

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Wayne Jensen, Kaj Kjærsgaard)

J.nr.: 01-227.945

27. februar 2002

K E N D E L S E

Vindtek Ventilation ved Bjarne Munksgaard
(advokat Keld Frederiksen, Vinderup)

mod

Holstebro Kommune
(advokat Tom Uldall Hansen, Holstebro)

Ved bekendtgørelse af 17. september 2001 indhentede Holstebro Kommune ved offentlig licitation i henhold til lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren tilbud på 7 entrepriser i forbindelse med om- og tilbygning af Nr. Felding Skole i Holstebro Kommune. En af entrepriserne var en ventilationsentreprise. Ved fristen for afgivelse af tilbud den 5. oktober 2001 havde 7 virksomheder afgivet tilbud på ventilationsentreprisen bl.a. klageren, Vindtek Ventilation ved Bjarne Munksgaard.

Den 16. januar 2002 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Bravida A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 18. januar 2002.

Den 6. december 2001 indgav Vindtek Ventilation ved Bjarne Munksgaard, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Holstebro Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 21. december 2001 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 8. februar 2002.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med § 8, stk. 3, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren ved at forkaste klagerens tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med § 10 i bekendtgørelse om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren ved til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat underkriterierne 3. Bemanding og 4. Overholdelse af fastsat tid, uagtet disse underkriterier ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 16. januar 2002 om at indgå kontrakt med Bravida A/S.

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

Klageren har tilkendegivet, at klageren senere vil nedlægge påstand om erstatning.

I licitationsbetingelserne af 14. september 2001 er tildelingskriteriet fastsat således:

»Licitation

Lov nr. 450 af 7. juni 2001 – lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Byggeopgaven tildeles efter princippet økonomisk mest fordelagtige bud under hensyntagen til følgende kriterier:

1. Pris – 60%
2. Delpriser – 20%
3. Bemanding – 10%
4. Overholdelse af fastsat tid – 10%.«

I fagbeskrivelsen vedrørende ventilationsentreprisen er arbejdets omfang specificeret i følgende hovedpunkter:

- »a. Levering og montering af 2 ventilationsanlæg med tilhørende kanalsystem.
- b. Levering og montering af indblæsnings- og udsugnings-armaturer.
- c. Levering og montering af zonespjæld og zonelydsluser.
- d. Levere og montere udvendige kanaler, som isoleres og afdækkes med A1-kappe.
- e. Nedtagning af eksisterende udsugningsanlæg.
- f. Levering og montering af automatikudrustning og automatik-tavler.«

Indklagedes rådgivende arkitekt skrev den 15. oktober 2001 således til klageren:

»Efter den offentlige licitation den 5. oktober 2001 på om- og tilbygning på Nr. Felding Skole, bad vi projektets ingeniør, Kaj Hornstrup fra firmaet Grue og Hornstrup A/S undersøge Deres firma, da ingen af os havde hørt om firmaet Vind-Tek.

Kaj Hornstrup vendte tilbage, onsdag, den 10. oktober 2001, efter at have talt med Dem i telefon og kunne berette følgende om Deres firma:

Forholdsvis nystartet (2 år gammelt).

Indehaveren af firmaet er mekanikeruddannet.

Indehaveren er eneste ansatte.

Firmaets primære arbejdsområde har været ventilationsanlæg i autoværksteder.

Vi finder ikke at disse kvalifikationer er tilstrækkeligt overbevisende, og har derfor ikke kunnet indstille Dem til at udføre opgaven på Nr. Felding skole.

Holstebro Kommune agter at følge vores indstilling, hvorfor vi herved meddeler Dem, at vi ser bort fra Deres tilbud.«

I et referat vedrørende et efterfølgende møde den 25. oktober 2001 mellem klageren og kommunens rådgivende arkitekt og rådgivende ingeniør hedder det:

- »1. Mødets formål
Afklarung af Vind-Teks faglige og ressourcemæssige baggrund for udførelse af ventilationsentreprisen.
- 2. Firmabaggrund
Vind-Teks aktiviteter inden for ventilationsbranchen er baseret på løsninger til autobranchen.

3. Relevante referencer
 - 1999 - Vindrup Realskole – ventilationsanlæg med indblæsning og udsugning.
 - 2000 - Vindrup Realskole – ventilation i skolekøkken.
 - 2001 - Ford, Lemvig.
4. Gennemførelse af det aktuelle projekt

Vind-Tek vil gennemføre det aktuelle projekt i samarbejde med HJ Ventilation i Odense (66 15 66 15 Hans Jacobsen).

HJ Ventilation vil være ansvarlig for indregulering og kontrolmålinger (lydmålinger- luftmængder).

HJ Ventilation stiller mandskabsressourcer til rådighed i forbindelse med entreprisens udførelse.

De i projektet anførte fabrikater og typer på komponenter og aggregater vil blive anvendt.

Bygherren vil få tilstillet en kopi af aftale mellem Vind-Tek og HJ Ventilation (er p.t. ikke udarbejdet).
5. Konklusion

G&H (den rådgivende ingeniør) vurderer de aktuelle oplysninger og træffer den endelige afgørelse primo næste uge.«

Ved en skrivelse af 8. november 2001 til klageren fastholdt indklagede afgørelsen af 15. oktober 2001.

H J Ventilation Service A/S har i en skrivelse af 7. januar 2002 til klageren anført følgende:

»Vedr.: Nørre Felding Skole – ventilationsentreprise.
 Undertegnede skal hermed på given foranledning bekræfte vores telefoniske aftale af 02.10.01 vedr. assistance til udførelse af ovennævnte entreprise
 Tilsagnet går på, at HJ Ventilation Service A/S er indstillet på at stille det nødvendige mandskab til rådighed for arbejdets udførelse, som Vind Tek, v. Bjarne Munksgaard ønsker det, dette indebærer ligeledes teknisk bistand i f.b.m. måling og indregulering af anlægget. Betaling afregnes efter HJ Ventilations normale timesatser.«

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har haft grundlag for at konstatere, at det er overvejende sandsynligt, at klageren ville være ude af

stand til at gennemføre ventilationsentreprisen i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig måde eller i rette tid, og at indklagede derfor var uberettiget til at forkaste klagerens tilbud, jf. lovens § 8, stk. 3. Klageren har endvidere anført, at det ved vurderingen af indklagedes handlemåde skal tages i betragtning, at det efter lovens § 6, stk. 1, har påhvilet indklagede ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af licitationen at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted af tilbudsgiverne. Klageren har yderligere anført, at det ved vurderingen af indklagedes handlemåde skal tages i betragtning, at udvælgelsen af tilbudsgivere efter lovens § 6, stk. 2, skal ske på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier. Klageren har endelig i første række henvist til, at det af de oplysninger, som er fremkommet under klagesagen, fremgår, at klageren var kvalificeret til at udføre den pågældende ventilationsentreprise, og i anden række henvist til, at indklagede i hvert fald ikke har ført bevis for, at det var overvejende sandsynligt, at klageren ikke var i stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet eller på hensigtsmæssig måde eller i rette tid. Indklagede har således overtrådt lovens § 8, stk. 3, og påstanden skal derfor tages til følge.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes afgørelse, der er truffet i medfør af lovens § 8, stk. 3, er en sagligt rigtig afgørelse, da indklagede havde fornødent grundlag for at anse det for overvejende sandsynligt, at klageren var ude af stand til at gennemføre ventilationsentreprisen i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig måde og i rette tid. Indklagede har ikke gjort gældende, at de oplysninger, der var indeholdt i klagerens tilbud, kunne begrunde denne afgørelse, idet alle delpriserne i klagerens tilbud lå i samme niveau, som delpriserne i de øvrige tilbud. Afgørelsen er alene truffet på grundlag af de oplysninger om klagerens virksomhed, som indklagede fremskaffede under licitationen, nemlig følgende:

- at klagerens virksomhed er en enmandsvirksomhed,
- at klagerens virksomhed i 1999 for Vinderup Realskole har lavet et mindre ventilationsanlæg med indblæsning og udsugning,
- at klagerens virksomhed i 2000 for Vinderup Realskole har foretaget ventilation i skolekøkken,
- at klagerens virksomhed i 2001 har foretaget mindre arbejder ved Ford i Lemvig,
- at klagerens virksomhed har oplyst at ville gennemføre det aktuelle projekt med HJ Ventilation Service A/S i Odense,
- at HJ Ventilation Service A/S i Odense har oplyst, at man ikke kendte noget konkret til projektet før teknikernes møde hos Vindtek Ventila-

tion den 25. oktober 2001, og at man ved en senere gennemgang af projektet fandt, at de afgivne priser var i underkanten, at HJ Ventilation Service A/S ikke var bekendt med klagerens faglige formåen.

Disse oplysninger har samlet givet grundlag for indklagedes afgørelse.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at underkriteriet »bemanding« ikke ved de pågældende ventilationsentrepriser er egnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Kriteriet »bemanding« kunne været anvendt i bekendtgørelsen og i licitationsbetingelserne som et kriterium ved vurderingen af, om en tilbudsgivers tilbud skal tages i betragtning eller skal forkastes efter § 8, stk. 3 – tages i betragtning, hvis den pågældende tilbudsgiver må antages at kunne disponere over et tilstrækkeligt personale og et tilstrækkeligt kvalificeret personale, og forkastes, hvis den pågældende tilbudsgiver ikke disponerer over tilstrækkeligt personale. Klageren har endvidere gjort gældende, at underkriteriet »overholdelse af fastsat tid« ikke ved den pågældende ventilationsentreprise er egnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Indklagede har gjort gældende, at såvel underkriteriet »bemanding« som underkriteriet »overholdelse af fast tid« ved en ventilationsentreprise som den aktuelle er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, og at indklagede derfor ikke har handlet i strid med bekendtgørelsens § 10 ved at fastsætte disse underkriterier.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 2

Betingelsen for, at en udbyder under en licitation efter lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren kan beslutte at anvende tildelingskriteriet »det økonomiske mest fordelagtige bud«, jf. lovens § 8, stk. 1, nr. 2, og bekendtgørelsens § 10, stk. 1, nr. 2, er, at der – udover underkriteriet »prisen« - kan fastsættes andre underkriterier, som under hensyn til beskaffen-

heden af det konkrete bygge- og anlægsarbejde er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Hvis det ikke er mulig at fastsætte andre anvendelige underkriterier end »prisen«, kan tildelingskriteriet »det økonomiske mest fordelagtige bud« ikke anvendes, og udbyderen skal anvende tildelingskriteriet »det laveste bud«. Et underkriterium er kun egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, når underkriteriet har relation til oplysninger, som efter licitationsbetingelserne skal være indeholdt i tilbudene, og som derfor må forventes at være indeholdt i de modtagne tilbud. Et underkriterium kan således ikke lovligt anvendes, hvis tilbudene ikke efter licitationsbetingelserne skal indeholde oplysninger, som gør det muligt ud fra underkriteriet at vurdere de enkelte tilbud over for hinanden.

Efter de licitationsbetingelser, som er fastsat under den aktuelle licitation, skulle tilbudene – foruden tilbudsgiverens navn og adresse – kun indeholde oplysning om den samlede tilbudspris samt oplysning om 23 delpriser, og tilbudene skulle således ikke indeholde andre oplysninger. Tilbudene under den aktuelle licitation skulle således ikke indeholde – og indeholdt derfor ikke – oplysninger om det mandskab, som den enkelte tilbudsgiver disponerer over, eller oplysning om det mandskab, som den enkelte tilbudsgiver ville anvende ved udførelsen af den pågældende ventilationsentreprise, og det har således ikke været muligt for indklagede alene på grundlag af tilbudene at vurdere, om den ene tilbudsgiver ville have en bedre »bemanding« under udførelsen af entreprisen end den anden. Indklagedes fastsættelse af underkriteriet »bemanding« er således ved den aktuelle licitation i strid med bekendtgørelsens § 10.

Tilsvarende skulle tilbudene under en aktuelle licitation ikke indeholde – og indeholdt derfor ikke – oplysninger vedrørende overholdelse af fastsat tid, og det har således ikke været muligt for indklagede alene på grundlag af tilbudene at vurdere, om det var mere sandsynligt, at den ene tilbudsgiver ville kunne overholde fastsat tid end den anden. Indklagedes fastsættelse af underkriteriet »overholdelse af fastsat tid« er således ved den aktuelle licitation i strid med bekendtgørelsens § 10.

Indklagede har oplyst, at underkriteriet »delpriser« er medtaget, fordi indklagede anså det for væsentligt at få oplyst delpriser i tilbudene, f.eks. med henblik på den situation, at der senere skulle forhandles om begrænsninger af entreprisen. Kravet om, at der i tilbudene skulle oplyses delpriser, er så-

ledes sagligt begrundet. Da der alene skulle afgives tilbud på den samlede ventilationsentreprise og således ikke skulle afgives alternative tilbud på dele af entreprisen, er de opgivne 23 delpriser, der sammenlagt udgør tilbudssummen, alene en beskrivelse af, hvorledes tilbudssummen fremkommer, og disse delpriser er derfor ikke, som licitationen er gennemført, egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagedes fastsættelse af dette underkriterium er således også i strid med bekendtgørelsens § 10.

Det følger af det anførte, at indklagede ikke ved licitationen har fastsat andre lovlige underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« end underkriteriet »prisen«, og tildelingskriteriet »det økonomiske mest fordelagtige bud« har således ikke kunnet anvendes. Indklagede har som følge heraf været forpligtet til ved vurderingen af tilbudene at anvende tildelingskriteriet »den laveste pris«, jf. lovens § 8, stk. 1, nr. 1, og bekendtgørelsens § 10, stk. 1, nr. 1.

Ad påstand 1

Indklagede har oplyst, at indklagedes tekniske rådgivere – og dermed indklagede – havde fornødent kendskab til de øvrige 6 tilbudsgivere til at kunne vurdere, at disse tilbudsgivere ville kunne gennemføre ventilationsentreprisen på tilfredsstillende måde, men at indklagede var i tvivl, om klageren ville kunne gennemføre entreprisen. Efter lovens § 8, stk. 3, kan en udbyder forkaste et tilbud – d.v.s. undlade at tage tilbudet i betragtning ved afgørelsen af, hvilket af de modtagne tilbud, der vurderet på grundlag af det fastsatte tildelingskriterium skal danne grundlag for indgåelsen af kontrakt. Det er imidlertid efter § 8, stk. 3, en betingelse, at det er »overvejende sandsynligt«, at den bydende er ude af stand til at gennemføre arbejdet enten »i tilfredsstillende kvalitet« eller »på hensigtsmæssig måde« eller »i rette tid«. Bevisbyrden for, at betingelserne for at forkaste et tilbud er opfyldt, påhviler efter § 8, stk. 3, udbyderen.

Ved den aktuelle licitation, hvor der ikke i licitationsbetingelserne var stillet krav om, at tilbudsgiverne i tilbudet skulle fremkomme med oplysninger om virksomheden, var indklagede berettiget til med henblik på sin vurdering efter § 8, stk. 3, at anmode klageren om de nødvendige oplysninger om hans virksomhed. Indklagede kunne her have valgt skriftligt at anmode klageren om at fremsende en skriftlig redegørelse vedrørende en række nær-

mere opregnede spørgsmål i videst muligt omfang vedlagt skriftligt dokumentationmateriale vedrørende de enkelte spørgsmål, og indklagede ville, hvis denne fremgangsmåde havde været anvendt, under klagesagen for Klagenævnet kunne have fremlagt sin skrivelse til klageren samt klagerens svar med bilag. Indklagede valgte imidlertid at få oplysninger om klageren ved i stedet blot at kontakte klageren telefonisk. Det møde, der blev afholdt med klageren, og den telefoniske henvendelse til en af klagerens underentreprenører, lå tidsmæssigt efter, at indklagede den 15. oktober 2001 havde truffet sin afgørelse. Indklagede har som følge af denne fremgangsmåde under klagesagen alene kunnet fremlægge den skrivelse, som indklagede den 15. oktober 2001 sendte til klageren, samt et referat af det møde, som efterfølgende blev afholdt med klageren den 25. oktober 2001.

Klagenævnet har gennemgået fagbeskrivelsen vedrørende ventilationsentreprisen og øvrige bilag, som illustrerer kompleksiteten af ventilationsentreprisen. Klageren har forklaret om de ventilationsarbejder, hans virksomhed tidligere har udført, og om, hvordan han ville gennemføre den aktuelle ventilationsentreprise, herunder i hvilket omfang han ville anvende underentreprenører bl.a. virksomheden H J Ventilation Service A/S. Det er på dette grundlag Klagenævnets vurdering, at indklagede ikke har ført bevis for, at det var overvejende sandsynligt, at klageren var ude af stand til at gennemføre ventilationsentreprisen i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig måde eller i rette tid. Indklagede har derfor handlet i strid med lovens § 8, stk. 3, ved at forkaste klagerens tilbud og således undlade at tage det i betragtning ved vurderingen af de modtagne tilbud. Påstand 1 tages derfor til følge.

Ad påstand 3

Efter beskaffenheden af overtrædelserne under påstand 1 og 2, er der grundlag for at annullere indklagedes beslutning af 16. januar 2002, og Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med § 8, stk. 3, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren ved at forkaste klagerens tilbud.

Indklagede har handlet i strid med § 10 i bekendtgørelse om indhentning af tilbud i bygge-og anlægssektoren ved til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat underkriterierne 2. Delpriser, 3. Bemanning og 4. Overholdelse af fastsat tid, uagtet disse underkriterier ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Indklagedes beslutning af 16. januar 2002 om at indgå kontrakt med Bravida A/S annulleres.

Indklagede, Holstebro Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Vindtek Ventilation ved Bjarne Munksgaard betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig