

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Wayne Jensen, Iver Pedersen)

J.nr.: 03-82.138

11. august 2003

K E N D E L S E

Kruse & Mørk A/S
(advokat Erik Braad, Fjerritslev)

mod

Jetsmark Energiværk A.m.b.a.
(advokat Mads Balsby Wilkens, Aalborg)

Den 14. august 2002 udbød indklagede Jetsmark Energiværk A.m.b.a. i begrænset licitation i henhold til lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tilbudsloven) fagentrepriserne ved opførelse af en tilbygning. Klageren, Kruse & Mørk A/S, fik tildelt el-entreprisen. Tilbygningen skulle anvendes til brug for en yderligere kraftvarme-motor, som indklagede havde besluttet at anskaffe.

Ved breve af 21. august 2002 indhentede indklagede yderligere tilbud på en entreprise vedrørende tavle- og SRO-anlæg, dvs. levering og montering af et styringsanlæg til den nye motor, bestående af hardware og software. Klageren indgav tilbud vedrørende denne entreprise, men fik ikke tildelt kontrakten.

Den 3. februar 2003 har klageren, Kruse & Mørk A/S, klaget over indklagede, Jetsmark Energiværk A.m.b.a. Klagen har været behandlet på et møde den 2. juni 2003.

Klageren har nedlagt påstand om, at Klagenævnet skal konstatere, at licitationen iværksat den 21. august 2002 vedrørende tavle- og SRO-anlæg er

sket i strid med tilbudsloven og bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

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

Af skriftvekslingen og parternes tilkendegivelser under den mundtlige forhandling er fremgået, at sagen omfatter følgende spørgsmål:

Spørgsmål 1

Om indklagede er en offentligretlig ordregiver i henhold til artikel 1, b i direktiv 93/37 med senere ændringer om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (Bygge- og anlægsdirektivet), således at indklagede er omfattet af tilbudslovens § 1, stk. 2.

Spørgsmål 2 (subsidiært i forhold til spørgsmål 1)

Om indklagede ved udbudet af entreprisen vedrørende tavle- og SRO-anlæg tilkendegav, at tilbudsloven skulle finde anvendelse, således at udbudet af denne entreprise er omfattet af tilbudsloven i medfør af tilbudslovens § 1, stk. 4.

Spørgsmål 3

Om entreprisen vedrørende tavle- og SRO-anlæg skal anses for en bygge- og anlægsopgave, der er omfattet af tilbudsloven.

Spørgsmål 4

Om indklagedes indhentning af tilbudene vedrørende tavle- og SRO-anlæg skete i form af en licitation.

Spørgsmål 5

Om indklagede ved tildelingen af entreprisen vedrørende tavle- og SRO-anlæg har overholdt tilbudslovens § 6.

Sagens omstændigheder i hovedtræk:

Licitationsbetingelserne vedrørende opførelsen af tilbygningen blev sendt til de indbudte virksomheder ved udbudsbreve af 14. august 2002 fra indklagedes tekniske rådgiver, JPH-Rådgivning A/S (JPH).

I udbudsbrevene var angivet, at tilbudsloven var retningsgivende, og tilbudsloven var gengivet som bilag til licitationsbetingelsernes fællesbetingelser. Desuden var i udbudsbrevene angivet, at økonomien i henhold til tilbudslovens § 8, stk. 2, vægtede 90%, og en tilsvarende bemærkning var indeholdt i fællesbetingelserne i forbindelse med disses gengivelse af tilbudsloven. Dette var efter det oplyste ment som en tilkendegivelse i medfør af tilbudslovens § 1, stk. 4, om at tilbudsloven fandt anvendelse, og om at udbudet skete i form af licitation med det økonomisk mest fordelagtige tilbud som tildelingskriterium.

Ved breve af 21. august 2002 fra JPH blev nogle virksomheder, herunder klageren, inviteret til at give tilbud på entreprisen vedrørende tavle- og SRO anlæg. Hverken tilbudsloven eller noget egentligt tildelingskriterium blev nævnt i udbudsbrevene. Derimod blev det angivet, at bygherren forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud ud fra en samlet vurdering af pris og kvalitet. Fællesbetingelserne vedrørende tilbygningen blev medsendt. Som ovenfor omtalt indeholdt disse fællesbetingelser som bilag en gengivelse af tilbudsloven og i forbindelse hermed en bemærkning om, at økonomien vægtede 90% i henhold til tilbudslovens § 8, stk. 2. I fællesbetingelserne var entreprisen vedrørende tavle- og SRO-anlæg nævnt i en opregning af byggeriets entrepriser.

Klagerens tilbud vedrørende tavle- og SRO-anlægget blev afgivet 30. august 2003. Der blev desuden afgivet tilbud af to andre virksomheder. Klagerens tilbud havde den laveste tilbudspris. Efter det oplyste blev tilbudene vedrørende udførelsen af tavle- og SRO-anlæg åbnet i forbindelse med åbningen af tilbudene vedrørende tilbygningen, og priserne i disse tilbud blev ligesom tilbudspriserne vedrørende tilbygningen oplæst i forbindelse med åbningen.

Klagerens tilbud vedrørende tavle- og SRO-anlæg angik som styresystem programmet Rockwell type RS Wiev 32. Efter forskellig kontakt mellem

klageren og JPH blev der den 25. september 2002 holdt et møde mellem klageren og JPH. Under mødet oplyste klageren, at man som styresystem kunne levere programmet IGSS version 4.1 mod en merpris på ca. 50.000 kr.

Samme dag blev der holdt et møde vedrørende tavle- og SRO-anlægget mellem JPH og en anden tilbudsgiver, Nordland Automatic A/S (Nordland). Nordland havde i sit tilbud som styresystem angivet IGSS version 4.1 installeret med to licenser. Under mødet oplyste Nordland, at prisen kunne nedsættes med ca. 90.000 kr., hvis man kunne nøjes med en enkelt licens. Nordland oplyste videre, at RS Wiev 32 var ca. 45.000 kr. billigere end IGSS version 4.1, og at der kunne spares ca. 40.000 kr. på kursusvirksomhed.

Nordland afgav derefter et revideret tilbud (dateret 27. august 2002, efter det oplyste ved en fejl).

JPH foretog herefter en evaluering af klagerens og Nordlands tilbud vedrørende tavle- og SRO-anlægget på grundlag af disse tilbudsgiveres oplysninger under de nævnte møder og Nordlands reviderede tilbud. Evalueringen udviste, at Nordlands tilbudspris nu var den laveste, uanset hvilket af de to omtalte styresystemer man valgte.

Indklagede besluttede derefter at indgå kontrakt med Nordland, hvilket JPH ved brev af 2. oktober 2002 gav klageren underretning om. Der blev ikke givet nogen begrundelse i brevet. På forespørgsel fra klageren gav JPH i et brev af 15. oktober 2002 til klageren som begrundelse, at Nordlands tilbud var det bedste.

Ud over de omtalte bilag er bl.a. fremlagt indklagedes vedtægter.

De afgivne forklaringer:

Der er afgivet forklaringer af Jørgen Mørk og Bo Christensen som repræsentanter for klageren, af Ib Hansen som repræsentant for JPH og af Ole Olesen som repræsentant for indklagede.

Fra disse forklaringer nævnes:

Fra Jørgen Mørks forklaring: Ved åbningen af tilbudene var en repræsentant for klager tilstede. Denne repræsentant har oplyst, at tilbudspriserne vedrørende tavle- og SRO-anlægget blev læst op ved åbningen af tilbudene, og at det fremgik, at klagerens tilbudspris var den laveste. På et tidspunkt fik klageren fra Ib Hansen kontrakter til underskrift både vedrørende el-entreprisen og vedrørende udførelsen af tavle- og SRO-anlægget. Klageren underskrev kontrakterne og forstod det sådan, at man havde fået tildelt begge entrepriser. Desuden var klagers medarbejder Bo Christensen nogle gange hos indklagede for at drøfte forskellige spørgsmål vedrørende tavle- og SRO-anlægget, hvilket var en bekræftelse af, at man havde fået tildelt denne entreprise. På et tidspunkt bad Ib Hansen om en pris på et andet styresystem. Klager deltog i et møde med JPH, hvor klager oplyste en pris for dette. Man blev ikke bedt om andet. Senere oplyste Ib Hansen, at ordren vedrørende tavle- og SRO-entreprisen var gået til en anden virksomhed. Klager fandt herefter bygherren utroværdig og ønskede derfor at komme ud af kontrakten vedrørende el-entreprisen, som man havde fået tildelt. Det endte dog med, at klager efter rådgivning valgte at udføre denne entreprise. Det må have været forudbestemt fra begyndelsen, at Nordland skulle have entreprisen vedrørende tavle- og SRO-anlæg, og klager er blevet påført væsentlige udgifter i den anledning.

Fra Bo Christensens forklaring: Han deltog i mødet med JPH den 25. september 2002. Klager blev ikke opfordret til at nedsætte prisen. Klagerens tilbud omfattede et såkaldt OP-panel, der ikke var en del af udbudsgrundlaget, og han mener ikke, at dette er med i Nordlands tilbud. Den pågældende post i klagerens tilbud er imidlertid medtaget i JPH's sammenligning af klagerens og Nordlands tilbud under betegnelsen »Øvrige arbejder«.

Fra Ib Hansens forklaring: Man indhentede underhåndsbud på den nye motor. Man fandt en motor og designede derefter den bygning, den skulle

stå i. En del af opgaverne blev udsendt i licitation og en del som underhåndsbud. Udførelsen af tavle- og SRO-anlæg blev således udsendt i underhåndsbud, da tilbud vedrørende software er usammenlignelige. Man valgte at lade tilbudsloven gælde for bygningsentrepriserne, da der var tale om en bygge- og anlægsopgave. Med hensyn til tavle- og SRO-anlægget lod man jo netop ikke tilbudsloven gælde. Licitationen vedrørende tilbygningen foregik ved, at tilbudsgiverne kom ind og afleverede deres tilbud. Derefter læste man tilbudspriserne højt, og tilbudsgiverne kunne notere priserne på nogle udleverede lister. Tavle- og SRO-delen var ikke med på disse lister. Man åbnede imidlertid også tilbudene vedrørende tavle- og SRO-delen, da nogen må have bedt om det, men man oplyste, at disse tilbud blev afgivet i underhåndsbud og ikke var med i licitationen. Tilbudsgiverne vedrørende tavle- og SRO-anlægget bortset fra klageren var heller ikke til stede. I første omgang opfattede man klagerens tilbud med hensyn til tavle- og SRO-delen som billigst, og det var derfor, at man på et tidspunkt fik klagerens underskrift på en kontrakt. Derefter blev man imidlertid opmærksom på, at der var væsentlig forskel på de tilbudte styresystemer. Nordlands styresystem havde en lang række fordele, men var også dyrere end klagerens. Hertil kom, at Nordland i sit tilbud havde medregnet to licenser for styresystemet, selvom en enkelt licens var tilstrækkelig. Desuden havde Nordland medregnet nogle kursusudgifter, der ikke var nødvendige. Dette skyldtes tilsyneladende, at Nordland havde overset et rettelsesblad, af hvilket det fremgik, at de pågældende kurser ikke skulle holdes. Man ønskede imidlertid sammenlignelige tilbud for at kunne vælge det billigste. Derfor bad man klager om en pris på Nordlands styresystem, ligesom man bad Nordland om en pris for en enkelt licens for klagerens styresystem. Man holdt møderne 25. september 2002 for at få afklaret forskellige spørgsmål. Det var på ingen måde besluttet fra begyndelsen, at Nordland skulle have kontrakten. Det var ikke tale om en sparerunde, men kun om, at tilbudene skulle gøres sammenlignelige. Det er rigtigt, at Nordland kendte klagers tilbud. Nordland har serviceret indklagedes gamle anlæg, hvorimod der ikke tidligere har været kontakt mellem klager og indklagede. Man endte med at vælge IGSS som styresystem. Prisen blev lavere end i Nordlands reviderede tilbud, da Nordland gav en ekstra rabat.

Fra Ole Olesens forklaring: Han har været formand for indklagede siden indklagedes etablering i 1990. Indklagede er udelukkende privat finansieret. Man modtager ingen tilskud fra nogen. Der er ingen offentlig indblanding i indklagedes ledelse og har aldrig været det. Han deltog i møderne den 25. september 2002. Man viste ikke klagers tilbud til Nordland eller fortalte om det i enkeltheder. Man har ikke noget kammerateri el. lign. med Nordland, og klageren og Nordland fik ens behandling.

Parternes anbringender

Vedrørende spørgsmål 1

Klageren har i klageskriftet gjort gældende, at indklagede er et offentligretligt organ, der er omfattet af Bygge- og anlægsgesetzets artikel 1, b og dermed af tilbudslovens § 1, stk. 2. Klageren har ikke gentaget dette anbringende under den mundtlige forhandling, men har på forespørgsel heller ikke udtrykkeligt frafaldet det.

Indklagede har gjort gældende, at man ikke er omfattet af Bygge- og anlægsgesetzets artikel 1, b.

Vedrørende spørgsmål 2

Klageren har gjort gældende, at JPH's udbudsbrev vedrørende tavle- og SRO-anlægget må forstås som en tilkendegivelse i medfør af tilbudslovens § 1, stk. 4, om at tilbudsloven skulle gælde for denne entreprise, hvorfor tilbudsloven er gældende for entreprisen.

Indklagede har gjort gældende, at man ikke har tilkendegivet, at tilbudsloven skulle gælde for entreprisen vedrørende tavle- og SRO-anlægget.

Vedrørende spørgsmål 3

Klageren har gjort gældende, at entreprisen vedrørende tavle- og SRO-anlægget er en bygge- og anlægsgørelse som følge af, at anlægget indgår som en integreret del af bygningen. Klageren har videre gjort gældende, at entreprisens karakter af bygge- og anlægsgørelse allerede fremgår af indklagedes tilkendegivelse om, at tilbudsloven skulle gælde for entreprisen.

Indklagede har gjort gældende, at entreprisen vedrørende tavle- og SRO-anlægget ikke er en bygge- og anlægsopgave, men at entreprisen alene angår teknisk udstyr, hvorfor den ikke er omfattet af tilbudsloven.

Vedrørende spørgsmål 4

Klageren har gjort gældende: Indklagede angav ikke klart, om der var tale om licitation eller indhentning af underhåndsbud vedrørende tavle- og SRO-anlægget, og forholdet er uklart. Hvis det antages, at der har været tale om en licitation, er det klart, at indklagede har overtrådt tilbudslovens § 6.

Indklagede har gjort gældende: Der var klart tale om underhåndsbud med hensyn til tavle- og SRO-anlægget, og klageren har da heller ikke på noget tidspunkt tilkendegivet, at man opfattede udbudet af entreprisen vedrørende dette anlæg som en licitation.

Vedrørende spørgsmål 5

Klageren har gjort gældende: Uanset om der har været tale om licitation eller underhåndsbud vedrørende tavle- og SRO-anlægget, har indklagede overtrådt tilbudslovens § 6 ved, at man ikke gav klageren samme mulighed som Nordland for at gennemgå sit tilbud og finde besparelser. Endvidere fremgår det ikke klart, hvordan Nordland nåede frem til besparelserne, og indklagede gav ikke klageren en fyldestgørende begrundelse for valget af Nordland. Hele forløbet har været stærkt uigennemsigtigt, og uklarheden med hensyn til, om der har været tale om licitation eller underhåndsbud må medføre skærpede krav til indklagedes håndtering af udbudet.

Indklagede har gjort gældende: Man har ikke forskelsbehandlet klageren i forhold til Nordland. Forhandlingsforløbet gik kun ud på at gøre tilbudene sammenlignelige, og det kan ikke komme indklagede til skade, at Nordland har valgt at spare.

Klagenævnet udtaler:

Ad spørgsmål 1

Der er ikke oplyst noget grundlag for at anse indklagede for et offentligretligt organ i henhold til artikel 1, b i Bygge- og anlægsdirektivet, og Klagenævnet lægger derfor til grund, at indklagede ikke et sådant offentligretligt organ. Indklagede er herefter ikke omfattet af tilbudslovens § 1, stk. 2.

Ad spørgsmål 2

Tilbudslovens § 1, stk. 4, må forstås sådan, at de tilkendegivelser, der omtales i bestemmelsen, kun er udtrykkelige og utvetydige tilkendegivelser. Indklagede (eller indklagedes rådgiver på indklagedes vegne) afgav imidlertid ikke en udtrykkelig og utvetydig tilkendegivelse, om at tilbudsloven eller regler i den skulle finde anvendelse med hensyn til entreprisen vedrørende tavle- og SRO-anlæg. Tilbudsloven finder herefter ikke anvendelse på denne entreprise i medfør af lovens § 1, stk. 4.

Tilbudsloven finder således i det hele ikke anvendelse på entreprisen vedrørende tavle- og SRO-anlæg. Klagenævnet er herefter ikke kompetent til at behandle klagen, hvorfor klagen afvises, uden at Klagenævnet har anledning til at tage stilling til spørgsmålene 3-5.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Det pålægges ikke indklagede, Jetsmark Energiværk A.m.b.a., at betale sagsomkostninger til klageren, Kruse & Mørk A/S.

Klagegebyret tilbagebetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig