

Klagenævnet for Udbud

(Søren Holm Serup, Niels Sørensen, Thomas Grønkjær)

J.nr.: 2010-0022898

15. november 2011

K E N D E L S E

W. Lynggaard Petersen A/S
(advokat Jesper Petersen Bach, Århus)

mod

Den Selvejende Institution Fælledgården
v/KAB
(advokat Rasmus Holm Hansen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 68-101867 af 6. april 2010 udbød indklagede, Den Selvejende Institution Fælledgården v/KAB, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en totalentreprise vedrørende ombygning og nyindretning af omsorgscentret Fælledgården på Østerbro i København.

Følgende virksomheder / teams blev prækvalificeret:

1. Jönsson A/S/Esbensen + Sloth Møller A/S / JJW Arkitekter A/S
2. W. Lynggaard Petersen A/S Dominia A/S / Juul & Hansen, Nova 5, H. P. Kofoed-Hansen og Jørgen Nielsen
3. Jakon A/S / EKJ A/S / Virumgaard Arkitekter
4. Enemærke & Petersen A/S / Søren Jensen Rådgivende Ingeniører / Witraz Arkitekter A/S
5. NCC / Niras A/S / KHS Arkitekter A/S

Udbudsbetingelserne blev udsendt, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 2. september 2010 havde alle de prækvalificerede virksomheder

afgivet tilbud. Den 28. september 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Jönsson A/S, og kontrakt blev herefter indgået.

Den 8. oktober 2010 indgav klageren, W. Lynggaard Petersen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Den Selvejende Institution Fælledgården v/KAB. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 1. november 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 16. juni 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Jönsson A/S i betragtning, uanset at dette tilbud var afgivet i strid med den faste byggeudgift pr. m² på kr. 12.500,00, som indklagede havde fastlagt på forhånd (omvendt licitation).

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Jönsson A/S i betragtning, idet tilbuddet ikke overholdt udbudsmaterialets mindstekrav vedrørende maksimalt gennemsnitligt boligareal på 65 m².

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Jönsson A/S i betragtning, uagtet at dette tilbud afveg væsentligt fra det udbudte bygge- og anlægsarbejde, og selv om det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at alternative tilbud ikke vil blive taget i betragtning.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 27, stk. 2, ved ikke at afvise tilbuddet fra Jönsson A/S, uagtet at dette tilbud ikke indeholdt erklæring vedrørende arbejdspladsen, jf. § 4 i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter m.v. sammenholdt med udbudsdirektivets artikel 27, stk. 2.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, dels at klagerens tilbud var konditionsmæssigt, dels at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 ved ikke at tildele totalentreprisekontrakten vedrørende ombygning af Fælledgården til klageren, uagtet at klageren har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 28. september 2010 om at tildele kontrakten vedrørende ombygningen af plejecentret Fælledgården til Jönsson A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1, 3, 4 og 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 2 og 6 nedlagt påstand om, at klagen tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 6. april 2010 indeholder følgende:

» Kort beskrivelse af kontrakten...

Projektet omfatter ombygning og nyindretning af omsorgscentret Fælledgårdens oprindelige 261 boliger til ca. 194 tidssvarende boliger med tilhørende fællesfaciliteter samt servicearealer udført i totalentreprise. Eksisterende byggeri udgør ca. 16.200 m².

...

Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de

kriterier, der er anført i specifikationerne ...

...

Såfremt de prækvalificeredes tilbud er konditionsmæssige betales vederlag, der udbetales dog ikke vederlag til den tilbudsgiver med hvem der indgås kontrakt. ...

...«

I udbudsbetingelserne af maj 2010 er anført følgende vedrørende fast pris og beregning af etageareal:

»Formål

Det er udbuddets formål inden for en fastlagt økonomisk økonomiramme, at fremkalde forsalg til ombygning af Fælledgården ... hvor der således konkurreres på kvalitative delkriterier og hvor der er defineret en fast byggeudgift pr. m².

...

Økonomirammen for hele projektet med tilknyttede udearealer, omfattende håndværker- og rådgiverudgifter er pr m² etageareal kr. 12.500 eksklusive moms. Ved beregning af etageareal medtages kun bolig og servicearealer. Kælderareal indgår ikke i beregningen af etageareal (uanset om der måtte være henlagt bolig- eller servicefunktioner kælder), men den faste pris pr. m² etageareal omfatter tillige renovering af kælderareal.

...

Forslagets omfang

Besvarelsen bedes omfatte følgende, idet bemærkes, at manglende materiale i forhold til nedenstående liste kan medføre, at ordregiver må anse et tilbud for ukonditionsmæssigt:

...

Udfyldt arealskema opdelt på boliger og serviceareal.

...

Vederlag for konditionsmæssige tilbud

Der udbetales et samlet vederlag på 500.000 kr. inkl. moms til de fire totalentreprenører, der ikke arbejdes videre med.

...«

Udbudsmaterialet indeholdt det anførte arealskema benævnt »Arealberegningsskema til brug i sager vedrørende almene plejeboliger.« I dette regneark skulle tilbudsgiverne udfylde nogle åbne celler med oplysning om blandt andet boligareal for hver etage. I skemaets låste celler var der formler, som på baggrund af de indtastede arealangivelser beregnede en række nøgletal, herunder det samlede boligareal og boligennemsnit.

I udbudsmaterialets byggeprogram fremgik følgende om størrelser på boliger:

» Ombygningsopgaven

... Enkelte boliger kan indrettes som ægtepar boliger på 84 m².

...

Indretningen skal være som traditionelle plejeboliger og det gennemsnitlige boligareal incl. andel i fællesopholds- og adgangsarealer må max være 65 m².

...«

Klagerens tilbud var vedlagt »Arealberegningsskema til brug i sager vedrørende almene plejeboliger« i udfyldt stand. Af skemaet fremgår, at boligennemsnittet/bruttoareal i klagerens tilbud udgjorde 66,1 m².

Klageren har til brug for sagen i klagenævnet udarbejdet et alternativt arealberegningsskema, hvor de låste felter er låst op, således at arealangivelser vedrørende fælles adgangsarealer og serviceareal regnes med i beregningen af det gennemsnitlige boligareal. Efter denne beregning udgør det gennemsnitlige boligareal (boligennemsnittet/bruttoareal) i klagerens tilbud 64,9 m².

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at begrebt omvendt licitation ikke giver mulighed for at sætte en lavere pris end den i udbudsmaterialet anførte faste pris på 12.500 kr. pr. etagekvadratmeter. Hvis den mulighed skulle være til stede, burde det være tydeligere tilkendegivet.

Indklagede har gjort gældende, at påstanden er uden relevans, da indklagede har erkendt, at indklagede rettelig burde have forkastet tilbuddet fra Jönsson A/S. I øvrigt bestrider indklagede, at udbuddets tilrettelæggelse skulle være til hinder for et tilbud med en lavere pris pr. etagekvadratmeter end 12.500 kr.

Ad påstand 2

Parterne er enige om, at udbudsmaterialets angivelse af, at den gennemsnitlige boligstørrelse maksimalt må udgøre 65 m² må føre til, at grænsen på 65 m² skal anses som et mindstekrav. Parterne er videre enige om, at tilbuddet fra Jönsson A/S overskred dette mindstekrav, hvorfor tilbuddet burde være forkastet som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende blandt andet, at forslaget fra Jönsson A/S med etablering af en ny 5. sal afviger væsentligt, fordi ejendommen i forvejen var overbebygget. Denne opgaveløsning var ikke forudsat af indklagede, hvorfor der er tale om et alternativt tilbud. Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at tilbudsgiverne ikke har adgang til at afgive alternative tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at påstanden er uden relevans, da indklagede har erkendt, at indklagede rettelig burde have forkastet tilbuddet fra Jönsson A/S. I øvrigt bestrider indklagede, at tilbuddet fra Jönsson A/S indeholdt alternativt tilbud.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at de i påstanden anførte regler har forpligtet indklagede til at indhente en erklæring vedrørende arbejdsforhold. Da Jönsson A/S alene har vedlagt en tro- og loveerklæring vedrørende gæld til det offentlige, skulle tilbuddet være forkastet af indklagede, idet det ikke er konditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at påstanden er uden relevans, da indklagede har erkendt, at indklagede rettelig burde have forkastet tilbuddet fra Jönsson A/S. I øvrigt gør indklagede gældende, at Jönsson A/S har erklæret sig vedrørende de i påstanden anførte forhold.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har identificeret omstændigheder, der skulle gøre klagerens tilbud ukonditionsmæssigt.

Korrekt beregnet overholder klagerens tilbud udbudsmaterialets mindstekrav om et gennemsnitligt boligareal på maksimalt 65 m² pr. bolig.

Indklagede har gjort gældende blandt andet, at klagerens tilbud indeholdt en række bemærkninger, uklarheder og forudsætninger, der gør klagerens tilbud ukonditionsmæssigt. Særligt har indklagede peget på, at klagerens tilbud oversteg minimumskravet om et gennemsnitligt boligareal på maksimalt 65 m² pr. bolig.

Ad påstand 6

Parterne er enige om, at tilbuddet fra Jönsson A/S burde være forkastet som ukonditionsmæssigt, hvorfor indklagedes tildelingsbeslutning af 28. september 2010 skal annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1, 3 og 4

Indklagede har anerkendt, at indklagedes tildelingsbeslutning af 28. september 2010 skal annulleres som følge af, at tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver, Jönsson A/S, var ukonditionsmæssigt. Påstand 1, 3 og 4, er herefter uden betydning for retsforholdet mellem klageren og indklagede, hvorfor klagenævnet ikke behandler påstandene.

Ad påstand 2

Klagenævnet kan tiltræde klagerens og indklagedes fælles vurdering, hvorefter udbudsmaterialets angivelse af, at den gennemsnitlige boligstørrelse maksimalt må udgøre 65 m², må føre til, at grænsen på 65 m² skal anses som et mindstekrav. Da tilbuddet fra Jönsson A/S overskred dette mindstekrav, skulle det være forkastet som ukonditionsmæssigt.

Påstanden tages derfor til følge.

Påstand 5

Indklagede har som et mindstekrav i udbudsbetingelserne krævet, at tilbudsgiverne udfylder skema benævnt »Arealberegningsskema til brug i sager vedrørende almene plejeboliger«. I dette skema udregner de af indklagede indsatte formler blandt andet den gennemsnitlige boligstørrelse på baggrund af de af tilbudsgiverne indtastede arealangivelser.

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at man ved vurderingen af tilbuddenes konditionsmæssighed, for så vidt angår mindstekravet om en maksimal gennemsnitlig boligstørrelse på 65 m², må anvende oplysningerne i de af tilbudsgiverne udfyldte udgaver af »Arealberegningsskema til brug i sager vedrørende almene plejeboliger«. Da klagerens tilbud i henhold til »Arealberegningsskema til brug i sager vedrørende almene plejeboliger« havde en gennemsnitlig boligstørrelse på 66,1 m², var tilbuddet ikke konditionsmæssigt.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Påstand 6

Klagenævnet kan tiltræde klagerens og indklagedes fælles vurdering, hvorefter tilbuddet fra Jönsson A/S skulle være forkastet som ukonditionsmæssigt, hvorfor indklagedes tildelingsbeslutning af 28. september 2010 annulleres.

Påstanden tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Jönsson A/S i betragtning, idet tilbuddet ikke overholdt udbudsmaterialets mindstekrav vedrørende maksimalt gennemsnitligt boligareal på 65 m².

Ad påstand 6

Indklagedes beslutning af 28. september 2010 om at indgå kontrakt med Jönsson A/S annulleres.

Indklagede, Den Selvejende Institution Fælledgården v/KAB, skal i sagsomkostninger til klageren, W. Lynggaard Petersen A/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 5.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 1, 3 og 4.

Søren Holm Seerup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig