

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Niels Sørensen, Kent Petersen)

J.nr.: 2008-0016967

10. september 2008

K E N D E L S E

LK Gruppen A/S
(advokat Per Dalskov, København)

mod

Københavns Kommune
(advokat Andreas Christensen, København)

Den 3. januar 2008 iværksatte Københavns Kommune en begrænset licitation efter Tilbudsloven vedrørende en entreprise omfattende etablering af havnepromenaden langs Havnegade i København på strækningen mellem Niels Juelsgade og Nyhavn.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 4. februar 2008 havde 11 virksomheder anmodet om at blive prækvalificeret, hvoraf følgende 5 virksomheder den 13. marts 2008 blev prækvalificeret:

1. CG Jensen A/S
2. LK Gruppen A/S
3. MT Højgaard A/S
4. Per Aarsleff A/S
5. Zacho-Lind A/S.

Licitationsbetingelserne blev udsendt til de prækvalificerede virksomheder samme dag. Tildelingskriteriet er i licitationsbetingelserne fastsat til laveste pris.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud – oprindeligt fastsat til den 21. april 2008, senere ændret til den 30. april 2008 – havde alle 5 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud således:

1. CG Jensen A/S	17.780.000,00 kr.
2. LK Gruppen A/S	17.429.503,97 kr.
3. MT Højgaard A/S	17.487.000,00 kr.
4. Per Aarsleff A/S	20.429.100,00 kr.
5. Zacho-Lind A/S.	23.387.602,00 kr.

Den 12. juni 2008 besluttede Københavns Kommune at afvise tilbudet fra LK Gruppen A/S, hvilket blev meddelt ved en skrivelse af samme dag. I skrivelsen hedder det bl.a. : »Det er desværre ikke fundet muligt for os at kapitalisere jeres forbehold vedrørende granitfliser og vi er derfor forpligtet til at afvise jeres tilbud.«

Den 23. juni 2008 indgav klageren, LK Gruppen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Københavns Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, tillægger klagen opsættende virkning. Den 10. juli 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 31. juli 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at følgende passus i tilbudet i forhold til licitationsbetingelserne er et forbehold:

»Under pkt. 08.03. Granitfliser er priser baseret på, at lys flise er Kina 6.33 og mørk flise er 6.54«, uagtet den anførte passus ikke indeholder noget forbehold i forhold til licitationsbetingelserne.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved at afvise klagerens tilbud, fordi tilbudet indeholdt følgende forbehold:

»Under pkt. 08.03. Granitfliser er priser baseret på, at lys flise er Kina 6.33 og mørk flise er 6.54«,

uagtet at indklagede kunne prissætte forbeholdet og derfor var uberettiget til at afvise tilbudet på grund af forbeholdet.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 12. juni 2008 om at afvise klagerens tilbud.

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

Licitationsbetingelserne omfatter bl.a. et dokument betegnet som »Særlige Arbejdsbeskrivelser – SAB«. I dette dokument er i punkt »8.2.7. Fliser« anført følgende:

»8.2.7.1. Granitfliser på torvepladser

Granitfliser skal leveres i størrelser som angivet på belægningsdetaljer tegning 22-11, 22-12 og 22-13. Størrelsen skal afpasses, således at der ved lægningen opnås en fuge på 3-8 mm.

Granitfliserne skal være saveede på alle sider samt jetbrændt på oversiden og stokhugget (1.-grad) på undersiden. Alle kanter affases for at undgå kantafskalninger.

Fliserne skal være i en lys og mørk nuance. Granitprøve kan besigtiges hos bygherren Islands Brygge 37, stuen lokale S 38 efter aftale.

Granitfliserne skal have en bøjningstrækstyrke på min. 18 MPa.

Vandopsugeligheden må ikke være større end 0,15 % (vægtprocent).

Inden bestilling af fliser afleveres en materialeprøve til tilsynet.«

Klagerens tilbud af 30. april 2008 indeholder følgende tekst:

»Forbehold:

Danske Anlægsgartneres Standardforbehold samt Byggeriets Standardforbehold.

Afkastning udføres som terrændæk, samme som Slotsarkaderne i Hillerød.

Vi tager forbehold for svind-revner i betonen, da der ikke skal anvendes net.

At kantsten »Nordland« fra Kina kan godkendes som kantsten.
 Under pkt. 08.03. Granitfliser er priser baseret på, at lys flise er Kina 6.33 og mørk flise er 6.54.«

Ingen af de 4 øvrige tilbud indeholdt en passus svarende til den, som klagerens tilbud indeholdt, og som er anført i påstand 1.

I indklagedes svarskrift af 4. juli 2008 er anført følgende:

»Klagers leverandør har i øvrigt efter tilbudsafgivningen fremlagt prøver på Kina 6.33 og 6.54 for indklagede. I forbindelse med denne fremlæggelse af granitprøverne blev det klart for både indklagede og klagers leverandør, at leverandørens prøver adskilte sig væsentligt fra de prøver, som indklagede havde fremlagt til besigtigelse. Klagers leverandør forsøgte i den forbindelse at få adgang til at udskifte de fremlagte granitprøver, hvilket indklagede naturligvis ikke have mulighed for at acceptere, da dette ville medføre en overtrædelse af udbudsreglerne.«

Klagerens anbringender:

Ad påstand 1

Klageren har i første række gjort gældende, at den passus i klagerens tilbud, der er anført i påstand 1, ikke er et forbehold over for licitationsbetingelserne. Klageren har i anden række for det tilfælde, at Klagenævnet antager, at der foreligger et forbehold, gjort gældende, at det pågældende forbehold kan prissættes, og at indklagede var forpligtet til at prissætte forbeholdet i klagerens tilbud i stedet for at afvise klagerens tilbud.

Klageren har nærmere anført, at betegnelserne »Kina 6.33.« og »Kina 6.54.« er generelle produktbetegnelser i branchen, der identificerer, hvilket kinesisk stenbrud stenen kommer fra, og hvilken farvenuance stenen har, og at det med anvendelse af denne produktbetegnelse, som samtlige leverandører i Kina og i leverandører i Danmark anvender, er muligt for enhver bygherre at identificere, hvilken sten det drejer sig om.

Klageren har herved henvist til indklagedes egne licitationsbetingelser, hvor der på tegning nr. 22H12-12, som er en del af licitationsbetingelserne, er anvendt betegnelsen »G 633«, som svarer til den ene af de betegnelser, som klageren har anvendt i sit tilbud.

Klageren har videre anført, at produktbetegnelserne blev indsat i tilbudet som »en information« til indklagede, idet licitationsbetingelserne – bortset fra at der skal afgives tilbud på en sten med en lys nuance og en sten med en mørk nuance – på dette punkt overlader valget af sten, der afgives tilbud på, til tilbudsgiverne.

Ad påstand 2

Klageren har for det tilfælde, at Klagenævnet antager, at der foreligger et forbehold, gjort gældende, at det pågældende forbehold kan prissættes, og at indklagede var forpligtet til at prissætte forbeholdet i klagerens tilbud i stedet for at afvise klagerens tilbud.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at en overtrædelse som den, der er beskrevet i påstand 1 eller 2, efter sin beskaffenhed begrundes, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med MT Højgaard A/S.

Indklagedes anbringender:

Ad påstand 1 og 2

Indklagede har gjort gældende, at den passus i tilbudet fra klageren, som er citeret i påstand 1, indeholder et forbehold over for licitationsbetingelserne, at det pågældende forbehold ikke kan prissættes, og at indklagede således var forpligtet til at afvise tilbudet fra klageren. Indklagede har endvidere gjort gældende, at indklagede under alle omstændigheder var berettiget til at afvise tilbudet på grund af forbeholdet, uanset om det kan prissættes.

Indklagede har nærmere anført, at betegnelserne »Kina 6.33.« og »Kina 6.54.« ikke er standard produktbetegnelser, at indklagede inden for de rammer, som følger af Tilbudsloven, forgæves forsøgte at finde ud af, hvad de anførte betegnelser dækker, samt at indklagede på denne baggrund vurderede den pågældende passus i klagerens tilbud – som i øvrigt var anført under overskriften »Forbehold« – som et forbehold om, at de tilbødte granitfliser ikke opfyldte de krav, som var fastsat i licitationsbetingelserne.

Indklagede har videre anført, at indklagede, da indklagede ikke var interesseret i at afvise tilbudet fra klageren, som var tilbudet med den laveste tilbudspris, undersøgte, om det var muligt at prissætte det pågældende forbehold, men at indklagede måtte konstatere, at det ikke var muligt at prissætte forbeholdet. Dette skyldes, dels at prissætningen skulle ske i relation til et produkt, som indklagede ikke havde kendskab til, dels at projektet efter licitationsbetingelserne krævede granitfliser, der skal opfylde en række nærmere krav fastsat i licitationsbetingelserne, hvilket indebar, at indklagede ikke kunne basere sin prissætning på standardpriser.

Indklagede har endelig oplyst, at det aldrig har været indklagedes hensigt, at der i licitationsbetingelserne skulle henvises til specifikke produktbetegnelser, idet det i »Særlige Arbejdsbeskrivelser – SAB« i punkt 8.2.7. var bestemt, at der skulle leveres granitfliser, som opfyldte de krav, som indklagede havde fastsat i licitationsbetingelserne. Det er således en fejl i licitationsbetingelserne, at indklagede på tegning nr. 22H12-12, som er en del af licitationsbetingelserne, har henvist til produktbetegnelsen »G 633«. Fejlen skyldes, at indklagedes arkitekt har undladt at fjerne denne henvisning på tegningen, som tidligere har været anvendt i anden sammenhæng. På baggrund af det klare indhold i punkt 8.2.7. i »Særlige Arbejdsbeskrivelser – SAB« kan denne fejl imidlertid ikke tillægges betydning.

Ad påstand 3

Indklagede har henvist til det, der er anført ad påstand 1 og 2.

Klagenævnet udtaler:

Niels Sørensen og Kent Pedersen udtaler:

Ad påstand 1

Klageren har fremlagt en række granitprøver heriblandt prøver på de fliser, som klageren havde angivet i tilbudet. Herudover har indklagede fremlagt de prøver, som tilbudsgiverne kunne besigtige. Disse prøver var udvalgt hos Bent Vangsøe A/S og betegnes TG 34 for den lyse og TG 41 for den mørke.

Direktør Lars Knudsen, LK Gruppen A/S, har forklaret, at ingen fra klageren havde besigtiget prøverne. De relevante dele af licitationsbetingelserne

var tilsendt en række importører af granitprodukter, heriblandt S.A. Granit A/S, Bent Vangsøe A/S og TR-Granit A/S. Disse har vel ca. 80 % af markedet i Danmark. Klageren modtog tilbud fra i hvert fald disse 3, og man valgte den billigste, da tildelingskriteriet var laveste pris. Klageren var ikke i tvivl om forståelsen af licitationsbetingelserne. Der skulle leveres en granitflise i en lys nuance henholdsvis en mørk nuance. Lys og mørk granit er betegnelser der gennem mange år har været anvendt om granit. Der findes også sort granit, men den er dyrere. Han mener at betegnelsen kina-granit er et velkendt udtryk i branchen.

Salgschef Jesper Kruse Markussen, TR-Granit A/S, har forklaret, at granit i branchen sædvanligvis inddeles i rød granit, grå granit med forskellige nuancer i lys og mørk samt sort granit. TR-Granit A/S har formentlig afgivet tilbud til samtlige tilbudsgivere, hvilket er normalt, og alle får tilbudt de samme priser. TR-Granit A/S afgav tilbud til klageren på en lys granit, en mørk granit samt en sort, idet den ene af de prøver, der kunne besigtiges, viste sig at være en sort som den i dag foreviste. Sort granit er sværere at skaffe og derfor betydeligt dyrere end de grå nuancer. Da han var i tvivl, gav han også et tilbud på en sort granit. Efter hans opfattelse er der ingen i branchen, der er i tvivl om betegnelsen Kina 6.33 og Kina 6.54 eller G 6.33 og G 6.54. Han er ikke bekendt med, hvorfor Bent Vangsøe A/S har valgt at anvende sine egne betegnelser.

Ifølge licitationsbetingelserne skulle granitfliser leveres i en lys og en mørk nuance. Klageren har i sit tilbud oplyst, at der er indregnet lys flise Kina 6.33 og mørk flise Kina 6.54. Efter de oplysninger, der foreligger for Klagenævnet – herunder foreviste prøver – findes det ubetænkeligt at lægge til grund, at indklagede og dennes rådgivere ikke kan have været i tvivl om, hvad klagerens tilbud omfattede. Licitationsbetingelserne stiller ikke krav om en bestemt og entydig lys og mørk nuance, men giver et vist spillerum. Det forhold, at der kunne besigtiges en prøve, ændrer ikke herved. Klagerens tilbud indeholdt en flise i lys nuance og en flise i mørk nuance, og der er derfor ikke grundlag for at fortolke klagerens oplysning herom som et forbehold i forhold licitationsbetingelserne.

Disse medlemmer stemmer derfor for at tage påstanden til følge.

Ad påstand 3

Under henvisning til det, det er anført ad påstand 1, stemmer disse medlemmer for at tage denne påstand til følge.

Carsten Haubek udtaler:

Indklagede har i licitationsbetingelserne i »Særlige Arbejdsbeskrivelser – SAB« i punkt »8.2.7. Fliser« beskrevet de tekniske krav, som de anvendte granitfliser skal opfylde. Med hensyn til granitflisernes farve har indklagede valgt at fastlægge dette krav på den måde, at de granitfliser, som tilbudsgivernes tilbud skal omfatte, skal have de to farver, som 2 granitprøver, som tilbudsgiverne kunne besigtige hos indklagede, har. Indklagede har herved på utvetydig måde og i fuld overensstemmelse med de krav, der kan udledes af Tilbudsloven, beskrevet de krav med hensyn til granitflisernes farve, som den kommende kontraktspart skal være forpligtet til at opfylde ved udførelsen af entreprisen.

Den omstændighed, at indklagede – udover at henvise til de 2 granitprøver – i licitationsbetingelserne har anført, at granitfliserne skal være i »en lys og en mørk nuance«, indebærer ingen uklarhed i licitationsbetingelserne, da der af denne bemærkning kun kan udledes to ting, dels at der skal leveres granitfliser af 2 forskellige farver, dels at den ene af disse er lysere end den anden, men derimod intet om, hvilke farver det drejer sig om. Hvilke farver, det drejer sig om, fremgår alene af de 2 granitfliser, som tilbudsgiverne kunne besigtige hos indklagede.

Klageren opfyldte ikke med sit tilbud licitationsbetingelsernes krav med hensyn til granitflisernes 2 farver, idet det ikke af klagerens tilbud fremgår, at klageren som eventuel kontraktspart ville anvende granitfliser med de 2 farver, som de 2 farveprøver har. Det fremgår derimod af klagerens tilbud, at klageren som eventuel kontraktspart ville anvende »en lys flise« af mærket »Kina 6.33« og »en mørk flise« af mærket »(Kina) 6.54«.

Klagerens tilbud opfylder således ikke et væsentligt krav i licitationsbetingelserne, og indklagede var derfor ikke alene berettiget til, men også forpligtet til som følge heraf at afvise klagerens tilbud.

Efter det materielle indhold af den passus, der er citeret i påstand 1, er der ikke tale om et forbehold over for licitationsbetingelserne, men derimod – som anført – en manglende opfyldelse af et væsentligt krav i licitationsbetingelserne, og det har derfor været ukorrekt, at indklagede har forsøgt at prissætte »denne passus« i tilbudet.

At den pågældende passus i klagerens tilbud ikke kan betegnes som »uvæsentlig«, men derimod vedrører et væsentlig krav i licitationsbetingelserne, følger bl.a. af, dels at indklagede, hvis indklagede havde undladt at afvise klagerens tilbud, fra de øvrige tilbudsgiveres side kunne være mødt med en berettiget klage over, at indklagede ikke havde afvist klagerens tilbud, dels at en kontrakt indgået på grundlag af klagerens tilbud ville indeholde latente problemer med hensyn til, om de granitfliser, som klageren som kontraktspart anvendte under udførelsen af entreprisen, opfyldte indklagedes krav med hensyn til farve, da klageren ikke ved sit tilbud forpligtede sig til at levere granitfliser med farver i overensstemmelse med de 2 granitprøver.

Med denne begrundelse stemmer dette medlem for ikke at tage påstanden til følge.

Ad påstand 2

Da den pågældende passus i tilbudet fra klageren ikke var et forbehold, stemmer dette medlem for ikke at tage denne påstand til følge.

Ad påstand 3

Under hensyn til det anførte ad påstand 1 og 2 stemmer dette medlem for ikke at tage denne påstand til følge.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at følgende passus i tilbudet i forhold til licitationsbetingelserne er et forbehold:

»Under pkt. 08.03. Granitfliser er priser baseret på, at lys flise er Kina 6.33 og mørk flise er 6.54«,
uagtet den anførte passus ikke indeholder noget forbehold i forhold til licitationsbetingelserne.

Påstand 3

Klagenævnet annuller indklagedes beslutning af 12. juni 2008 om at afvise klagerens tilbud.

Indklagede, Københavns Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, LK Gruppen A/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig