

## Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Kaj Kjærsgaard, Niels Henriksen)

J.nr.: 2005-0003146

19. december 2005

### K E N D E L S E

Kirkebjerg A/S  
(selv)

mod

Hovedstadens Sygehusfælleskab  
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse af 1. april 2005 udbød Hovedstadens Sygehusfællesskab som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en bygge- og anlægskontrakt vedrørende renoveringen/udskiftningen af eksisterende ventilationsanlæg på Hvidovre Hospital.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 9. maj 2005 havde 13 virksomheder anmodet om prækvalifikation.

Den 19. maj 2005 besluttede indklagede at prækvalificere følgende virksomheder:

1. Kirkebjerg A/S.
2. Alvent A/S.
3. E. Klink A/S.
4. Glenco A/S.
5. YIT A/S.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 24. maj 2005, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 4. juli 2005 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 18. juli 2005 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Kirkebjerg A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 2. august 2005. Indklagede har oplyst, at entreprisen er under udførelse.

Den 18. juli 2005 indgav klageren, Kirkebjerg A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hovedstadens Sygehusfællesskab. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse den 18. juli 2005 anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 28. juli 2005 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været skriftligt behandlet.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved ikke at afvise klagerens tilbud, uagtet dette tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelserne, idet tilbudet indeholdt en unormalt lav pris.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved ikke at prissætte de manglende poster i klagerens tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved ikke at vurdere tilbudene på grundlag af det fastsatte tildelingskriterium »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med dertil hørende 4 underkriterier, idet indklagede valgte frit mellem de modtagne tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 18. juli 2005 om at indgå kontrakt med klageren.

Klagenævnet har endvidere besluttet at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 5

Om indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at anføre, at lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud indenfor bygge- og anlægssektoren var gældende for udbudet, uagtet udbudet blev gennemført efter direktiv 2004/18/EF om samordning af frem-

gangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

#### Spørgsmål 6

Om indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved i udbudsbekendtgørelsen under »Option« at fastsætte følgende: »Udbyder forbeholder sig ret til at vælge samme hovedentreprenør til at udføre de efterfølgende etaper«.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har erkendt overtrædelsen anført i spørgsmål 5.

I indklagedes skrivelse af 24. maj 2005 til de prækvalificerede virksomheder, der er en del af udbudsbetingelserne, hedder det:

»Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, lov nr. 450 af 07/06/2001 er gældende for udbudet.«

I udbudsbetingelserne er i afsnit 1.2.8. anført følgende:

#### » Tildelingskriterier

Jævnfør FB § 2 stk. 7 er tildelingskriterierne økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på pris kvalitet og kompetence.

Entreprenøren skal aflevere nedenstående materiale som vil indgå i vurderingen med den angivne vægtning.

- |    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |      |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| 1. | Tilbudspris jr. tilbudsliste (TBL)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 60 % |
| 2. | Lister med angivelse af produktvalg (materialekvalitet) for de anførte komponenter jf. tilbudslisten                                                                                                                                                                                                                                                                  | 20 % |
| 3. | Der skal vedlægges en organisationsplan som viser hvordan opgaveløsningen planlægges.<br>Der skal vedlægges en kort beskrivelse af hvordan opgaven planlægges løst såvel ressourcemæssigt som tidsmæssigt.<br>Der skal vedlægges CV for nøglepersoner på opgaven.<br>Eventuelle underentreprenørers kompetence og erfaring med tilsvarende opgaver skal dokumenteres. | 15 % |
| 4. | Entreprenørens ansvarlige projektleder og andre nøglepersoner skal deltage i et interview med bygherren og rådgiveren i uge 28. Der tages udgangspunkt i den vedlagte beskrivelse af opgavens løsning.                                                                                                                                                                | 5 %« |

Tilbudssummerne i de 5 afgivne tilbud var følgende:

1. Kirkebjerg A/S 16.564.235 kr.
2. Alvent A/S 26.666.800 kr.
3. E. Klink A/S 24.124.252 kr.
4. Glenco A/S 27.426.440 kr.
5. YIT A/S 28.251.619 kr.

Klageren har i sit klageskrift oplyst følgende:

»På baggrund af de oplæste tilbudssummer iværksatte Kirkebjerg A/S en intern granskning af vort tilbud og fandt at der var sket en del åbenlyse fejl. Bygherren havde i fremsendte rettelsesblade nr. 1, 2 og 3 bedt om at få påført og prissat en del punkter som delvis var teknisk beskrevet i udbudsmaterialet men ikke var opført i den fremsendte tilbudsliste. Disse punkter repræsenterede en ikke uvæsentlig del af den samlede tilbudssum.

Kirkebjerg A/S har fejlagtigt kun fået påført tilbudslisten punkterne som relaterer sig til el-arbejder og mangler at påføre alle punkterne som relaterer sig til VVS- og ventilationsarbejder for rettelsesbladene 1 og 2.

.....

Disse poster er i hovedsagen:

#### Rettelsesblad 1 af den 10. juni 2005

En del poster ang. varmegenindvinding var oprindeligt specificeret under VVS arbejder og påført tilbudslisten under VVS arbejder. Omfanget af dette arbejde var beskrevet mangelfuldt, hvor de dyre delkomponenter ikke var medtaget, hvorfor dette i rettelsesbladet blev korrigeret så den fulde ydelse incl. de dyre komponenter kom med. Denne ydelse skulle nu påføres tilbudslisten for ventilation. Dette har vi ikke gjort, derfor mangler vi den samlede ydelse for punktet.

#### Rettelsesblad 2 af den 16. juni 2005

I dette er der igen en del poster som bygherren ..... ønsker ændret og præciseret, samt nye poster som også repræsenterer større beløb. Disse ting har vi desværre heller ikke reageret på.

.....

Beløbsmæssigt drejer det sig efter vores opfattelse om ca. 1.760.000,00 kr. på disse poster. Det er med baggrund i ovenstående klart og tydeligt at det af Kirkebjerg A/S afleverede tilbud ikke opfylder de af bygherren opstillede ønsker med hensyn til indhold og omfang.

Beløbet som mangler er efter vores opfattelse af en størrelse som det vil være umuligt for bygherren at kapitalisere for derigennem at gøre tilbudene ligeværdige.

Ydermere var der en fejl [i] vort tilbud som gjorde at vi manglede at indregne ca. 10.000 mandetimer hvilket udgør et beløb på ca. 3.570.000,00 kr. Dette tal er oplyst på forsiden af tilbudslisten og er åbenlyst for lavt.

Umiddelbart efter licitationstidspunktet den 5. juli 2005 gjorde vi bygherrens rådgiver opmærksom på at vi manglede at indregne disse timer, og af brev af den 12. juni redegjorde vi yderligere for fejlene i vort tilbud. (Bilag 5 og 6, kopi af breve)

Med baggrund i ovennævnte mener vi det må være klart for bygherren at han har modtaget et unormalt lavt tilbud som han ikke kan antage idet dette indeholder så åbenlyse mangler at det er ukonditionsmæssigt og derfor bør tilsidesættes.«

Indklagede har vedrørende spørgsmål 6 i en skrivelse af 7. december 2005 anført følgende:

»Det omhandlede projekt består af ca. 5 etaper med arbejder af meget ensartet karakter. Det var derfor oprindeligt planen at holde muligheden åben for at kunne anvende den samme entreprenør til de efterfølgende etaper, så der kunne gøres brug af den erfaring som oparbejdes under udførelsen. Imidlertid blev det tidligt besluttet, at de følgende etaper skulle udbydes i EU-udbud, hvorfor en nærmere detaljering af kriterierne for overtagelse af de næste etaper ikke blev indarbejdet.«

Klageren har ved skrivelse af 6. december 2005 tilbagekaldt klagen. Klagenævnet har imidlertid besluttet desuagtet at færdigbehandle klagen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Ved sin stillingtagen til tilbudet skulle indklagede i første omgang uanset tilbudsprisen tage stilling til, om klagerens tilbud fremtrådte på en sådan måde, at det indeholder et eller flere forbehold i forhold til udbudsbetingelserne. Hvis der i tilbudet var taget forbehold, skulle indklagede vurdere, om

dette forbehold eller disse forbehold vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. I bekræftende fald var indklagede forpligtet til at afvise tilbudet.

Klagenævnet har ved en gennemgang af klagerens tilbud sammenholdt med udbudsbetingelserne konstateret, at tilbudet ikke fremtræder på en sådan måde, at det indeholder forbehold i forhold til udbudsbetingelserne. Indklagede har således ikke været forpligtet til at afvise tilbudet på grund af forbehold.

Det følger af det anførte, at indklagede herefter har skullet behandle klagerens tilbud efter de regler, der gælder for unormalt lave tilbud, såfremt indklagede fandt det unormalt lavt. Dette indebærer, at indklagede nok havde ret til at afvise tilbudet på grund af den unormalt lave pris, men ikke havde pligt til at afvise det.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

#### Ad påstand 2

Som anført ad påstand 1 indeholdt klagerens tilbud ikke noget forbehold. Som følge heraf tages påstanden ikke til følge.

#### Ad påstand 3

Efter de oplysninger om indklagedes vurdering af de 5 tilbud, som Klagenævnet har tilvejebragt fra indklagede, er det intet grundlag for at antage, at indklagede ikke har vurderet tilbudene i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium »det økonomisk mest fordelagtige bud« på grundlag af de fastsatte 4 underkriterier. Påstanden tages derfor ikke til følge.

#### Ad spørgsmål 5

Udbudet er gennemført som et pligtmæssigt udbud efter udbudsdirektivet, og indklagede har derfor handlet i strid med udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at anføre, at lov om indhentning af tilbud indenfor bygge- og anlægssektoren finder anvendelse, jf. herved denne lovs § 1, stk. 1, nr.1.

### Ad spørgsmål 6

Klagenævnet har forstået indholdet i indklagedes skrivelse af 7. december 2005 således, at det er en fejl, at den pågældende passus er blevet medtaget i udbudsbetingelserne i deres endelige udformning. Indklagede har således handlet i strid med EU-udbudsreglerne som anført i spørgsmålet ved at medtage den pågældende passus i udbudsbetingelserne, uanset at det anførte som oplyst ikke skulle være gældende for udbudet.

### Ad påstand 4

De overtrædelser, som Klagenævnet har konstateret ad spørgsmål 5 og 6, kan ikke begrunde, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning af 18. juli 2005 om at indgå kontrakt med klageren.

### Herefter bestemmes:

#### Spørgsmål 5

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at anføre, at lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud indenfor bygge- og anlægssektoren var gældende for udbudet, uagtet udbudet blev gennemført efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

#### Spørgsmål 6

Indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved i udbudsbekendtgørelsen under »Option« at fastsætte følgende: »Udbyder forbeholder sig ret til at vælge samme hovedentreprenør til at udføre de efterfølgende etaper«.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, 2, 3 og 4.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach  
kontorfuldmægtig