

K E N D E L S E

Murermester Finn F. Hansen
(advokat Henning Levin, København)

mod

Boligselskabet Vendersbo
(advokat Carsten Lang-Jensen, København)

I november 2003 iværksatte Boligselskabet Vendersbo en offentlig licitation efter Tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende fem fagentrepriser i forbindelse med indretning af ungdomsboliger mv. i en eksisterende bygning i Vestensborggården, Nykøbing F.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 8. januar 2004 havde en række virksomheder afgivet tilbud på udførelse af en eller flere af de fem fagentrepriser. Herunder havde bl.a. murermester Finn F. Hansen afgivet tilbud vedrørende »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet«. Desuden havde Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S bl.a. afgivet et samlet tilbud på udførelse af samtlige fem fagentrepriser. Den 30. januar 2004 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende udførelse af samtlige fem fagentrepriser, og kontrakt blev herefter indgået den 19. juli 2004.

Den 6. august 2004 indgav klageren, murermester Finn F. Hansen, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Boligselskabet Vendersbo. Sagen har været forhandlet mundtligt den 9. november 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, ved i licitationsbetingelserne at have fastsat tildelingskriteriet som »billigste pris«.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet ved at have lagt 5 % til summen af budene fra de lavestbydende for hver af de fem fagentrepriser, før denne samlede sum blev sammenholdt med summen i Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S' bud vedrørende udførelse af samtlige fem fagentrepriser, uanset at det ikke i licitationsbetingelserne var fastsat, at der ville blive tillagt et sådant procenttillæg.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved ikke vedrørende »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet« at have besluttet at indgå kontrakt med klageren, der var lavestbydende vedrørende denne fagentreprise, og som sammen med de lavestbydende for de fire øvrige fagentrepriser havde afgivet bud, der samlet var lavere end budet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende udførelse af samtlige fem fagentrepriser, uanset at licitationen blev gennemført efter tildelingskriteriet »det laveste bud«.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, ved ikke hurtigst muligt at have underrettet klageren, som havde afgivet bud, der overholdt licitationsbetingelserne, om, hvilken afgørelse der var truffet med hensyn til ordretildelingen.

Påstand 5

Indklagede skal til klageren betale 328.500 kr. med procesrente fra 6. august 2004.

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

Indklagede har vedrørende påstand 5 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 5, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 - 4.

I en annonce i Dagbladet Licitation den 20. november 2003 har indklagedes tekniske rådgiver, Arkitektfirmaet Friis Andersen A/S, anført følgende:

»På vegne af Boligselskabet Vendersbo udbydes hermed indretning af ungdomsboliger og folkerumsfaciliteter i eksisterende staldbygning afd. 09/70 Vestensborggården, Nykøbing F. i offentlig licitation i fagentrepriser med mulighed for afgivelse af hovedentreprise, i nedennævnte entrepriser

Projektet omfatter bruttoareal ca. 1.436 m² incl. uudnyttet loftrum.

- Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet
- Entreprise 2: Tømrer- og snedkerarbejdet, blikkenslager-, gulvbelægning, elastisk fugning og smedearbejde
- Entreprise 3: Malerarbejdet
- Entreprise 4: VVS-arbejdet
- Entreprise 5: El-arbejdet

Arbejdet forventes igangsat d. 01.03.2004 og skal være færdiggjort til ibrugtagning d. 25.02.2005.

Arbejdet udbydes i henhold til AB92, Byggestyrelsens cirkulære nr. 174 af 10.10.91 om pris og tid på bygge- og anlægsarbejder og i henhold til Byggestyrelsens bekendtgørelse om kvalitetssikring af byggearbejder af 23. marts 2000 og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, Lov nr. 450 af 7. juni 2001, samt med forbehold for Nykøbing Falster Kommunes endelige godkendelse.

.....

Tildelingskriteriet vil være billigste pris«.

I en skrivelse af 1. december 2003 benævnt »Udbudsbrev« fra indklagedes tekniske rådgiver til en række virksomheder, hvorved licitationsbetingelserne blev udsendt, hedder det bl.a.:

»På vegne af Boligselskabet Vendersbo udbydes hermed indretning af ungdomsboliger og folkerumsfaciliteter i eksisterende standbygning, beliggende Stubbekøbingvej 96B og 96C, 4800 Nykøbing F. i offentlig licitation.

Tilbudet afgives i fagentreprise/hovedentreprise.

.....

Udbudsmaterialet omfatter:

1. Nærværende udbudsbrev.
2. 1. stk. tegningssæt i h.t. tegningsliste dat. 01.12.2003 fra arkitekt og 1 tegningssæt i h.t. tegningsliste dat. 01.12.2003 fra ingeniør.
3. 1. stk. beskrivelse, dateret november 2003.
4. 4 sæt tilbudslister.
5. Evt. rettelsesblade i tilbudsperioden.

.....

Projektet udbydes i h.t.:

- AB 92
- Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren lov nr. 450 af 7. juni 2001.
- Bygge- og Boligstyrelsens cirkulære nr. 174 af 10.10.1991 om fast pris og tid på bygge- og anlægsarbejder.
- By- og Boligministeriets bekendtgørelse om kvalitetssikring af byggearbejder af 23. marts 2000.

Tildelingskriteriet vil være billigste pris«.

I licitationsbetingelserne fra november 2003 er bl.a. fastsat følgende:

»Udbud

Arbejdet udbydes i offentlig licitation i fagentrepriser i h.t. AB 92 samt øvrige bestemmelser jf. administrative bestemmelser pkt. 1.

.....

1. Administrative bestemmelser

.....

Udbudsmaterialet for hver enkelt entreprise omfatter:

-AB 92, tilføjelser til AB 92.
- Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.....
- Bekendtgørelse om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.....
- Byggestyrelsens cirkulære om pris og tid på bygge- og anlægsarbejder.....
- Lovbekendtgørelse af lov om arbejdsmiljø.
- Arbejdstilsynets bekendtgørelse..... om indretning af byggepladser og lignende arbejdssteder.
- Arbejdsministeriets bekendtgørelse..... om virksomheders sikkerheds- og sundhedsarbejde.
- Byggestyrelsens cirkulære..... om brug af beton.
- Basisbetonbeskrivelse for bygningskonstruktioner 1986.....
- By- og boligministeriets bekendtgørelse..... om kvalitetssikring af byggearbejder.

- By- og boligministeriets vejledning..... om ændrede regler for kvalitetssikring.
- Byggestyrelsens bekendtgørelse..... om bygge- og anlægsarbejder i vinterperioden og hertil hørende bilag.....
- Varmt arbejde..... udføres i h.t. »Brandteknisk Vejledning for varmt arbejde nr. 10, 10A og 10B«.....
- Nærværende administrative bestemmelser.
- Byggepladsbestemmelser.
- Arbejdsbeskrivelser.
- Tillægsbeskrivelser samt rettelsesblade, udsendt i tilbudsperioden.
- Udbudstidsplan.
- Tegninger i henhold til tegning-/fordelingsliste.
- Udbudsbrev.
- Tilbudslister.

Grundlaget for tilbudet er desuden gældende byggelove, vedtægter, regulativer, normer og Dansk Standard (DS), Lovbekendtgørelse om sikkerhed på byggepladsen og Arbejdsministeriets bekendtgørelse nr. 1017 af 15. dec. 1993.

.....

7. Kvalitetssikring

.....

7.5 Kvalitetsprogram for entreprenøren

.....

7.5.14 Tilsynsplan for byggeriet

Bygherren lader, ved sin tilsynsførende arkitekt og ingeniør, kvaliteten af byggearbejdet løbende kontrollere«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde tre tilbudsgivere afgivet tilbud på udførelse af »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejde«. Klageren, der ikke afgav andre tilbud i forbindelse med licitationen, var med et bud på 3.312.816 kr. ekskl. moms lavestbydende vedrørende udførelsen af denne fagentreprise. Der var i klagerens tilbud taget Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001.

Tre tilbudsgivere havde afgivet tilbud på udførelse af »Entreprise 2: Tømmer- og snedkerarbejde, blikkenslager-, gulvbelægning, elastisk fugning og smedearbejde«. Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S var med et bud på 6.733.440 kr. ekskl. moms lavestbydende vedrørende denne fagentreprise. Næstlavestbydende vedrørende denne fagentreprise havde afgivet et bud på 7.429.205 kr. Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S afgav endvidere som eneste tilbudsgiver et samlet tilbud på udførelse af samtlige fem fagentrepriser. Dette tilbud var på 13.536.950,70 ekskl. moms. I tilbudet fra

Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende »Entreprise 2: Tømrer- og snedkerarbejdet, blikkenslager-, gulvbelægning, elastisk fugning og smedearbejde«, der tillige var en del af tilbudet på udførelse af samtlige fem fagentrepriser, er i den rubrik i tilbudslisten, hvor forbehold skulle anføres, henvist til tilbudslistens side 3, hvor der er anført følgende:

»Der er ikke medregnet statistiske beregninger i forbindelse med skivebelastning på etagedæk.

Evt. forstærkninger i etagedæk i forbindelse med hulboringer er ikke medregnet«.

Otte tilbudsgivere havde afgivet tilbud vedrørende »Entreprise 3: malerarbejdet« med laveste tilbud på 362.935 kr. ekskl. moms, seks tilbudsgivere havde afgivet tilbud vedrørende »Entreprise 4: VVS-arbejdet« med laveste tilbud på 1.684.213 kr. ekskl. moms, og fem virksomheder havde afgivet tilbud vedrørende »Entreprise 5: El-arbejdet« med laveste tilbud på 798.930 kr. ekskl. moms. Endelig havde én tilbudsgiver afgivet samlet tilbud på udførelse af »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet« og »Entreprise 2: Tømrer- og snedkerarbejdet, blikkenslager-, gulvbelægning, elastisk fugning og smedearbejde« med en tilbudssum på 12.600.000 kr. ekskl. moms.

I en udateret opstilling over de indkomne tilbud udarbejdet af indklagedes tekniske rådgiver er anført følgende.

»Opstilling over billigste tilbud indkommet ved licitation d. 08.01.2004

	Tilbud excl. moms	Variabel del excl. moms	Fast del excl. moms
Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, mu- rer- og anlægsgart- nerarbejdet			
Murermester Finn F. Hansen	3.312.816,00	64.200,00	3.248.616,00
.....			
Entreprise 2: Tøm- er- og snedkerar- bejdet, blikkensla- ger-, gulvbelæg- ning, elastisk fug- ning og smedearb.			

Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S	6.733.440,00	27.600,00	6.705.840,00
.....			
Entreprise 3: Ma- lerarbejdet			
ABC Maleren A/S	362.935,00	6.000,00	356.935,00
.....			
Entreprise 4: VVS- arbejdet			
Georg Christensen Nykøbing F. A/S	1.684.213,00	112.200,00	1.572.013,00
.....			
Entreprise 5: El- arbejdet			
Nykøbing F. El	<u>798.930,00</u>	<u>42.000,00</u>	<u>756.930,00</u>
.....			
I alt excl. moms	<u>12.892.334,00</u>	<u>252.000,00</u>	<u>12.640.334,00</u>
+ 5 %	<u>644.616,70</u>	<u>12.600,00</u>	<u>632.016,70</u>
I alt incl. 5 %	<u>13.536.950,70</u>	<u>264.600,00</u>	<u>13.272.350,70</u>
 Hovedentreprise:			
Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S«	13.175.694,00	298.180,00	12.877.514,00

I den rådgiveraftale, som indklagede den 7. august 2003 havde indgået med indklagedes tekniske rådgiver, er det bestemt, at rådgiverhonoraret skulle være på 13,7 % af håndværkerudgifterne, idet det dog er bestemt, at honoraret kan nedsættes til 9,7 %, såfremt der vælges en hovedentreprenør.

Den 9. februar 2004 kontaktede klageren telefonisk indklagedes tekniske rådgiver. Klageren har oplyst, at klageren i den forbindelse på forespørgsel blev underrettet om, at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S om udførelse af samtlige fem fagentrepriser. Indklagede har bekræftet, at klageren alene telefonisk modtog underretning fra indklagedes tekniske rådgiver om, at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S.

Indklagede indgik den 19. juli 2004 kontrakt med Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S om udførelse af samtlige fem fagentrepriser. Entreprise-summen var på 14.927.825 kr. inkl. moms, idet der var foretaget besparelser for 1.233.434 kr. ekskl. moms i forhold til tilbudet vedrørende udførelse af samtlige fem fagentrepriser.

Indklagede har ikke fremlagt dokumentation for, at det i forbindelse med vurderingen af tilbudene blev besluttet at undlade at tage tilbud i betragtning som følge af forbehold. Indklagedes advokat har imidlertid i forbindelse med sagens behandling i Klagenævnet ved skrivelse af 8. november 2004 gjort gældende, at bemærkningerne om statistiske beregninger og forstærkninger i tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende »Entreprise 2: Tømrer- og snedkerarbejdet, blikkenslager-, gulvbelægning, elastisk fugning og smedearbejde« er et forbehold, der gør, at indklagede med rette undlod at tage tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende denne fagentreprise i betragtning.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaring af murermester Finn F. Hansen og arkitekt Søren Ibsen, indklagedes tekniske rådgiver, der bl.a. samstemmende har forklaret, at hverken oplysninger om hovedentreprenørsalær, herunder størrelsen heraf, eller bemærkningerne om statistiske beregninger og forstærkninger i tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende »Entreprise 2: Tømrer- og snedkerarbejdet, blikkenslager-, gulvbelægning, elastisk fugning og smedearbejde« blev nævnt i forbindelse med åbningen af tilbudene den 8. januar 2004.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det i Tilbudslovens § 8, stk. 1, er bestemt, at tildelingskriteriet under en licitation efter Tilbudsloven skal fastsættes til enten »det laveste bud« eller »det økonomiske mest fordelagtige bud«, at indklagede i licitationsbetingelserne har fastsat, at tildelingskriteriet er »billigste pris«, og at indklagede derfor har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, idet det er uden betydning, at den valgte formulering - herunder fordi der ikke er fastsat underkriterier - konkret naturligt giver tilbudsgi-

verne anledning til at forudsætte, at licitationen gennemføres under anvendelse af tildelingskriteriet »det laveste bud«.

Indklagede har gjort gældende, at uanset at indklagede under licitationen havde fastsat tildelingskriteriet som »billigste pris«, har indklagede ikke handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, idet der er tale om en klar og utvetydig formulering, som ikke kan efterlade tvivl om, at tildelingskriteriet under licitationen var »det laveste bud«, hvilket der konkret heller ikke har været.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede havde pligt til at gennemføre licitationen under anvendelse af tildelingskriteriet »det laveste bud«, at tilbudene fra de tilbudsgivere, der enkeltvis var lavestbydende vedrørende de fem fagentrepriser, samlet havde en tilbudssum på 12.892.334 kr. ekskl. moms, at disse fem tilbud således samlet var lavere end tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende udførelse af samtlige fem fagentrepriser, som havde en tilbudssum på 13.175.694 kr. ekskl. moms, at indklagede imidlertid ved evalueringen af tilbudene tillagde det samlede bud i tilbudene fra de tilbudsgivere, der enkeltvis var lavestbydende vedrørende de fem fagentrepriser, 5 %, hvorved denne samlede budssum blev højere end budssummen i tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende udførelse af samtlige fem fagentrepriser, nemlig 13.536.950,70 kr. ekskl. moms, at det ikke var fastsat i licitationsbetingelserne, at tilbudssummerne i tilbudene fra de tilbudsgivere, der enkeltvis var lavestbydende vedrørende de fem fagentrepriser, ville blive tillagt 5 %, før de blev sammenlignet med tilbud vedrørende udførelse af samtlige fem fagentrepriser, at et hovedentreprenørsalær konkret kan synes rimeligt men i praksis kan variere meget og derfor skal fastsættes i licitationsbetingelserne, så det objektivt er fastsat, hvordan tilbud på de enkelte fagentrepriser sammenlignes med hovedentreprisetilbud, at praksis for behandling af bud efter Licitationsloven ikke har betydning ved en licitation efter Tilbudsloven, at indklagede havde pligt til alene at vurdere tilbudene på baggrund af det, der er fastsat i licitationsbetingelserne, således at det er uden betydning, om der er en saglig begrundelse for at lægge 5 % til tilbudene fra de tilbudsgivere, der enkeltvis var lavestbydende vedrørende de fem fagentrepriser, før de sammenlignes med tilbud vedrørende udførelse af

samtligte fem fagentrepriser, og at indklagede derfor har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede under anvendelse af tildelingskriteriet »det laveste bud« har gennemført en sideordnet licitation vedrørende henholdsvis de enkelte fagentrepriser og hovedentreprisen, at en udbyder i den forbindelse har pligt til først at fastslå, hvilke tilbudsgivere der vedrørende de enkelte fagentrepriser har afgivet det laveste tilbud, at udbyderen derefter skal sammenlægge tilbudssummerne i disse tilbud fra de lavestbydende vedrørende de enkelte fagentrepriser, at udbyderen - med henblik på at gøre tilbudene reelt økonomisk sammenlignelige med tilbudene fra tilbudsgivere, der har afgivet tilbud på hovedentreprisen - efter praksis, herunder efter Licitationsloven, skal tillægge denne samlede budssum et efter udbyderens skøn rimeligt hovedentreprenørsalær, hvilket indklagede under den aktuelle licitation vurderede til 5 %, at udbyderen på denne baggrund skal beslutte at indgå kontrakt med de tilbudsgivere, der har tilbudt den billigste løsning, at indklagede har fulgt denne fremgangsmåde under den aktuelle licitation, at der ikke i den forbindelse er grundlag for at tilsidesætte indklagedes skøn over rimeligt »hovedentreprenørsalær«, navnlig henset til, at en række ikke ubetydelige opgaver vedrørende byggeledelse og tilsyn vil blive varetaget af en hovedentreprenør og ikke den tekniske rådgiver, såfremt der indgås kontrakt med en hovedentreprenør i stedet for fem fagentreprenører, at der ikke for indklagede er pligt til i licitationsbetingelserne at fastsætte størrelsen af det »hovedentreprenørsalær«, der vil blive anvendt for at gøre tilbudene for de enkelte fagentrepriser sammenlignelige med tilbud vedrørende hovedentreprisen, og at indklagede således ikke har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede havde pligt til at gennemføre licitationen under anvendelse af tildelingskriteriet »det laveste bud«, at klageren var lavestbydende vedrørende »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet«, at tilbudene fra de lavestbydende for de fire øvrige fagentrepriser sammen med klagerens tilbud vedrørende »entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet« var lavere end tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende udførelse af samtlige fem fagentrepriser, og at indklagede derfor har handlet i strid

med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved at have besluttet at indgå kontrakt med Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende bl.a. »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet«.

Indklagede har i første række gjort gældende, at tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende »Entreprise 2: Tømrer- og snedkerarbejdet, blikkenslager-, gulvbelægning, elastisk fugning og smedearbejde«, der var laveste bud vedrørende denne fagentreprise, indeholdt bemærkninger om statistiske beregninger og forstærkninger, som udgjorde forbehold, at indklagede derfor var berettiget til at afvise tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende denne fagentreprise, at en udbyder har en fri ret, men ikke en pligt, til at undlade at tage tilbud med forbehold, som ikke vedrører grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, i betragtning, at det derfor er uden betydning, at samme tilbud med samme forbehold indgik som en del af det hovedentreprisetilbud fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S, som indklagede besluttede at indgå kontrakt på baggrund af, at det tilbud, der var lavest vedrørende »Entreprise 2: Tømrer- og snedkerarbejdet, blikkenslager-, gulvbelægning, elastisk fugning og smedearbejde«, var 695.765 kr. højere end tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende denne fagentreprise, at de laveste tilbud vedrørende de fem fagentrepriser herefter selv uden tillæg af hovedentreprenørsalær var højere end hovedentreprisetilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S, og at indklagede allerede derfor ikke har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved at have besluttet at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver vedrørende bl.a. »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton, murer- og anlægsgartnerarbejdet«.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at indklagede efter at have anvendt den fremgangsmåde, der er anført ad påstand 2, konstaterede, at tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende hovedentreprisen var det laveste tilbud, og at indklagede derfor ikke har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved at have besluttet at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver vedrørende bl.a. »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton, murer- og anlægsgartnerarbejdet«.

Indklagede har i tredje række gjort gældende, at indklagede efter praksis, herunder efter Licitationsloven, har ret til i den nævnte situation at regne med et »hovedentreprenørsalær«, jf. det anførte ad påstand 2, at dette salær - såfremt Klagenævnet skønner, at indklagede ved sit skøn har sat det for

højt - under ingen omstændigheder vil skulle sættes så lavt, at tilbudene fra de tilbudsgivere, der enkeltvis var lavestbydende vedrørende de fem fagentrepriser, vil blive lavere end tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende udførelse af samtlige fem fagentrepriser, og at indklagede derfor ikke har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved at have besluttet at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver vedrørende bl.a. »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet«.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke hurtigst muligt underrettede klageren som tilbudsgiver, der havde overholdt licitationsbetingelserne, om, hvilken afgørelse der er truffet med hensyn til ordretildelingen, idet indklagedes tekniske rådgiver først på klagerens telefoniske forespørgsel den 9. februar 2004 oplyste, at indklagede havde truffet beslutning om at indgå kontrakt med Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S blev truffet den 30. januar 2004, at klageren den 9. februar 2004 af indklagedes tekniske rådgiver telefonisk blev underrettet om, hvem indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med, og at indklagede derved har opfyldt sin forpligtelse efter Tilbudslovens § 12, stk. 1.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Ifølge Tilbudslovens § 8 kan tildelingskriteriet for en licitation efter Tilbudsloven fastsættes til enten »det laveste bud« eller »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Indklagede har i licitationsbetingelserne fastsat, at tildelingskriteriet er »billigste pris«. Uanset at der efter Klagenævnets opfattelse ikke for tilbudsgiverne kan have været tvivl om, at tildelingskriteriet var »det laveste bud«, tages påstanden til følge.

Ad påstand 2

Ved sideordnede licitationer forstås, at udbyderen i udbudsbetingelserne har fastsat, at der kan eller skal afgives tilbud på udførelsen af den udbudte bygge- og anlægsopgave under anvendelse af forskellige udførelsesmetoder, materialer eller lignende. Er tildelingskriteriet under en sideordnet licitation fastsat til »det laveste bud«, kan udbyderen ikke frit vælge den løsning, som udbyderen foretrækker, men skal vælge den laveste pris. Indklagede har ikke i den aktuelle sag gennemført en sideordnet licitation, men har alene givet tilbudsgiverne mulighed for udover at afgive tilbud på de enkelte fagentrepriser tillige at afgive et samlet tilbud på udførelse af samtlige fem fagentrepriser, uden at der skal anvendes forskellige udførelsesmetoder, materialer eller lignende.

Indklagede har med den fremgangsmåde, der er fastsat i licitationsbetingelserne, hvorefter der er mulighed for at afgive tilbud såvel på udførelse af de enkelte fagentrepriser som på udførelse af samtlige fem fagentrepriser, åbnet for, at der kunne afgives tilbud, som ikke umiddelbart ville være økonomisk sammenlignelige. Indklagede har derfor - af hensyn til at sikre gennemsigtigheden i licitationen - pligt til i licitationsbetingelserne at fastsætte helt nøjagtigt, på hvilket objektive grundlag tilbudene vil blive sammenlignet på prisen, hvilket - idet indklagede havde pligt til at gennemføre licitationen under anvendelse af tildelingskriteriet »det laveste bud« - skulle være eneafgørende for, med hvilken tilbudsgiver indklagede kunne beslutte at indgå kontrakt.

Indklagede har imidlertid intet fastsat herom i licitationsbetingelserne, men har blot efterfølgende ved evalueringen af tilbudene truffet beslutning om at tillægge den samlede tilbudssum i tilbudene fra de tilbudsgivere, som enkeltvis var lavestbydende vedrørende de fem fagentrepriser, 5 %, hvorved denne samlede tilbudssum blev højere end tilbudssummen i tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende udførelse af samtlige fem fagentrepriser. Idet indklagede derved ved beslutningen om, med hvem der skulle indgås kontrakt, har lagt vægt på forhold, der ikke er fastsat i licitationsbetingelserne, har indklagede handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 3

Hvis forbehold i et tilbud ikke angår grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, har udbyderen som udgangspunkt ret, men ikke pligt, til at undlade at tage tilbudet i betragtning. Udbyderen vil dog, hvis et forbehold er helt bagatelagtigt, kunne være forpligtet til desuagtet at tage tilbudet i betragtning. Udbyderen kan således som udgangspunkt frit vælge, om tilbud, der afviger fra ikke grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, skal tages i betragtning, idet udbyderen, hvis tilbudet tages i betragtning, har pligt til sagligt og korrekt at prissætte forbeholdet. En beslutning om at undlade at tage et tilbud i betragtning som følge af forbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, skal træffes i forbindelse med, at det efter vurderingen af tilbudene besluttet, med hvem der skal indgås kontrakt.

Klagenævnet finder det ikke godtgjort, at indklagede i forbindelse med beslutningen om, med hvem der skulle kontraheres, besluttede, at tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entrepriise A/S vedrørende »Entrepriise 2: Tømmer- og snedkerarbejdet, blikkenslager-, gulvbelægning, elastisk fugning og smedearbejde« ikke skulle tages i betragtning, idet bemærkninger om statiske beregninger og forstærkninger måtte anses som forbehold. Derimod er der i indklagedes tekniske rådgivers udaterede opstilling over de laveste bud vedrørende »Entrepriise 2: Tømmer- og snedkerarbejdet, blikkenslager-, gulvbelægning, elastisk fugning og smedearbejde« anført Klemmensen & Nielsen Entrepriise A/S' tilbud på 6.733.440 kr. Synspunktet om, at indklagede med rette afviste tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entrepriise A/S vedrørende denne fagentrepriise er således først gjort gældende af indklagedes advokat i en skrivelse dateret dagen før den mundtlige forhandling i Klagenævnet. Hertil kommer, at indklagede for så vidt angår Klemmensen & Nielsen Entrepriise A/S' hovedentrepriisetilbud har antaget tilbudet uanset de nævnte bemærkninger om statistiske beregninger og forstærkninger, hvilket i sammenhæng med det ovenfor anførte ligeledes taler for, at disse bemærkninger ikke af indklagede blev betragtet som forbehold, der gjorde, at indklagede ikke ønskede at indgå kontrakt med Klemmensen & Nielsen Entrepriise A/S på baggrund af tilbudet vedrørende »Entrepriise 2: Tømmer- og snedkerarbejdet, blikkenslager-, gulvbelægning, elastisk fugning og smedearbejde«. Klagenævnet finder derfor, at tilbudet fra Klemmensen & Nielsen Entrepriise A/S var laveste bud vedrørende denne fagentrepriise.

Da indklagede ikke i licitationsbetingelserne havde fastsat, efter hvilken fremgangsmåde tilbud på de enkelte fagentrepriser ville blive gjort sammenlignelige med tilbud på udførelse af samtlige fem fagentrepriser, jf. det anførte ad påstand 3, og idet indklagede havde pligt til at anvende tildelingskriteriet »det laveste bud«, jf. det anførte ad påstand 1, havde indklagede pligt til at indgå kontrakt med de tilbudsgivere, der havde afgivet det laveste tilbud vedrørende de enkelte fagentrepriser, medmindre en tilbudsgiver havde afgivet et tilbud på udførelse af samtlige fem fagentrepriser, der var lavere end tilbudene fra de lavestbydende for hver enkelt fagentreprise. Klageren var lavestbydende vedrørende »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet«. Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S havde som eneste tilbudsgiver afgivet et samlet tilbud på udførelse af samtlige fem fagentrepriser. Tilbudssummen i dette tilbud var højere end den samlede tilbudssum i tilbudene fra de lavestbydende for hver enkelt fagentreprise. Indklagede havde derfor pligt til at beslutte at indgå kontrakt med klageren vedrørende »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet«, idet licitationen ikke blev annulleret.

Påstanden tages på denne baggrund til følge.

Ad påstand 4

I overensstemmelse med det, der er oplyst under sagen, lægger Klagenævnet til grund, at klageren blev orienteret om indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet« ved klagerens telefoniske henvendelse til indklagedes tekniske rådgiver den 9. februar 2004.

Da underretningen af klageren således alene skete som følge af klagerens egen henvendelse til indklagedes tekniske rådgiver, og da der ved underretningen var forløbet ti dage fra indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S og mere end en måned efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud, finder Klagenævnet, at det kan lægges til grund, at underretningen ikke er sket hurtigst muligt. Klagenævnet finder endvidere, at klageren i det foreliggende tilfælde ikke har modtaget begrundelse (tillæg af hovedentreprenørsalær) for beslutningen, henset til at klageren var lavestbydende vedrørende »Entreprise 1: Jord-, kloak-,

beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet«. Påstanden tages på denne baggrund til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, ved i licitationsbetingelserne at have fastsat tildelingskriteriet som »billigste pris«.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet ved at have lagt 5 % til summen af budene fra de lavestbydende for hver af de fem fagentrepriser, før denne samlede sum blev sammenholdt med summen i Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S' bud vedrørende udførelse af samtlige fem fagentrepriser, uanset at det ikke i licitationsbetingelserne var fastsat, at der ville blive tillagt et sådant procenttillæg.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved ikke vedrørende »Entreprise 1: Jord-, kloak-, beton-, murer- og anlægsgartnerarbejdet« at have besluttet at indgå kontrakt med klageren, der var lavestbydende vedrørende denne fagentreprise, og som sammen med de lavestbydende for de fire øvrige fagentrepriser havde afgivet bud, der samlet var lavere end budet fra Klemmensen & Nielsen Entreprise A/S vedrørende udførelse af samtlige fem fagentrepriser, uanset at licitationen blev gennemført efter tildelingskriteriet »det laveste bud«.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, ved ikke hurtigst muligt at have underrettet klageren, som havde afgivet bud, der overholdt licitationsbetingelserne, om, hvilken afgørelse der var truffet med hensyn til ordretildelingen.

Indklagede, Boligselskabet Vendersbo, skal i sagsomkostninger til klageren, murermester Finn F. Hansen, betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Erik Kjærgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig