

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Helle Bøjen Larsen, Trine Heidemann Garde)

J.nr.: 2010-0022946

14. marts 2011

K E N D E L S E

Virklund Sport A/S
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Vejle Kommune
(advokat Erik Bertelsen,
ved advokat Jeppe Lefevre Olsen,
Århus)

Den 2. september 2010 iværksatte Vejle Kommune en offentlig licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende en hovedentreprise på udskiftning af sportsgulve i fire idrætshaller samt levering og montering af bøsninger, bander, bandeseptere m.m. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Virklund Sport A/S modtog licitationsbetingelserne, men valgte efter at have modtaget Vejle Kommunes svar af 17. september 2010 på virksomhedens spørgsmål af 9. september 2010 vedrørende licitationsbetingelsernes krav til dokumentation vedrørende gulvkonstruktionen ikke at afgive tilbud. Virklund Sport A/S opfattede således svaret sådan, at det kun var en enkelt anden virksomhed, Unisport Scandinavia ApS, som havde mulighed for at give et konditionsmæssigt tilbud, og valgte på den baggrund ikke at afgive tilbud.

Vejle Kommunen modtog inden for tilbudsfristen den 22. september 2010 tilbud fra

1. Unisport Scandinavia ApS og
2. LH Uni-gulve A/S.

Tilbuddet fra LH Uni-gulve A/S blev afvist som ikke konditionsmæssigt blandt andet som følge af manglende opfyldelse af et krav om dokumentation for, at gulvene opfyldt konstruktionskravene. Kommunen besluttede den 29. september 2010 at tildele kontrakten til Unisport Scandinavia ApS. Kontrakt blev indgået den 6. oktober 2010.

Den 18. oktober 2010 indgav klageren, Virklund Sport A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Vejle Kommune. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 og de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved i forbindelse med afholdelse af offentlig licitation på udskiftning af sportsgulve at beskrive den udbudte opgave således, at alene en virksomhed kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 og de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at omskrive et af de af klageren til licitationen stillede spørgsmål i forbindelse med offentliggørelse af spørgsmål og svar.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 7 ved ikke at give tilbudsgiverne adgang til at overvære åbningen af tilbuddene.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Unisport Scandinavia ApS.

Indklagede har vedrørende påstand 1-2 og 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, og har vedrørende påstand 3 erkendt overtrædelsen.

Oplysningerne i sagen

Licitation nr. 1

Forud for den licitation, som denne klagesag vedrører, havde indklagede i foråret 2010 iværksat en begrænset licitation om samme entreprise. Følgende virksomheder blev indbudt:

1. Stark
2. Tarkett A/S
3. Unisport Scandinavia ApS
4. Virklund Sport A/S (klageren)

Tildelingskriteriet var i udbudsbetingelserne af 29. april 2010 fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« med underkriterierne:

1. Pris (50 %)
2. Underkonstruktion og funktion (35 %)
3. Niveau for drift og vedligeholdelse (15 %)

Ifølge licitationsbetingelsernes funktionsbeskrivelse skulle de tilbudte gulve opfylde følgende krav:

»3.1 Generelt

Udlæggelse af sportsgulv, fladeelastisk eller kombinationselastisk gulv der er godkendt i henhold til EN 14904. Hovedentreprenør skal redegøre for følgende faktorer for hver gulvtype:

- | | |
|-------------------|-------------|
| - Stødabsorbering | > 55-75 |
| - Deformation | Max 5,0 mm |
| - Boldopspring | Min 90 % |
| - Friktion | 80-110 |
| - Rullende last | Min 1500 Nm |
| - Levetid | |

- Renovering, drift og vedligeholdelse

...

3.2. Sportsgulv type nr. 01

3.2.1 Omfang og lokalisering

Sportsgulv type nr. 01 indebærer demontering af eksist. sportsgulv og udlægning af nyt træ sportsgulv med ny underkonstruktion, herunder overfladebehandling.

...

3.2.3 Materialer og produkter

Fugtspærre

Underkonstruktion+belægning

Hovedentreprenør skal redegøre for hvilken form for underkonstruktion der anbefales.

Belægning: Træ, ask/eg/bøg.

Kvalifikationer jf. pkt. 3.1

...«

Tarkett A/S, Unisport Scandinavia ApS og klageren afgav tilbud.

Indklagede meddelte ved e-mail af 10. juni 2010 til tilbudsgiverne, at indklagede havde valgt at tildele kontrakten til Unisport Scandinavia ApS

Indklagede modtog indsigelser fra klageren og dennes advokat af 15. juni og 6. juli 2010 vedrørende bedømmelsen af tilbuddene, herunder om manglende nærmere definition af underkriterierne i licitationsbetingelserne samt uklarheder med hensyn til, om bedømmelsen skulle ske på grundlag af de valgte gulve i de enkelte haller eller på baggrund af samtlige 4 udbudte gulvtyper, uanset at der kun skulle vælges et sportsgulv pr. hal. Indklagede meddelte ved brev af 9. juli 2010 til tilbudsgiverne, at indklagede havde besluttet at annullere licitationen. Indklagede henviste til de modtagne indsigelser samt hensynet til at sikre en reel konkurrence og ligebehandlingsprincippet som begrundelse for annullationen.

Licitation nr. 2 (licitationen omfattet af klagen)

Indklagede iværksatte den 2. september 2010 en ny offentlig licitation af den tidligere udbudte opgave. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«, men nu med underkriterierne:

1. Pris (50 %)
2. Niveau for drift og vedligeholdelse (50 %)

I licitationsbetingelsernes pkt. 2.6 om åbning af de indkomne tilbud er det angivet:

»Der er ikke adgang til at overvære åbningen af tilbuddene.«

Af licitationsbetingelserne fremgår om kravene til gulvkonstruktionen:

»4.1. *Generelt*

Udlæggelse af kombinationselastisk sportsgulv med sports-pvc-belægning, der er godkendt i henhold til EN 14 904.

Entreprenøren skal dokumentere at de tilbudte leverancer kan leve op til følgende krav:

Konstruktionsopbygning:

- Stødabsorbering > 55-75
- Boldopspring Min 90 %

Belægning

- Stødabsorbering ≥ 35 %
- Boldopspring ≥ 98 %
- Friktion 80-110 iht. EN 14 904
og/eller 0,4-0,6 iht. DIN 18 032
- Modstand mod rullende last Min 1500 Nm
- Deformation ≤ 5 mm
- Abrasion resistance ≤ 300 mg

Konstruktionsopbygning + belægning:

- Levetid ≥ 20 år

...

4.2 *Sportsgulv type nr. 01 (inkl. demontering af eksisterende)*

4.2.1 *Omfang og lokalisering*

Sportsgulv type nr. 01 indebærer demontering af eksisterende sportsgulv. Opbygning af ny kombielastisk underkonstruktion samt udlægning af ny sports-pvc belægning.

Nærværende gulvtype skal udføres i følgende haller:

- Gauerslund Hallen

...

4.2.3 *Materialer og produkter*

Fugtspærre

Der udlægges plastfolie under spånplade.

Underkonstruktion

Dobbelt strøsystem med stødabsorberende gummi.

- Underregel: 17,5 mm x 95 mm, c/c 500 mm.
- Overregel: 17,5 mm x 95 mm, c/c 145 mm.
- Lastfordeling: 16 mm fugtafvisende spånplade.

Belægning:

7 mm sportspvc med skumbagside.

- Vægt: 4,6 kg/m²

Kvalifikationer jf. Pkt. 4.1

...

4.4 Sportsgulv type nr. 03 (oven på eksisterende beton/polyuretan)

4.4.1 Omfang og lokalisering

Sportsgulv type nr. 03 indebærer udlægning af ny sports-pvc belægning på eksisterende sportsgulv (betongulv med polyuretanbelægning) herunder opbygning af ny sportgulv/underkonstruktion samt udlægning af plade til lastfordeling.

Nærværende gulvtype skal udføres i følgende haller:

- Øster Starup / Vester Nebel Hallen

...

4.4.3 Materialer og produkter

Fugtspærre

Der udlægges plastfolie under spånplade.

Underkonstruktion

Dobbelt strøsystem med stødabsorberende gummi.

- Underregel: 17,5 mm x 95 mm, c/c 500 mm
- Overregel: 17,5 mm x 95 mm, c/c 145 mm
- Lastfordeling: 16 mm fugtafvisende spånplade.

Kvalifikationer jf. Pkt. 4.1

Belægning:

7 mm sportspvc med skumbagside.

Vægt: 4,6 kg/m²

Kvalifikationer jf. Pkt. 4.1

...«

I forhold til den første licitation var konstruktionskravene ændret, således at der nu til alle hallerne skulle leveres et kombinationselastisk sportsgulv med sports-pvc-belægning, og således at der under pkt. 4.2 og 4.4 blev stillet specifikke krav til underkonstruktionen. Endvidere skulle nærmere angivne krav om stødabsorbering m.v. dokumenteres, jf. pkt. 4.1.

I Unisport Scandinavia ApS' tilbud ved den første licitation blev der tilbudt gulve med en konstruktion, som svarer til konstruktionskravene angivet oven for vedrørende pkt. 4.2 og 4.4. Selskabet havde endvidere vedlagt dokumentation svarende til det i pkt. 4.1 oven for angivne om opfyldelse af standarden EN 14 904.

I en e-mail af 9. september 2010 til indklagede anførte klageren:

»Jeg har med stor interesse gennemgået udbudsmaterialet, og har følgende kommentarer/spørgsmål for nuværende:

1. Under pkt. 4.2.3 er der meget præcist beskrevet krav til delkomponenterne i det dobbelte strøsystem. Både strøer og lastfordelingsplade er angivet med dimension og præcis centerafstand. Dette i kombination med at det kræves at konstruktionsbygningen skal leve op til kravene under pkt. 4.1, gør at udelukkende det firma, der netop har disse dimensioner på strøer og plader testet op imod kravene, kan byde på opgaven. Firmaer, der har andre fuldt ud ligeså gennemtestede dobbeltstrø underkonstruktioner, med eksempelvis 19 mm strøer i stedet for det angivne 17,5 mm, afholdes dermed fra at byde, selvom konstruktionerne overholder kravene under pkt. 4.1. Dette finder vi meget problematisk i forhold til konkurrencestyrelsens regler.
2. Hvilke ydelser ønskes prissat under de fire punkter på tilbudslisten hvor det er angivet »*Pris på drift og vedligeholdelse af gulvet*«?

Jeg ser frem til at høre fra dig.«

Indklagede svarede ved e-mail af 17. september 2010 som følger:

»Tak for nedenstående spørgsmål.

Svar og spørgsmål er indarbejdet i rettelsesblad se <http://www.vejle.dk/page26414.aspx>«

I indklagedes rettelsesblad 1 af 17. september 2010 er det anført:

»Ændringsbetingelser for udbuddet:

BESKRIVELSE

Pkt. 4.1 Generelt

Spørgsmål: Hvilke ydelser ønskes prissat under de fire punkter på tilbudslisten hvor det er angivet »Pris på drift og vedligeholdelse af gulvet«?

Svar: Niveauet for drift og vedligeholdelse skal fremgå af tilbudslisten som fritekst og omkostning pr. år.
Den bydende skal, jf. pkt. 4.1.2., 4.1.3., 4.1.4 og 4.1.5, vurdere og prissætte omfanget af drift og vedligeholdelse, herunder blandt andet udgifter til rengøringsmidler, mandetimer etc.

...

Pkt. 4.2, 4.3 og 4.4 Sportsgulv type nr. 01-03

Spørgsmål: Er der mulighed for anvendelse af delkomponenter i underkonstruktionen med andre dimensioner end foreskrevet?

Svar: Angivne dimensioner, kvaliteter og afstande skal følges.

...«

Klageren meddelte ved e-mail af 21. september 2010 indklagede, at rettelsesbladets svar på det stillede spørgsmål 1 efter klagerens opfattelse indebar, at kun Unisport Scandinavia ApS havde mulighed for at afgive et konditionsmæssigt tilbud ved licitationen dagen efter. Licitationsbetingelserne måtte anses for udarbejdet på grundlag af dette selskabs specifikationer under den første licitation og dermed på usagligt grundlag. Herudover spurgte indklagede til mulighederne for at deltage i tilbudsåbningen, jf. tilbudslovens § 7.

Indklagede oplyste før budåbningen telefonisk over for klageren, at denne kunne deltage i åbningen, og at det var en fejl, at det i licitationsbetingelserne var angivet, at dette ikke var muligt. Det er omstridt, hvornår klageren modtog denne besked. Klageren overværede ikke åbningen af tilbud og afgav ikke tilbud.

Udover Unisport Scandinavia ApS' tilbud blev der afgivet tilbud af LH Uni-gulve A/S. Dette tilbud blev afvist som ikke konditionsmæssigt blandt andet som følge af manglende opfyldelse af et krav om dokumentation for, at gulvene opfyldt konstruktionskravene. Indklagede besluttede herefter den 29. september 2010 at tildele kontrakten til Unisport Scandinavia ApS. Kontrakt blev indgået den 6. oktober 2010.

Erklæring fra klagerens projektchef Michael Tvedergaard

Af en erklæring af 14. februar 2011 fra Michael Tvedergaard fremgår blandt andet:

»I praksis fungerer det således, at de enkelte udbydere af sportsgulvsystemer har en række systemer testet og godkendt, typisk i samarbejde med en eller flere af leverandørerne af delkomponenterne til systemet. Det er en relativ lang proces med udvikling, opbygning af testarealer, tests, rapporter, markedsføringsmateriale m.m., når et nyt system skal indføres i produktsystemet. Der derfor ikke »bare lige« noget der er muligt at sætte i værk, specielt ikke når de fleste udbydere alle har fuldt ud sammenlignelige systemer allerede, hvilket også var tilfældet i denne sag, idet Virklund Sports Sportsflex sportsgulvsystem er fuldt ud sammenlignelig med Unisports Kombi 68S. Virklund Sport A/S har været ovenstående proces igennem med vores Sportsflex system, der kun adskiller sig fra Unisport Kombi 68S ved at have en understrø på 19 mm og en overstrø på 16 mm, hvor både over- og understrø i Unisports Kombi 68S er 17,5 mm.

...

Den, i det ovenstående, beskrevne testproces var selvsagt tidsmæssig umulig for Virklund Sport A/S at gennemføre med et system magen til Unisports i udbudsperioden... En sådan testprocedure er en meget kostelig affære. Efterfølgende er testen ikke noget værdi for Virklund Sport A/S, idet vi jo har et andet 100% sammenligneligt system (Sportsflex), der allerede er testet, markedsført m.m...Det sker relativt ofte at bygherrer uforvarende kommer til at beskrive systemer for detaljerede (ofte også Virklund Sports), når vi som entreprenører påpeger dette, bliver det normalt bare rettet i et rettelsesblad således alle kan byde. Vi blev derfor meget overraskede da dette ikke skete.

...

Alle andre virksomheder end Unisport, har fuldstændig de samme problemer som ovenfor beskrevet, med at være konditionsdygtige.

...

Strøopbyggede sportsgulve udføres med klodser og gulvkiler, således det tilpasses den påkrævede byggehøjde i hallen. Der er derfor intet belæg for at vælge systemer fra med henvisning til at opnå en bestemt

færdig gulvkote. Den rigtige gulvkote kan opnås af alle seriøse sports-gulvsudbydere.

...

Undertegnede har i hele udbudsprocessen forklaret ovenstående problematikker for Vejle Kommune og været i dialog med både Helen Drejer Hansen, Tina Mølby og Peder Van Roest Dahl alle både telefonisk og skriftligt.«

Indklagedes svar på klagenævnets spørgsmål om begrundelsen for de ændrede konstruktionskrav og for udformningen af svaret på klagerens spørgsmål 1

Om baggrunden for de ændrede konstruktionskrav har indklagede oplyst, at kravene blev ændret efter en drøftelse med brugerne i de omhandlede sportshaller, hvorunder brugerne besigtigede og testede haller, samt som følge af et tættere samarbejde mellem indklagedes interne byggefunktion (Kommunale Ejendomme), indklagedes kompetencecenter for udbud og risikostyring samt indklagedes idrætssekretariat. Klagenævnet har anmodet indklagede om at fremlægge skriftligt materiale, der afspejler brugerinddragelsen og de nævnte interne overvejelser i perioden op til aflysningen af det første udbud og frem til udsendelsen af betingelserne i det andet udbud, såfremt sådant materiale forefindes. Indklagede har oplyst, at der ikke findes sådant skriftligt materiale. Indklagede har endvidere oplyst ikke at være i besiddelse af tekniske beregninger, som illustrerer fordelene ved den udbudte tekniske konstruktion i forhold til »andre (hypotetiske) tekniske konstruktioner og dimensioner«. Indklagede har fremlagt en e-mail af 3. juni 2010 med program for studietur den 9. juni 2010, hvoraf fremgår, at der i tidsrummet 16 – 20 planlagdes besigtigelse af sportsgulvene i Hedensted Centret, Forum Horsens og Vandel Efterskole. Indklagede har herudover fremlagt et efterfølgende udarbejdet »resumé«, dateret den 10. januar 2011, af brugerinddragelsesprocessen. Det fremgår heraf, at der i forbindelse med den første og anden licitation er gennemført besigtigelser:

- | | |
|-----------|--|
| »16.03.10 | Besigtigelse af reference haller, Morten Oldrup, Jens Erik Mortensen, Helene Drejer Hansen (Grejsdalens Efterskole, Vandel Efterskole, Lalandia, Elkjærhallen) |
| 15.04.10 | Besigtigelse af egne haller (Kirkebakken, Badmintonhallen, Gauerslundhallen, Øster Starup/Vester Nebel Hallen) |

- | | |
|----------|--|
| 25.05.10 | Besigtigelse af reference haller, Morten Oldrup, Jens Erik Mortensen, Helene Drejer Hansen (Hedensted Horsens) |
| 09.06.10 | Besigtigelse af reference haller, Morten Oldrup, brugerne, Helene Drejer Hansen (Hedensted, Horsens, Vandel)« |

Af resuméet fremgår endvidere, at formålet med besigtigelsen den 9. juni 2010 var:

»at afgøre, hvilke af de 4 gulvtyper, der var modtaget tilbud på, der skulle vælges til hver enkelt af de 4 haller. «

Det anføres, at brugerne var meget tilfredse med det gulv, de oplevede i Hal A i Hedensted. Om konstruktionen fremgår, at der var tale om:

»en dobbeltstrøkonstruktion med mindre centerafstand end 50 cm kombineret med en lastfordelingsplade og taraflexbelægning«.

Til slut i resuméet angives:

»Redegørelse over overvejelser om kravene til gulvkonstruktionen i forbindelse med 2. udbudsrunde

Efterfølgende, da det blev besluttet at annullere det første udbud og gennemføre en ny udbudsrunde, var det på baggrund af udtalelserne i forbindelse med besigtigelsen og en dialog mellem idrætschefen og repræsentanter for de 4 haller, at det blev besluttet at udbyde en konstruktion og belægning som kunne leve op til samme standarder som gulvet i Hedensted Centrets hal A til alle 4 haller.

Morten Oldrup henledte brugernes opmærksomhed på, at Vejle Kommune ønskede at opnå stordriftsfordel ved at vælge det samme gulv i alle haller. Det enkelte repræsentanters udtalelser blev således sammenholdt, således at så mange hensyn blev tilgodeset som muligt. Desuden var det væsentligt at bemærke, at der ikke i Vejle Kommunes driftsbudgetter var afsat ressourcer til at kunne yde den optimale rengøring og vedligehold af trægulv, hvorfor han anbefalede, at der blev valgt en anden belægning end træ.

Idrætssekretariatets og herunder halinspektørernes mangeårige erfaringer med drift og vedligehold af halgulve suppleret med aktuelle besøg i Elkjælhallen (Boflexgulv), Grejsdalshallen (linoleum med dobbelt strøkonstruktion) understøttede foreningernes ønsker og oplevelserne/erfaringer ved besigtigelsesturen.

...

Mht. opbygningen af underkonstruktionen var det vigtigt, at løsningen var optimal i forhold til så mange af de behov de enkelte haller skulle dække som muligt.

...

Konklusionen blev på denne baggrund at udbyde et gulv, der kunne leve op til tilsvarende krav som det i hal A i Hedensted, for så vidt angik både stødabsorption/affjedring, boldopspring og rengøring/vedligehold, til alle 4 haller.«

Indklagede har på klagenævnets spørgsmål om, hvilke overvejelser indklagede gjorde sig om de tilbudsgivere, der havde afgivet tilbud under den annullerede licitation, og andre potentielle tilbudsgiveres muligheder for at opfylde de ændrede krav, oplyst:

»Det er Indklagedes erfaring, at leverandører af gulvløsninger til sports-haller i vidt omfang indgår »i relationer med hinanden«, idet kun få - om nogle - leverandører er fuldt ud leveringsdygtige indenfor alle felter (gulve, entreprenørarbejdet med at opbryde og nedlægge gulvene, opstregning af sportsbaner og håndtering af multifunktioner, levering og montering af relevant udstyr etc.), og at relevante leverandører således også optræder som underleverandører for hinanden. Derfor var det også Indklagedes skøn, at de tekniske krav kunne opfyldes via flere leverandører og underleverandører, og det var Indklagedes forventning, at mindst de samme tilbudsgivere, som havde deltaget i »udbud nr. 1«, også ville deltage i »udbud nr. 2«.

Indklagede har endvidere henvist til 6 konkrete projekter, hvor Unisport Scandinavia ApS har været underleverandør til den virksomhed, der fik gulvordren tildelt. Indklagede har oplyst, at Unisport Scandinavia ApS selv afgav tilbud på et af de pågældende projekter, og har desuden henvist til et yderligere 7. projekt, hvor Unisport Scandinavia ApS både selv afgav tilbud, og optrådte som underleverandør til en anden tilbudsgiver.

Indklagede har oplyst ikke at kunne påvise andre udbud, hvor indklagede selv eller andre offentlige eller private ordregivere har stillet krav til sportsgulve svarende til, hvad indklagede har krævet i betingelserne vedrørende den anden licitation.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 og de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved bevidst at have favoriseret Unisport Scandinavia ApS i forbindelse med udarbejdelsen af kravene til de udbudte leverancer. Indklagede har skræddersyet licitationsbetingelsernes krav til leverancerne, på grundlag af Unisport Scandinavia ApS' produktspecifikationer. Klageren bestrider ikke, at indklagede har kunnet stille de angivne konstruktionskrav til delkomponenter i strøsystemet og herunder kunne stille krav om samme løsning i alle haller for at opnå stordriftsfordele. Kombinationen af de meget specifikke krav og kravet om dokumentation for godkendelse i henhold til EN 14 904 for at gulvkonstruktionen overholdt kravene i pkt. 4.1, indebar imidlertid, at Unisport Scandinavia ApS var den eneste gulvleverandør, som havde mulighed for at afgive et konditionsmæssigt tilbud. Den krævede dokumentation forudsætter, at leverandøren har fået gulvkonstruktionen testet og godkendt af et anerkendt testinstitut. Tidsmæssigt ville det ikke være muligt for leverandører, der i modsætning til Unisport Scandinavia ikke allerede havde fået den specifikke konstruktion testet, at få testet og godkendt et produkt inden for tilbudsfristen. Omkostningerne ville også være så høje, at det ikke i praksis ville være muligt for andre leverandører end Unisport Scandinavia ApS at afgive et konkurrencedygtigt tilbud. Typisk har gulvleverandører alene fået godkendt ét eller nogle få konstruktionsmodeller. Effekts-/kvalitetskravene i henhold til normerne kan således opfyldes af forskellige gulvkonstruktioner. Eksempelvis vil den opnåede effekt med klagerens gulvkonstruktion være nøjagtig den samme som effekten ved den af Unisport Scandinavia ApS' tilbudte konstruktion. Klageren kunne således tilbyde et sportsgulv, der levede op til dokumentationskrav i pkt. 4.1, men dette gulv ville ikke leve op til de specifikke konstruktionskrav i pkt. 4.2 og 4.4. Alternativt kunne klageren levere et gulv som opfyldte i kravene i pkt. 4.2 og 4.4, men uden dokumentation som krævet i pkt. 4.1, hvilket så vidt ses var, hvad den tilbudsgiver, hvis tilbud blev afvist som ikke konditionsmæssigt på grund af manglende dokumentation, jf. pkt. 4.1, forsøgte at gøre. Indklagede har ikke godtgjort, at det toleddede krav om en helt specifik konstruktion med et samtidigt dokumentationskrav, som medførte, at kun Unisport Scandinavia ApS kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud, er sagligt og proportionalt.

Indklagede har gjort gældende ikke at have handlet i strid med tilbudslovens § 2 og de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved udformningen af licitationsbetingelserne vedrørende gulventrepriser. Ordregivere kan som udgangspunkt frit fastlægge hvilke tekniske krav, de ønsker at stille. Det er herunder ikke i sig selv i strid med udbudsreglerne at opstille krav og betingelser, som kun kan opfyldelse af én virksomhed, hvis blot kravene er saglige, relevante og proportionale i forhold til den udbudte opgave. De her stillede krav er saglige, relevante og proportionale, idet de er baseret på ønsker, erfaringer og tests fra de faktiske brugere af de relevante sportshaller samt ekspertisen i Vejle Kommunes Idrætsssekretariat. Kravene kunne opfyldes af flere leverandører og underleverandører også i forhold til fremlæggelse af dokumentation for underkonstruktionen og belægning i henhold standarden EN 14 904, jf. licitationsbetingelsernes pkt. 4.1 Det er efter indklagedes opfattelse helt sædvanligt, at markedet indgår i fælles leverandørkonstellationer ved leverancer af sportsgulve. Indklagede skal ikke »blande sig i« sådanne forhold på leverandørsiden. Af samme årsag var det ikke i licitationsbetingelserne udelukket, at samme virksomhed kunne indgå i flere tilbudsgiverteams. Det er klageren, der skal dokumentere, at indklagedes krav alene kan opfyldes af én tilbudsgiver - herunder under inddragelse af muligheden for at byde med underleverandør - hvilket ikke er dokumenteret.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 og de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at foretage en betydelig omskrivning af klagers spørgsmål 1 i forbindelse med besvarelse og offentliggørelse af spørgsmålet i rettelsesblad nr. 1 af 17. september 2010. Det er overflødigt, og i strid med gennemsigtighedsprincippet, såfremt en ordregiver camouflerer ordregiverens præciseringer som et anonymt spørgsmål fra en tilbudsgiver. Hvis indklagede ønskede at præcisere licitationsbetingelserne kunne det være sket ved udsendelse af et rettelsesblad. Indklagede var imidlertid fortsat forpligtet til at besvare klagerens spørgsmål i den form, det forelå.

Indklagede har gjort gældende, at det udtrykkeligt fremgår af klagerens e-mail af 9. september 2010, at der var tale om både kommentarer og spørgs-

mål. Indklagede opfattede i overensstemmelse med ordlyden pkt. 1 i mailen som kommentarer til og argumenter for, at indklagedes licitationsbetingelser ikke var optimale i forhold til klagerens tilbudsafgivelse. Indklagede mente derfor ikke, at pkt. 1 skulle indgå som en del af licitationsmaterialets spørgsmål og svar. Derimod blev pkt. 2 – som fremtrådte som et spørgsmål – besvaret. Af hensyn til at sikre størst mulig gennemsigtighed omkring de tekniske dimensioner fandt indklagede det desuden hensigtsmæssigt at formulere et præciserende spørgsmål med tilhørende svar, hvorefter kravene til dimensioner, kvaliteter og afstande, jf. licitationsbetingelsernes punkt 4.2, 4.3 og 4.4, skulle følges. Da indklagede dermed ikke har omformuleret et spørgsmål fra klageren, skal påstanden ikke tages til følge. I givet fald er overtrædelsen bagatelagtig.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelsernes pkt. 2.6, hvorefter der ikke var adgang til at overvære åbningen af tilbuddene, indebærer, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 7.

Indklagede har erkendt overtrædelsen, men har gjort gældende, at klageren, som ikke afgav tilbud på entreprisen, ikke har retlig interesse i indklagedes overholdelse af tilbudslovens § 7.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelser angivet i påstand 1 og 2 er af en sådan grovhed, at der skal ske annulation. Der er således tale om en bevidst overtrædelse af de udbudsretlige regler, hvor indklagede ændrede licitationsbetingelserne med henblik på at favorisere Unisport Scandinavia ApS. Indklagede var under alle omstændigheder i kraft af klagerens spørgsmål bekendt med, at de fastsatte vilkår indebar en afgørende skævvridning af konkurrencen, men valgte desuagtet at gennemføre licitationen.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er begået overtrædelser og derfor ikke er grundlag for annulation. Hvis klagenævnet måtte tage en eller flere af påstandene til følge, er ingen af de tre påstand så grove overtrædelser, at de kan føre til annulation. Indklagede har i relation til påstand 1 blot imødekommet sine brugeres ønsker vedrørende funktioner et sportsgulv efter

brugernes erfaringer skulle have. Det bør endvidere tages i betragtning, at klageren anerkender at kunne opfylde indklagedes specifikationer, men blot ikke ville bruge ressourcer på at tilvejebringe dokumentation. Klagerens passivitet ved først efter en måned at indgive klage taler tillige for ikke at foretage annulation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Reglerne i tilbudsloven har på samme måde som EU-udbudsreglerne som et væsentligt formål at sikre den effektive konkurrence, jf. for så vidt angår EU-reglerne, dommen i sag C-513/99 – Concordia Bus Finland, præmisserne 81 og 82. Det vide skøn, ordregivere har ved fastsættelse af krav til udbudte ydelser, skal således udøves under hensyn til målet om en effektiv konkurrenceudsættelse, der sikrer ligebehandling af mulige tilbudsgivere.

Indklagedes fastsættelse af meget specifikke konstruktionskrav i licitationsbetingelsernes pkt.4.2 og 4.4, svarende til det gulv Unisport Scandinavia havde tilbudt under den første licitation, kombineret med et samtidigt krav om dokumentation for overholdelse af EN 14 904 i pkt. 4.1, indebar, at kun virksomheder, der som Unisport Scandinavia ApS allerede havde fået testet et produkt med den krævede konstruktion, havde mulighed for at afgive tilbud. Der foreligger ikke oplysninger om, at andre virksomheder end Unisport Scandinavia ApS har gennemført testning af et gulv, som opfylder konstruktionskravene. Ved licitationen var der da også kun to tilbudsgivere, og det var alene Unisport Scandinavia ApS' tilbud, som opfyldte både kravene til gulvkonstruktion og kravet om dokumentation. Indklagede har ikke kunnet påvise andre udbud, hvor indklagede selv eller andre offentlige eller private ordregivere har stillet krav til sportsgulve svarende til, hvad indklagede har krævet under den anden licitation. Indklagede har endvidere oplyst at have forudsat, at andre tilbudsgivere end Unisport Scandinavia ApS måtte indgå en underleveranceaftale e.lign. med Unisport Scandinavia ApS for at kunne afgive tilbud.

Under de foreliggende omstændigheder påhviler det indklagede, at påvise at der er sådanne særlige fordele ved den udbudte tekniske konstruktion i forhold til andre tekniske konstruktioner og dimensioner, som kunne tilbydes af andre leverandører end Unisport Scandinavia ApS, at det til trods for den

konkurrencebegrænsende virkning af kravene var sagligt begrundet og proportionelt at stille krav som sket. Indklagede har ikke været i stand til at godtgøre dette.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Klagerens mail af 9. september 2010 måtte efter sit indhold forstås som spørgsmål, som klageren ønskede indklagedes besvarelse af som led i spørgsmål/svarprocessen under licitationen.

Ved den foretagne omformulering af klagerens første spørgsmål/kommentar har indklagede handlet i strid med tilbudslovens § 2 og gennemsigtighedsprincippet.

Påstanden tages herefter til følge.

Ad påstand 3

Indklagede har erkendt overtrædelsen af tilbudslovens § 7 ved i licitationsbetingelsernes pkt. 2.6, at fastsætte, at tilbudsgiverne ikke havde adgang til at overvære åbningen af tilbud.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 4

Henset til grovheden af den ad påstand 1 fastslåede overtrædelse, som den ad påstand 2 fastslåede overtrædelse har bidraget til at sløre for de øvrige mulige tilbudsgivere, annulleres tildelingsbeslutningen.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 og de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved i forbindelse med afholdelse af offentlig licitation på udskiftning af

sportsgulve at beskrive den udbudte opgave således, at alene en virksomhed kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 og de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at omskrive et af de af klageren til licitationen stillede spørgsmål i forbindelse med offentliggørelse af spørgsmål og svar.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 7 ved ikke at give tilbudsgiverne adgang til at overvære åbningen af tilbuddene.

Indklagedes beslutning af 29. september 2010 om at indgå kontrakt med Unisport Scandinavia ApS annulleres.

Indklagede, Vejle Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Virklund Sport A/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig