

K E N D E L S E

Sigma Entreprise A/S
(selv)

mod

Rudersdal Kommune
(cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 030-046794 af 7. februar 2013 udbød indklagede, Rudersdal Kommune, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en byggeopgave vedrørende nedrivning, renovering og nyopførelse af et plejecenter. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Den 2. juli 2013 besluttede indklagede at prækvalificere fem virksomheder, herunder Sigma Entreprise A/S (klageren) og HHM A/S. Udbudsbetingelserne blev udsendt samme dag, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 30. oktober 2013 havde alle prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 6. december 2013 besluttede indklagede at indgå kontrakt med HHM A/S. Underretning herom blev sendt til tilbudsgiverne den 12. december 2013.

Den 23. december 2013 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Den 20. januar 2014 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 12, stk. 2, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbuds-direktivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt med den begrundelse, at det af klageren tilbudte nybyggeri et enkelt sted er i fire etager.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt handler i strid med ligebehandlingsprincippet.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I »Bygningsreglementet 2010, BR10« står blandt andet:

»B.1.1.6 Beregning af etageantal

Stk. 1. Hver af bygningens etager inklusiv stueetage medregnes i etage-antallet sådan som det fremgår af BBR-registret. Til etageantallet medregnes desuden:

- 1) udnyttelige tagetager og
- 2) kældre, hvor loftet ligger mere end 1,25 m over terræn.

Stk. 2. Ved bygninger med forskudte etager eller indskudte etager og lignende skal kommunalbestyrelsen efter et konkret skøn i det enkelte tilfælde fastlægge etageantallet. Ved opholdsarealer i bygningers tag-etage eller på bygningers tag kan kommunalbestyrelsen efter et konkret skøn i det enkelte tilfælde beslutte, at en hems med et større areal end 4,5 m² samt altaner, udestuer, terrasser og lignende opholdsarealer skal medregnes som en etage.«

Det fremgår af »Anvisning om Bygningsreglement 2010« (SBI-anvisning 230), at anvisningen »forklarer og fortolker bestemmelserne i Bygningsreglement 2010 (BR10) gældende fra 1. januar 2013«. I anvisningens »Bilag 1. Beregningsregler« står blandt andet:

»B.1.1.6 Beregning af etageantal

Stk. 1.

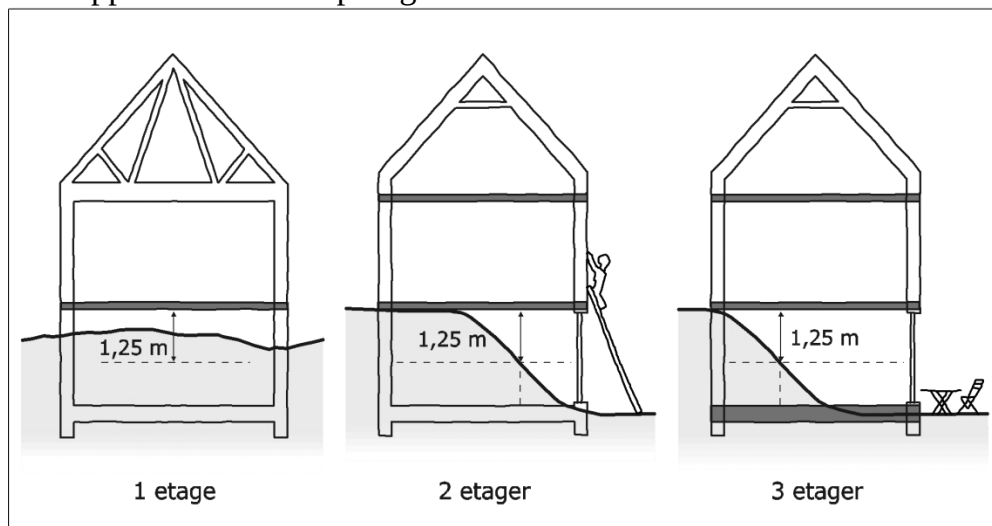
...

Til etagearealet skal medregnes udnyttelige tagetager, samt kældre, hvor loftet er mere end 1,25 meter over terræn.

...

Det er op til kommunalbestyrelsen at afgøre, om en kælder, der er placeret ved niveauspring i terræn, skal regnes som en etage eller ej. Som hovedregel gælder dog, at kælderen ikke regnes som en etage, hvis der er tale om en mindre frilægning i naturligt terræn, mens en større frilægning af kælderen, evt. som følge af en udgravning i terrænet, vil regnes som en etage.

Princippet er illustreret på figur B.6.



Figur B.6. Tagetager og kældre, som medtegnes i etageantallet.

Stk. 2.

...

Ved opgørelse af etageantallet kan bl.a. lægges vægt på de omtalte bygningsfunktioners størrelse og anvendelsesmulighed i forhold til byggeriets samlede størrelse og anvendelse. Ligeledes kan lægges vægt på bebyggelsens ydre fremtræden, hvor for eksempel antal og størrelse af vinduer til den pågældende bygningsfunktion kan få byggeriet til at fremstå med en ekstra etage i forhold til området, hvor byggeriet er placeret, jf. kap. 2.4. Væsentlige indbliksgener som følge af den pågældende bygningsfunktion kan også vægtes i forhold til området, hvor byggeriet er placeret. Der må for eksempel forventes en større tolerance overfor indbliksgener i højere, tættere og mere bynær bebyggelse end i lavere og mere fritliggende parcelhusbebyggelser.«

I »Lokalplan 230 for Plejecenter Frydenholm ved Kongevejen i Holte samt tillæg 14 til Kommuneplan 2009» står blandt andet:

»Hvad er en lokalplan?

...

Lokalplanen fastlægger bindende bestemmelser for ejere, lejere og brugere af de ejendomme, der er omfattet af lokalplanen, herunder blandt andet bestemmelser om områdets fremtidige anvendelse samt bebyggelsesregulerende bestemmelser. ...

...

Tillæg 14 til Kommuneplan 2009

Kommunalbestyrelsen vedtog den 27. februar 2013 følgende bestemmelse for lokalplanlægningen for et rammeområde Ho.D2 Frydenholm, der udlægger arealet til institutioner og offentlige boliger og offentlig administration samt offentlige og private sundhedsformål ...

...

Nye rammebestemmelser

Rammenummer	Ho.D2
Rammenavn	Frydenholm
...	
Maksimalt antal etager	3

...

Lokalplanens bestemmelser

...

§ 6 Bebyggelsens omfang og placering

...

6.5 Indenfor byggefelt D må bebyggelse maksimalt opføres i 3 etager. ... Enkelte bygningsdele som f.eks. elevatorårn og inddækning af ventilationsanlæg kan gives en større højde.«

I udbudsbetingelserne af 2. juli 2013 står blandt andet:

»1. Præsentation

...

1.5 Plangrundlag

Lokalplan nr. 230 er udarbejdet med henblik på realisering af projektet og fastsætter de overordnede rammer for byggeriet. Lokalplanen vedlægges udbudsbetingelserne som bilag.

Konkurrenceforslagene skal respektere lokalplanen i sin helhed. Et konkurrenceprojekt som ikke overholder lokalplanens bestemmelser, vil med stor sandsynlighed ikke kunne gennemføres, da dispensationer ikke kan forventes. Af samme grund vil forslag, som ikke overholder lokalplanen, som udgangspunkt blive anset som ukonditionsmæssige.

I det følgende fremdrages alene de væsentligste bestemmelser i lokalplanen, samt de bestemmelser, hvor mindre fravigelser vil kunne accepteres som konditionsmæssige. Endvidere præciseres forståelsen af enkelte bestemmelser.

1.5.1 Bebyggelsens omfang og placering

Den fremtidige bebyggelse skal etableres inden for byggefeltene B, C og D udlagt i lokalplanen. Bebyggelsen kan varierende for de enkelte byggefelt opføres i en til tre etager. Se nærmere § 6.

...

3. Konkurrencebetingelser

...

3.7 Forbehold

Ved bedømmelse af tilbud forudsættes alle krav i udbudsbetingelserne opfyldt.

Tilbudsgiverne opfordres til i videst muligt omfang at undgå forbehold og i stedet søge eventuelle uklarheder i udbudsbetingelserne mv. afklaret ved fremsendelse af spørgsmål, jf. pkt. 3.4 ovenfor. Udbyder er efter gældende udbudsretlige regler forpligtet til at afvise tilbud, der indeholder forbehold, der strider væsentligt mod bestemmelser i udbudsbetingelserne, herunder forbehold der ikke kan prissættes på et objektivt og sikkert grundlag.«

Den 19. november 2013 skrev indklagede blandt andet følgende til de fem tilbudsgivere:

»Der er et forhold vedrørende bedømmelsen, som jeg har brug for at drøfte med jer, inden bedømmelseskomiteen mødes første gang onsdag i næste uge.

Jeg vil derfor gerne se jer til et kort møde her på rådhuset på torsdag...«

På mødet bad indklagede tilbudsgiverne om at underskrive følgende erklæring:

»Totalentrepriseudbud – Ny Frydenholm

Undertegnede entreprenør erklærer sig hermed på vegne af det samlede konkurrence-team indforstået med, at udbyder (Rudersdal Kommune) ved bedømmelse af konkurrenceforslagene ser bort fra følgende passus i udbudsbetingelsernes pkt. 1.5, Plangrundlag:

»Konkurrenceforslagene skal respektere lokalplanen i sin helhed. Et konkurrenceprojekt som ikke overholder lokalplanens bestemmelser, vil med stor sandsynlighed ikke kunne gennemføres, da dispensationer ikke kan forventes. Af samme grund vil forslag, som ikke overholder lokalplanen, som udgangspunkt blive anset for ukonditionsmæssige.«

Jeg er indforstået med, at udbyder tager alle modtagne forslag til bedømmelse, uanset om forslagenes realisering måtte kræve dispensation

fra lokalplanen, og fraskriver mig hermed retten til efterfølgende at klage over dette forhold.«

Klageren underskrev erklæringen, men én tilbudsgiver valgte ikke at underskrive erklæringen. Herefter sendte indklagede den 12. december 2013 et brev til klageren indeholdende en afvisning af klagerens tilbud. I brevet står blandt andet:

»Ved gennemgang af jeres tilbud har vi konstateret, at det tilbudte nybyggeri et enkelt sted er i fire etager. Se illustration(erne) nedenfor, som er klippet fra jeres præsentation af projektet.

[illustration]

Frilagt facade her medfører at bygningen her kommer til at fremstå i 4 etager, idet illustrationen på næste sider viser, at der er tre etager ovenpå.

[illustration]

Af lokalplan 230, som er en integreret del af udbudsmaterialet, er følgende fastsat i § 6.5:

Indenfor byggefelt D må bebyggelse maksimalt opføres i 3 etager.

Udbudsbetingelserne pkt. 1.5 er formuleret som følger:

»Konkurrenceforslagene skal respektere lokalplanen i sin helhed. Et konkurrenceprojekt som ikke overholder lokalplanens bestemmelser, vil med stor sandsynlighed ikke kunne gennemføres, da dispensationer ikke kan forventes. Forslag, som ikke overholder lokalplanen, vil derfor som udgangspunkt blive anset som ukonditionsmæssige.«

Bestemmelse om maksimal etageantal er en grundlæggende bestemmelse i en lokalplan, og et projekt, der delvist er i fire etager vil derfor ikke lovligt kunne realiseres uden dispensation. Tilbuddet er derfor ikke konditionsmæssigt, og må dermed desværre kasseres.«

Klageren skrev den 19. december 2013 blandt andet følgende til indklagede vedrørende indklagedes evaluering af de indkomne tilbud:

»Facade med 4 etager.

B.1.1.6 Beregning af etageareal

Stk. 1. Hver af bygningens etager inklusiv stueetage medregnes i etageantallet sådan som det fremgår af BBR-registret. Til etageantallet medregnes desuden:

- 1) udnyttelige tagetager og
- 2) kældre, hvor loftet ligger mere end 1,25 m over terræn.

Da terrænet de omtalte steder ligger mere end 1,25m. under loft i kælder, er det vores vurdering, at der er tale om 4 etager.

Vi mener derfor, at alle projekter som blev fremvist tirsdag d. 17. dec. har 4 etager i større eller mindre omfang. Alle projekter bør derfor side-stilles og tildeles point. Alternativt bør udbuddet gå om.«

På baggrund af klagerens henvendelse udarbejdede indklagede den 19. december 2013 sålydende notat vedrørende tilbuddet fra HHM A/S:

»På baggrund af indsigelse fra Sigma bedes HHM's projekt vurderet for mulig ukonditionsmæssighed i forhold til etageantal 2 steder ved vest-facade.

Etageantal for Frydenholm er fastsat i Lokalplan 230 § 6. I Planloven er en etage ikke lovmæssigt defineret ved henvisning til beregningsmetode. Derimod er der i Bygningsreglement BR 10, Bilag B.1.1.6 fastsat, hvad der medregnes i etageantallet samt henvisning til BBR-registeret.

Ved nordvestfacade udgraves terræn for etablering af holdeplads for 2 HC-busser. Der er ikke vinduer i facade i rummet. Ved udgravningen kommer loft i et kælderrum i p-kælderen til at ligge mere end 1,25 m over terræn ved en facadeside. Højden bliver ca. 1,77 m over terræn. Der er ikke vinduer i facaden til rummet. Ifølge Sigma er bygningen derved i 4 etager på dette sted.

Byplan er ikke enig i denne vurdering.

Reglen med »1,25 m« er fastsat i bygningsreglement BR 10, Bilag B.1.1.3, stk. 3 for beregning af hvilke dele af en kælder, der skal medregnes i etagearealet. I BR 10, Bilag B.1.1.6, stk. 1, litra 2 fastslås, at kældre, hvor loftet ligger mere end 1,25 m over terræn skal medregnes i etageantal. I anvisning om Bygningsreglement 2010 – SBI-anvisning 230 præciseres: »Det er op til kommunalbestyrelsen at afgøre, om en kælder, der er placeret ved niveauspring i terræn, skal medregnes som en etage eller ej. Som hovedregel gælder dog, at kældre ikke medregnes som en etage, hvis der er tale om en mindre frilægning i naturligt terræn, mens en større frilægning af kældre, evt. som følge af udgravning i terræn, vil regnes som en etage.« Det oplyses videre: »Ved opgørelse af etageantallet kan bl.a. lægges vægt på de omtalte bygningsfunktioners størrelse og anvendelsesmulighed i forhold til byggeriets samlede størrelse og anvendelse. Ligeledes kan lægges vægt på bebyggelsens ydre fremtræden, hvor for eksempel antal og størrelse af vinduer til den pågældende bygningsfunktion kan få byggeriet til at fremstå med en ekstra etage i forhold til området, hvor byggeriet er placeret. Væsentlige indblikgener som følge af den pågældende bygningsfunktion kan også vægtes.«

I dette konkrete tilfælde er det Byplans vurdering, at bygningen ikke fremstår som værende i 4 etager. Terrænet sænkes med ca. 0,5 m over en længde på 5 m. Den samlede facadelængde er på 35 m til indhak (samlet facadelængde er ca. 60 m). Facaden er ikke frilagt til gulvniveau i kælder, og der er ikke vinduer i kælderfacaden. Der er således tale om en mindre frilægning af terræn, og der er åbenlyst tale om en kælderfunktion.

Midt på vestfacade ved teknikrum og indhak i facaden er der udgravet for etablering af trappe fra kælder til det fri. Sigma finder, at bygningen i indhakket skal vurderes som værende i 4 etager mod både p-kælder og teknikrum.

Byplan er ikke enige i denne vurdering.

På trods af frigravning til trappe over ca. 4 m af facaden, fremstår denne del af facaden ikke som værende i 4 etager. Herudover er det helt normal praksis at godkende udgravning til kældertrapper uden, at kælderen derved medregnes i etageantallet.

Kommunens vurdering er i begge tilfælde baseret på en årelang praksis og er i en lang række konkrete byggesager og afgørelser i klagenævn mv. veldokumenteret.«

Indklagede udarbejdede den 8. januar 2014 et notat vedrørende den tekniske vurdering, som indklagede har foretaget af klagerens tilbud. I notatet står:

»I forhold til Sigmas projekt, er det Byplans vurdering at dette er ukonditionsmæssigt i forhold til etageantal i gårdhaven ved nordfløj.

Etageantal for Frydenholm er fastsat i lokalplan 230 § 6.5, hvorefter der inden for byggefelt D højst må bygges i tre etager. Herudover henvises til BR 10, Bilag B.1.1.6.

I Sigmas' projekt frigraves terræn i gårdhaves således, at der ved nordfacaden frilægges ca. 10 m kælderfacade med gulv i niveau med terræn. Rummet ved frigravningen er angivet anvendt til kontor / værksted for teknisk medarbejder.

Det er byplans vurdering, at denne frigravning medfører, at bygningsfløjen her er i 4 etager, hvor lokalplanen fastsætter 3 etager. Til grund for vurdering er 1) Frigravning, 2) Gulv i terræn, 3) Bagvedliggende rum har vindue og skal anvendes til kontor / værksted og 4) Frilægningen er ikke opstået alene som frilægning i naturligt terræn, men som følge af delvis frigravning.

Efter BR 10 Bilag B.1.1.6, stk. 1, litra 2 skal det bagvedliggende rum ved frigravningen medregnes i det samlede etageareal.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har overordnet gjort gældende, at klagerens tilbud var konditionsmæssigt. Det følger af udbudsbetingelsernes punkt 1.5, at tilbud kun som udgangspunkt vil blive erklæret ukonditionsmæssige, hvis de ikke overholder lokalplanen. Det område, som klageren har tilbudt med fire etager, berører kun en yderst begrænset og indeliggende facade, som ikke kan ses fra projektets ydre omgivelser. Herudover ville det være let at korrigere klagerens projekt, så det ikke indeholdt områder med fire etager.

Indklagede har overordnet gjort gældende, at klagerens tilbud indeholdt et forbehold over for et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Klageren tilbød et projekt med fire etager i byggefelt D, da tilbuddet indeholder en frilægning af terræn til gulvniveau, og det rum, der skal anvendes til kontor og værksted, har et vindue. En gennemførelse af klagerens projekt vil derfor forudsætte dispensation fra lokalplanen.

Ad påstand 2

Klageren har overordnet gjort gældende, at tilbuddet fra HHM A/S indeholdt områder med fire etager, hvorfor det er i strid med ligebehandlingsprincippet ikke at erklære tilbuddet ukonditionsmæssigt. Kældernedgangens anvendelse kræver således, at en større del af det terræn, som ligger ud for facaden, frigraves.

Indklagede har overordnet gjort gældende, at indklagede har vurderet tilbuddet fra HHM A/S på samme måde som de øvrige tilbud. Projektet fra HHM A/S indeholder en mindre frilægning af terræn, og der er ikke vindue i kælderfacaden, hvorfor den etage, som ifølge klageren udgør 1. etage, ikke har karakter af en etage, men af et boligareal med kælderfunktion, som ikke skal medregnes til antal etager. Indklagede har foretaget et sagligt skøn i forbindelse med vurdering af tilbuddene på baggrund af de hensyn, som kan indgå i vurderingen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår, at »Lokalplanen fastlægger bindende ... bebyggelsesregulerende bestemmelser« og af »Tillæg 14 til Kommuneplan 2009«, at bebyggelse indenfor byggefelt D maksimalt må opføres i 3 etager.

Udbudsbetingelserne angav, at »Lokalplan nr. 230 ... fastsætter de overordnede rammer for byggeriet«, og at »forslag, som ikke overholder lokalplanen, som udgangspunkt vil blive anset som ukonditionsmæssige«. Lokalplanen var vedlagt udbudsbetingelserne, og det var i udbudsbetingelserne med henvisning til lokalplanens § 6 angivet, at »Den fremtidige bebyggelse ... kan for de enkelte byggefelter opføres i en til tre etager«.

Klagerens tilbud, hvorefter en del af bebyggelsen i byggefelt D ville blive opført i fire etager, indeholdt på denne baggrund et forbehold over for et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Indklagede har herefter ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Hvorvidt kælderen indeholdt i tilbuddet fra HHM A/S skulle indgå i beregningen af etageantallet reguleres af bestemmelserne i Bygningsreglementet 2010, BR 10 og anvisningen hertil. Bestemmelserne overlader et vidt skøn til indklagede.

De for klagenævnet fremlagte oplysninger, herunder vedrørende forskellen mellem tilbuddet fra klageren og HHM A/S, dokumenterer ikke, at det skøn, som indklagede har foretaget, er åbenbart urigtigt eller i strid med ligebehandlingsprincippet

Påstanden tages ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klageren, Sigma Entreprise A/S, skal i sagsomkostninger til indklagede, Rudersdal Kommune, betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig