

K E N D E L S E

Varmecenteret ApS
(selv)

mod

Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme
(Kammeradvokaten v/ cand.merc.jur. Marlene Gry-Jensen)

Klagenævnet har den 4. november 2015 modtaget en klage fra Varmecenteret ApS.

Klagen angår en af Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme iværksat indbudt begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation efter tilbudslovens afsnit 1 om etablering af varmeanlæg på Charlottenborg Slot.

Fire entreprenører blev indbudt til at give tilbud på entreprisen, der blev udbudt i hovedentreprise.

Varmecenteret ApS har indledningsvist anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning. Anmodningen herom er senere frafaldet.

Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme har påstået klagen afvist. Principalt som følge af, at Varmecenteret ApS mangler klageberettigelse efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 1. Subsidiært fordi klagen er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 2.

Varmecenteret ApS har påstået sagen fremmet.

Klagenævnet har besluttet at udskille spørgsmålet om klagens afvisning.

Der er herefter truffet afgørelse vedrørende afvisningspåstanden på det grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 8, Varmecenteret ApS' præcisering af påstande af 8. november 2015, replik af 19. november 2015, svarskrift med bilag A – B samt duplik af 30. november 2015.

Sagen er behandlet på skriftligt grundlag.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”I sit svar til mig af den 21. oktober (bilag 7) skriver Charlotte Nielsen:

”Desuden skal det nævnes, at i en entreprise, som udføres i en bevaringsværdig bygning, så er det Kulturstyrelsen, der som gældende myndighed udstikker de rammer der kan arbejdes indenfor. Hermed også de udfaldskrav Kulturstyrelsen mener skal opfyldes af æstetisk karakter, for at nye bygningsdele, vil kunne godkendes opsat i de bevaringsværdige rammer.”

Af dette kan jeg udlede 2 ting:

1. Kulturstyrelsen har valgt på forhånd at udelukke andre mulige leverandører.
2. Kulturstyrelsen mener ikke at Tilbudslovens krav om ligestilling af udbydere gælder for dem”

Klagenævnet anmodede ved brev af 6. november 2015 Varmecenteret ApS om at præcisere sine påstande. I brevet til klageren står der blandt andet:

”Klagerens påstande:

Klagenævnet har besluttet at henstille til klageren, at klageren formulerer påstande, som mere præcist beskriver de overtrædelser, som indklagede efter klagerens opfattelse har gjort sig skyldig i, og som klageren ønsker klagenævnets stillingtagen til.

Af hver enkelt påstand skal fremgå:

1. Den regel eller det princip, der angiveligt er overtrådt.
2. En præcis beskrivelse af, hvordan overtrædelsen menes at være sket. Det vil ofte være nødvendigt at henvise konkret til relevante punkter i udbudsbetingelserne eller i andre bilag f.eks. tilbuddene. Det kan være en fordel at medtage særligt vigtige citater i påstanden.
3. Hver enkelt overtrædelse skal beskrives i én enkelt påstand. Påstandene må således ikke overlappe hinanden.

...

Det kan oplyses, at klagenævnet kan afvise klagen eller en påstand, hvis klagen eller påstanden ikke er egnet til at danne grundlag for behandling af sagen. Klagenævnet kan således ikke bistå med formuleringen af klagen eller brugbare påstande”

Varmecenteret ApS besvarede den 8. november 2015 klagenævnets brev således:

”Klage 1

I Tilbudslovens kapitel 2, § 2 stk.2 står der:

”Udbyderen skal udnytte de muligheder, der findes for at skabe tilstrækkelig konkurrence”

I § 2 stk.3 står der:

”Det påhviler udbyderen ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbuddet og tildelingen af ordren at sørge for, at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikke diskriminerende kriterier, og at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne.”

Endvidere fremgår det af Vejledning til Tilbudsloven udgivet af Konkurrencestyrelsen i 2005 i kapitel 2:

”Den grundlæggende tanke bag tilbudsloven er at styrke konkurrencen og dermed også at øge effektiviteten og bidrage til en forbedret kvalitet i byggeriet samt at sikre virksomhederne fair og lige muligheder for at deltage i offentlige og offentligt støttede bygge- og anlægsopgaver”

Min klage her skal begrundes i den udformning teksten i materialebeskrivelsen har.

Man skriver(bilag 1):

”Radiatorer er med plane forsider, som referenceprodukt, fabr. Rio og Hudevad, størrelser og typer jf. plantegninger.

Se også ”Udførelse” nedenfor.

Der henvises i øvrigt til plantegninger.”

Her anvendes ordet ”referenceprodukt”, som efterfølgende overskrives af sætningen ”Se også ”Udførelse” nedenfor.”

Under ”Udførelse” skrives der:

”Alle radiatorer er fabrikat Ribe Jernindustri A/S (RIO), samt HUDEVAD, leveret færdigmalet og emballeret. Typer og størrelser er anført på plantegninger.

Man undlader her at anvende en sætning som ” eller dermed ligestillet”, hvilket betyder at Tilbudslovens Kapitel 2 § 2 stk. 2. og 3 overtrædes.

At vi tilbyder produkter af tilsvarende eller højere kvalitet til halv pris, og man stadig vil købe ovennævnte produkter, bekræfter vel også antagelsen om ulovlig materialebeskrivelse.

Klage 2

I samme vejledning til Tilbudsloven kapitel 6.1 om beskrivelse af den ønskede anskaffelse:

”Som nævnt i kapitel 2.2.2 skal ordregiveren ved udformningen af udbudsmaterialet generelt respektere ligebehandlingsprincippet. Ordregiver skal således sikre, at alle tilbudsgivere så vidt muligt har samme oplysninger, og må ikke antage tilbud fra tilbudsgiver, der har fået fordele ved at deltage i udformningen af udbudsgrundlaget.

Ef-Traktaten forbyder offentlige myndigheder at opstille usaglige tekniske handelshindringer.”

Min klage her begrundes i beskrivelsen af radiatorer under pkt. 1 i Retstelsesblad 01 af 17/9-2015.(Bilag 3)

Beskrivelsen er en direkte afskrift af ” Neutrale produktbeskrivelser til Plan XV” taget fra Hudevads hjemmeside [www. hudevad.dk](http://www.hudevad.dk). (Bilag 4)

Jeg vil gerne her gøre opmærksom på flere ting i denne beskrivelse:

1. Den radiator der ønskes er ikke standard, men skal specialfremstilles.
2. Det fremgår at frontplade er 2 mm stålplade
3. EN 10051 er tolerancenormen for varmtvalsede stålplader.
4. EN 10130 er kvalitetsnormen for koldtvalsede stålplader.
5. DIN 2395 er kvalitets- og tolerancenorm for koldtvalsede svejste firkantede præcisionsstålrør.

Ad. 1:

At radiatoren ikke er standard betyder at Rio/ Hudevad har deltaget i udformningen af Udbudsgrundlaget, idet udbyder ellers ikke kan vide, at Hudevad kan fremstille denne radiator. Hudevad her dermed opnået fordele ved at deltage i Udbudsgrundlaget.

Ad.2:

Frontplade 2 mm stålplade er en teknisk handelshindring, idet andre kan fremstille den ønskede radiator, kun vil frontplade være tyndere, hvilket er uden betydning for radiatorens kvalitet.

Ad.3 og 4:

Dette er noget værre vrøvl da radiatorer altid er fremstillet af koldtvalset stålplade. Dette er tekniske handelshindringer.

Ad. 5:

Firkantede svejste præcisionsstålrør indgår overhovedet ikke i denne radiator.

Dette er også tekniske handelshindringer”

Sagens nærmere omstændigheder

Den udbudte hovedentreprise omfatter

- Nedrivning og bortskaffelse af eksisterende varmeanlæg for Delområde 1, 2 og 4
- Etablering af nyt varmeanlæg i Delområde 1, 2, 3 og 4
- Indbygning af bygherreleverance
- Teknisk isolering
- Ledninger i jord
- Indregulering

- Asbestsanering i Delområde 1, 2 og 4

Tilbud skulle afgives som fast pris i henhold til cirkulære nr. 174 af 10. oktober 1991 om pris og tid på bygge- og anlægsarbejder m.v., inkl. cirkulære nr. 9784 af 28. november 2003 om ændring af cirkulære om pris og tid på bygge- og anlægsarbejder m.v..

Tildelingskriteriet for opgaven var ”laveste pris”, jf. tilbudslovens § 8.

Tilbudsfristen udløb den 2. oktober 2015. Lavestbydende på opgaven var Christoffersen & Knudsens Eftf. ApS.

Det laveste bud var ca. 900.000 kr. over budgettet, hvorfor Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme valgte, jf. tilbudslovens § 10, at forhandle med den vindende tilbudsgiver for at undersøge mulighederne for besparelser.

Den 6. oktober 2015 anmodede Christoffersen & Knudsen Eftf. ApS Varmecenteret ApS om et tilbud på radiatorer. Den 15. oktober 2015 modtog Varmecenteret ApS meddelelse om, at

”Jeg prøvede at overbevise bygherren om at de skule vælge et andet produkt end Rio og Hudevad men det ender med, at de lader en del af entreprisen udgå for at spare penge, så de går videre med Rio og Hudevad”

Den 8. oktober 2015 underskrev Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme kontrakt med Christoffersen & Knudsen Eftf. ApS om størstedelen af ydelserne under den udbudte hovedentreprise. Den 30. oktober 2015 indgik Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme og Christoffersen & Knudsen Eftf. ApS tillægsaftale om de resterende ydelser.

Parternes anbringender

Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme har gjort gældende, at begrebet ”retlig interesse” i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 1, nr. 1, ikke fortolkes snævert. Det må dog kræves, at den, der klager, har en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er tilsidesat. Potentielle underleverandører til tilbudsgivere har som udgangspunkt ikke en så konkret retlig interesse, at de har selvstændig adgang til at klage til klagenævnet. En underleverandør, som, det på for-

hånd er fastlagt, skal anvendes, kan dog efter omstændighederne have en tilstrækkelig retlig interesse til at være klageberettiget, jf. kendelse af 29. april 2014, Scandinavian Air Ambulance Holding AB og Scandinavian MediCopter AB mod Region Midtjylland.

I denne sag har den vindende tilbudsgiver efter tilbudsfristens udløb som led i undersøgelse af besparelsesmuligheder indhentet et pristilbud fra Varmecenteret ApS på levering af de af hovedentreprisen omfattede radiatorer. Varmecenteret ApS har således ikke været aktuel eller potentiel underleverandør for Christoffersen & Knudsens Eftf. i tilknytning til det tilbud, som Christoffersen & Knudsen Eftf. ApS afgav ved udløb af tilbudsfristen den 2. oktober 2015.

Varmecenteret ApS kan på dette grundlag alene betragtes som en potentiel underleverandør, og det følger klart af klagenævnets praksis, at potentielle underleverandører som udgangspunkt ikke har den fornødne retlige interesse til at kunne klage, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1. Varmecenteret ApS har dermed ikke en så konkret og direkte interesse i at opnå klagenævnets stilling til udbuddet, at selskabet er klageberettiget, hvorfor klagen af denne grund skal afvises.

Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme har videre gjort gældende, at klagen er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling. Afvisning efter håndhævelseslovens § 6, stk. 2, skal finde sted, hvor en klage er uklar eller ikke indeholder egentlige påstande. I sagen her er begge dele tilfældet. Ved skrivelse af 6. november 2015 henstillede klagenævnet til, at Varmecenteret ApS formulerede påstande, som mere præcist beskriver de overtrædelser, som angiveligt skulle være begået. For så vidt angår påstand 1 (klage 1) fremstår det ikke med tilstrækkelig klarhed ved henvisningen til tilbudslovens § 2, stk. 3, hvori den påståede overtrædelse består. For så vidt angår påstand 2 (klage 2) har formuleringen heraf ikke karakter af en egentlig påstand. Det angives således ikke klart, hvori overtrædelsen består, ligesom det fremstår uklart, om det er en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, der påberåbes.

Varmecenteret ApS har gjort gældende, at selskabet har en generel interesse i, at udbud gennemføres i overensstemmelse med reglerne herfor. Det fremgår klart af tilbudsloven og ”Vejledning til Tilbudsloven”, at det påhviler udbyderen at udforme udbudsmaterialet således, at alle tilbudsgivere er

ligestillede, og at der ikke anvendes tekniske handelshindringer i udbudsteksten. Sagen er af principiel betydning for Varmecenteret ApS, fordi der oftere og oftere modtages udbudstekster fra offentlige udbydere på radiatorer, der på den ene eller anden måde diskvalificerer alle andre leverandører end netop Ribe Jernindustri/Hudevad. Varmecenteret ApS har afleveret beskrivelser af offentlige anlægsopgaver af samme karakter, som denne klage, til Konkurrence- & Forbrugerstyrelsen igennem 3 år. Desværre uden resultat.

Det, der klages over fra Varmecenteret ApS' side, er, at det af udbudsbeskrivelsen netop fremgår, hvilken underleverandør der skal anvendes. Hvis klagen afvises af klagenævnet med den begrundelse, at underleverandører ikke har retslig interesse i udformningen af udbudstekster, vil effekten være, at der gives frit spil til offentlige udbydere omkring dette. Udbudsteksten, i dette tilfælde med anvendelse af E-normer og DIN-normer uden relevans, skal man netop være underleverandør for at gennemskue, og Ribe Jernindustri/Hudevad, som den valgte leverandør, vil næppe klage. Den retlige interesse er endvidere til stede, ikke alene for Varmecenteret ApS, men for samtlige skattebetalende borgere i Danmark, når offentlige udbydere beskriver og anvender for dyre materialer i anlægsopgaver.

Klagenævnet udtaler:

En klage kan i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 2, afvises, hvis de nedlagte påstande er uegnede til at danne grundlag for klagesagens behandling. Bestemmelsen skal læses i sammenhæng med lovens § 10, hvorefter klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende. Bestemmelsen skal tillige ses i sammenhæng med den vejledningspligt, klagenævnet har i medfør af forvaltningslovens § 7.

Bestemmelserne i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. er indsat ved lov nr. 618 af 14. juni 2011. Af forarbejderne til § 6, stk. 2, fremgår blandt andet, at "[d]en foreslåede bestemmelse er en konsekvens af forslagets § 1, nr. 7. I henhold til forslagets § 1, nr. 7, kan Klagenævnet for Udbud ikke træffe en afgørelse, der går ud over de påstande eller forhold, som en part har nedlagt eller fremført. ... For at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af klagenavnets ressourcer foreslås det i § 1, nr. 7, at Klagenævnet for Udbud fremover ikke træffer afgørelser, der går ud over de nedlagte på-

stande eller faktiske og retlige forhold, som parterne fremfører. ... Klagenævnet skal fortsat opfylde sin vejledningspligt efter forvaltningslovens § 7, idet klagenævnet skal vejlede parten om, hvilke elementer af klagen der gør denne uegnet til at danne grundlag for klagenævnets behandling, fx at klagers påstand er uklar, samt hvad klager bør foretage sig med henblik på at udforme klagen, så den egner sig til behandling for nævnet. En sådan vejledning bør dog ikke gå så vidt, at klagenævnet yder bistand til at formulere brugbare påstande eller formulere nye eller supplerende spørgsmål/forhold som kunne fremføres, jf. herved bemærkningerne til § 1, nr. 7.”

Sådan som Varmecentret ApS’ påstandene og anbringender er formuleret, er det ikke muligt entydigt at identificere den regel eller det princip, Varmecenteret ApS mener, er overtrådt, herunder hvordan overtrædelserne menes at være sket. Påstandene er dermed ikke egnede til at danne grundlag for sagens behandling.

Efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 1, nr. 1, kan enhver, der har retlig interesse, indgive klage til Klagenævnet for Udbud. Det følger af klagenævnets praksis, at begrebet ”retlig interesse” ikke bør fortolkes snævert. Det kræves imidlertid, at den der klager har en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er tilsidesat.

En virksomhed, der er underleverandør til en tilbudsgiver, kan efter omstændighederne have retlig interesse og dermed klageadgang. Derimod opfylder en potentiel underleverandør til en tilbudsgiver som udgangspunkt ikke betingelsen om ”retlig interesse”.

Varmecenteret ApS var ikke konkret underleverandør til en tilbudsgiver og blev først efter tilbudsfristens udløb af Christoffersen & Knudsen Eftf. ApS anmodet om at fremkomme med et pristilbud i forbindelse med nogle besparelsesforhandlinger mellem ordregiver og Christoffersen & Knudsen Eftf. ApS. Heller ikke i forlængelse heraf blev Varmecenteret ApS antaget som underleverandør til den konkrete opgave. Det kan derfor ikke antages, at klagenævnet, såfremt Varmecenteret ApS havde formuleret en forståelig påstand, ville have fundet, at Varmecenteret havde en tilstrækkelig klar og konkret retlig interesse til at være klageberettiget.

På den baggrund afvises klagen.

Klagegebyret tilbagebetales, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 5.

Efter sagens forløb og udfald skal Varmecenteret ApS betale sagsomkostninger til Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme med 3.000 kr.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Klagegebyret tilbagebetales.

Varmecenteret ApS skal betale sagsomkostninger til Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme med 3.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig