

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Lars Tolstrup, Allan Åge Christensen)

J.nr.: 2011-0024530

17. april 2012

K E N D E L S E

PH-Byg Faaborg A/S

(advokat Jan Hollmén Olesen, Odense)

mod

Faaborg Menighedsråd

(selv)

I december 2010 iværksatte indklagede, Faaborg Menighedsråd, en begrænset licitation efter tilbudsloven om restaurering af et klokketårn (Klokketårnet i Faaborg). Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 18. februar 2011 til følgende udvalgte virksomheder:

1. Klageren, PH-Byg Faaborg A/S
2. Murermeister Palle Jensen V. Åby A/S
3. Brdr. Knudsen Årlev ApS
4. Brdr. Møller Murer & Entreprenører ApS
5. Murermestre Aage Pedersen & Søn

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 1. marts 2011 havde alle fem virksomheder afgivet tilbud. Indklagede indledte herefter et afklarings- og forhandlingsforløb med klageren, Murermeister Palle Jensen V. Åby A/S og Brdr. Knudsen Årlev ApS.

Den 16. marts 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Murermeister Palle Jensen V. Åby A/S.

Den 18. april 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudsloven ved ikke at have tildelt kontrakten på restaurering af Klokketårnet i Faaborg til klageren, uanset at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med lighedsprincippet i tilbudslovens § 2 og de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have tildelt kontrakten til Murermeister Palle Jensen V. Åby A/S, uanset at selskabet for en stor dels vedkommende lod arbejdet udføre af lærlinge, selv om det af licitationsbetingelserne fremgår, at der lægges vægt på, at arbejdet udføres af mandskab med betydelig erfaring.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Arkitekt MAA Morten Krogh Madsen, Krogh Madsens Tegnestue ApS, var indklagedes rådgiver under arbejdet med restaurering af Klokketårnet i Faaborg. Arkitekten sendte »udbudsbrev« til de valgte tilbudsgivere. Af brevet fremgår bl.a.:

»Tildelingskriteriet vil blive: Økonomisk mest fordelagtige tilbud

Tildelingskriterier vil blive værdifastlagt / vægtet således:

60 %	Laveste timepriser (murersvend/arbejdsmand/lærling) – i henhold til tilbudsliste, samt laveste avance på indkøb af byggematerialer.
20 %	Dokumenteret erfaring for firmaet, med udførelse af lignende opgaver.
10 %	Dokumenteret erfaring for den på opgaven tilknyttede

mestersvend i firmaet, med hensyn til udførelsen af lignende opgaver.

10 % Firmaet kapacitet m.h.t. bemanding – hhv. opmanding om nødvendigt. (og om det er nødvendigt at benytte underentreprenører for opmanding).

Dokumentation for ovenstående medsendes det afgivne tilbud, i let og overskuelig form.«

Entreprisens omfang var nærmere beskrevet i pkt. 1.1. i bilaget »Arbejdsbeskrivelse & Tilbudsliste«, hvor der står:

»Entreprisen omfatter:

- Anstilling og drift af byggeplads.
- Reparationsarbejder ved fundamenter/sokkel.
- Nedbrydning af eksisterende tagsten og udhugning af defekte facadesten m.v.
- Reparationsarbejder på eksisterende facader – herunder ved revnedannelser.
- Levering, oplægning af nye munke- og nonnetagsten samt genbrugsvingetagsten.
- Øvrige murerarbejder – herunder filtsnings- og kalkningsarbejder m.v.
- Indvendige reparations og kalkningsarbejder.
- Efter reparationer og afsluttende rengøring.

Uden for denne entreprise er følgende arbejder:

Opstilling, demontering og vedligehold af stillads og materialehejs.

Tømrerarbejder

Malerarbejder

El-arbejder.«

Entreprisens enkelte dele var nærmere beskrevet under bilagets pkt. 1.3. »Arbejdets udførelse«.

Indklagede udsendte den 25. februar 2011 rettelsesblad til licitationsbetingelserne, hvor indklagede bl.a. under afsnittet »Tidsplan« skrev:

»Tidsplan: Tidsplan dateret 15.02.2011 er foreløbig. Efter afrensning af tårnets facader – når man kan se, hvor store skader murværket har – udarbejder tilsyn i samarbejde med murerentreprenør og menighedsråd en bindende tidsplan, som forudsættes at være gældende for byggeriets gennemførelse.

Det er tilsynets hensigt at murerarbejderne skal udføres i fornuftigt og tillidsfuldt samarbejde med bygherre og tilsyn. Og ved restaurering af ældre fredede bygninger kan der erfaringsmæssigt vise sig forhold, som gør ændringer/forskydninger i gældende tidsplan nødvendige.

Tilsynet og bygherre vil derimod ikke finde sig i forsinkelser, som skyldes, at murerentreprenørs folk ikke arbejder på Klokketårnet, fordi entreprenør har andre byggeopgaver i gang, som han er bagud med Eller at der bliver anvendt ukvalificeret eller uerfaren arbejdskraft på restaureringsarbejderne. Eller der bliver udvist ligegladhed og sløseri med arbejdets udførelse, som gør, at det må kasseres af tilsyn og laves om.

I så fald gælder FB afsnit E.25.2 (forsinkelser/dagbøder) fuldt ud og vil blive taget i anvendelse.«

Klageren redegjorde i et brev af 24. februar 2011 til arkitekt Morten Krogh Madsen for virksomhedens erfaring fra lignende restaureringsarbejder og vedlagde en referenceliste over flere konkrete projekter, som virksomheden havde deltaget i. Klageren oplyste endvidere, at restaureringsarbejdet ville blive udført af en fast stab med enten murer Per Hansen eller murer Søren Hansen som sjakbajs. Begge murersvende havde deltaget i flere af de projekter, som fremgik af referencelisten.

Tilbudsgiverne skulle ved tilbudsafgivelsen udfylde en tilbudsliste, der bl.a. havde følgende indhold:

»1.3.13. Murerarbejdet – skønnet antal timer/arbejdsløn.

Der forudsættes udført murerarbejder på tårnet i følgende perioder i år 2011 & 2012:

Uge 10-14 (svarende til 600 timer for 3-4 mand – beskæftiget i perioden).

Uge 17-35 (svarende til 3300 timer for 4-5 mand – beskæftiget i perioden).

Uge 04-14 – 2012 (svarende til 600 timer for 2-3 mand – beskæftiget i perioden).

Murerarbejderne forudsættes udført i regning efter medgået tid. Der ønskes dog oplyst særskilt udfaktureret timepris (inklusive alle normale, overenskomstmæssige sociale tillæg m.v.) på følgende:

Murersvend – pris pr. arbejdstime udgør:	kr. excl. moms
Arbejdsmand – pris pr. arbejdstime udgør:	kr. excl. moms
Murerlærling – pris pr. arbejdstime udgør:	kr. excl. moms

Ovennævnte timerpriser forudsættes anvendt i forbindelse med murer-entreprenørs arbejder (og afregningen heraf) på Klokketårnet i hele byggeperioden – jf. Tidsplan.«

Indklagede forudsatte i tilbudslisten, at murerentreprenøren skulle indkøbe byggematerialer for ca. 375.000 kr. Tilbudsgiverne skulle derfor også anføre, hvad tilbudsgiverens eget tillæg på materialeindkøbsprisen udgjorde i %. Endelig skulle tilbudsgiverne oplyse den ugentlige leje for en mandskabsvogn.

Ved sit tilbud af 28. februar 2011 afgav klageren følgende tilbudspriser:

Ugentlig leje af mandskabsvogn	425 kr.
Entreprenørens eget tillæg på materialeindkøbspris	10 %
Murersvend – pris pr. arbejdstime	284 kr.
Arbejdsmand – pris pr. arbejdstime	280 kr.
Murerlærling – pris pr. arbejdstime	250 kr.

Arkitekt Morten Krogh Madsen redegjorde i et brev af 2. marts 2011 til indklagede for tilbudspriserne fra hver af tilbudsgiverne. Det fremgår heraf, at Murermester Palle Jensen V. Åby A/S havde afgivet følgende tilbudspriser:

Ugentlig leje af mandskabsvogn	500 kr.
Entreprenørens eget tillæg på materialeindkøbspris	5 %
Murersvend – pris pr. arbejdstime	330 kr.
Arbejdsmand – pris pr. arbejdstime	327 kr.
Murerlærling (1. års lærling) – pris pr. arbejdstime	125 kr.
Murerlærling (2. års lærling) – pris pr. arbejdstime	150 kr.

Arkitekten anbefalede indklagede at indlede forhandlinger med de 2-3 lavestbydende tilbudsgivere. Der blev herefter indledte forhandlinger med de tre lavestbydende virksomheder, som var klageren, Murermester Palle Jensen V. Åby A/S og Brdr. Knudsen Årslev ApS. Forhandlingerne foregik pr. e-mail og telefon.

Ved e-mail af 7. marts 2011 anmodede arkitekten klageren om at oplyse en forventet pris på henholdsvis en 1. års og 2. års murerlærling, idet han med

formanden for indklagede ville drøfte muligheden for at anvende en bemanding med to murersvende, en arbejdsmand og to murerlærlinge på restaureringsopgaven.

Klageren besvarede i første omgang henvendelsen med, at den timepris, som klageren havde anført i tilbudslisten for en murerlærling, var for en 3. års lærling, da indklagede i licitationsbetingelserne havde lagt op til, at arbejdet skulle udføres af murersvende med erfaring på området. Det var klagerens vurdering, at 1. års og 2. års lærlinge ikke havde den nødvendige erfaring. Klageren oplyste dog senere den 7. marts 2011, at timeprisen for en 1. års lærling, som var ved at blive ansat hos klageren, var 130 kr. Han havde ingen 2. års lærling og kunne derfor ikke oplyse timeprisen for en 2. års lærling.

Klageren har foretaget følgende prissammenligning mellem klagerens tilbud og tilbuddet fra Murermester Palle Jensen V. Åby A/S:

»...

	PH Byg	Palle Jensen
Skurvogn i 9 mdr.	17.212,-	20.250,-
2 murersvende	511.200,-	594.000,-
1 arb. mand	252.000,-	294.300,-
1 1. års lærling	117.000,-	112.500,-
1 2. års lærling	-	135.000,-
1 3. års lærling	225.000,-	-
avance materiale	37.500,-	18.750,-
Samlet pris excl. moms	1.159.912	1.174.800,-

Licitationsgrundlaget er i alt 4500 timer

Bemanding 2 svende – 2 lærlinge – 1 arb. mand

Pr. beskæftiget bliver det 900 timer pr. mand

PH Byg er altså 14.888,- billigere«

Indklagede har i svarskriftet af 12. juni 2011 anført følgende vedrørende tilbudspriserne fra Murermester Palle Jensen V. Åby A/S og klageren:

»...

... PH-BYG [er] ubestrideligt dyrere end Palle Jensen A/S, når man medregner følgende supplerende tilbud fra Palle Jensen A/S (forhandlet på plads af arkitekt under afklarings/forhandlingsforløbet med sidstnævnte firma):

– Ingen opkrævning af leje for skurvogne/toiletvogn i byggeperioden.

- Ingen opkrævning af leje for anvendelse af almindeligt murerstillads (fra terræn op til ca. 2 m højde) i en del af byggeperioden. Samt indvendigt murerstillads i Klokketårnet.
- Ingen beregning af udgifter til kørsel/levering af byggematerialer fra leverandører til byggeplads.

PH-BYG tilbød under afklarings- og forhandlingsforløbet INTET udover at deres administrationsomkostninger/tilsyn for egne arbejder ikke ville blive faktureret.

...«

Indklagede har på den baggrund opgjort klagerens samlede tilbudspris til 1.155.412 kr. og Murermester Palle Jensen V. Åby A/S' samlede tilbudspris til 1.154.550 kr.

Vedrørende klagerens kompetencer har indklagede i svarskriftet anført følgende:

»...

Som jeg tidligere har redegjort for ... til Kielberg Advokater A/S, er PH-BYG – udover at have afgivet et dyrere tilbud end Palle Jensen A/S – også grundlæggende et tømrerfirma, som har nogle murersvende ansat.

Denne konklusion kunne jeg kun nå frem til ved at studere PH-BYGs hjemmeside ... under afklarings- og forhandlingsforløbet.

Af hjemmesiden fremgår det, at PH-BYG har følgende ansatte:

- Antal tømrersvende: 12 stk.
- Antal murersvende: 6 stk.
- Antal arbejdsmænd: 2 stk.
- Antal murerlærlinge: 1-2 stk.
- Antal tømrerlærlinge: 2 stk.

Det fremgår således af hjemmesiden, at PH-BYG tilsyneladende ikke har ledere eller formænd indenfor murerfaget i almindelighed – og i særdeleshed ikke indenfor det efterspurgte speciale: Restaurering af middelalderligt murværk og de specielle mørtler, der skal anvendes i den forbindelse.

Arkitekt vurderede som ansvarshavende rådgiver heller ikke at kunne acceptere, at tilsyn med murerarbejderne på Klokketårnet skulle udføres af personer, som ikke er/var uddannede murere, men er/var tømreruddannede. Dette er efter min bedømmelse ikke muligt at betegne som

kvalificeret tilsyn på murerarbejderne.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med tilbudsloven ved ikke at acceptere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som var klagerens tilbud. Klageren er et fuldt kvalificeret murer- og tømrerfirma med en betydelig erfaring med bl.a. renovering af ældre bevaringsværdige ejendomme. Klagerens tilbud var oprindeligt 14.888 kr. billigere end tilbuddet fra Murermester Palle Jensen V. Åby A/S og var dermed det økonomisk mest fordelagtige.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud var dyrere, efter at Murermester Palle Jensen V. Åby A/S under afklarings- og forhandlingsforløbet frafaldt leje for skurvogne, leje for anvendelse af murerstillads og ikke beregnede udgifter til kørsel/levering af byggematerialer fra leverandører. Desuden er klageren ikke så velkvalificeret, som de øvrige tilbudsgivere. Klageren er overvejende et tømrerfirma og har ikke ledere eller formænd inden for murerfaget i almindelighed og i særdeleshed ikke inden for restaurering af middelalderlige murværk og de specielle mørtler, der skal anvendes.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at både licitationsbetingelserne og arbejdets karakter lægger op til, at der benyttes erfarne og kvalificerede folk til arbejdet. Hverken 1. års eller 2. års lærlinge opfylder disse kriterier. Hertil kommer, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 11 ved ikke at tilkendegive, hvilken procedure der ville blive fulgt ved forhandlingerne om det endelige tilbud for at sikre, at alle tilbudsgivere blev behandlet ens. Indklagede har ikke behandlet alle tilbudsgivere ens under forhandlingerne. Indklagede accepterede, at Murermester Palle Jensen V. Åby A/S fjernede priser/udgifter i sin tilbudsliste, uden at klageren blev opfordret til at gøre det samme.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har været berettiget til at ind-

gå i forhandlinger med op til tre tilbudsgivere. De priser, som Murermester Palle Jensen V. Åby A/S endte med at tilbyde, blev opnået ved efterfølgende telefonisk afklaring/forhandling og forhandling pr. e-mail. Det var indklagedes ønske, at bemanningen ved restaureringen af klokketårnet bl.a. skulle være med to lærlinge. Klageren kunne dog kun stille med en 3. års lærling og en nyansat lærling, der i sagens natur ingen erfaring havde.

Klagenævnet udtaler:

Ved lov nr. 618 af 14. juni 2011 blev bl.a. håndhævelseslovens § 10, stk. 1, ændret, således at klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af den pågældende. Lovændringen trådte i kraft den 1. juli 2011. Denne klagesag er modtaget i klagenævnet den 18. april 2011, men under hensyn til den senere lovændring, der trådte i kraft, mens klagesagen var under forberedelse i klagenævnet, har klagenævnet ikke taget stilling til påstande, som ikke er nedlagt, og har ved afgørelsen af, om de nedlagte påstand skal tages til følge, ikke taget hensyn til anbringender, som ikke er gjort gældende.

Ad påstand 1 og 2

Efter tilbudslovens § 8 er tildelingskriteriet ved en licitation enten »laveste pris« eller »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Hvis tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige bud«, skal udbyderen fastsætte, hvilke (under)kriterier der indgår ved vurderingen af de modtagne tilbud, og dermed hvilken tilbudsgiver der skal tildeles kontrakten. Udbyderen skal så vidt muligt i licitationsbetingelserne anføre, hvilken vægtning de enkelte underkriterier har ved vurderingen af tilbuddene.

Indklagede fastsatte tildelingskriteriet til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne »Laveste timepriser« (60 %), »Dokumenteret erfaring for firmaet, med udførelse af lignende opgaver« (20 %), »Dokumenteret erfaring for den på opgaven tilknyttede mestersvend i firmaet, med hensyn til udførelsen af lignende opgaver« (10 %) og »Firmaet kapacitet m.h.t. bemanning – hhv. opmanding om nødvendigt« (10 %).

Vedrørende de fastsatte underkriterier bemærker klagenævnet, at navnlig underkriteriet »Dokumenteret erfaring for firmaet, med udførelse af lignen-

de opgaver« efter sin beskaffenheden er et udvælgelseskriterium, og det har derfor ikke været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede kunne efter tilbudslovens § 11, stk. 1, indlede forhandlinger med de tre tilbudsgivere, der havde afgivet de økonomisk mest fordelagtige tilbud bedømt ud fra de vægtede underkriterier. Efter indstillingen fra indklagedes rådgiver til indklagede om, at forhandlingerne skulle indledes med de 2-3 lavestbydende tilbudsgivere, lægger klagenævnet til grund, at tilbuddene ikke blev bedømt ud fra alle de vægtede underkriterier, men kun ud fra underkriteriet »Laveste timepris«. Det fremgår i øvrigt ikke, hvordan de andre underkriterier, herunder indklagedes vægtning af disse, er indgået ved vurderingen af tilbuddene.

Senest ved indledningen af forhandlingerne med de udvalgte tilbudsgivere skal udbyderen oplyse, hvilken procedure der vil blive fulgt under forhandlingerne, jf. tilbudslovens § 11, stk. 2. Under forhandlingerne skal udbyderen sikre, at alle tilbudsgivere bliver behandlet ens. Udbyderen må navnlig ikke udøve forskelsbehandling ved at give oplysninger, som kan stille nogle tilbudsgivere bedre end andre, og han må kun give oplysninger om andre tilbudsgiveres løsninger eller priser, i det omfang sådanne oplysninger allerede er gjort offentligt tilgængelige, jf. § 11, stk. 3.

Det fremgår ikke af »udbudsbrevet«, licitationsbetingelserne eller andet, hvilken procedure indklagede ville følge under forhandlingerne med de tre valgte tilbudsgivere. Indklagede har derved ikke overholdt tilbudslovens § 11, stk. 1. Da indklagede endvidere ikke har dokumenteret, hvilke oplysninger der er givet til hver enkelt tilbudsgiver under forhandlingerne, og at tilbudsgiverne er blevet behandlet ens, kan klagenævnet ikke udelukke, at Murermester Palle Jensen V. Åby A/S har fået oplysninger om klagerens tilbudspriser, hvorved Murermester Palle Jensen V. Åby A/S under forhandlingen med indklagede kunne ændre sit tilbud, som herefter blev 862 kr. (1.155.412 kr. - 1.154.550 kr.) billigere end klagerens tilbud.

Da klagenævnet sædvanligvis ikke erstatter indklagedes skøn ved vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriterierne med sit eget, og da klagenævnet som følge af karakteren af de fastsatte underkriterier i øvrigt ikke kan konstatere, at klageren afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, tager klagenævnet ikke klagerens påstand 1 til følge.

Tilbudsgiverne skulle i tilbuddet bl.a. oplyse timeprisen for en lærling, og indklagede anmodede efter modtagelsen af tilbuddene klageren om yderligere at oplyse timeprisen for 1. og 2. års lærlinge, da bemanningen under restaureringsarbejdet muligvis ville blive to murersvende, en arbejdsmand og to murerlærling.

Indklagede har således ikke udelukket anvendelsen af lærlinge under arbejdets udførelse. Da indholdet af rettelsesbladet af 25. februar 2011 om, at indklagede ikke ville finde sig i forsinkelser, der bl.a. skyldes brugen af ukvalificeret og uerfaren arbejdskraft, endvidere ikke kan føre til, at tilbudsgiverne ikke måtte benytte lærlinge, tager klagenævnet heller ikke påstand 2 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig