

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Helle Bøjen Larsen, Niels Sørensen)

J.nr.: 2006-007192

16. april 2007

K E N D E L S E

STB Byg A/S

(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Hedensted Kommune

(advokat Peter Tærø Nielsen, Kolding)

Ved annoncering den 6. april 2006 og den 19. april 2006 iværksatte Hedensted Kommune en begrænset licitation med prækvalifikation i medfør af Tilbudslovens § 6, stk. 2 (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende tømrerentreprisen ved udbygning af Hedensted Skole omfattende en ny toetages bygning til indskoling og SFO. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste bud.«

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 18. maj 2006 til følgende prækvalificerede ansøgere:

STB Byg A/S,

Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 14. juni 2006 havde begge virksomheder - og kun de - afgivet tilbud. Den 26. juni 2006 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 14. august 2006.

Den 14. juli 2006 indgav klageren, STB Byg A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hedensted Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 7. november 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har forskelsbehandlet tilbudsgiverne i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at have afvist klagerens tilbud med den begrundelse, at det ikke opfyldte licitationsbetingelserne, fordi der blev taget forbehold i forhold til levering af de specificerede vinduer med motorbetjente persiennner, uagtet klagerens tilbud opfyldte licitationsbetingelserne på dette punkt.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at have tildelt den udbudte tømrerentreprise til klageren, uagtet klageren havde afgivet tilbudet med den laveste pris.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 14, stk. 1, ved ikke hurtigst muligt efter at indklagede den 26. juni 2006 havde truffet beslutning om at indgå kontrakt med Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S at have underrettet den anden tilbudsgiver herom, idet den anden tilbudsgiver først blev underrettet ved skrivelse af 30. juni 2006.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved ikke samtidigt at underrette klageren om, at indklagede den 26. juni 2006 havde besluttet at indgå kontrakt med Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S, idet klageren først blev underrettet ved skrivelse af 30. juni 2006.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 14, stk. 3, ved ikke efter klagerens anmodning herom at have underrettet klager om begrundelsen for ikke at tage klagerens tilbud i betragtning som konditionsmæssigt.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat EF-traktatens artikel 28 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved i licitationsbetingelser-

ne punkt 4 til Arbejdsbeskrivelse for tømrerentreprisen, Bygningsdelsbeskrivelse, at have anført følgende:

»(31).2.001 Låsesystem

Nyt låsesystem som Ruko, med cylindre inkl. alt tilbehør.«

»(31).4.003 Døre og vinduer – aluminium/træ

Dør profilsystem:

Nor-Dan system ND92 F, facade rammedør.

Nor-Dan system ND92 T, terrasse rammedør.

Vindues profilsystem:

Nor-Dan system ND92 1-GR, dreje/kip vindue

Nor-Dan system ND92 HG, tophængt vindue

Nor-Dan system ND92 F, fast vindue«.

»(31).4.004 Dør – stål (Hanssen)

Hanssen Door model JB.«.

»(31).4.005 Glas – persiennerude (Hagen)

Persiennerude:

Hagen A/S, tlf. 96 20 05 04.

Model – 61 med hæve/sænke – samt vippefunktion.«.

»(32).4.004 Vinduesplade – komposit

Vinduesplade:

30 mm kompositsten, Christobal

(Brdr. Kofoed A/S, tlf. 87 41 14 14) «,

selvom indklagede kunne have specificeret kravene til de omhandlede bygningsdele sprogligt uden henvisning til bestemte fabrikater.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har udelukket levering af andre produkter end de i licitationsbetingelserne navngivne materialer og færdigvarer i strid med EF-traktatens artikel 28 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved i licitationsbetingelserne under Byggesagsbeskrivelsens punkt 9.2.1, Generelt, at have anført følgende:

»Anvendelse af anderledes produkter skal fremgå af tilbuddet, og på forlangende skal tilbudsgiver dokumentere ligeværdighed med projektets produktangivelser. Dokumentation for ligeværdighed skal foretages af anerkendt, uvildig prøvningsanstalt.

Anvendelse af materialer og produkter, der adskiller sig fra det i projektmaterialet anførte, skal forud – og skriftligt godkendes af byggeledelsen. Ingen sådanne materialer og produkter må leveres på byggepladsen før dennes godkendelse.«

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har udelukket levering af glas og termoruder fra fabrikker, som ikke er tilsluttet Glasindustriens Samarbejdsorganisation, i strid med EF-traktatens artikel 28 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved i licitationsbetingelserne under punkt 4 til Arbejdsbeskrivelse for tømrerentreprisen, Bygningsdelsbeskrivelse, at have anført følgende:

»(31).4.001 Glas – døre og vinduer, udvendig
Glas og termoruder skal leveres fra fabrik tilsluttet Glasindustriens Samarbejdsorganisation.«

»(31).4.005 Glas - persiennerude (Hagen)
Glas og termoruder leveres fra fabrik tilsluttet Glasindustriens Samarbejdsorganisation.«

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 1 ved at have offentliggjort licitationsbekendtgørelsen i Hedensted Avis den 19. april 2006, med en frist på mindre end 15 arbejdsdage til at fremsende anmodning om prækvalificering.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 2, ved i licitationsbekendtgørelsen ikke at anføre karakteren af de oplysninger vedrørende økonomisk og teknisk formåen, som virksomheder som ønsker at blive prækvalificeret skulle dokumentere, samt hvilke dokumenter virksomhederne i den forbindelse skulle fremsende til indklagede.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 stk. 2, nr. 3, ved ikke i licitationsbekendtgørelsen at angive det fastsatte tildelingskriterium.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 4, ved ikke i licitationsbekendtgørelsen at anføre, hvor mange virksomheder, der maksimalt vil blive opfordret til at afgive tilbud.

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat Tilbudslovens § 2, stk. 3 ved ikke at have foretaget nogen udvælgelse af tilbudsgiverne på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier.

Påstand 14

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat det EU-retlige effektivitetsprincip ved i tidsrummet mellem ordregivers beslutning om ordretildeling og kontraheringen af den udbudte kontrakt ikke at have givet tilbudsgiverne reel mulighed for at anmode Klagenævnet for Udbud om at tillægge en indbragt klage opsættende virkning i henhold til Lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2.

Påstand 15

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.125.000 kr. med procesrente fra den 14. juli 2006.

Påstand 16 (subsidiær i forhold til påstand 15)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 1.125.000 kr. med procesrente fra den 14. juli 2006.

Med hensyn til påstand 6 – 12 har indklagede nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge. For det tilfælde, at afvisningspåstanden vedrørende påstand 9 ikke tages til følge, har indklagede erkendt at have overtrådt Tilbudsloven som angivet i påstanden. I øvrigt har indklagede nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har påstået frifindelse for påstand 15 – 16.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 15 - 16, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1-14.

Sagens nærmere omstændigheder:

Af arbejdsbeskrivelsen for Tømrerentreprisen, som er en del af udbudsbetingelserne, fremgår blandt andet:

»Bygningsdele

...

Dør – Stål (Hanssen)

Glas- persiennerrude (Hagen)

...

Materialer og produkter

...

I projektmaterialet kan materialer og produkter være foreskrevet ved bestemte fabrikater. Der kan anvendes andre fabrikater, hvis disse er ligestillet med de foreskrevne. Betingelser – og dokumentation herfor i h. t. byggesagsbeskrivelsen.

...

Bygningsdelsbeskrivelser

Låsesystem

...

Materialer og produkter

Nyt låsesystem som Ruko, med cylindre inkl. alt tilbehør.

...

Glas-døre og vinduer, udvendig

...

Glas og termoruder leveres fra fabrik tilsluttet Glasindustriens Samarbejdsorganisation. Glas skal være sikkerhedsklasse F2.

...

Døre og vinduer – aluminium/træ

...

Projektering

Entreprenøren udarbejder detailprojekt og produktionstegninger.

Tegninger fremsendes til byggeledelsen for gennemsyn inden produktion.

Ved tilbudsafgivning vedlægges tekniske data, principsnit og detaljer til endelig vurdering af tilbudet.

Materialer og produkter

...

Dør profilsystem:

Nor-Dan system ND92 F, facade rammedør.

Nor-Dan system ND92 T, terrasse rammedør.

250 mm bundramme.

92 mm karm med not for vinduesplade og lysninger.

Vindues profilsystem:

Nor-Dan system ND92 1-GR, dreje/kip vindue

Nor-Dan system ND92 HG, tophængt vindue

Nor-Dan system ND92 F, fast vindue

92 mm karm med not for vinduesplade og lysninger

Dør-stål (Hanssen)

...

Materialer og produkter

...

Hanssen Door model JB

...

Glas- persiennerude (Hagen)

...

Materialer og produkter

Persiennerude:

Hagen A/S, tlf. 96 20 05 04.

Glas:

Glas og termoruder leveres fra fabrik tilsluttet Glasindustriens Samarbejdsorganisation.

...

Sikkerhedsglas:

...

Glasmellemrum min. 27 mm

...

Sikkerhedsklasse F2

Persienne:

Model -61 med hæve/sænke - samt vippefunktion.

...

Vinduesplade - komposit

...

Materialer og produkter

...

30 mm kompositsten, Christobal

...

(Brdr. Kofoed A/S, tlf. 87 41 14 14)

...«

Af byggesagsbeskrivelsen fremgår om »materialer og produkter«

»9.2.1. Generelt

Hvor der i udbudsmaterialet er anført navngivne materialer eller færdigvarer, er disse, såfremt andet ikke er anført, at betragte som norm for funktion, form og geometri samt kvalitet. Disse navngivne materialer og færdigvarer er alene angivet fordi det ikke er praktisk muligt, i kortfattet form, at beskrive det ønskede produkts egenskaber.

Anvendelse af anderledes produkter skal fremgå af tilbuddet, og på forlangende skal tilbudsgiver dokumentere ligeværdighed med projektets produktangivelser. Dokumentation for ligeværdighed skal foretages af anerkendt, uvildig prøvningsanstalt.

Anvendelse af materialer og produkter der adskiller sig fra det i projekt materialet anførte, skal forud - og skriftligt godkendes af byggeledelsen. Ingen sådanne materialer og produkter må leveres på byggepladsen før dennes godkendelse...«

Af de udfærdigede tegninger fremgår blandt andet, at en del af de sydvendte vinduer var lavtsiddende og 200 cm høje og 140 cm brede. På tegningen anføres »P« og »S« på vinduerne. Det forklares i beskrivelsen at »P« betyder »persienne indbygget i rude« og »S« betyde »sikkerhedsglas«.

Ifølge tegningerne beskrives facadepartier »som Nor-Dan«.

Nor-Dan Vinduer A/S har den 13. juni 2006 til Pro Træ, der er klagerens samarbejdspartner i »Tilbud« oplyst følgende om Hagen Persienneglas:

»FORBEHOLD

Den beskrevne glastype med motorstyring og 2 x lamineret glas giver en glastykkelse på 40 mm.

Vores standardfalse kan kun tage 37 min glastykkelse.
Derfor er hovedtilbud regnet med solglas i alle de elementer hvor der er beskrevet persienner.

I udgangspunktet må derfor meddeles, at vi ikke kan levere elementer med en falsdybde, som kan optage HAGEN motorbetjente persienneglas.

Vi blev desværre opmærksom på dette problem for sent, men har været i gang med at undersøge om et andet Nor-Dan produkt vil kunne klare problemet. Vi har dog ikke kunnet nå at afklare dette endeligt, hvorfor elementer der er beskrevet med persienneglas, i stedet er tilbudt med solglas.«

I det nævnte tilbud oplyses senere, at »Persienneglas er ikke indeholdt i prisen. Alle elementer der i udbudsmateriale er beskrevet med persienneglas er tilbudt med solglas uden persienner.«

Klageren vedlagde dette »tilbud« med sit tilbud og skrev derpå: »Forbehold.«

Klageren tilbød tømrerentreprisen udført for 5.627.645 kr., hvilket var laveste bud.

På tilbudet er anført som forbehold »BYG's Standardforbehold« samt »Nor-Dan Vinduer A/S forbehold (vedlagt i kopi)«.

Klageren oplyser under »Alternative Priser«, at to nærmere nævnte vinduesproducenter, Rationel og Ideal Combi: »afgiver ikke pris«.

Vejle – Børkop Tømrer og Tagdækning A/S tilbød tømrerentreprisen udført for 5.674.000 kr.

Under »Forbehold« oplyses »Dansk Byggeri Standard-forbehold af marts 2001«. Vedrørende alternative priser oplyser dette tømrerfirma »De valgte vinduesproducenter ønskede ikke at prissætte projektet«.

I brev af 26. juni 2006 til klageren meddelte indklagedes tekniske rådgiver:

»... at Deres tilbud ikke er konditionsmæssigt. Vi har derfor været nødsaget til at fravælge Deres tilbud...«

I brev dateret 26. juni 2006 til Vejle – Børkop Tømrer & Tagdækning A/S meddelte arkitektfirmaet:

»... De er blevet indstillet til at udføre byggeriet ... vedlægges »Acceptbilag« vedr. forbehold i Deres tilbud, som bedes returneret i underskrevet stand hurtigst muligt...«

Klagerens advokat gjorde i brev af 27. juni 2006 indsigelse mod licitationen og bad oplyst, »... på hvilke punkter min klients tilbud skulle være ikke-konditionsmæssigt...«. Advokaten anmodede også indklagede om at sætte licitationen i bero.

I arkitektfirmaets brev af 29. juli 2006 til advokaten og klageren oplystes,

»... at Deres tilbud ikke er konditionsmæssigt, da der er taget forbehold i h. t. den med tilbudet vedlagte skrivelse fra Nor-Dan Vinduer A/S af 13.6.2006.

Vi har efter bedste skøn kapitaliseret Deres forbehold, hvorefter Deres tilbud er væsentligt højere end tilbudet fra Vejle - Børkop Tømrer & Tagdækning A/S...«

I brev dateret 30. juni til »tilbudsgiverne« meddeltes

» ...at De er ikke blandt de entreprenører, der er blevet udvalgt til at udføre arbejdet...«

Klagerens advokat skrev den 5. juli 2006 således til indklagede og arkitektfirmaet:

»I skrivelsen til min klient oplyses det, at min klients tilbud er ikke-konditionsmæssigt, da der i tilbuddet er taget forbehold formuleret som en henvisning til skrivelse af 13. juni 2006 fra Nor-Dan Vinduer A/S til min klient.

Endvidere oplyses det, at forbeholdet er kapitaliseret af ordregiver, hvorved min klients tilbud er væsentligt højere end tilbuddet fra Vejle - Børkop Tømrer & Tagdækning A/S.

Jeg gør gældende, at min klients tilbud er konditionsmæssigt, og at henvisningen til skrivelsen fra Nor-Dan Vinduer A/S ikke kan udgøre et forbehold over for grundlæggende udbudsbetingelser, men derimod et nødvendigt forbehold som følge af tilbudsgivernes manglende mulighed for at levere den specificerede persiennerude inden for de fastsatte mål, jf. bemærkningerne i skrivelsen fra Nor-Dan Vinduer A/S.

På dette grundlag skal jeg anmode Dem om snarest at oplyse og dokumentere følgende:

- Hvilke udbudsbetingelser finder ordregiver, at min klient har taget forbehold over for?
- I hvilket omfang betragter ordregiver disse udbudsbetingelser som ufravigelige udbudsbetingelser eller grundlæggende udbudsbetingelser?
- Hvorledes er de pågældende udbudsbetingelser opfyldt af de øvrige tilbudsgivere?
- Hvilke forbehold i min klients tilbud har ordregiver kapitaliseret, og hvorledes er denne kapitalisering foretaget?

Jeg skal anmode Hedensted Kommune om forsat at holde udbudsproceduren i bero, og afvente tildelingen af de fagentrepriser, som min klient har afgivet tilbud på, indtil det er afklaret, om min klients tilbud er ikke-konditionsmæssigt.

Dette beder jeg Hedensted Kommune om at bekræfte, idet jeg skal oplyse, at min klient ved indgivelse af klage til Klagenævnet for Udbud ønsker mulighed for, at nævnet kan tillægge en sådan klage opsættende virkning.«

Den 10. juli 2006 fremsendte arkitektfirmaet til Vejle – Børkop Tømrer & Tagdækning A/S »... accept i 2 eksemplarer i forbindelse med ovennævnte byggesag...«.

Den 14. august 2006 underskrev Vejle – Børkop Tømrer & Tagdækning A/S ordrebekræftelse vedrørende entreprisen.

Scanglas A/S har i telefax dateret 8. august 2006 til arkitektfirmaet oplyst vedrørende »persienneopbygning:

»Type 6 SGG Planilux, hærdet 27 mm profil, motor betjent lamel persienne, hævsænkvip funktion 4 kappa E, hærdet, Totaltykkelse = 37mm.«

Hagen persienne Systemer Hagen A/S har i fax af 8. april 2006 til arkitektfirmaet oplyst:

»Under henvisning til telefonsamtale skal jeg herved oplyse at pristillægget for en elektrisk betjent persienne monteret i termorude på et vindue mellem ½ til 1 kvadratmeter vil udgøre ca. 2.000 kr.«

Af DS-information, DS/INF 119, 1. udgave. Godkendt: 11. november 1998
»Retningslinier for valg og anvendelse af sikkerhedsglas Personsikkerhed« fremgår blandt andet:

»Introduktion

Formålet med disse retningslinier er at vejlede om brug af sikkerhedsglas i bygninger som et supplement til bygningsreglementernes gældende krav til personsikkerhed.

...

Hærdet glas

...

At hærdet glas er klassificeret F1, F2 eller F3 er en dokumentation for, at glasset ved prøvningen forbliver intakt, eller at det får et ufarligt brud. Er der risiko for nedstyrtning, bør der - hvis der anvendes hærdet glas - stilles supplerende krav om, at glasset forbliver intakt ved de aktuelle påvirkninger.

...

Valg af modstandsklasser

...

Er der risiko for, at en person kan gå eller løbe uhindret ind i et stykke glas, skal der anvendes sikkerhedsglas. I efterfølgende tabel er angivet forslag til valg af modstandsklasser. Er der endvidere risiko for ned-

styrtning, bør der stilles krav om, at glasset efter sammenstødet forbliver i rammen.

...

Nedstyrtning som følge af kollision

I tilfælde, hvor glas benyttes som afskærmning ved niveauspring, og hvor der således kan være fare for, at personer ved gennembrud eller knusning af glaspartier kan styrte ned, bør der tages særlige hensyn.

Dette kan være gældende, hvor der er store niveauforskelle mellem gulvet på begge sider af en glasvæg, et vindue, der går til gulv, et værn af glas, balusterglas i trapper mv.

I ovennævnte tilfælde bør der benyttes en type sikkerhedsglas, som foruden at sikre mod snitsår også sikrer, at brudstykkerne bliver siddende i ruden i forbindelse med kollision med glasset, således at nedstyrtning i forbindelse med eller efter kollision med glasset i videst muligt omfang undgås. Dette kan sikres ved, at der benyttes lamineret glas eller tilsvarende.«

FORKLARINGER:

Projektleder Finn Jensen hos klageren har forklaret, at han udregnede og afgav klagerens tilbud. Han og en repræsentant fra Vejle – Børkop Tømrer & Tagdækning A/S mødte op til åbning af tilbudene. Han husker ikke, om klagerens forbehold blev læst op, da tilbudet blev åbnet. Han havde ikke bedt Nor-Dan Vinduer A/S om at isætte lamineret glas. Nor-Dan Vinduer A/S havde elektronisk fået oplysninger vedrørende entreprisen fra kommunens arkitekt eller fra et andet tømrerfirma. Han ved ikke, hvorfor de to andre vinduesfirmaer ikke afgav pris på vinduerne, men de andre tømrerfirmaer, der ville afgive tilbud, har formentlig heller ikke fået en pris på vinduerne fra disse firmaer. Persiennevinduer kan lukke solen helt ude, mens solglas skærmer for solen. Da han afgav tilbud, havde han ikke DS »Retningslinier for valg og anvendelse af sikkerhedsglas« fremme. Han modtog først den 11. juli 2006 indklagedes meddelelse om tildelingsbeslutning dateret den 30. juni 2006.

Bygningsinspektør i Hedensted Kommune, Jørn Rasmussen, har forklaret, at arkitektfirmaet blev anmodet om at forestå prækvalifikationsproceduren vedrørende Hedensted Skoles udbygning. Kommunens byggeudvalg og arbejdsgrupper gennemgik de forskellige vinduestyper, man tidligere havde anvendt. Det er svært at beskrive et vindue, og derfor blev man enige om at

specificere produktet ved at nævne produktnavnet. Det skulle ikke nødvendigvis være et Nor-Dan vindue, der blev leveret. Han husker ikke nærmere om, hvilke forbehold, der blev nævnt ved licitationen. På et møde på rådhuset redegjorde arkitekt Jens Kvorning for forbeholdene. Persienser er væsentligt dyrere end solglas. Derfor måtte klagerens forbehold kapitaliseres. Fra tidligere kommunale arbejder vidste han, at de virksomheder, der havde anmodet om prækvalifikation, kunne løfte opgaven.

Arkitekt Jens Kvorning har forklaret, at han var projektleder for udbygningen af skolen. Mange tilbudsgivere vedlagde en referenceliste, selvom der ikke var krav herom. Man ønskede gerne at mindst 7 og højst 7-8 firmaer skulle afgive tilbud på de forskellige entrepriser. Kun 2 firmaer afgav tilbud på tømmerentreprisen. I den periode, hvor firmaerne kunne stille spørgsmål vedrørende byggematerialerne, kom ingen spørgsmål vedrørende vinduerne. Han læste tilbudene op ved licitationen. Han læste begge klagerens forbehold op. Der blev ikke stillet krav om, at vinduesglas skulle være lamineret, men det blev krævet, at vinduesglas var F 2 sikkerhedsglas. Man kunne anvende hærdet eller lamineret glas. Konsekvensen af Nor-Dan Vinduer A/S' forbehold var, at man ikke kunne levere det krævede produkt. Der skulle mod bygningens syd- og vestside i alt anvendes 73m² glas. Solglas er et dårligere og billigere produkt end glas med persienne. Sidstnævnte er hygiejnemæssigt helt i top og et langt bedre produkt end solglas. Efter forhandling med indklagede den 16. juni 2006 foretog han kapitalisering. Den vindende entreprenør anvender Nor-Dan Vinduer med persienser. Han fik telefonisk oplyst hos Hagen A/S og Scanglas A/S, at vinduer med persienne kostede ca. 2000 kr. pr. m², hvilket betød, at klagerens tilbud skulle forhøjes med ca. 100.000 kr. 10 dage efter mødet blev der udsendt breve om, hvilket bud, der blev antaget. I licitationsbetingelserne blev der ikke nævnt noget om nedstyrtning af glasset. Han vurderede, at klagerens tilbud var ikke-konditionsmæssigt. Han mener ikke, at man kort kan beskrive f.eks. et vindue, derfor nævntes produktnavne, der var udtryk for kvalitet. Når der i licitationsbetingelserne blev oplyst telefonnummer på producenter, var dette en ren service for de bydende. Det blev oplyst i byggesagsbeskrivelsen, at andre ligestillede produkter kunne anvendes, blot der var tale om ligeværdige produkter. Han ved ikke, om der findes en anerkendt, uvildig prøvningsanstalt, som beskrevet i byggesagsbeskrivelsen.

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden, påstand 6 – 12

Klageren har i anledning af indklagedes afvisningspåstand gjort gældende, at klageren som tilbudsgiver efter lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud § 4, stk. 1, nr. 1, har en retlig interesse i at kunne indgive klagen, og derfor er berettiget til at klage til Klagenævnet for Udbud. Dette gælder uanset indklagedes argumentation om det modsatte.

Indklagede har vedrørende afvisningspåstandene gjort gældende, at klageren ikke i forbindelse med tilbudsgivningen har haft interesse eller behov for at anvende alternative fabrikater, at specifikationen i beskrivelsen er uden betydning, og endelig at klageren faktisk blev prækvalificeret.

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ifølge licitationsbetingelserne foreskrev anvendelse af Nor-Dan vinduer med sikkerhedsglas, Hagen persiennerude med et glasmellemrum på 27 mm. Det fremgår af Nor-Dan Vinduer A/S' erklæring, at kravene til vinduerne ikke kunne opfyldes, idet sikkerhedsglas skulle være lamineret glas. Klagerens tilbud indeholdt derfor reelt slet ikke noget forbehold på det pågældende punkt.

Indklagede har gjort gældende, at kravene kunne opfyldes, idet licitationsbetingelserne ikke krævede anvendelse af lamineret glas. Det, som klageren har anført i sit tilbud, er derfor et forbehold, og indklagede har som følge heraf været berettiget til at afvise klagerens tilbud.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at klageren havde afgivet det laveste bud. Indklagede burde ikke have prissat klagerens tilbud vedrørende vinduerne.

Indklagede har gjort gældende, at prissætningen viser, at klageren ikke havde laveste tilbud.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede den 26. juni 2006 meddelte Vejle – Børkop Tømrer & Tagdækning A/S, at denne virksomhed var blevet indstillet til at udføre byggeriet. Samtidigt meddeltes klageren, at dennes tilbud ikke var konditionsmæssigt, men der blev ikke samtidigt givet oplysning om tildelingsbeslutningen. Oplysning herom fandt først sted den 30. juni 2006, hvilken meddelelse klageren først modtog den 11. juli 2006. Indklagede har derfor handlet i strid med bestemmelsen i Tilbudslovens § 14, stk. 1.

Indklagede har gjort gældende, at klageren blev underrettet den 26. juni 2006, hvorfor bestemmelsen i Tilbudslovens § 14, stk.1, blev overholdt.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede den 26. juni 2006 meddelte Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S at denne virksomhed var blevet indstillet til at udføre byggeriet, hvilken meddelelse klageren først modtog ved brev af 30. juni 2006, modtaget af klageren den 11. juli 2006. Dette er en overtrædelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at klageren modtog underretningen den 26. juni 2006, hvorfor ligebehandlingsprincippet ikke er blevet tilsidesat.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at han den 27. juni 2006 anmodede indklagede om at oplyse, på hvilket punkter tilbudet skulle være ikke-konditionsmæssigt, hvilket indklagede besvarede ved at henvise til forbeholdet i skrivelsen fra Nor-Dan Vinduer A/S. Indklagede begrundede ikke, hvorfor tilbudet var forkastet, hvilket er en overtrædelse af Tilbudslovens § 14, stk. 3.

Indklagede har gjort gældende, at den i besvarelserne angivet begrundelse opfylder lovens krav til begrundelse, og at klagerens argumentation er taktisk og uden betydning for sagen.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede burde have beskrevet, hvilke egenskaber, indklagede lagde vægt på, var opfyldt ved produkterne eller i det mindste efter produktangivelsen at have anført »eller tilsvarende.« Henvisningen i licitationsbetingelserne til bestemte fabrikater er i strid med EF-traktatens artikel 28 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at produktnavn som specifikation er anvendt meget begrænset, og der er en saglig begrundelse herfor, samt at man i licitationsbetingelserne overordnet angav »el. lignende.«

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved i byggesagsbeskrivelsen at have foreskrevet, at anvendelse af materialer og produkter, der adskilte sig fra det i licitationsbetingelserne anførte, skulle underkastes en godkendelsesprocedure og ved at foreskrive, at tilbudsgivere skulle dokumentere ligeværdighed med projektets produktangivelser, har handlet i strid med EF-traktatens artikel 28 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip.

Indklagede har vedrørende denne påstand anvendt samme anbringender som vedrørende påstand 6.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved i licitationsbetingelserne at foreskrive, at fabrikater, der ikke var tilsluttet Glasindustriens Samarbejdsorganisation var udelukket fra at levere glas og termoruder, samt ved at foreskrive anvendelse af Hagen persienner, har overtrådt EF-traktatens artikel 28 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip.

Indklagede har vedrørende denne påstand anvendt samme anbringender som vedrørende påstand 6 og 7.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 1, ved at have offentliggjort licitationsbekendtgørelsen

i Hedensted Avis den 19. april 2006 med en frist på mindre end 15 dage til at fremsende anmodning om prækvalifikation, idet fristen var den 28. april 2006, hvilket svarer til 7 arbejdsdage.

Indklagede har gjort gældende, at denne påstand vedrører prækvalifikationen, og at klageren blev prækvalificeret. Indklagede har erkendt, at bestemmelsen formelt er overtrådt, men det har ikke haft nogen reel betydning for klagen.

Ad påstand 10

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 2, ved ikke i licitationsbekendtgørelsen at angive karakteren af de oplysninger vedrørende teknisk og økonomisk formåen, som skulle dokumenteres for at kunne blive prækvalificeret samt dokumentationen herfor.

Indklagede har vedrørende denne påstand anvendt samme anbringender som vedrørende påstand 9.

Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 3, ved ikke i licitationsbekendtgørelsen at angive det fastsatte tildelingskriterium.

Indklagede har vedrørende denne påstand anvendt samme anbringender som vedrørende påstand 9 og 10.

Ad påstand 12

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 4, ved ikke i licitationsbekendtgørelsen at anføre, hvor mange virksomheder, der maksimalt ville blive opfordret til at afgive tilbud.

Indklagede har vedrørende denne påstand anvendt samme anbringender som vedrørende påstand 9 - 11.

Ad påstand 13

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at have foretaget nogen udvælgelse af tilbudsgiverne på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerede kriterier. Indklagede var efter bestemmelsens ordlyd forpligtet til at efterprøve tilbudsgivernes kvalifikationer.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens påstand er udokumenteret. Indklagede udvalgte tilbudsgiverne efter indklagedes kendskab til tilbudsgiverne.

Ad påstand 14

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den 26. juni 2006 at have meddelt Vejle – Børkop Tømrer & Tagdækning A/S, at virksomheden var indstillet til at udføre byggeriet og ved den 10. juli 2006 at have fremsendt acceptskrivelse til Vejle – Børkop Tømrer & Tagdækning A/S og ved ikke at sætte licitationsproceduren i bero, tilsidesatte det EU-retlige effektivitetsprincip, idet tilbudsgiverne ikke havde reel mulighed for at anmode Klagenævnet for Udbud om at tillægge en indbragt klage opsættende virkning i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2.

Indklagede har bestridt, at klageren ikke har kunnet indgive sagen til Klagenævnet med anmodning om opsættende virkning. Ved først at indgå kontrakten den 14. august 2006 har indklagede holdt en stand-still periode, idet realiteten var, at klageren allerede den 26. juni 2006 var bekendt med at have tabt licitationen.

Ad påstand 15-16

Disse påstande er udsat til eventuel senere påkendelse.

Klagenævnet udtaler:Ad afvisningspåstanden, påstand 6 – 12

Da klageren har retlig interesse i at få behandlet sin klage for så vidt angår de pågældende påstande, tager Klagenævnet ikke indklagedes påstand til følge.

Ad påstand 1Niels Feilberg Jørgensen og Helle Bøjen Larsen udtaler:

Klagenævnet har ikke grundlag for at gå ud fra, at licitationsbetingelsernes krav vedrørende vinduer ikke kunne opfyldes efter deres indhold, sådan som det er hævdet af klageren. Det bemærkes herved, at licitationsbetingelserne ikke stillede krav om anvendelse af lamineret glas. Klagerens forbehold med hensyn til vinduer var derfor en afvigelse fra licitationsbetingelserne, hvorfor indklagede var berettiget til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Klagenævnet har ikke anledning til at tage stilling til, om forbeholdet vedrører et grundlæggende element i licitationsbetingelserne, således at indklagede var forpligtet til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

Niels Sørensen udtaler:

Udbudsmaterialet vedrørende denne sags centrale punkter var i strid med velkendte EU-regler – jf. Klagenævnet ad påstand 6 og 7 og ad påstand 8 – hvilket C. F. Møller A/S, der var indklagedes tekniske rådgiver, burde være bekendt med. Indklagede har i kravspecifikationen henvist til referenceprodukter og i samme forbindelse stillet så specifikke og uklare krav, at selv leverandøren af et af de vigtigste referenceprodukter – Nor-Dan Vinduer A/S – ikke umiddelbart var i stand til at give et præcist tilbud til klageren, men var nødt til at tage forbehold. Nor-Dan Vinduer vurderede, at glastykkelsen ville kræve en 40 mm vinduesfals, mens kravspecifikationen krævede 37 mm.

Nor-Dan Vinduer A/S fremkom først med sit tilbud til klagerens leverandørdagen før licitationen, og klageren havde på grund af indklagedes ulovlige krav, jf. påstand 7, ingen reel mulighed for at finde andre produkter, der

kunne indgå i tilbuddet. Det bemærkes særligt, at 2 andre af indklagede udpegede leverandører ikke ville give tilbud, hverken til klageren eller den anden tilbudsgiver.

Det var således alene indklagedes ulovlige og uklare udbudsmateriale der gjorde, at klageren tog samme forbehold som Nor-Dan Vinduer A/S.

Under disse omstændigheder, herunder at forbeholdet med den fornødne sikkerhed kan prissættes, var indklagede ikke berettiget til at se bort fra klagerens tilbud.

Vedrørende denne påstand afsiges kendelse i overensstemmelse med flertallets afgørelse.

Ad påstand 2

Indklagedes prissætning af forbeholdet i klagerens tilbud med hensyn til vinduer blev foretaget, selvom indklagede havde tilkendegivet, at indklagede ikke tog tilbuddet i betragtning som følge af forbeholdet. Prissætningens formål var efterfølgende at vise, at klagerens tilbud ikke var laveste bud, selvom det var blevet taget i betragtning. Klagenævnet tager derfor ikke stilling til denne påstand.

Ad påstand 3

Klagenævnet konstaterer, at indklagede den 26. juni 2006 traf beslutning om, at indgå kontrakt med Vejle – Børkop Tømrer & Tagdækning A/S, og at indklagede først gav klageren underretning herom ved brev dateret den 30. juni 2006. Indklagede har derfor handlet i strid med Tilbudslovens § 14, stk. 1, og det er uden betydning, om klageren modtog indklagedes brev af 30. juni 2006 straks eller senere. Påstanden tages herefter til følge.

Ad påstand 4

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

Ad påstand 5

Da klagerens advokat anmodede om at få oplyst, på hvilke punkter klagerens tilbud skulle være ikke-konditionsmæssigt, henviste indklagedes rådgiver til det af klageren tagne forbehold. Indklagede opfyldte derfor begrundelsespligten i Tilbudslovens § 14, stk. 3, og Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 6 og 7

Det lægges til grund, at indklagede i arbejdsbeskrivelsen for tømrerarbejdet foreskrev anvendelse af bestemte i vidt omfang nøje beskrevne produkter, herunder ved angivelse af producent og i 2 tilfælde ved oplysning om producentens telefonnummer. Indklagedes generelle oplysninger vedrørende materialer og produkter, hvorefter anderledes produkter kunne anvendes under forudsætning af, at tilbudsgiverne på forlangende dokumenterede ligeværdighed med projektets produktangivelser, og hvorefter dokumentation for ligeværdighed skulle foretages af anerkendt, uvildig prøvningsanstalt, findes reelt at udelukke anvendelse af andre produkter end de, der er anført i arbejdsbeskrivelsen. Indklagede findes herved at have overtrådt EF-traktatens artikel 28 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip. Klagenævnet tager derfor disse påstande til følge.

Ad påstand 8

Ved at kræve, at glas og termoruder kun måtte levere fra fabrik tilsluttet Glasindustriens Samarbejdsorganisation, findes indklagede at have udelukket, at der blev leveret glas fra andre glasproducenter, og således har indklagede handlet i strid med EF-traktatens artikel 28 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 9

Klagenævnet konstaterer, at indklagede offentliggjorde licitationsbekendtgørelsen med en frist på mindre en 15 arbejdsdage, hvorfor indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 1. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 10

Klagenævnet konstaterer, at indklagede i licitationsbekendtgørelsen ikke anførte karakteren af de oplysninger vedrørende teknisk og økonomisk formåen, som virksomheder, som ønskede at blive prækvalificeret skulle dokumentere, samt hvilke dokumenter virksomhederne i den forbindelse skulle fremsende til indklagede, hvorfor indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 2. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 11

Klagenævnet konstaterer, at indklagede ikke i licitationsbekendtgørelsen angav det fastsatte tildelingskriterium. Herved findes indklagede at have handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 3. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 12

Klagenævnet konstaterer, at indklagede ikke i licitationsbekendtgørelsen anførte, hvor mange virksomheder, der maksimalt ville blive opfordret til at afgive tilbud. Herved findes indklagede at have handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 4. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 13

Det lægges til grund, at indklagede prækvalificerede de to virksomheder, som ansøgte herom. Endvidere lægges til grund, at indklagede fra tidligere udførte arbejder havde kendskab til de to virksomheder. Det findes på denne baggrund ikke godtgjort, at indklagedes udvælgelse af tilbudsgiveren har handlet i strid med kriterierne fastsat i Tilbudslovens § 2, stk. 3. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 14

Idet bemærkes, at det som påstanden sigter til, er dækket af Klagenævnets afgørelse vedrørende påstand 3, finder Klagenævnet ikke anledning til at tage stilling til denne påstand. Klagenævnet tager derfor ikke påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 14, stk. 1, ved ikke hurtigst muligt efter at indklagede den 26. juni 2006 havde truffet beslutning om at indgå kontrakt med Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S at have underrettet de øvrige tilbudsgivere herom, idet de øvrige tilbudsgivere først blev underrettet ved skrivelse af 30. juni 2006.

Ad påstand 6

Indklagede har tilsidesat EF-traktatens artikel 28 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved i licitationsbetingelserne punkt 4 til Arbejdsbeskrivelse for tømrerentreprisen, Bygningsdelsbeskrivelse, at have anført følgende:

»(31).2.001 Låsesystem

Nyt låsesystem som Ruko, med cylindre inkl. alt tilbehør.«

»(31).4.003 Døre og vinduer – aluminium/træ

Dør profilsystem:

Nor-Dan system ND92 F, facade rammedør.

Nor-Dan system ND92 T, terrasse rammedør.

Vindues profilsystem:

Nor-Dan system ND92 1-GR, dreje/kip vindue

Nor-Dan system ND92 HG, tophængt vindue

Nor-Dan system ND92 F, fast vindue«.

»(31).4.004 Dør – stål (Hanssen)

Hanssen Door model JB.«.

»(31).4.005 Glas – persiennerude (Hagen)

Persiennerude:

Hagen A/S, tlf. 96 20 05 04.

Model – 61 med hæve/sænke – samt vippefunktion.«.

»(32).4.004 Vinduesplade – komposit

Vinduesplade:

30 mm kompositsten, Christobal

(Brdr. Kofoed A/S, tlf. 87 41 14 14)«,

selvom indklagede kunne have specificeret kravene til de omhandlede bygningsdele sprogligt uden henvisning til bestemte fabrikater.

Ad påstand 7

Indklagede har udelukket levering af andre produkter end de i licitationsbetingelserne navngivne materialer og færdigvarer i strid med EF-traktatens artikel 28 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved i licitationsbetingelserne under Byggesagsbeskrivelsens punkt 9.2.1, Generelt, at have anført følgende:

»Anvendelse af anderledes produkter skal fremgå af tilbuddet, og på forlangende skal tilbudsgiver dokumentere ligeværdighed med projektets produktangivelser. Dokumentation for ligeværdighed skal foretages af anerkendt, uvildig prøvningsanstalt.

Anvendelse af materialer og produkter, der adskiller sig fra det i projektmaterialet anførte, skal forud – og skriftligt godkendes af byggeledelsen. Ingen sådanne materialer og produkter må leveres på byggepladsen før denne godkendelse.«

Ad påstand 8

Indklagede har udelukket levering af glas og termoruder fra fabrikker, som ikke er tilsluttet Glasindustriens Samarbejdsorganisation, i strid med EF-traktatens artikel 28 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved i licitationsbetingelserne under punkt 4 til Arbejdsbeskrivelse for tømrerentreprisen, Bygningsdelsbeskrivelse, at have anført følgende:

»(31).4.001 Glas – døre og vinduer, udvendig
Glas og termoruder skal leveres fra fabrik tilsluttet Glasindustriens Samarbejdsorganisation.«

»(31).4.005 Glas - persiennerude (Hagen)
Glas og termoruder leveres fra fabrik tilsluttet Glasindustriens Samarbejdsorganisation.«

Ad påstand 9

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 1, ved at have offentliggjort licitationsbekendtgørelsen i Hedensted Avis den 19. april 2006, med en frist på mindre end 15 arbejdsdage til at anmelde interesse i at deltage.

Ad påstand 10

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 2, ved i licitationsbekendtgørelsen ikke at anføre karakteren af de oplysninger vedrø-

rende økonomisk og teknisk formåen, som skulle dokumenteres for at blive prækvalificeret samt dokumentationen herfor.

Ad påstand 11

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 stk. 2, nr. 3, ved ikke i licitationsbekendtgørelsen at angive det fastsatte tildelingskriterium.

Ad påstand 12

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 4, ved ikke i licitationsbekendtgørelsen at anføre, hvor mange virksomheder, der maksimalt vil blive opfordret til at afgive tilbud.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 2 og 4.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, 5, 13 og 14.

Indklagede, Hedensted Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, STB Byg A/S, betale 60.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Niels Feilberg Jørgensen.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig