

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Jørgen Egholm, Helle B. Larsen)

J.nr.: 02-228.552

12. august 2003

K E N D E L S E

Skanska Danmark A/S
(advokat Hans-Peter Jørgensen, Århus)

mod

Vejle Kommune
(advokat Mads Danielsen, Vejle)

Sagen angår en offentlig licitation i henhold til lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tilbudsloven) vedrørende ombygning af et plejehjem i hovedentreprise, afholdt i juli 2002 af indklagede, Vejle Kommune. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Der indkom tilbud fra et antal tilbudsgivere, herunder MT Højgaard A/S (Højgaard) og klageren Skanska Danmark A/S. Ca. 13. november 2002 besluttede kommunen at indgå kontrakt med Højgaard.

Den 21. november 2002 indgav Skanska Danmark A/S (Skanska) klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede Vejle Kommune. Sagen har været behandlet på et møde den 22. maj 2003.

Skanska har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Vejle Kommune har handlet i strid med tilbudsloven ved ikke at afvise tilbudet fra Højgaard, uagtet dette tilbud indeholdt forbehold vedrørende forekomsten af asbest og behovet for opvarmning af lokaler i byggeperioden, hvis økonomiske rækkevidde var så usikker, at det ikke kunne prissættes med den sikkerhed, som kræves ved licitation efter tilbudsloven.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at Vejle Kommune har handlet i strid med tilbudsloven

- a) ved ikke at prissætte forbeholdet i tilbudet fra Højgaard på en saglig, objektiv og gennemskuelig måde
- b) ved at prissætte forbeholdet i tilbudet fra Højgaard for lavt.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Vejle Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1 ved at beslutte at indgå kontrakt med Højgaard, uagtet at denne tilbudsgiver ikke havde afgivet tilbudet med den laveste pris.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Skanskas tilbud var det laveste konditionsmæssige tilbud ved licitationen.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Højgaards tilbud indeholder forbehold stridende mod mindstekrav i licitationsbetingelserne, og at Vejle Kommune derfor ikke berettiget kunne tage hensyn til tilbudet.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at Vejle Kommune har overtrådt ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 6 ved at acceptere Højgaards fravigelser af licitationsbetingelserne uden samtidig at acceptere klagers fravigelser af licitationsbetingelserne.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at Vejle Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 12 samt § 14 i Bekendtgørelse om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tilbudsbekendtgørelsen) ved ikke at have givet Skanska den korrekte begrundelse for ikke at antage Skanskas tilbud.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at Vejle Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 12 samt § 14 i tilbudsbekendtgørelsen ved ikke hurtigst muligt at have underrettet Skanska om, hvilken afgørelse der var truffet med hensyn til ordretildelingen og begrundelsen herfor.

Påstand 9

Vejle Kommune tilpligtes til Skanska at betale erstatning 1.742.131 excl. moms, subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra klageskriftets indgivelse.

Vejle Kommune har nedlagt påstand om, at påstandene 1-8 ikke tages til følge og har påstået frifindelse vedrørende påstand 9.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 9, til Klagenævnet har taget stilling til de øvrige påstande.

Af Vejle Kommunes anbringender fremgår, at kommunens påstand omfatter følgende spørgsmål:

Spørgsmål A

Om klagen skal afvises som følge af, at Skanska ikke har retlig interesse i at klage, jf. tilbudslovens § 13, fordi Skanskas tilbud ikke var i overensstemmelse med licitationsbetingelserne og derfor ikke kunne komme i betragtning.

Spørgsmål B (subsidiært i forhold til spørgsmål A)

Om Skanskas påstande er berettigede.

Sagens omstændigheder er i hovedtræk:

Vedrørende spørgsmål A og påstand 6

Det var et led i licitationsbetingelserne, at tilbudene skulle afgives på en tilbudsliste, dvs. en særlig blanket. I tilbudslisten var indeholdt en rubrik for erklæring fra tilbudsgivers garantistiller om, at man var sindet at stille en krævet sikkerhedsstillelse. Denne rubrik var i Skanskas tilbud udfyldt med angivelse af et garantistillerselskab og en kontaktperson i dette selskab, men var underskrevet af Skanska selv. I Højgaards tilbud var den omtalte rubrik i tilbudslisten ikke udfyldt, men tilbudet var vedlagt en erklæring fra en garantistiller om, at der var etableret en garantiramme, som p.t. kunne rumme en garanti vedrørende projektet.

Vedrørende Skanskas påstande i øvrigt og spørgsmål B

I licitationsbetingelserne var bl.a. anført:

»Følgende materialer er sandsynligvis risikobetonet og behandles efter gældende bestemmelser for området.

- 1) Ved nedbrydning af ekst. vægge vil der være indstøbte ventilationskanaler som kan være asbestholdige.
- 2) Fyldninger i vinduesbrystninger samt sternbeklædninger. Pladebeklædninger kan indeholde asbest og **skal** behandles derefter.

Ovenstående særlig risikobetonet materiale skal på byggepladsen behandles efter gældende arbejdsmiljøforskrifter. Ligeledes skal det bortskaffes og deponeres efter gældende regler.

Hovedentreprenøren skal have alle udgifter til korrekt behandling af ovenstående med i sit tilbud.

...

Ved byggeriets påbegyndelse lukkes den eksisterende varmforsyning ned [i] bygningerne der ombygges..Hovedentreprenøren udfører dette.

Når det permanente varmeanlæg er genetableret anvendes dette til opvarmning og udtørring af den lukkede bygning.

Indtil da påhviler det hovedentreprenøren at opstille og vedligeholde opvarmningsaggregater der til stadighed kan opretholde en temperatur indvendig i bygningen på min. 10 graders celsius i alle rum. Opvarmningsaggregatets drivmiddel skal være elektricitet.

Alt el-forbrug skal betales af hovedentreprenøren.

Når det permanente varmeanlæg er genetableret anvendes dette til opvarmning.

Det permanente varmeanlæg må dog ikke sættes i værk før alle udvendige vinduer- og døre er isat samt tag og facader er tætte og isolerede.«

Tilbudsprisen i Højgaards tilbud var 17.685.000 kr., hvilket var den laveste tilbudspris. Tilbudsprisen i Skanskas tilbud var 17.760.000 kr., dvs. 75.000 kr. højere, hvilket var næstlaveste tilbudspris.

I et følgebrev til Højgaards tilbud henholdsvis i selve tilbudet var indeholdt følgende bemærkninger:

»Det forudsættes, at der ikke forekommer asbest i de eksisterende bygninger.

NB: Der er forudsat at bygningen opvarmes med el varmluft ovne i max 2 måneder.«

Den førstnævnte af disse bemærkninger blev læst højt ved tilbudenes åbning den 16. august 2002, hvor tilbudspriserne også blev oplæst.

Samme dag skrev Skanska til kommunens rådgiver, Arkitektfirma A/S Hune & Elkjær (Hune og Elkjær), at Skanska betragtede sig som lavestbydende, da Højgaards forbehold vedrørende asbest ikke umiddelbart kunne kapitaliseres.

I en licitationsredegørelse af 20. august 2002 til kommunen angav Hune og Elkjær, at Højgaard havde taget to forbehold, dvs. de to bemærkninger om asbest og opvarmning, der er gengivet ovenfor. I redegørelsen kapitaliserede Hune og Elkjær forbeholdet om asbest til 3.075 kr. og forbeholdet om opvarmning til 30.000 kr., tilsammen 33.075 kr. Hune og Elkjær angav, at Højgaards tilbud herefter stadig var det laveste, og indstillede dette tilbud til antagelse.

I en efterfølgende redegørelse af 30. september 2002 forhøjede Hune og Elkjær kapitaliseringsbeløbet vedrørende asbest til 4.650 kr. på baggrund af et indhentet overslag fra en virksomhed, der arbejder med asbestsanering. Det samlede prissætningsbeløb blev således forhøjet til 36.150 kr.

I eftersommeren og efteråret 2002 var der en korrespondance mellem Skanska og kommunen, under hvilken Skanska fastholdt, at Skanskas tilbud havde den laveste tilbudspris. Ved brev af 13. november 2002 til Skanska meddelte Hune og Elkjær, at arbejdet var overdraget til Højgaard som lavestbydende ved licitationen.

Der er fremlagt en række yderligere bilag end dem, der er nævnt ovenfor, herunder forskellige redegørelser fra Skanska og en erklæring fra Højgaard, hvorefter de omtalte bemærkninger ikke skal opfattes som forbehold, m.m.

De afgivne forklaringer

Der er afgivet forklaringer af regionschef Henning Vestergaard og Lars Bork som repræsentanter for Skanska samt af intern bygherrerådgiver Karsten Skov Madsen som repræsentant for kommunen og arkitekt Kjeld Knudsen som repræsentant for Hune og Elkjær.

Fra disse forklaringer nævnes:

Fra Henning Vestergaards forklaring: Efter hans vurdering kunne forbeholdet vedrørende asbest ikke kapitaliseres, da det ikke på forhånd kunne vides med sikkerhed, hvor meget asbest, der var i de eksisterende bygninger. Han har dog desuagtet gjort et forsøg på en kapitalisering for at illustrere, at kommunens kapitalisering under alle omstændigheder er urigtig. Ved beregningen af Skanskas tilbudspris afsatte Skanska 50.000 kr. til foranstaltninger vedrørende asbest. Ifølge licitationsbetingelserne skulle hovedentreprenøren bekoste el-opvarmning i hele byggeperioden, der efter oplysningerne i licitationsbetingelserne måtte ansættes til ca. 30 uger i vinterhalvåret 2002-2003. Efter Henning Vestergaards beregninger burde Højgaards forbehold om opvarmning være kapitaliseret til et langt højere beløb end sket.

Fra Lars Borks forklaring: Han deltog i udfærdigelsen af Skanskas tilbud. Han ringede til Skanskas hovedkontor og spurgte, hvem der skulle stille garantien for Skanskas forpligtelser. Hovedkontoret oplyste, at garantien skulle stilles af et nærmere angivet garantiselskab, hvilket han derefter angav i tilbudet.

Fra Karsten Skov Madsens forklaring: Tilbudene skulle have en vedståelsesfrist på 50 dage som følge af, at forretningsgangen kan være lang i en politisk styret organisation som en kommune. Meddelelsen til Skanska om, at ordren var tildelt Højgaard, blev givet efter udløbet af de 50 dage, da Skanskas klager havde forsinket beslutningsprocessen. Karsten Skov Madsen har omtalt forskellige enkeltheder vedrørende den mulige forekomst af asbest i de eksisterende bygninger.

Fra Kjeld Knudsens forklaring: Ved prissætningen af Højgaards forbehold om asbest medtog man ikke stjernbeklædningen, da den er opsat inden for de sidste 5 år, hvor asbest har været forbudt. Der er mekanisk ventilation, dvs. et ventilationsanlæg, i bygningen, så det var klart, at det var meget begrænset, hvad der kunne være af asbestholdige aftræksrør. Det har under byggeriet vist sig, at der ikke var sådanne rør overhovedet. Ved kapitaliseringen af Højgaards forbehold vedrørende opvarmning regnede man med en måneds el-opvarmning ud over de to måneder, der var angivet i Højgaards tilbud. Det var ikke nødvendigt at lukke det eksisterende varmeanlæg på én gang. Arbejdet kunne udføres i etaper, således at det eksisterende varmeanlæg kun blev lukket i den del af bygningen, i hvilken nedbrydnings- og ombygningsarbejdet til enhver tid foregik, og således at det blev genåbnet

gradvist i takt med ombygningsarbejdets fuldførelse. Hovedentreprenøren styrer selv dette. Det fremgår af en varmeplan i licitationsmaterialet, at varmeanlægget kan opdeles som beskrevet. Da man nåede frem til kontraktsforhandlingerne med Højgaard, antog man ikke de to forbehold, der således ikke er taget i kontrakten med Højgaard.

Parternes anbringender

Vedrørende spørgsmål A

Kommunen har gjort gældende: Skanskas tilbud var ukonditionsmæssigt som følge af, der ikke som foreskrevet i licitationsbetingelserne medfulgte en garantierklæring fra garantistilleren. Skanskas tilbud kunne derfor ikke komme i betragtning ved licitationen, hvorfor Skanska ikke har retlig interesse i at klage til Klagenævnet. Det er uden betydning, at kommunen først er blevet opmærksom på forholdet i forbindelse med klagesagen. Man har ikke tidligere haft anledning til at gennemgå Skanskas tilbud nøjere, da det lå fast, at Højgaards tilbud var det laveste og derfor skulle antages. Højgaards tilbud var derimod i overensstemmelse med licitationsbetingelserne på det pågældende punkt, da der var vedlagt en erklæring fra garantistilleren.

Skanska har gjort gældende: Skanskas tilbud afveg ikke fra licitationsbetingelserne med hensyn til garantistillelsen, da licitationsbetingelserne ikke stillede krav om erklæring fra garantistilleren, men derimod blot krævede, at der skulle gives oplysning om garantistilleren, hvilket krav Skanskas tilbud opfyldte. Der er i hvert fald ikke tale om et grundlæggende element i tilbudet. Det fremgår da også, at kommunen ikke tillagde forholdet nogen betydning, idet man tog stilling til Skanskas tilbud og først har påberåbt sig det omhandlede forhold, efter at Skanska har klaget til Klagenævnet.

Vedrørende påstand 1-5

Skanska har gjort gældende: Det fremgår af licitationsbetingelsernes formulering, at kravene med hensyn til asbest og opvarmning var ufravigelige mindstekrav. Højgaards forbehold stred mod disse mindstekrav, og kommunen har derfor haft pligt til ikke at tage Højgaards tilbud i betragtning. I hvert fald har Højgaards forbehold angået forhold, der var så usikre, at forbeholdene ikke kunne prissættes, således at kommunen allerede af denne grund har haft pligt til ikke at tage Højgaards tilbud i betragtning. Hertil kommer, at kommunens prissætning af forbeholdene er sket på et usagligt

grundlag og strid med oplysningerne i licitationsbetingelserne, og forbeholdene er prissat for lavt. Skanskas tilbud har således under alle omstændigheder været det laveste konditions-mæssige tilbud.

Kommunen har gjort gældende: De to omtalte bemærkninger ved Højgaards tilbud var ikke forbehold, men kun oplysninger eller præciseringer. At kommunen desuagtet valgte at prissætte bemærkningerne, skyldtes kun forsigtighed. Prissætningen blev gennemført fuldt sagligt og objektivt. Der er ikke grundlag for at anse licitationsbetingelsernes angivelser om asbest og opvarmning som ufravigelige mindstekrav.

Vedrørende påstand 6

Skanska har gjort gældende: Det er en overtrædelse af tilbudslovens ligebehandlingsregel, at kommunen har gjort gældende, at Skanskas tilbud ikke opfyldte licitationsbetingelsernes krav med hensyn til garantistillelse, når kommunen har antaget Højgaards tilbud, der heller ikke indeholdt en erklæring om garantistillelse i tilbudslisten.

Kommunen har gjort gældende: Højgaards tilbud var vedlagt en erklæring fra garantistilleren, hvilket opfyldte licitationsbetingelserne.

Vedrørende påstand 7

Skanska har gjort gældende: Først efter at Skanska har klaget til Klagenævnet, har kommunen angivet, at man ikke har taget Skanskas tilbud i betragtning, fordi det ikke indeholder en erklæring fra garantistilleren. Det er en overtrædelse af tilbudslovens og tilbudsbekendtgørelsens regler om begrundelsespligt, at kommunen ikke meddelte Skanska dette straks.

Kommunen har bestridt, at man har overtrådt tilbudsloven og tilbudsbekendtgørelsens regler om begrundelsespligt.

Vedrørende påstand 8

Skanska har gjort gældende: Først i november 2002, dvs.ca. tre måneder efter tilbuden indgivelse, gav kommunen Skanska underretning om ordretildelingen. Dette er en overtrædelse af reglerne om underretning om ordretildeling i tilbudsloven og tilbudsbekendtgørelsen.

Kommunen har bestridt at have overtrådt tilbudslovens og tilbudsbekendtgørelsens regler om underretning om ordretildelingen.

Klagenævnet udtaler

Ad spørgsmål A

Skanska har som tilbudsgiver retlig interesse i at klage, jf. tilbudslovens § 13, og det er uden betydning, om Kommunen kunne eller skulle have undladt at tage Skanskas tilbud i betragtning. Klagenævnet afviser derfor ikke klagen.

Ad påstandene 1-3 og 5-6

Højgaards tilbud kan kun forstås sådan, at tilbudet afveg fra licitationsbetingelserne med hensyn til behandling af asbest i de eksisterende bygninger og opvarmning i byggeperioden, og kommunen har da også prissat de pågældende bemærkninger fra Højgaard.

Når et tilbud indeholder en afvigelse fra licitationsbetingelserne, kan udbyderen inden for visse rammer prissætte afvigelsen. Afvigelser, med hensyn til hvilke der er spørgsmål om prissætning, betegnes i det følgende som forbehold i overensstemmelse med sædvanlig tradition.

Af forbudet mod forskelsbehandling i tilbudslovens § 6 følger: Udbyderens prissætning af et forbehold skal foretages sådan, at den tilbudsgiver, der har taget forbehold, ikke som følge af forbeholdet eller forbeholdene stilles bedre end tilbudsgivere, der ikke har taget forbehold. Hvis det ikke er muligt at foretage en sådan prissætning, skal udbyderen undlade at tage det tilbud, der indeholder forbehold, i betragtning.

Heraf følger endvidere:

- a) Prissætning af et forbehold skal foretages sådan, at det arbejde, som forbeholdet angår, med sikkerhed kan udføres for det beløb, som forbeholdet ansættes til ved prissætningen. Hvis det ikke er muligt at foretage en sikker prissætning, skal udbyderen undlade at tage det tilbud, der indeholder forbehold, i betragtning.
- b) Prissætningen skal foretages på grundlag af oplysningerne i licitationsbetingelserne. Prissætningen må derimod ikke foretages på grundlag af en eventuel viden hos udbyderen om, at det arbejde, som forbeholdet

angår, vil få mindre omfang, end hvad der fremgår af licitationsbetingelserne. Ellers stilles den tilbudsgiver, der har taget forbehold, bedre end den tilbudsgiver, der ikke har taget forbehold og som derfor i sit tilbud har været nødt til at indkalkulere det pågældende arbejde i overensstemmelse med oplysningerne i licitationsbetingelserne.

I den foreliggende sag har kommunen overtrådt disse principper.

Ad a): Det er ikke oplyst, at det arbejde, som Højgaards forbehold angik, med sikkerhed kunne udføres for det prissatte beløb. Tværtimod er det fremgået af sagens oplysninger, at prissætningen skete ud fra et skøn over arbejdets omfang.

Ad b): Kommunen har prissat Højgaards forbehold på et grundlag, der var i strid med angivelserne i licitationsbetingelserne. Af sagen er således fx fremgået: Ved prissætningen af forbeholdet om asbest medregnede man ikke stjernbeklædninger, selvom licitationsbetingelserne udtrykkeligt nævnede stjernbeklædninger som muligvis asbestholdige. Ved prissætningen af forbeholdet om opvarmning gik man ud fra, at det eksisterende varmeanlæg ikke skulle være lukket i sin helhed under byggeriet, selvom licitationsbetingelserne udtrykkeligt angav, at varmeanlægget skulle lukkes ved byggeriets begyndelse og først måtte åbnes igen, når alle udvendige døre og vinduer var isat, og der var foretaget isolering.

Kommunens prissætning af Højgaards forbehold er således gennemført på en urigtig måde.

Efter karakteren af Højgaards forbehold må det imidlertid være klart, at en sikker prissætning af forbeholdene ikke var mulig i det hele taget. Som følge heraf har kommunen haft pligt til ikke at tage Højgaards tilbud i betragtning, jfr. punkt a) ovenfor, og det har været i strid med forbudet mod forskelsbehandling i tilbudslovens § 6, at kommunen desuagtet tog tilbudet i betragtning.

Påstand 1 tages således til følge, og Klagenævnet har herefter ikke anledning til at tage stilling til påstandene 2-3 og 5-6.

Ad påstand 4

Da en stillingtagen til denne påstand ligger uden for Klagenævnets kompetence, afvises påstanden.

Ad påstand 7

Klagenævnet finder ikke anledning til at tage stilling til denne påstand.

Ad påstand 8

Klagenævnet har ikke i det fremkomne grundlag for at gå ud fra, at kommunen har overtrådt reglerne om meddelelse om ordretildelingen. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1 tages til følge, idet Klagenævnet konstaterer, at indklagede, Vejle Kommune, har overtrådt tilbudslovens § 6 ved at tage tilbudet fra MT Højgaard A/S i betragtning.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstandene 2 og 3.

Påstand 4 afvises.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstandene 5, 6 og 7.

Påstand 8 tages ikke til følge.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klageren, Skanska Danmark A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes

Joan Bach
kontorfuldmægtig