

K E N D E L S E

P.G. Andersen & Bruhn Orgelbyggeri ApS
(advokat Morten Ruben Brage, København)

mod

Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd
(advokat Michael Jørgensen, Videbæk)

Ved licitationsbetingelser ("Udbudsmateriale") af 8. september 2015 iværksatte Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd (herefter Menighedsrådet) en begrænset licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med senere ændringer) om køb af et nyt orgel til Herborg Kirke. Tildelingskriteriet var fastsat til "Det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

Licitationsbetingelserne blev udsendt til 3 potentielle tilbudsgivere. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde P.G. Andersen & Bruhn Orgelbyggeri ApS (herefter Orgelbyggeriet) og Marcussen & Søn Orgelbyggeri A/S afgivet tilbud. Begge tilbudsgivere afgav reviderede tilbud i december 2015.

Den 10. februar 2016 orienterede Menighedsrådet telefonisk Orgelbyggeriet om, at Menighedsrådet havde besluttet at indgå kontrakt med Marcussen & Søn Orgelbyggeri A/S. Kontrakt er efter det oplyste endnu ikke indgået.

Den 9. juni 2016 indgav Orgelbyggeriet klage til Klagenævnet for Udbud over Menighedsrådet. Klagen har været behandlet skriftligt.

Orgelbyggeriet har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at det af Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd udarbejdede udbudsmateriale om indkøb af orgel til Herborg Kirke er uigennemsigtigt og uegnet til at danne baggrund for en lovlig udbudsproces.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at det af Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd udarbejdede udbudsmateriale om indkøb af orgel til Herborg Kirke er i strid med tilbudslovens § 8, stk. 2, idet udbudsmaterialet ikke indeholder vægtning af underkriterierne.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at det af Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd gennemførte udbud om indkøb af orgel til Herborg Kirke er sket i strid med forhandlingsforbuddet og ligebehandlingsprincippet samt tilbudslovens § 11, stk. 2, og § 15, stk. 2, [idet] Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd indledte forhandlinger med den ene af tilbudsgiverne, ligesom Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd i forbindelse med tilbudsgivernes reviderede tilbudsafgivelse udsendte markant forskelligt materiale til de to tilbudsgivere.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og tilbudslovens § 11, stk. 3, ved under forhandlinger med Marcussen & Søn Orgelbyggeri A/S at have givet oplysninger om P.G. Andersen & Bruhn Orgelbyggeri ApS' tilbudspris.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at den af Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd gennemførte evaluering af de modtagne tilbud er sket i strid med tildelingskriteriet og ligebehandlingsprincippet, idet Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd i stedet for en tilbudsevaluering ”stemte om”, hvem af de to tilbudsgivere som skulle tildeles kontrakten.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd ikke har iagttaget hverken begrundelsespligten eller underretningspligten over for P.G. Andersen & Bruhn Orgelbyggeri ApS, idet Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd ikke over for G. Andersen & Bruhn Orgelbyggeri ApS har afgivet en begrundelse for valget af Marcussen & Søn Orgelbyggeri A/S.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal som en konsekvens af ovenstående annullere det af Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd gennemførte udbud om indkøb af orgel til Herborg Kirke.

Menighedsrådets påstand må forstås således, at klagenævnet ikke skal tage klagen til følge.

Orgelbyggeriet har taget forbehold om senere at nedlægge påstand om erstatning.

Klagenævnet har, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2, besluttet ikke at behandle påstand 2, 3, 4 og 6.

Sagens nærmere omstændigheder

I licitationsbetingelserne af 8. september 2015 fremgår bl.a.:

”1.1 Aftalens omfang
Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd udbyder følgende arbejde i licitation: Bygning af nyt orgel med 20 stemmer til Herborg Kirke (Skjern provsti, Ribe Stift).

...
1.3 Tilbudsprisen
Tilbuddet skal udformes i overensstemmelse med Kirkeministeriets cirkulære af 15. oktober 1975 om affattelse af tilbud vedrørende levering og istandsættelse af kirkeorgler m.v. (orgelcirkulæret), og tilbudsprisen skal angives i DKK, såvel inkl. som ekskl. moms.

...
1.9 Behandling af tilbud
Indkomne tilbud åbnes og behandles i overensstemmelse med tilbudsloven og – bekendtgørelsen.

Tilbudsgiverne vil efter afleveringsfristen få mulighed for enkeltvis at præsentere deres projekter for menighedsrådet/orgeludvalget på et møde i Herborg d.13.11.2015.

Menighedsrådet anser ikke valg af orgelbygger for afsluttet, før godkendelse fra Stiftsøvrigheden foreligger, og endelig kontrakt er indgået med orgelbyggeren, jf. pkt. 1.12.

1.10 Forhandling af modtagne tilbud

Menighedsrådet forbeholder sig ret til at forhandle med alle tilbudsgivere, jf. tilbudslovens bestemmelser.

...

4. Tildelingskriterium

Valg af orgelbygger vil ske på baggrund af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Følgende underkriterier vil blive anvendt i prioriteret rækkefølge:

1. Klanglig kvalitet
2. Facadeudformning
3. Håndværksmæssig kvalitet
4. Spillemåde
5. Leveringtid
6. Service
7. Pris

A) Dersom en bedømmelse ud fra kriterierne 1-6 klart peger på én af tilbudsgiverne som den bedst kvalificerede, og dersom denne kan tilbyde arbejdet til en pris, der må vurderes som rimelig i forhold til det skønnede tids- og materialeforbrug m.v., vil vedkommende blive foretrukket.

B) Dersom en bedømmelse ud fra kriterierne 1-6 viser, at to eller flere af tilbudsgiverne er velkvalificerede og lige kvalificerede til opgaven, vil den tilbudsgiver, der har tilbudt at udføre opgaven til den billigste pris blive foretrukket.”

Af Kirkeministeriets cirkulære nr. 193 af 15. oktober 1975 om affattelse af tilbud vedrørende levering og istandsættelse af kirkeorgler m.v. (Til stiftsøvrighederne)” (herefter orgelcirkulæret) fremgår bl.a.:

”VII. Garanti.

Ethvert tilbud skal indeholde en udtrykkelig garantierklæring.

For nybyggede, ombyggede eller hovedreparerede orglers holdbarhed og funktionsdygtighed, herunder at vindvejene til piberne er konstant tætte, skal der afgives en 10-årig garanti. Denne garanti skal være gældende uden andre begrænsninger eller forbehold end de i det følgende nævnte.

...

For andre orgelarbejder må der garanteres i 10 år for det udførte arbejde og de anvendte materialer. Eventuelle forbehold om begrænsning af garantiforpligtelsen må nærmere præciseres i tilbuddet.”

Ved tilbudsfristens udløb havde Orgelbyggeriet afgivet 1 tilbud med en pris på 3.452.000 kr., ekskl. moms, mens Marcussen & Søn Orgelbyggeri A/S havde afgivet 2 tilbud med priser på henholdsvis 3.198.864 kr. ekskl. moms og 3.118.320 kr. ekskl. moms.

Tilbuddene blev i overensstemmelse med licitationsbetingelserne herom præsenteret for Menighedsrådet den 13. november 2015.

Herefter anmodede Menighedsrådet begge de oprindelige tilbudsgivere om at afgive et revideret tilbud.

Orgelbyggeriet afgav et revideret tilbud med en pris på 3.024.200 kr., ekskl. moms, mens Marcussen & Søn Orgelbyggeri A/S afgav et revideret tilbud med en pris på 2.962.080 kr. ekskl. moms.

Af referat fra menighedsrådsmøde den 9. februar 2016 fremgår bl.a.:

”Enstemmig beslutning om at projektet skal søges gennemført snarest muligt. Som orgelleverandør pegede et flertal på Marcussen & Søn, Aabenraa.

Helle Vestergaard Boel stemte på P.G. Andersen & Bruhn, en stemte blankt og en var fraværende.

Udvalget arbejder videre med at skaffe den fornødne restfinansiering på ca. kr. 800.000 inkl. diverse ombygningsomkostninger.”

Den 10. februar 2016 orienterede Menighedsrådet telefonisk Orgelbyggeriet om, at Menighedsrådet havde besluttet at indgå kontrakt med Marcussen & Søn Orgelbyggeri A/S.

Efterfølgende modtog Orgelbyggeriet kopi af et brev fra Henrik West, der havde fungeret som Menighedsrådets orgelfaglige rådgiver i forbindelse med licitationen. Af brevet fremgår bl.a.:

”Menighedsrådets beslutning om at vælge firmaet Marcussen & Søn som orgelbygger er efter min klare overbevisning i modstrid med det tilde-lingskriterium, som er angivet i udbudsmaterialet.

I min rådgivning har jeg allerede klart gjort rede for de forhold, som peger på firmaet P.G. Andersen & Bruhn som den bedst kvalificerede til opgaven. Ikke desto mindre vil jeg her endnu en gang kort fremføre disse argumenter:

...

På baggrund af disse kriterier har P.G. Andersen & Bruhn ud fra en sagligt begrundet vurdering vundet licitationen, eftersom de klart er ”den bedst kvalificerede” tilbudsgiver. Forudsætningen for at lade prisen være afgørende for valget – nemlig at begge orgelbyggere er ”lige kvalificerede til opgaven” – er således ikke til stede, jf. betingelserne i udbudsmaterialet.

Når menighedsrådet alligevel har valgt Marcussen & Søn som det billigste af de to tilbud, så er der yderligere det at tilføje, at dette firma reelt har hævet prisen i sit reviderede tilbud. ...

P.G. Andersen & Bruhn har derimod fastholdt samme prisniveau, ...

På baggrund af dette finder jeg det dels fagligt ubegrundet at vælge Marcussen & Søn som orgelbygger, dels urimeligt over for firmaet P.G. Andersen & Bruhn, som har vundet licitationen.”

Ved brev af 23. maj 2016 afviste Menighedsrådet de indsigelser, der fra Orgelbyggeriet var blevet fremsat i relation til licitationen. Af brevet fremgår bl.a.:

”Vedrørende først tildelingskriterierne, så bemærkes ... [at de] er subjektive/unikke fra orgel til orgel, og at det reelle indhold/resultat af flere af kriterierne ikke kendes før det endelige orgel står færdigt.

...

Vedrørende forhandling, så er der aldrig blevet indledt forhandling med tilbudsgiverne, hvorfor der heller ikke blev tilkendegivet procedure herfor.

...Tilbuddene blev for så vidt angår underkriterierne 1-6 fundet at kunne opfylde kriterierne ens, og der blev med kun én stemme imod peget

på Marcussen & Søn, som ved begge tilbud havde givet den laveste pris iht. underkriterie 7.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

Orgelbyggeriet har overordnet gjort gældende, at licitationsmaterialet er uegnet og uigennemsigtigt. Det fremgår således ikke, hvordan de enkelte underkriterier ville blive evalueret, herunder navnlig hvad Menighedsrådet ville tillægge positiv vægt ved sin tilbudsevaluering. Underkriterierne er desuden i sig selv uklare og uigennemsigtige, og det fremgår således ikke med den fornødne klarhed og gennemsigtighed, hvordan Menighedsrådet konkret vil evaluere de enkelte underkriterier. Menighedsrådet havde dermed reelt en ubegrænset valgfrihed mellem de to tilbud. Dette er i strid med EU-Domstolens faste praksis, jf. f.eks. EU-Domstolens dom af 4. december 2003 i sag C-448/01, EVN AG, hvorefter underkriterierne skal være gennemsigtige, dvs., at det skal være ”muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende at fortolke dem på samme måde”, og hvorefter de valgte underkriterier skal være klare og entydige.

Det har undtagelsens karakter, at underkriterier ikke vægtes, og Menighedsrådet har ikke fremført en saglig begrundelse for at undlade vægtning jf. tilbudslovens § 8, stk. 2, 2. og 4. punktum.

Menighedsrådet synes at befinde sig i en vildfarelse om udbudsreglerne, når det i brevet af 23. maj 2016 blandt andet anføres, at ”det reelle indhold/resultat af flere af kriterierne ikke kendes før det endelige orgel står færdigt.” Heraf følger, at underkriterierne har været konkret uegnede, da Menighedsrådet efter sin egen opfattelse ikke har kunnet evaluere herpå. Det savner mening at anføre, at resultat af tildelingskriteriet først kendes, når en kontrakt er realiseret.

At underkriterierne var uegnede, og formentlig reelt umulige at foretage en saglig tilbudsevaluering på baggrund af, støttes af det faktum, at Menighedsrådet endte med at stemme om tilbuddene, jf. referat af menighedsrådsmødet den 9. februar 2016.

Underkriteriet ”Klanglig kvalitet” er efter det oplyste vurderet bl.a. på grundlag af besigtigelse af de orgler, som de to tilbudsgivere tidligere har produceret og opsat i andre kirker. Dermed er der reelt tale om et udvælgelseskriterium. Underkriteriet er dermed uegnet som et kriterium i tilbudsevalueringen, jf. f.eks. EU-Domstolens dom af 19. juni 2003 i sag C-315/01, GAT, og dom af 24. januar 2008 i sag C-532/06, Lianakis.

For underkriteriet ”Facadeudformningen” er der ikke i licitationsmaterialet nogen form for indikation af, hvilken type facadeudformning som vil blive vurderet at være egnet og passende. Underkriteriet har dermed givet en ubegrænset valgfrihed mellem de to tilbud.

Underkriterierne ”Håndværkmæssig kvalitet” og ”Spillemåde” er efter det oplyste evalueret på grundlag af ”tilbudsmaterialet og orgelbesøgende”. Dermed er kriterierne de facto administreret som udvælgelseskriterier, idet Menighedsrådet henviser til orgelbesøg, som blev foretaget tidsmæssigt, inden de to tilbudsgiverne blev opfordret til at afgive tilbud, og Menighedsrådet har vurderet tilbudsgiverne ”kvalificeret”, hvilket netop angår selve egnetheden af tilbudsgiverne, ikke vurderingen af tilbudsgiverens tilbud.

For underkriteriet ”Leveringstid” fremgår det intet sted i licitationsbetingelserne, hvad der ville blive vurderet ”tilfredsstillende”, herunder om det er 6 måneder, 1 år eller længere.

Underkriteriet ”Service” er efter det oplyste vurderet på grundlag af, at Menighedsrådet ”bedre kunne lide ordet garanti end reklamationsret”. Det følger af orgelcirkulæret, at det er et krav, at der afgives en 10 års garanti.

Menighedsrådet har gjort gældende, at licitationsmaterialet ikke har været uegnet, uigennemsigtigt eller i øvrigt i strid med tilbudsloven. Det afvises, at de enkelte underkriterier efterlod Menighedsrådet med ubegrænset valgfrihed.

Menighedsrådet har valgt en prioritering af underkriterierne på grund af de højst prioriterede kriteriers subjektive og unikke karakter, herunder ud fra at de pågældende kriterier reelt først kendes den dag, orglet står færdigt. Dette gør ikke kriterierne uegnede, men det gør, at det ikke giver mening at vægte dem procentuelt.

Menighedsrådet har ikke stemt om tilbuddene, fordi man ikke har kunnet foretage en vurdering ud fra de opstillede kriterier, men fordi de to tilbud fandtes at opfylde kriterierne ens, dog med en marginalt "bedre" pris fra Marcussen & Søn Orgelbyggeri A/S.

Underkriterierne beskrev klart med deres ordlyd og prioritering, hvad der vægtede højest. Hvis man ikke skulle kunne opstille netop kriterier som "Klanglig kvalitet", "Facadeudformning", "Spillemåde", m.m. ved et orgel, ville det være umuligt og/eller ikke give nogen mening at sende anskaffelsen i udbud.

Om evalueringen af tilbuddene i forhold til de enkelte underkriterier har Menighedsrådet anført, at rådet i forbindelse med evalueringen besigtigede og hørte orgler opført af de to tilbudsgivere rundt omkring i landet, senest den 30. januar 2016, hvor den tilknyttede orgelkonsulent, Henrik West, afslutningsvist bemærkede, at der forelå to gode og kvalificerede tilbud, og at det ville blive et svært valg. Henrik West gav i processen på ingen måde udtryk for den holdning, som han efterfølgende har tilkendegivet i sit brev af 12. februar 2016. Da de to indkomne tilbud således også efter omfattende besigtigelser blev vurderet som ens bedømt ud fra de opstillede kriterier med undtagelse af underkriterium 7, hvor Marcussen & Sønns pris var marginalt bedre, blev beslutningen udlagt til afstemning, hvor det overvejende flertal pegede på, at man ville gå videre med Marcussen & Søn.

Forud for afstemningen var vurderingen af "Klanglig kvalitet", at begge reviderede tilbud indeholdt de ønskede 17,5 stemmer og kunne opfylde kriteriet tilfredsstillende. Efter besigtigelse af en lang række af tilbudsgivernes orgler rundt omkring i landet blev det vurderet, at begge tilbudsgiveres orgler havde en god klang, og at der ikke var anledning til at foretrække én tilbudsgiver frem for den anden.

"Facadeudformningen" i begge tilbud vurderedes at være egnede og passende i forhold til kirkens indvendige udformning, og der blev ikke fundet noget, der væsentligt kunne differentiere tilbuddene.

I forhold til kriterierne "Håndværksmæssig kvalitet" og "Spillemåde" blev begge tilbudsgivere vurderet kvalificerede, og der blev ikke fundet noget, der væsentligt kunne differentiere tilbuddene.

Også ”Leveringstid” fandtes begge tilbudsgivere at kunne opfylde tilfredsstillende og uden reel forskel.

Orgelbyggeriet gav i relation til ”service” 10 års reklamationsret og 24 timers afhjælpning, mens Marcussen & Søn gav 10 års garanti og 24 timers afhjælpning. Begge fordrede en serviceaftale, og med en lille fordel til Marcussen & Søn (idet man bedre kunne lide ordret garanti end reklamationsret) blev de også vurderet ens og tilfredsstillende.

Ad påstand 5

Orgelbyggeriet har gjort gældende, at Menighedsrådet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at gennemføre en egentlig tilbudsevaluering, men at finde den vindende tilbudsgiver ved simpel flertalsafstemning.

Menighedsrådet har gjort gældende, at der først blev foretaget afstemning, da de to indkomne tilbud var blevet vurderet til at opfylde udbudskriterierne ens.

Ad påstand 7

Orgelbyggeriet har gjort gældende, at overtrædelserne af påstand 1-6 er af en sådan karakter, at licitationen, subsidiært tildelingsbeslutningen, skal annulleres.

Menighedsrådet har gjort gældende, at uanset om klagenævnet måtte finde grundlag for at tage en eller flere af påstandene 1-6 til følge, er der ikke tale om overtrædelser af en sådan karakter og omfang, at licitationen og/eller tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af licitationsbetingelserne, at evalueringen af tilbuddene ville ske på grundlag af underkriterierne ”Klanglig kvalitet”, ”Facadeudformning”, ”Håndværksmæssig kvalitet”, ”Spillemåde”, ”Leveringstid”, ”Service” og ”Pris”.

Der tilkommer en ordregiver et vidt skøn ved fastlæggelsen af, hvilke kriterier der tillægges vægt ved den ydelse, der udbydes, når blot kriterierne er forbundet med kontraktens genstand, kriteriet ikke giver ordregiver et ”ubetinget frit valg”, og kriterierne er beskrevet på en sådan måde, at det er muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende at fortolke dem på samme måde.

De 6 først anførte kriterier, der i licitationsbetingelserne angives at være prioriteret i den anførte rækkefølge, er utvivlsomt forbundet med kontraktens genstand, og dermed som udgangspunkt anvendelige som underkriterier til tildelingskriteriet ”Det økonomiske mest fordelagtige bud”.

De kvalitative kriterier er imidlertid af en så subjektiv og ikke-målbar karakter, at det ikke er muligt for de bydende, uden yderligere oplysninger om kriteriets indhold eller evalueringsmetoden/modellen at vurdere, hvad der reelt tillægges vægt, ligesom det ikke er muligt at efterprøve, om evalueringen er sket i henhold til de oplyste kriterier, eller reelt er udtryk for et frit valg.

Licitationsbetingelserne indeholder ikke en nærmere beskrivelse af de enkelte underkriteriers indhold, og det fremgår ikke af licitationsbetingelserne, hvordan evalueringen vil blive foretaget. Kriterierne er derfor i den konkrete situation uigennemsigtige og uegnede til at danne grundlag for en tildelingsbeslutning.

At kriterierne konkret har været uigennemsigtige og uegnede støttes af Menighedsrådets brev af 23. maj 2016 til Orgelbyggeriet, hvori det anføres, at ”det reelle indhold/resultat af flere af kriterierne ikke kendes før det endelige orgel står færdigt”, at Menighedsrådet trods flere opfordringer ikke har været i stand til nærmere at redegøre for, hvordan de enkelte tilbud er evalueret i relation til hvert enkelt kriterium, og at valget mellem tilbudsgiverne ubestridt er sket ved afstemning, uanset udbudsbetingelsernes punkt 4B.

Påstand 1 tages derfor til følge.

Ad påstand 5

Det er ubestridt, at valget mellem de to tilbudsgivere reelt skete ved afstemning. Dette er – uanset om det lægges til grund, at de to tilbud opnåede identisk evaluering på de 6 kvalitative underkriterier – i strid med udbudsbetingelserne, idet det af punkt 4B i udbudsbetingelserne fremgik, at prisen i en sådan situation ville være udslagsgivende. I dette omfang tages påstand 5 til følge.

Ad påstand 7

Da udbudsbetingelserne jf. det, der er anført ad påstand 1, ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, annulleres den iværksatte licitation.

Påstand 7 tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Det af Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd udarbejdede licitationsmateriale til indkøb af orgel til Herborg Kirke er uigennemsigtigt og uegnet til at danne baggrund for en lovlig tildelingsbeslutning.

Påstand 5

Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråds beslutning om tildeling af kontrakten til Marcussen & Søn Orgelbyggeri A/S er truffet i strid med gennemsigtighedsprincippet, idet beslutningen reelt er truffet ved afstemning og ikke ved evaluering på grundlag af de i licitationsmaterialet offentliggjorte kriterier.

Påstand 7

Den af Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd iværksatte licitation om køb af orgel til Herborg Kirke annulleres.

Påstand 2, 3, 4 og 6 behandles ikke.

Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd skal i sagsomkostninger til P.G. Andersen & Bruhn Orgelbyggeri ApS betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjærning
specialkonsulent