrete mængdeangivelser i procent under Miniudbud 2.

Ad påstand 2-5

Albertslund Tømrer og Snedker har gjort gældende, at AlmenIndkøbs ændring af vægtningssystemet var i strid med *gennemsigtighedsprincippet*. Vægtningssystemet er i sig selv uigennemsigtigt og uegnet til at identificere tilbuddet med den laveste pris. Dette understøttes af, at Albertslund Tømrer og Snedkers tilbud ændrede sig fra at være det billigste tilbud ved en uvægtet beregning af de afgivne priser (Miniudbud 1) til alene at være det 6. billigste efter AlmenIndkøbs vægtningssystem (Miniudbud 2). Den måde, som AlmenIndkøb ændrede vægtningssystemet på, var også i strid med gennemsigtighedsprincippet. Ændringen af vægtningen eller den blotte mulighed for, at vægtningen ville kunne blive ændret, var ikke anført i udbudsbetingelserne for rammeaftaleudbuddet, og det var derfor umuligt for tilbudsgiverne at tage højde for den senere ændring i forbindelse med afgivelsen af

tilbud under rammeaftaleudbuddet. De tilbudte priser i forbindelse med rammeaftaleudbuddet var desuden maksimalpriser under miniudbuddet, også efter ændringen af vægtningen.

AlmenIndkøb har ved at ændre vægtningssystemet endvidere overtrådt *ligebehandlingsprincippet*. Vægtningssystemet medførte, at det var en fordel at være billigere på nogle ydelser frem for andre, hvilket gjorde, at det var en konkurrencemæssig fordel at sænke priserne på ydelser med høj vægtning. Det var dog ikke muligt at hæve priserne på andre ydelser ud over den pris, som var tilbudt i rammeaftaleudbuddet, jf. herved bilag VI ”Retningslinjer for tildeling”, pkt. (iv), hvor det er anført, at ”Priserne i den reviderede tilbudsliste kan i ingen sammenhænge overstige de priser, som den enkelte leverandør har tilbudt i den tilbudsliste, der dannede grundlag for tildeling af rammeaftalen”. AlmenIndkøb var bekendt med de priser, der var tilbudt under rammeaftaleudbuddet og under Miniudbud 1, da vægtningen blev ændret, og AlmenIndkøb har derved haft mulighed for at stille nogle tilbudsgivere bedre end andre, hvilket er i strid med ligebehandlingsprincippet. Der var tale om en så væsentlig ændring af vægtningen, at denne ikke kan betegnes som en ”præcisering”, der kan ske efter rammeaftaleudbuddet. Albertslund Tømrer og Snedker afgav priser ud fra én vægtningsmodel i rammeaftaleudbuddet, hvor vægtningen mellem de enkelte priser var relativt ensartet. Det betød, at Albertslund Tømrer og Snedkers priser blev fastsat ud fra denne ensartethed. Vægtningsmodellen blev ændret væsentligt i Miniudbud 2, men fordi Albertslund Tømrer og Snedker allerede havde tilbudt lavest mulige priser på samtlige delydelser ud fra en forudsætning om en ensartet vægtning, var det ikke muligt for Albertslund Tømrer og Snedker at opjustere sine priser på de enkelte delydelser, således at man kunne imødekomme den nye høje vægtning på to specifikke delydelser.

AlmenIndkøb har endvidere handlet i strid med *udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4*. Af bestemmelsen fremgår, at tildeling af kontrakter baseret på en rammeaftale, der er indgået med flere økonomiske aktører, kan ske, hvis ikke alle vilkårene er fastsat i rammeaftalen, efter at der er iværksat en fornyet konkurrence mellem parterne på grundlag af de samme vilkår, der om nødvendigt præciseres, og i givet fald på andre vilkår, der anføres i udbudsbetingelserne i rammeaftalen. Adgangen til at ændre vilkår efter artikel 32, stk. 4, er knyttet til nødvendige præciseringer, og gennemsigtighedsprincippet kræver, at ”nødvendige præciseringer” skal fortolkes restriktivt. Det be-

strides, at ændringen af vægtningssystemet er en ”præcisering” som anført i artikel 32, stk. 4. For så vidt angår ”... hvis ikke alle vilkårene er fastsat i rammeaftalen...” i artikel 32, stk. 4, har Albertslund Tømrer og Snedker gjort gældende, at alle vilkår var fastsat i rammeaftaleudbuddet, herunder også vægtningen. Muligheden for at foretage ”præcisering” skal derfor også af denne grund fortolkes restriktivt.

Det bestrides, at nødvendighedskriteriet er opfyldt. AlmenIndkøb har ikke dokumenteret, at indførelsen af vægtningssystemet var nødvendig for at identificere tilbuddet med den laveste pris, som var det tildelingskriterium, der fremgik af både udbudsbetingelserne for rammeaftalen og udbudsbetingelserne for miniudbuddet.

Artikel 32, stk. 4, forudsætter, at præciseringen sker i udbudsbetingelserne, og ikke efter at tilbudsgiverne har afgivet tilbud. Dette følger blandt andet af udbudsdirektivets artikel 53.

Endelig har AlmenIndkøb handlet i strid med *udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2*, subsidiært med princippet i artikel 53, stk. 2. Af udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, fremgår, at ordregiveren kan tildele en kontrakt på baggrund af a) det økonomisk mest fordelagtige tilbud eller b) den laveste pris. Ved tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” skal ordregiveren oplyse i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, hvordan ordregiveren vil vægte forskellige underkriterier. Dette gælder ikke ved tildelingskriteriet ”laveste pris”. AlmenIndkøb kunne derfor ikke benytte sig af en vægtning som sket, fordi tildelingskriteriet var laveste pris.

Hvis AlmenIndkøb har været berettiget til at anvende en vægtning, skulle AlmenIndkøb have oplyst om vægtningen i udbudsbetingelserne, jf. princippet i artikel 53, stk. 2. I den forbindelse skal det påpeges, at det er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, at AlmenIndkøb først indhenter priser på de udbudte ydelser i rammeaftaleudbuddet, hvorefter disse priser reelt var maksimumpriser for tilbudsgiverne, idet det fremgår, at ”[p]riserne i den reviderede tilbudsliste kan i ingen sammenhænge overstige de priser, som den enkelte leverandør har tilbudt i den tilbudsliste, der dannede grundlag for tildeling af rammeaftalen”. Det må efter Albertslund Tømrer og Snedkers opfattelse anses for overvejende sandsynligt, at priserne i rammeaftaleudbuddet havde været anderledes, hvis tilbudsgiverne havde kendt til vægtningsmodellen.

AlmenIndkøb har gjort gældende, at AlmenIndkøb ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, eller udbudsdirektivets artikel 52, stk. 2, eller princippet i bestemmelsen.

De udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed udgør den overordnede ramme for genåbning af konkurrencen under en rammeaftale (miniudbud). Grundlaget for miniudbuddet er efter udbudsdirektivet artikel 32, stk. 4, 2. pind, at ikke alle vilkårene er fastsat i rammeaftalen. Det er sædvanligt for rammeaftaler, at netop mængderne udgør de åbne vilkår, som konkretiseres under miniudbuddene. Ordregiveren har således frihed til at definere mængderne i forhold til det konkrete indkøb under rammeaftalen. AlmenIndkøb har ikke i forbindelse med miniudbuddet foretaget ændringer i forhold til kriteriet for tildelingen, herunder ved at fastsætte under- eller delkriterier eller ved overgå fra ”laveste pris” til ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Der er et praktisk behov for tilpasninger i materialet, når konkurrencen genåbnes under et miniudbud. Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, 2. pind, at tildeling ved miniudbud skal ske ”på grundlag af de samme vilkår, der om nødvendigt præciseres”. En ordregiver kan – inden for rammerne af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed – tilpasse mængder i tilbudslisten under miniudbud. Det er ikke efter betingelserne for rammeaftaleudbuddet bilag VI ”Retningslinjer for tildeling” udelukket for den enkelte ordregiver under rammeaftalen at foretage ændringer i de oprindeligt anførte mængdeangivelser under miniudbuddet. Det fremgår derimod, at der kan ske ændringer, idet det er anført: ”Grundlaget for leverandørernes afgivelse af tilbud under et miniudbud udgøres af den til udbudsmaterialet hørende tilbudsliste for den relevante Entreprise med de yderligere oplysninger, som ordregiver måtte angive”. Det anføres endvidere, at tilbudsgiverne skal indlevere ”en revideret tilbudsliste med reviderede priser i relation til den konkret udbudte anskaffelse”, og at ordregiveren vil evaluere ”de indkomne tilbud i henhold til tildelingskriteriet ”Laveste pris” og tildeler kontrakten til den leverandør, der har afgivet den laveste pris for den konkrete anskaffelse”.

De justerede mængder har også haft til formål at optimere konkurrencen om de konkrete ydelser, der medførte de største prisudsving under den oprinde-

lige afgivelse af tilbud på rammeaftalen. Fastholdelse af de oprindelige mængder ville resultere i, at nogle lejere skulle betale en betydeligt højere udgift ved istandsættelse ved fraflytning. Ordregiverne under rammeaftalen kan vælge kun at indkøbe et udsnit af ydelserne i tilbudslisten i forbindelse med et miniudbud. Vælger en ordregiver således at iværksætte et miniudbud bestående udelukkende af ”førstegangsmaling af vægge”, ville denne ene ydelse skulle vægtes med 100 %.

Albertslund Tømrer og Snedker blev ikke ”låst” af egne priser under rammeaftaleudbuddet, idet miniudbuddet blev gennemført på grundlag af konkrete arbejder. Tilbudsgiverne kunne derfor prissætte ydelserne i tilbudslisten med langt større sikkerhed end under rammeaftaleudbuddet. Det var på tidspunktet for tilbudsgivernes afgivelse af tilbud under rammeaftaleudbuddet kendeligt, at priserne i tilbudslisten var maksimalpriser. Samtlige tilbudsgivere har haft mulighed for at reducere samtlige priser i tilbudslisten, herunder de priser med højere mængdeangivelser, hvor den enkelte tilbudsgivers pris har været mindre konkurrencedygtig. AlmenIndkøb har derfor ikke stillet nogle tilbudsgivere bedre end andre ved ændringen af mængder i tilbudslisten.

Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, eller princippet i bestemmelsen udelukker ikke, at en ordregiver fastsætter vægtninger eller mængdeangivelser af enkelte priselementer, hvor tildelingskriteriet er ”laveste pris”.

Ad påstand 6

Albertslund Tømrer og Snedker har gjort gældende, at AlmenIndkøb har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2 og AlmenIndkøbs egne samhandelsvilkår ved ikke at have givet en begrundelse for tildelingsbeslutningen. Det fremgår af samhandelsvilkårene, at underretningen ved kontrakt-tildeling i forbindelse med et miniudbud skal have et indhold som anført i håndhævelseslovens §§ 2-3, og at der oplyses om begrundelse for tildelingsbeslutningen og om standstill-periodens udløb. AlmenIndkøb har herved givet tilbudsgiverne en berettiget forventning om, at AlmenIndkøb ville overholde håndhævelseslovens §§ 2 og 3, og tilbudsgiverne har herefter – uanset at der er tale om et miniudbud – krav på standstill og en egentlig begrundelse for tildelingsbeslutningen. AlmenIndkøbs e-mail af 27. oktober 2014 indeholder da også information om standstill-perioden, og det må derfor lægges til grund, at AlmenIndkøbs e-mail var ment som en underretning

i henhold til samhandelsvilkårene.

AlmenIndkøbs e-mail af 27. oktober 2014 opfylder ikke håndhævelseslovens krav til en redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Det skal i den forbindelse påpeges, at AlmenIndkøbs pludselige indføring af et vægtningsystem tilsiger, at der må stilles særlige krav til AlmenIndkøbs information af tilbudsgiverne og redegørelse for brug af vægtningen og dens betydning. I anden række gøres det gældende, at AlmenIndkøbs underretning i e-mail af 27. oktober 2014 er i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

AlmenIndkøb har gjort gældende, at den påklagede miniudbudsprocedure ikke er omfattet af den udbudsretlige standstill-forpligtelse efter håndhævelseslovens § 3, stk. 2, nr. 2. Begrundelseskravet har derfor ikke nogen betydning for tidspunktet for, hvornår AlmenIndkøb besluttede at indgå kontrakt. Det forhold, at AlmenIndkøb (Lejerbo København) besluttede at afholde en frivillig standstill-periode, var en aftaleretlig disposition, som ikke er omfattet af klagenævnets kompetence.

Det følger af håndhævelseslovens § 2, at en myndighed – i forbindelse med gennemførelsen af et udbud omfattet af udbudsdirektivet – skal underrette samtlige berørte ansøgere og tilbudsgivere om, hvilke beslutninger myndigheden træffer, herunder beslutningen om tildeling af kontrakt eller indgåelse af en rammeaftale. Det følger endvidere af bestemmelsens stk. 2, at underretning om beslutningen om tildeling af kontrakt skal ledsages af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Begrundelsen skal gøre klageren i stand til at vurdere, om der er grundlag for at klage over udbuddet. Allerede fordi Miniudbud 2 ikke er omfattet af standstill-forpligtelsen, skal der alene tages hensyn til, om begrundelsen gør Albertslund Tømrer og Snedker i stand til at vurdere, om der er grundlag for at klage over AlmenIndkøbs tildelingsbeslutning af 27. oktober 2014, og om begrundelsen iværksætter en 30-dages klagefrist regnet fra dagen efter den dag, hvor AlmenIndkøb har underrettet de berørte tilbudsgivere om, at der er indgået en kontrakt baseret på en rammeaftale med genåbning af konkurrencen er indgået, jf. håndhævelseslovens § 7, stk. 2, nr. 2.

Albertslund Tømrer og Snedker har indgivet klage på grundlag af den modtagne begrundelse og anmodede ikke forinden om en uddybende begrundelse eller om aktindsigt i de dokumenter, som lå til grund for tildelingsbeslut-

ningen. En mangelfuld begrundelse kan i øvrigt ikke i sig selv medføre, at en tildelingsbeslutning annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 2-5

Klagenævnet har valgt at behandle påstand 2-5 sammen, da de alle vedrører AlmenIndkøbs ændring af vægtningen/"Mængde" fra Miniudbud 1 til Miniudbud 2.

Tilbudsgiverne skulle under rammeaftaleudbuddet udfylde en tilbudsliste med angivelse af pris på en række ydelser, f.eks. "Maling af vægge 1 gang pr. m²...", "Maling af vægge 2. gang pr. m²..." osv. AlmenIndkøb havde i kolonnen "Mængde" ud for langt hovedparten af malerydelserne anført "12". Det fremgår af tilbudslistens indledning, at kolonnen "Mængde" indeholder delvægtninger af de enkelte priser inden for hver ydelseskategori. Dette blev endvidere bekræftet af AlmenIndkøb ved besvarelse af spørgsmålet under udbuddet om, hvad "Mængde" i prisarket betød. Hertil var svaret: "Kolonnen "Mængde" i prisarket angiver, hvor meget den enkelte pris ud af i alt 1.000 point vægter ved evaluering. De anførte "mængder" har således alene betydning i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud".

Enheden "12" i kolonnen "Mængde" havde således ikke noget at gøre med antallet af m², der skulle males, men derimod, at den m²-pris, som tilbudsgiveren tilbød på den enkelte ydelse, vægtede 1,2 % (12:1000x100) ved evalueringen. Tilbuddene under rammeaftaleudbuddet blev således afgivet på grundlag af en hypotetisk vægtning alene til brug for evalueringen.

Det fremgår af udbudsbetingelserne for rammeaftalerne, bilag VI "Retningslinjer for tildeling", punkt 1.2.2. (i), at tildeling ved miniudbud skal ske "med eventuelle nødvendige præciseringer af vilkår". Denne formulering svarer i vidt omfang til udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, 2. pind. Det er desuden anført, at "[g]rundlaget for leverandørernes afgivelse af tilbud under et miniudbud udgøres af den til udbudsmaterialet hørende tilbudsliste for den relevante Entreprise med de yderligere oplysninger, som ordregiver måtte angive". Det anføres yderligere, at tilbudsgiverne skal indlevere "en revideret tilbudsliste med reviderede priser i relation til den konkrete udbud-

te anskaffelse”, og at ordregiveren vil evaluere ”de indkomne tilbud i henhold til tildelingskriteriet ”Laveste pris” og tildeler kontrakten til den leverandør, der har afgivet den laveste pris for den konkrete anskaffelse”.

Tilbudsgiverne måtte herefter påregne, at udbudsbetingelserne, herunder tilbudslisten, ved et senere miniudbud i et vist omfang ville blive ændret i forhold til betingelserne under rammeaftaleudbuddet – også i lyset af, at den overvejende del af ydelserne i tilbudslisten havde den samme vægtning, nemlig ”12”, og at tilbudsgiverne var bekendte med, at udbuddet omfattede mange rammeaftaler.

Efter det anførte var AlmenIndkøb berettiget til at ændre vægtningen af de enkelte ydelser ved Miniudbud 2, således at den afspejlede karakteren og omfanget af den konkrete anskaffelse. AlmenIndkøb har derfor været berettiget til at iværksætte et miniudbud, hvor det af tilbudslisten fremgik, at der i overvejende grad ville blive lagt vægt på ydelserne under punkt 7 ”Maling af vægge 1 gang pr. m2...” og 8 ”Maling af vægge 2. gang pr. m2...”, idet disse ydelser må antages at være de oftest forekommende ved istandsættelse af lejligheder ved fraflytning. Den ændrede vægtningen kan ikke karakteriseres som væsentlig og dermed en overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, idet det var en præcisering i forhold til den konkrete anskaffelse. Da alle tilbudsgivere har afgivet tilbud på samme grundlag – en tilbudsliste med en ændring af vægtningen i forhold til rammeaftaleudbuddet – og under samme forudsætninger, herunder at det ikke var muligt at hæve priserne på de enkelte ydelser i forhold til rammeaftaleudbuddet, men alene sænke disse, har AlmenIndkøb heller ikke overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Den fastsatte vægtning under Miniudbud 2 medførte ikke, at AlmenIndkøb ændrede tildelingskriterium eller indførte underkriterier. Tildelingskriteriet under rammeaftaleudbuddet og Miniudbud 1 var ”laveste pris”, og det var fortsat ”laveste pris” under Miniudbud 2. AlmenIndkøb har herefter heller ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2.

Klagenævnet tager herefter ikke påstandene til følge.

Ad påstand 1

En ordregiver kan annullere et udbud, hvis annulationen ikke forfølger et

formål, som er i strid med ligebehandlingsprincippet eller på anden måde usagligt.

AlmenIndkøb har begrundet annulationen med, at AlmenIndkøb efter gennemførelsen af rammeaftaleudbuddet og Miniudbud 1 kunne konstatere, at de oprindeligt anførte ”mængder” i tilbudslisten i praksis medførte en stor prisstigning for så vidt angik visse af fraflytningsydelserne, nemlig malerydelserne. En fraflyttet lejer, der kun skulle have malet, ville således blive ramt af en uforholdsmæssig stor stigning. Grundlaget for annulationen var således en uhensigtsmæssighed i tilbudslisten, som førte til en uacceptabel prissætning af de efterspurgte istandsættelsesydelser.

Med den anførte begrundelse og under hensyn til det, der er anført om, at AlmenIndkøb var berettiget til at ændre vægtningen, jf. ovenfor ad påstand 2-5, har beslutningen om annulation af Miniudbud 1 ikke været i strid med princippet om ligebehandling eller på anden måde usaglig.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 6

Det følger af den tidligere lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 2, 1. punktum, jf. stk. 1, nr. 2, at en underretning om en tildelingsbeslutning skal være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Da tildelingskriteriet var ”laveste pris”, og da AlmenIndkøb ved underretningen om tildelingsbeslutningen medsendte en liste, som viste, hvem der havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, hvilket tilbud der var nr. 2, hvilket der var nr. 3 osv., finder klagenævnet, at begrundelseskravet var opfyldt.

Det bemærkes, at Albertslund Tømrer og Snedker indgav klage til Klagenævnet for Udbud den 23. oktober 2014, mens AlmenIndkøb først ved e-mail af 27. oktober 2014 underrettede tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen. Indholdet af AlmenIndkøbs underretning har således i øvrigt ikke konkret haft betydning for Albertslund Tømrer og Snedkers beslutning om at klage.

Herefter, og da der ikke er grundlag for at konstatere, at AlmenIndkøb i den forbindelse har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed, tager

klagenævnet ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

HRH Albertslund Tømrer og Snedker A/S skal i sagsomkostninger til AlmenIndkøb v/ Lejerbo (Administrationsorganisationen) betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig