

K E N D E L S E

Palle W. Hansen A/S

(advokat Mikki Nielsen, Aalborg)

mod

Hasseris Boligselskab

(advokat Anne Bergholt Sommer, Aalborg)

Ved udbudsbekendtgørelse af 21. august 2007 udbød Hasseris Boligselskab, der er et alment boligselskab, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) renovering og modernisering af afdeling 6 Skelagergaardene, Aalborg, opdelt i 10 delaftaler, nemlig følgende entrepriser: A. Tag, B. Tagdækning, C. Facader, D. Murer, E. Tømrer/Snedker, F. VVS og Ventilation, G. El, H. Maler, I. Elevator og J. Terræn. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Fristen for ansøgning om prækvalifikation var fastsat til den 2. oktober 2007.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at der kunne afgives tilbud på en eller flere af de 10 delaftaler, og at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning, samt, at »der vil kunne bydes i fag- og/eller storeentreprise«. Endvidere fremgår, at »der vil blive prækvalificeret 5-7 deltagere for hver entreprise. Ved udvælgelsen vil der blive lagt vægt på deltagernes tekniske og faglige kunnen og erfaring med lignende (gerne mindre) opgaver og bygherrens ønske om størst mulig konkurrence...«

Vedrørende A. »Tagentreprise« besluttede indklagede at prækvalificere følgende virksomheder:

1. BM Byggeindustri Hobro A/S
2. MT Højgaard A/S
3. Jesper Thomsen Tømrer og Snedker A/S
4. Hustømmerne A/S
5. Søren Bernhard Pedersen A/S
6. Klageren

Vedrørende »B. Tagdækningsentreprisen« besluttede indklagede at prækvalificere følgende virksomheder:

1. Icopal Entreprise A/S
2. Jesper Thomsen Tømrer og Snedker A/S
3. STS Støvring A/S
4. Jysk Tagentreprise A/S

Vedrørende »C. Facadeentreprisen« besluttede indklagede at prækvalificere følgende virksomheder:

1. MT Højgaard A/S
2. Jorton A/S
3. Klageren

Vedrørende »D. Murerentreprisen« besluttede indklagede at prækvalificere følgende virksomheder:

1. MT Højgaard A/S
2. Murerfirmaet Hans Nielsen & Søn A/S
3. Jorton A/S
4. M. Thomsen Støtt, Aalborg A/S

Vedrørende »E. Tømrer/Snedkerentreprisen« besluttede indklagede at prækvalificere følgende virksomheder:

1. BM Byggeindustri Hobro A/S
2. MT Højgaard A/S
3. Arne Andersen Vrå A/S
4. Søren Bernhard Pedersen A/S
5. Erik Toppenberg A/S

6. Pallisgaard & Frede D. Nielsen I/S
7. Hustømmerne A/S
8. Klageren

De 14 virksomheder, der var prækvalificeret vedrørende entrepriserne A – E, afgav vedrørende disse 5 entrepriser ialt 23 tilbud.

De 24 virksomheder, der var prækvalificeret vedrørende entrepriserne F – J, afgav vedrørende disse 5 entrepriser ialt 25 tilbud. Ingen af de under A. – E. nævnte prækvalificerede virksomheder afgav tilbud på entrepriserne F. – J.

Ad » C. Facadeentreprisen« og »D. Murerentreprisen«:

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 11. oktober 2007 og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 23. november 2007 var der afgivet følgende tilbud vedrørende disse to entrepriser:

Tilbudsgiver	C. Facade-entreprisen	D. Murer-entreprisen	C.+D. Begge entrepriser
Jorton A/S	118.880.000	20.622.000	137.702.000
Palle W. Hansen A/S	118.171.500		
Murerfirmaet Hans Nielsen & Søn A/S		25.177.100	
M. Thomsen Støtt Aalborg A/S		22.850.000	

Jorton A/S tilbud var ledsaget af følgende brev:

»Vedr. : ... tilbud på entreprise C - Facadeentreprisen og D - Murerentreprisen

Ved samlet overdragelse af entreprise C - Facadeentreprisen og D - Murerentreprisen kan der fratrækkes kr. 1.800.000 excl. moms fra Jorton a/s tilbud.

Tilbudssum for C - Facadeentreprisen	118.880.000,00 excl moms
Tilbudssum for D - Murerentreprisen	20.622.000,00 excl moms
Fradrag for samlet entreprise	1.800.000,00 excl moms
Samlet tilbud for entreprise C og D	137.702.000,00 excl moms

...«

Ved skrivelse af 4. december 2007 meddelte indklagede klageren:

»Efter afholdt licitation ... er de indkomne tilbud blevet gennemgået af teknikerne.

Idet udvælgelseskriteriet var laveste pris, skal vi hermed meddele Dem, at Hasseris Boligselskab agter at tildele kontrakten på FACADE-entreprisen til:

Jorton a/s

...«

Den 20. december 2007 indgav klageren, Palle W. Hansen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hasseris Boligselskab. Klagen har været skriftligt behandlet.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at tage det samlede tilbud, som Jorton A/S havde afgivet vedrørende entreprise C. Facadeentreprisen og entreprise D. Murerentreprisen i betragtning, uagtet det ikke i udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbudsgiverne kunne afgive samlede tilbud på disse to entrepriser.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at beslutte at indgå kontrakt med Jorton A/S om entreprise C. Facadeentreprisen, uagtet klageren vedrørende denne entreprise havde afgivet tilbudet med den laveste pris.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 4. december 2007 om at indgå kontrakt med Jorton A/S om entreprise C. Facadeentreprisen.

Påstand 4

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 28.961.650 kr. med procesrente fra den 20. december 2007.

Påstand 5

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale et beløb mindre end 28.961.650 kr. med procesrente fra den 20. december 2007.

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

Indklagede har vedrørende påstand 4 og 5 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4 og 5, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 3.

Udbudsbekendtgørelsen af 21. august 2008 indeholder bl.a. følgende:

»II.1.5) Kortfattet beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/ene
Renovering af klimaskærm på 24 blokke.....

Objektive kriterier for valg af de begrænsede antal kandidater:
Der vil blive prækvalificeret 5-7 deltagere for hver entreprise. Ved udvælgelsen vil blive lagt vægt på deltagernes tekniske og faglige kunnen og erfaring med lignende (gerne mindre) opgaver og bygherrens ønske om størst mulig konkurrence (en variation af større og mindre virksomheder).....

VI.3) Yderligere oplysninger.....

Der vil kunne bydes i fag og/eller storentrepriser. Prækvalifikation og licitation sker med forbehold for de bevilgende myndigheds godkendelse.

.....

Bilag B (3)

Oplysninger vedrørende delaftaler

Delaftale nr. 3 Betegnelse C. Facader

1) Kort beskrivelse

Forplade på sandwich elementer fjernes, der efterisoleres og beklædes med fiberbeton, vinduer og døre udskiftes til træ-alu, lette facade-partier efterisoleres og beklædes, nye altanværn i fiberbeton/glas.

.....

Bilag B (4)

Oplysninger vedrørende delaftaler

Delaftale nr. 4 Betegnelse D. Murer

1) Kort beskrivelse

Indvendige arbejder, opbygning af nye baderum incl. div flisearbejder, forberedelse til etablering af 18 elevatorer/lifte, betonreparationer på sokler og altandæk

.....«

Indklagede udsendte den 11. oktober 2007 udbudsbetingelserne til de prækvalificerede virksomheder. I udbudsbetingelserne er bl.a. anført følgende:

»Hasseris Boligselskab afd. 6. Skelagergårdene, Aalborg

De indbydes hermed til at afgive tilbud på Entreprise C - Facadeentreprisen på ovennævnte byggesag i indbudt licitation, jfr. udbudsbekendtgørelsen (prækvalifikation)

.....

Grundlag

Som grundlag for afgivelse af tilbud foreligger nærværende udbudsbrev og nedenstående projektmateriale:

Tegninger i henhold til tegningsliste af d. 11.10.2007.
Fællesbetingelser, fagbeskrivelser og fotomappe af d. 11.10.2007.

Tilbudsliste.

Rettelsesblade som udsendes i udbudsperioden.

.....

Tilbudslister:

Tilbud skal afleveres på de vedlagte tilbudslister. På tilbudslisterne skal alle punkter udfyldes, ligesom eventuelle øvrige arbejder skal specificeres. Sker dette ikke kan bygherren vælge at kassere tilbudet som værende ukonditionsmæssigt.«

Udbudsbetingelsernes Fællesbestemmelser er i »Tilføjelser/udbygninger til AB 92« bl.a. anført:

»Ad. § 2 stk. 2 (tilføjelse)

.....

Dersom noget i udbudsmaterialet måtte være uklart for de tilbudsgivende, må disse inden spørgefristens udløb skriftligt indhente nærmere oplysninger herom hos de projekterende.

.....

Ad § 2, stk. 6 (tilføjelse)

Tilbudet skal afgives på de udleverede tilbudslister.

Tilbudslisterne med tilhørende bilag skal være udfyldt i fuldt omfang med priser og oplysninger. I modsat fald forbeholder bygherren sig ret til at kassere tilbudet som ikke konditionsmæssigt. Det tilkommer bygherren alene at afgøre, om et tilbud er konditionsmæssigt.«

Den 7. december 2007, d.v.s. efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 23. november 2007, besvarede indklagedes rådgiver et af klagerens advokat fremsendt brev således:

»...

Men dels er det i ... udbudsbekendtgørelsen ... oplyst, at der vil kunne bydes i både fag- og/eller storentreprise.

Dels er Jorton A/S prækvalificeret og indbudt i og har afgivet konditionsmæssige tilbud på såvel facadeentreprisen som murerentreprisen. Jorton A/S er lavestbydende på murerentreprisen og den tilbudte rabat ved tildeling af begge entrepriser gør, at firmaet er lavestbydende ikke alene på begge entrepriser under eet, når den samlede rabat fratrækkes, men også på facdearbejdet, hvis rabatten fordeles forholdsmæssigt ud fra tilbudenens størrelse.

...«

Erik Bering, der er ansvarlig for tilbudsafgivning hos klageren, har afgivet en skriftlig erklæring. Han gør heri gældende, at han på baggrund af udbudsbetingelserne havde forstået det sådan, at samlede tilbud ikke kunne afgives. Hvis der kunne afgives samlede tilbud, ville han på vegne klageren have indleveret et samlet tilbud på fagentrepriserne »A. Tagentreprisen« og »C. Facadeentreprisen«. I den forbindelse ville Palle W. Hansen A/S have ydet en samlet rabat i størrelsesorden 1.600.000,00 kr. der ville være fordelt med 800.000,00 kr. på fagentreprise »A. Tagentreprisen« og med 800.000,00 kr. på fagentreprise »C. Facadeentreprisen«.

Erik Bering har endvidere opstillet »tænkte eksempler for at illustrere uigennemsigtighed og vise, at der ikke er ligestilling, hvis der ikke foreligger tilbudslistes, når der gives rabat«.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har til støtte for sin påstand gjort gældende, at det af Jorton A/S afgivne tilbud er ukonditionsmæssigt, da det ikke blev afgivet på »de vedlagte tilbudslistes«, og at indklagede derfor havde pligt til ikke at tage tilbudet i betragtning. Det skal være klart for alle bydende, at der er adgang til at afgive et samlet tilbud, når der bydes på flere entrepriser. Er det ikke det, og tager udbyderen et sådant tilbud i betragtning, overtræder udbyderen gennemsigtighedsprincippet. Iagttagelse af gennemsigtighedsprincippet

forudsætter, at udbudsgrundlaget er klart og entydigt, sådan at et forsøg på at forstå udbudsgrundlaget ikke kræver en forudgående fortolkning af de anvendte udtryk. Dette må i særdeleshed være tilfældet, når tildelingskriteriet »laveste pris« er anvendt.

Indklagede har til støtte for sin påstand gjort gældende, at indklagede ifølge udbudsbetingelserne var berettiget og forpligtet til at tage det samlede tilbud på murer- og facadeentreprisen fra Jorton A/S i betragtning. Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen og annoncen, at den enkelte tilbudsgiver kunne opnå prækvalifikation og tildeling af enten en enkelt fagentreprise eller flere fagentrepriser eller flere fagentrepriser i storentreprise. Det har derfor været klart for alle tilbudsgivere, at der kunne søges prækvalifikation og som prækvalificeret afgives tilbud på en fagentreprise, flere fagentrepriser i storentreprise eller både tilbud på en fagentreprise og flere fagentrepriser i storentreprise.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det af klageren afgivne tilbud havde »laveste pris«, hvorfor indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at beslutte at indgå kontrakt med Jorton A/S vedrørende facadeentreprisen.

Indklagede har gjort gældende, at Jorton A/S med sit samlede tilbud afgav tilbudet med den laveste pris. Indklagede har derfor gjort gældende, at indklagede var forpligtet til at antage Jorton A/S samlede tilbud på udførelse af murer- og facadeentreprisen.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tilsidesættelse af Udbudsdirektivets bestemmelser er så grov, at Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Jorton A/S.

Indklagede har gjort gældende, at at der ikke er grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at ville indgå kontrakt med Jorton A/S i henhold til det af Jorton A/S afgivne tilbud på murer- og facadeentreprisen.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Når en udbyder gennemfører et EU-udbud, påhviler det udbyderen at sørge for, at udbudsbetingelserne er klare og gennemskuelige. I denne sag var tildelingskriteriet fastsat til »laveste pris«, og det fremgår af udbudsbetingelserne, at der kunne bydes i fag- og/eller storentrepriser, at tilbud skulle afleveres på de vedlagte tilbudslistes, at alle punkter på disse skulle udfyldes, ligesom eventuelle øvrige arbejder skulle specificeres.

Da indklagede har gennemført udbudet som et begrænset udbud, hvor virksomhederne for at kunne afgive tilbud på en delaftale, skal være prækvalificeret til at afgive tilbud på en delaftale, og da indklagede i udbudsbetingelserne har begrænset antallet af prækvalificerede virksomheder, har Klagenævnet besluttet ikke under denne sag at tage stilling til, om gennemførelse af sideordnede udbud med så stort et antal delaftaler som 10 delaftaler i sig selv indebærer eller kan indebære, at udbudet er i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, jf. Udbudsdirektivets artikel 2.

Da tildelingskriteriet i udbudsbetingelserne er fastsat til »laveste pris«, har det påhvilet indklagede at konstatere, hvilket tilbud eller hvilke tilbud, der har den laveste pris. Tilbudet med den laveste pris for »C. Facadeentreprisen« er tilbudet fra Palle W. Hansen på 118.171.500 kr., og tilbudet med den laveste pris for »D. Murerentreprisen« er tilbudet fra Jorton A/S på 20.622.000 kr., hvilket giver en samlet pris for begge entrepriser på 138.793.000 kr. Tilbudet med den laveste samlede pris for begge entrepriser er tilbudet fra Jorton A/S på 137.702.000 kr., som var det eneste samlede tilbud for begge entrepriser. Da dette samlede tilbud på disse entrepriser har en lavere pris end summen af priserne på de 2 separate laveste tilbud for disse entrepriser, har indklagede været forpligtet til at beslutte at indgå kontrakt om disse entrepriser med Jorton A/S. Dette gælder også selvom indklagede efter udbudsbetingelserne har anvendt udtrykket »storentreprise«, idet i øvrigt efter udbudsbetingelserne findes tilstrækkeligt klart, at der kunne afgives tilbud som sket. Klagenævnet tager derfor ikke påstand 1 til følge.

Ad påstand 2

Af det der fremgår ovenfor ad påstand 1 følger, at klagerens påstand ikke tages til følge.

Ad påstand 3

Som følge af det der er anført ovenfor ad påstand 1 og 2 tages denne påstand ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig