

Klagenævnet for Udbud

(A.F. Wehner, Lykstoft Larsen, Viggo Olesen)

96–198.068

26. januar 1998

K E N D E L S E

A/S Albertsen & Holm

(advokat Jørgen Kjældgaard, København)

mod

Københavns Belysningsvæsen

(advokat Lise Groesmeyer, København)

Ved klageskrift af 27. november 1996 har klageren, A/S Albersten og Holm indklaget Københavns Belysningsvæsen for overtrædelse af EU–direktiv 93/38 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand– og energiforsyning samt transport og telekommunikation.

Sagens omstændigheder er bl.a. følgende:

Ved udbudsbekendtgørelse afsendt den 26. april 1996 bekendtgjorde indklagede bl.a. følgende:

DK–København: Hovedledninger til fjernvarme og andre rørledninger til vand

(Indkøbsaftale)

(96/S 89–51709/DA)

1. Ordregiver: Københavns Belysningsvæsen, Varmeforsyningen, Vognmandsgade 8, DK-1149 København K. Tlf. 33 95 27 50. Telefax 33 95 27 05.
2. Kvalifikationsordningens formål: CPV: 45214150. Belysningsvæsenet ønsker en oversigt over entreprenører med erfaring i rør- og smedearbejde for etablering af fjernvarmeledninger.
Rør- og smedearbejde m.v. ved udførelse af fjernvarmeprojekter.
Ca. 20 km hoved- og fordelingsledninger + 50 km stikledninger årligt.
Samlet anslået pris ekskl. moms: Ca. 40 000 000 DKR årligt.
Bekendtgørelsen anvendes til at gøre opmærksom på kvalifikationsordningen.
Virksomhedernes adgang til kvalifikationsordningen: Fortløbende.
3. Adresse: Adresse og myndighed som i punkt 1.

Klageren rettede den 21. maj 1996 skriftlig henvendelse til indklagede, der ved skrivelse af 12. juni 1996 til klageren fremsendte en oversigt over indklagedes kvalifikationssystem i forbindelse med fjernvarmeprojekter for indklagede (varmeforsyningen). Det hedder heri bl.a. :

».....

Entreprisebeskrivelse

Entreprisen omfatter rør- og smedearbejde m.v. i forbindelse med fjernvarmeprojekter, (ny-anlæg, renovering samt havarier), hovedsageligt i gader og veje, men også gennem ejendommes kældre, gård- og havearealer.

Arbejdet består primært af rørlægning, svejse- og loddearbejde samt muffemontage. Endvidere omfatter entreprisen bestilling og lagerføring af præisolerede kobberrør.

Entreprisen udbydes som rammekontrakt, og aftale indgås med en eller flere entreprenører.

Arbejdet skal kunne gennemføres hele året og kan forekomme overalt i Københavns kommune. Der kan ikke påregnes jævn beskæftigelse uafbrudt.

De enkelte entrepriser udføres som et antal uafhængige opgaver af varierende størrelse, der afregnes enkeltvis.

Al kørsel, i det omfang som er angivet i kørselregulativet, skal udføres af Københavns kommunes kørselsafdeling.

Kvalifikationsordning

Al korrespondance/kommunikation mellem entreprenøren og Varmeforsyningens ingeniører, tilsynsførende og regnskabsfolk samt øvrige samarbejdspartnere/myndigheder skal foregå på dansk.

Der kræves erfaring/kendskab til miljø- og arbejdsmæssige forhold ved arbejde i Københavns kommune samt kendskab til gældende dansk lovgivning

.....«

Ved skrivelse af 13. september 1996 indbød indklagede klageren til at afgive tilbud på udførelse af rør- og smedearbejde m.v. i forbindelse med fjernvarmeprojekter. I skrivelsen hedder det bl.a.:

»Rør- og smedearbejde m.v. i forbindelse med fjernvarmeprojekter for Københavns Belysningsvæsen, Varmeforsyningen.

Der vil blive afholdt formøde den 26. september 1996 kl. 9,

Licitationen er delt i to, entreprise I og entreprise II. Der kan frit vælges mellem at afgive tilbud på enten en eller begge entrepriser.

.....

Tilbud skal være Belysningsvæsenet i hænde senest den 7. oktober 1996 kl. 12.00, hvor tilbudene vil blive åbnet i overværelse af de bydende

.....«

Med fornævnte skrivelse fulgte en af indklagede udarbejdet »Orientering, ORI, Etablering og renovering af fjernvarmeledninger, Rør- og smedearbejde m.v.«., dateret »September 1996«. Af dette materiale fremgår bl.a. følgende:

».....

Licitationen er delt i to, hvor

entreprise I omfatter arbejder i forbindelse med etablering af nye fjernvarmeledninger samt omlægning og udskiftning af eksisterende ledninger, og

entreprise II omfatter drifts- og reparationsarbejder i forbindelse med havarier.

De enkelte opgaver varierer i størrelse fra etablering af små stikledninger til større hovedledningsopgaver. Størstedelen af opgaverne omfatter arbejder på fjernvarmevandledeledninger, og kun enkelte opgaver vil omfatte arbejder på fjernvarmedampledninger.

Der skal påregnes, at der vil forekomme mange enkelte arbejder i forbindelse med etablering af stikledninger. Den gennemsnitlige stikledningslængde i forbindelse med jordfortrængning er ca. 20 m.

Ved udførelse af reparationsarbejder i forbindelse med havarier må det påregnes arbejde efter 90 – 100 havarier om året, heraf 5 – 10 havarier udenfor normal arbejdstid, på såvel præisolerede ledninger som på ledningsanlæg i betonkanal.

Entreprisen udføres som et antal uafhængige opgaver af varierende størrelse, som ordres og afregnes enkeltvis efter de tilbudte enhedspriser.

Arbejdet vil forekomme overalt i Københavns kommune.

.....«

I samme materiale (Almindelige betingelser) (AB–G) i det følgende »AB«, udarbejdet med AB92, som grundlag, hedder det i afsnittet »Bygherrens udbud«:

»§ 2. Ved udbud forstås bygherrens opfordring til at fremkomme med tilbud«.

I Indklagedes »fravigelser, tilføjelser og supplerende bestemmelser til AB92« (i det følgende alene betegnelsen »Fravigelser«) er ved § 2 anført:

»Bygherren forbeholder sig også ved bunden licitation ret til frit at vælge mellem samtlige afgivne tilbud, medmindre national eller EF– lovgivning er til hinder herfor.

Bygherren forbeholder sig ret til at tegne kontrakt med mere end en tilbudsgiver. Særlige bestemmelser i denne forbindelse fremgår af SB.

Bygherren forbeholder sig ret til at forlænge aftaleperioden med op til et år.«

I § 2, stk. 2 hedder det:

Stk. 2. Der bydes på grundlag af de oplysninger, som indeholdes i udbudsmaterialet. Dette materiale skal være entydigt og således udformet, at der er klarhed over ydelsernes omgang og indhold.«

»Fravigelsen m.v.« er formuleret således:

»Er udbudet omfattet af bekendtgørelse nr. 740 af 27. august 1992 om udbud af bygge- og anlægsarbejder inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation i De Europæiske Fællesskaber, vil bygherrens kriterie for tildeling af ordre være det økonomisk mest fordelagtige tilbud.«

Om »Entreprenørens tilbud« er i AB § 3, stk. 2 bestemt:

»Stk. 2. Hvis et arbejde er udbudt således, at der foruden en pris på arbejdet som helhed skal angives priser på arbejdet som helhed skal angives priser på dele af arbejdet, kan priserne på de enkelte dele kun betragtes som selvstændigt tilbud, hvis dette udtrykkeligt er foreskrevet i udbudsmaterialet eller tilkendegivet ved tilbudet.«

I fravigelsen hedder det om samme emne:

»De enkelte enhedspriser skal stå i rimeligt forhold til de ydelser, de enkelte underposter dækker.«

Af indklagedes »Særlige betingelser« – i det følgende betegnet »SB« fremgår bl.a.: :

»Bygherrens udbud«

Entreprisen omfatter opgaver, der gives i ordre i perioden fra 15. november 1996 til 14. november 1997 (aftaleperiode), og som efter bygherrens og entreprenørens vurdering på ordretidspunktet kan afsluttes senest 3 måneder efter aftaleperiodens udløb.

Opgaver, der ordres i aftaleperioden, skal gennemføres jf. nærværende betingelser og beskrivelser, uanset at det efter ordreafgivelsen viser sig, at opgaven ikke kan afsluttes senest 3 måneder efter aftaleperiodens udløb.

.....

Bygherren forbeholder sig ret til at forlænge aftaleperioden med op til 5 år på grundlag af nærværende betingelser og beskrivelse, idet der dog træffes aftale for

1 år ad gangen. Meddelelse om en forlængelse af aftaleperioden skal gives entreprenøren senest 2 måneder før aftalens udløb.

.....

De tilbudte enhedspriser skal være faste i aftaleperioden.

Ved forlængelse af aftaleperioden skal de tilbudte enhedspriser i den nye aftaleperiode være faste på baggrund af indeksregulering pr. 1. august det år, hvor den nye aftaleperiode starter.

.....

Dersom noget i grundlaget er den bydende uklart, skal han, senest 8 dage før tilbud afgives, indhente nærmere oplysninger herom hos ingeniør.....

.....

Tilbudet skal indeholde samtlige ydelser og biydelser i forbindelse med arbejdets konditionsmæssige færdiggørelse, selvom udbudsmaterialets eventuelle mængdeangivelse – herunder tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG) – ikke indeholder specifikation af disse.

Der vælges det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra følgende kriterier, der ikke er prioriterede.

Ved vurderingen af de modtagne tilbud vil der blive taget hensyn til, om de oplyste enhedspriser er rimelige i forhold til de ydelser, der skal præsteres. Der vil desuden blive taget hensyn til blandt andet den tekniske assistance og service, som entreprenørerne tilbyder at yde i forbindelse med opgavernes gennemførelse.

.....

Bygherren har ret til at ændre omfaget af arbejdet indenfor de enkelte arbejdsordrer og opgaver.

Opgaverne skal kunne påbegyndes senest 1 uge efter, at arbejdsordren er afgivet. Såfremt særlige forhold gør sig gældende, kan bygherren forlange en opgave gennemført også uden for normal arbejdstid og på lørdage samt søn- og helligdage.

For entreprise II skal entreprenøren etablere et døgnberedskab, der kan kontaktes af Varmeforsyningen, såfremt der opstår havarier udenfor normal arbejdstid.....

.....

Entreprenørens tilbud

Dansk VVS's standardforbehold af november 1995 vil kunne tages, men vil blive gjort til genstand for nærmere forhandling forud for tilbudets antagelse.

Såfremt en tilbudsgiver ønsker at tage forbehold herudover, forudsættes disse drøftet ved et møde inden licitationen, jf. gældende licitationslov.

Tilbud, der indeholder forbehold, som bygherren ikke har kunnet tiltræde ved et sådant møde, vil blive behandlet på samme måde som tilbud, der af andre årsager ikke måtte være konditionsmæssige.

.....«

I indklagedes »Særlig arbejdsbeskrivelse« – benævnt SAB, Etablering og renovering af fjernvameledninger, Rør- og smedearbejde m.v. er i afsnittet »Entreprenørens leverancer« bl.a. fastsat:

»Entreprenørens leverancer

Præisolerede kobberrør og fittings

Præisolerede kobberrør og fittings hjemtages og lagerføres af entreprenøren for entreprise I.

I tilfælde af at Varmeforsyningen entrer med mere end en entreprenør for entreprise I, kan det være hensigtsmæssigt, at kun den ene har et prærørslager. Den lagerførende entreprenør skal i så tilfælde påregne at udlevere materialer til andre entreprenører mod betaling.....«

I indklagedes »Tilbuds – og afregningsgrundlag« – benævnt TAG – hedder det bl.a.:

»Alment

Enhedspriserne på de enkelte underposter skal omfatte samtlige direkte og indirekte ydelser ved det pågældende arbejde, som anført i såvel AB-G, SB,SAB,TAG, TBL, tegningerne som tilbudsgrundlaget i øvrigt.

De angivne mængder er fiktive jf. AB-G § 14, stk. 3. Mængderne kan derfor variere ubegrænset.

Bortset fra de i TAG direkte anførte undtagelser skal priserne indeholde alle biydelser, der er nødvendige for arbejdets konditionsmæssige gennemførelse,«

.....

Villatillæg I

Prisen benyttes i forbindelse med en- og tofamiliehuse, hvor entreprenøren får nøgler udleveret af tilsynet. Prisen gives for eventuel flytning af inventar (vaskemaskine, vasketøj m.m.), der kan foretages på maksimalt ½ time, nøgleadministration, varsko af beboere samt låsning af hane efter tryk-/tæthedsprøvning.

.....

Villatillæg II

Prisen omfatter det samme som »Villatillæg I«, men her skal medregnes entreprenørens udgifter til fremskaffelse af nøgler til huset fra ejerne.

Den 27. september 1996 indsendte indklagede til klageren og 4 andre virksomheder, der var inviteret til at give tilbud, dels en »meddelelse nr. 1« til de bydende, dels et referat af et den 26. september 1996 afholdt formøde. Klageren var ikke repræsenteret på mødet. Af mødereferatet fremgår følgende:

».....ønskede en nærmere definition af »særlige foranstaltninger til at forcere arbejder«.

Svar: »Særlige foranstaltninger til at forcere arbejder« er svært at definere, idet foranstaltningerne afhænger af de enkelte projekter. Vigtigst af alt er, at Varmeforsyningen – og dermed også entreprenøren – skal tage hensyn til omgivelserne og genere dem mindst muligt. I forretningskvarterer, specielt i den indre bydel og i gader med bustrafik, kan det blive nødvendigt at udføre dele af arbejdet uden for normal arbejdstid. I forbindelse med større vejkrydsninger er det ofte nødvendigt at nedlægge rørene om natten, og i nærheden af skoler kan det ikke arbejdes, mens undervisningen foregår.

.....

.....spurgte, hvilke varer entreprenøren skal lagerføre.

Svar: Alle Varmeforsyningens standardvarer skal lagerføres af entreprenøren. Entreprenøren skal her være opmærksom på, at Varmeforsyningens standardvarer ikke altid er standardvarer for rørleverandøren.

Mogens Christensen afsluttede formødet ved at nævne, at udbudsmaterialet i sin moderniserede udformning er meget ændret i forhold tidligere, og udtrykte håb om at det vil være et godt grundlag for tilbudsgivningen.

Mogens Christensen fremhævede, at det er meget vigtigt, at de oplyste enhedspriser er dækkende for de indeholdte ydelser. Omkostninger – til f.eks. planlægning, koordinering, samarbejde med andre entreprenører, kontakt til myndigheder med mere – skal være indregnet i de enkelt enhedspriser.

For Varmeforsyningen er det vigtigt, at entreprenøren er en god ambassadør for fjernvarmen. Entreprenøren skal derfor tage sig tid til at opretholde en god kontakt til husejere, beboere og andre borgere, der bliver berørt af fjernvarmearbejder i København.«

Den 7. oktober 1996 afgav klageren tilbud på entreprise I og entreprise II.

I tilbudet vedrørende entreprise I hedder det:

»Vedr.: Rør- og smedearbejde m.v. i forbindelser med fjernvarmeprojekter, entreprise I

.....

Tilbudssummen som specificeret på vedlagte tilbudsliste andrager:

	Kr.: 44.592.335,00
	<u>25% moms Kr.: 11.148.083,75</u>
I alt	Kr.: 55.740.418,75

Tilbuddet er beregnet i henhold til Byggestyrelsens cirkulære af 10. oktober 1991 om pris og tid på bygge- og anlægsarbejder samt i henhold til modtaget udbudsmateriale.

For tilbudet gælder vedlagte BYG's standardforbehold.

Som De vil bemærke, tilbyder vi at udføre en større arbejds mængde end vi har givet udtryk for i forbindelse med prækvalifikationen. Dette skyldes at det af udbudsmaterialet fremgår at evt. kontraktindgåelse vil ske med virkning pr d. 15. november . Som følge heraf har vi tilladt os at gå ud fra at der vil ske en jævn stigning i aktiviteterne, således at der er en rimelig tid til at mobilisere.

Ved evt. ordre vil vort projektkontor være placeret i vor af deling i København.

Vi har tilladt os at forudsætte at rørlagerpladsen placeres i Roskilde. Transportudgifter til frembringelse af varer til de enkelte forbrugssteder er ikke indregnet i posten for lagerføring af præisolerede kobberrør, men i de enkelte enhedspriser.

Vi har forudsat at tilbudslistens priser er gældende for arbejde indenfor normal arbejdstid.

.....

Supplerende oplysninger

.....

Forbehold

.....

Dansk VVS standardforbehold af november 1995

.....

Maksimalt arbejdsomfang

Det maksimale arbejdsomfang tilbudsgiveren ønsker at omsætte for pr. år.

45 mio. kr./år ekskl. moms.«

I tilbudet vedrørende entreprise II hedder det:

»Vedr.: Rør- og smedearbejde m.v. i forbindelse med fjernvarmeprojekter, entreprise II

.....

Tilbudssummen som specificeret på vedlagte tilbudsliste
andraget:

Kr.: 6.302.388,00
25% moms Kr.: 1.575.597,00
 I alt 7.877.985,00

Tilbuddet er beregnet i henhold til Byggestyrelsen cirkulære af 10. oktober 1991 om pris og tid på bygge- og anlægsarbejder samt i henhold til modtaget udbudsmateriale.

For tilbuddet gælder vedlagte BYG's standardforbehold.

Tilbuddet er afgivet under forudsætning af at vi opnår ordre på entreprise I eller dele deraf, da vi i modsat fald ikke kan påtage os at etablere tilkaldevagt.

Ved evt. ordre vil vort projektkontor være placeret i vor afdeling i København.

Vi har forudsat at tilbudslistens priser er gældende for arbejde indenfor normal arbejdstid.

.....

Forbehold

.....

Dansk VVS standardforbehold af nov. 1995

.....

Maksimalt arbejdsomfang

Det maksimale arbejdsomfang tilbudsgiveren ønsker at omsætte for pr. år.

6,3 mio. kr./år ekskl. moms.«

Den 7. oktober 1996 blev de indkomne tilbud åbnet under tilstedeværelsen af repræsentanter for de virksomheder, der havde afgivet tilbud. I den forbindelse blev til de mødte udleveret et skema, der betegnes således:

»Bunden licitation afholdt af Københavns Belysningsvæsen den 7.10.1996 kl. 12.00 (Underafdeling: Varmeforsyningen).«

Der er under sagen tvist mellem klageren og indklagede om, hvorvidt der foreligger »bunden licitation«, »udbud efter forhandling« eller »begrænset udbud.«

Af skemaet fremgår, at der fremkom følgende tilbud:

».....

Firma:	Entreprise I:	Entreprise II:
Al-Wicotec A/S	49.974.944	6.897.380
Albertsen & Holm	44.592.335	6.302.388
Per Aarsleff	52.190.335	7.154.000
A/S Rørbyg	47.995.403	7.059.295
Ludvigsen & Hermann A/S	48.882.307	6.522.791

.....«

I skemaets rubrik »forbehold« er vedrørende klageren anført »Standard + Diverse«. Ved de øvrige bydende »Standard«.

Klagerens tilbud blev grundet forbehold af indklagede anset som ukonditionsmæssigt og derfor afvist. I den anledning afholdtes den 16. oktober 1996 et møde mellem klageren og repræsentanter for indklagede, der fastholdt den sket afvisning. På skriftlig forespørgsel tilskrev indklagedes advokat den 1. november 1996 klagerens advokat bl.a. sålydende:

»De anfører....., at min klient ikke har været berettiget til at forkaste Deres klients tilbud af 7. oktober d.å. som ukonditionsmæssigt som følge af Deres klients bemærkninger om, at man har forudsat, at tilbudslistens priser er gældende for arbejde indenfor normal arbejdstid.

Af min klients udbudsmateriale gældende for begge de udbudte entrepriser fremgår en lang række steder, at entreprenøren må være indstillet på, at arbejdet til tider skal foregå udenfor normal arbejdstid af hensyn til beboerne m.v.

Ved at sammenholde tilbudslisterne med det øvrige udbudsmateriale fremgår, at enhedspriserne skulle indeholde samtlige udgifter i forbindelse med arbejdets konditionsmæssige udførelse,.....

På forhåndsmødet den 26. september 1996, hvortil Deres klient var indbudt, blev dette yderligere præciseret overfor de bydende.

Af udbudsmaterialet,fremgår udtrykkeligt, at alene standardforbehold af november 1995 ville kunne tages i forbindelse med tilbudsafgivelse, og at disse forbehold endda ville blive gjort til genstand for nærmere forhandling forud for tilbuddets antagelse.....

Det skal i den forbindelse bemærkes, at begrundelsen for, at min klient overhovedet i udbudsmaterialet accepterede, at standardforbehold af november 1995 ville kunne tages, skyldes, at man er klar over, at brancheforeningerne forlanger, at entreprenørerne tager disse forbehold i forbindelse med tilbudsafgivelse. Min klient har imidlertid erfaring for, at standardforbehold altid vil kunne frafaldes af de enkelte entreprenører ved kontraktsindgåelse efter en nærmere gennemgang af min klients udbudsmateriale, der i vidt omfang tager højde for de pågældende standardforbehold.

På baggrund af oplysningerne i udbudsmaterialet sammenholdt med det passerende på forhåndsmødet den 26. september 1996, kan Deres klients bemærkninger om, at tilbudslistens priser er gældende for arbejde indenfor normal arbejdstid alene opfattes som et forbehold, der må medføre tilbuddenes ukonditionsmæssighed.
.....

.....

Endvidere bemærkes at Deres klients forbehold vedrører et forbehold på prisen og en antagelse af Deres klients tilbud ville således indebære, at der skulle ske en forhandling af prisen, hvilket ville være absolut uacceptabelt.

De nævner ikke....., at min klient på det møde, der blev afholdt mellem vores klienter den 16. oktober 1996, tillige begrundede forkastelsen af Deres klients tilbud som ukonditionsmæssigt med, at Deres klients bemærkninger i udbudsbrevet om, at tilbuddet var beregnet i henhold til Bygge- og Boligstyrelsens cirkulære af 10. oktober 1991 om pris og tid på bygge- og anlægsarbejder tillige måtte anses som et forbehold.

.....

Jeg kan endvidere orientere Dem om, at min klient efter mødet den 16. oktober 1996 har gennemgået de indkomne bud for en vurdering af, hvilke bud der i øvrigt

måtte anses for at være de økonomisk mest fordelagtige, hvis de ellers alle kunne anses for at være konditionsmæssige. Ved en gennemgang af Deres klients tilbud er det ikke blevet sandsynliggjort, at de er de økonomisk mest fordelagtige. Så selv hvis Deres klients tilbud var blevet anset for konditionsmæssige, var Deres klient ikke blevet tilbudt kontraktsindgåelse med min klient.

Som begrundelse for at Deres klients tilbud ikke umiddelbart kunne anses for at være blandt de økonomisk mest fordelagtige, kan der henvises til, at ikke alle de opgivne enhedspriser opfylder udbudsmaterialets krav. Især enhedspriserne på tætheds- og trykprøvning er helt urimelige, idet prissætningen er 5–7 gange højere end både det min klient skønner rimeligt, og den pris de konkurrerende firmaer tilbyder at udføre arbejdet for. Et andet eksempel på forkert prissætning er »Villatilæg«, hvor enhedsprisen i Deres klients tilbud er det dobbelte af, hvad min klient skønner rimeligt.

Priserne på ovennævnte arbejdsopgaver medfører bl.a., at Deres klient for villastikledninger skal have højere betaling end den entreprenør, hvis tilbud indeholdt den næstlaveste samlede tilbudssum på entreprise I. På grund af de kommende års udbygningsaktiviteter, vil netop udgifterne til villastikledninger vægte tungt, idet langt størstedelen af de kommende kunder vil være villakunder.

Deres klient har endvidere i tilbuddet forudsat, at lageret for præisolerede kobberrør skal ligge i Roskilde. Dette ville medføre, at øvrige entreprenører som min klient indgår aftale med for de to entrepriser skal afhente materialer på dette lager. Dette vil betyde ekstraudgifter for min klient, da så lang en afstand ikke er indregnet i tilbuddene, og meromkostningerne er vanskelige at vurdere.

Hertil kommer naturligvis at som følge af, at Deres klient har forudsat, at arbejdet kan foregå indenfor normal arbejdstid, vil der komme en lang række ekstraudgifter ved antagelse af Deres klients tilbud – udgifter som de øvrige entreprenører ikke ville skulle have betaling for – som følge af, at en ikke uvæsentlig del af arbejdet kan forventes udført udenfor normal arbejdstid.

.....

.....min klient har indgået kontrakt med de entreprenører, hvis tilbud ikke var forsynet med forbehold udover de på forhånd accepterede, og som i øvrigt måtte anses for at være de økonomisk mest fordelagtige. For så vidt angår entreprise I drejer det sig om A/S Rørbyg og Ludvigsen & Hermann A/S, mens det for så vidt angår entreprise II drejer sig om A/S Rørbyg.«

Ved bekendtgørelse om indgåede aftaler, afsendt fra indklagede den 28. november 1996 meddelte indklagede, at der den 30. oktober 1996 var indgået kontrakt med A/S Rørbyg

og Ludvigsen & Hermann A/S. I den til bekendtgørelsens anvendt blanket var anført, at udbudsproceduren var »begrænset udbud«. I samme blanket var kriterierne for tildeling af kontakten følgende rubrikker afkrydset: »teknisk bistand«, »pris«, »kvalitet«, og »teknisk værdi«.

Klageren har under sagen, der har været mundtligt forhandlet den 23. september 1997 og den 28. oktober 1997 nedlagt følgende påstande:

- I. Klagenævnet skal fastslå, at følgende bemærkninger i klagerens tilbud af 7. oktober 1996 ikke gør tilbudet ukonditionsmæssigt i henhold til Rådets Direktiv 93/38/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation eller udbudsmaterialet:

A. »Vi har forudsat, at tilbudslistens priser er gældende inden for normal arbejdstid«

B. »Tilbudet er beregnet i henhold til Byggestyrelsens cirkulære af 10. oktober 1991 om pris og tid på bygge- og anlægsarbejder«

og at indklagede dermed med urette har afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssige.

- II. Klagenævnet skal fastslå, at indklagede ved vurderingen af klagerens tilbud af 7. oktober 1996 har tilsidesat de i udbudsmaterialet fastsatte tildelingskriterier og dermed har handlet i strid med Rådets Direktiv 93/38/EØF.
- III. Klagenævnet skal pålægge indklagede at lovliggøre forholdet principalt ved at annullere beslutningen om at indgå kontrakt med A/S Rørbyg og Ludvigsen & Hermann A/S vedrørende entreprise I og beslutningen om at indgå kontrakt med A/S Rørbyg vedrørende entreprise II, subsidiært ved at annullere den af nærværende klage omfattede udbudsforretning.

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

Der er for nævnet afgivet forklaringer af afdelingschef hos klageren, Peter Estrup, Direktør Mogens Christensen, Københavns Belysningsvæsen, Jørgen Emil Nielsen, Ludvigsen & Hermann A/S, afdelingsingeniør i Varmeafdelingen, Københavns Belysningsvæsen, Astrid Birnbaum samt ekspeditionssekretær i Københavns Kommune Svend Pettersson.

Peter Estrup har bl.a. forklaret, at han på klagerens vegne udarbejdede tilbudet. Det er ikke usædvanligt i branchen at tilbud afgives »meget tæt på fristen«, I det foreliggende tilfælde var der ikke tale om et »færdigt« projekt, men om en lang række ydelser af hvilke udbyderen til given tid skulle bruge forskellige mængder. Klageren var ikke repræsenteret på formødet. Det skyldtes »en svipser« Han mener, at de henvisninger, der er sket i klagerens tilbud til »fastpriscirkulæret« og om forudsætningerne om arbejde inden for normal arbejdstid ikke kan opfattes som »forbehold«, men blot som generelle oplysninger. Han var til stede den 7. oktober 1996, da de afgivne tilbud blev åbnet. Han lagde ikke større vægt på teksten i det skema, der fra indklagedes side blev udleveret til de for de bydende mødte repræsentanter. Han forstod det passerende derhen, at indklagede forbeholdt sig at vælge frit. Han er sikker på, at der ikke var tale om bunden licitation. Den omstændighed, at klageren forudsatte rørlageret placeret i Roskilde, ville ikke have været til ulempe eller medført yderligere omkostninger for indklagede. Han anså dette for et rent praktisk problem. I øvrigt havde man fra klagerens side allerede den 16. oktober 1996 sikret sig lokaliteter i Hvidovre, hvor rørlageret kunne være etableret. På et møde den 16. oktober 1996 med Mogens Christensen og Astrid Birnbaum fik han, helt uforberedt og efter hans opfattelse, helt ugrundet, den besked, at klageren var ude af betragtning, fordi tilbudet ikke var konditions-mæssigt. Indklagedes repræsentanter fastholdt, at man ville udskyde klagerens tilbud.

Mogens Christensen har bl.a. forklaret, at udbuddet havde det formål, at fremskaffe tilbud på en lang række enkelt-ydelser i forbindelse med etablering og vedligeholdelse af varmemforsyningen. Indklagede vil ikke – bortset på det såkaldte »standardforbehold« – acceptere andre forbehold. Standardforbeholdet frafaldes oftest, hvorimod et tilbud, der antages med individuelle forbehold, kan føre til at »bygherren« , alene mod økonomisk kompensation kan få forbeholdet fjernet. Denne situation ville Varmeforsyningen undgå. Udbudsbetingelserne udformedes i overensstemmelse hermed. I denne sag var det helt klart tale om udbud efter forhandling. Efterfølgende viste det sig muligt at bortforhandle standardforbeholdene. Efter klagerens individuelle forbehold, henvisningen til »fastpriscirkulære«, ville perioden med fastpris blive en anden og »skæv« i forhold til den periode, der efter udbudet skulle være uden prisreguleringer. Dette ville være helt uacceptabelt for indklagede. På mødet den 7. oktober 1996 blev det sagt til de mødende, at det udbudte skema var fejlagtigt, idet der ikke var tale om »bunden licitation«. Ekspeditionssekretær Pettersson sagde før åbningen af tilbudene, at skemaet havde en beklagelig fejl, idet »vi skal holde licitation og udbud efter forhandling«. Pettersson

åbnede tilbudene, og ingen af de for de bydende mødte repræsentanter protesterede, da Pettersson nævnte, hvilke forbehold der var taget i tilbudene, herunder de af klageren tagne. Ved et møde den 16. oktober 1996 med klageren blev det meddelt, at dennes tilbud var forkastet. Der førtes herefter en del korrespondance, hvoraf fremgår, at klagerens tilbud, selv om det havde været konditionsmæssigt, ikke ville blive antaget. Den samlede entreprisesum var ikke afgørende, det var samlet set, om enhedspriserne på de utallige enkeltydelser var »fornuftige«. Tildelingskriterierne var formuleret på baggrund af indklagedes særlige behov, særligt på vedligeholdelses – og reparationsentreprisen er kravene til entreprenørens effektivitet, smidighed og pålidelighed meget betydelige. For så vidt angår kravet om »kendskab til arbejde i København« rummer dette på førnævnte baggrund et krav om kendskab til arbejde i en storbys gadearealer med alle de komplikationer, der opstår i forhold til færdsel, beborere og institutioner af forskelligste art.

Jørgen Emil Nielsen har blandt andet forklaret, at han, der er sælger og kalkulator hos Ludvigsen & Hermann A/S, havde udarbejdet dette selskabs tilbud. Han var til stede på formødet. Han fik det indtryk, at standardforbeholdene, som entreprenørerne ifølge vedtagelse i deres organisationer den organisationer er forpligtet til at tage, ville blive accepteret af indklagede, der imidlertid siden ville forsøge at »forhandle dem væk« Ethvert andet forbehold ville føre til forkastelse. Han erindrer ikke enkeltheder vedrørende skemaet, der blev omdelt den 7. oktober 1996. Det blev fra indklagedes side oplyst, at der var tale om udbud efter forhandling.

Astrid Birnbaum har blandt andet forklaret, at hun var til stede på mødet den 7. oktober 1996, da de indkomne tilbud blev åbnet. Forinden sagde ekspeditionssekretær Pettersson, at den uddelte blanket havde en forkert tekst. Der var ikke tale om bunden licitation, men om udbud efter forhandling.

Svend Pettersson har blandet andet forklaret, at han den 7. oktober 1996 skulle åbne og oplæse de åbnede tilbud. Han fik af Mogens Christensen og Astrid Birnbaum besked på at meddele de mødte tilbudsgivere, at der var tale om EU-udbud med forhandling, hvilket han gjorde. Så vidt han erindre, fremkom der ingen reaktion på denne oplysning.

Klageren har til støtte for de nedlagte påstande nærmere gjort gældende, at indklagede uberettiget afviste klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt. Udbudsbetingelserne var for så vidt angår omfanget af arbejde uden for normal arbejdstid og priser herfor ikke instruktive overfor de bydende. Klagerens bemærkninger herom er rent afklarede og kan ikke anses for et ukonditionsmæssigt forbehold. Indklagede kunne og burde have afklaret dette problem ved forhandling. Klagerens henvisning til fastpris-cirkulæret er kun af rent oplysende karakter og kan derfor ikke tolkes som et forbehold. Klagerens tilbud var ubestridt det laveste. Hvis dette skulle afvises, skulle indklagede godtgøre, at der var objektive og saglige grunde herfor. Dette bevis har indklagede ikke ført. Hvis der – som hævdet at indklagede – var tale om udbud efter forhandling, er der for indklagede

al mulig grund til at søge uklarheder bragt af vejen, hvilket kunne ske uden at krænke EU-ret – eller dansk licitationsret. Dette undlod indklagede, der derved på usaglig måde gjorde forskel på de bydende. Indklagede afskar på urigtigt grundlag klageren fra forhandling og har dermed krænket direktivets artikel 4, stk. 2 om ligebehandling.

De af indklagede valgte tildelingskriterier er ikke alle tilstrækkeligt entydige, »økonomisk mest fordelagtigt« må vel forstås som det laveste tilbud. Klagerens tilbud var det laveste. Spørgsmålet om placeringen af et rørslager og om eventuelle højere priser på enkelte ydelser – sammenlignet med andre tilbudsgiverens lavere priser for samme – er rene detaljer, som ikke fører til, at klagerens tilbud samlet set, ikke opfylder samtlige tildelingskriterier. Efter det, der er fremkommet under sagens behandling, er det tvivlsomt, om indklagede reelt har anvendt tildelingskriterierne, i hvert fald blev en tilbudsgiver udelukket allerede fordi vedkommendes samlede tilbud var for højt. Indklagedes afgørelse på dette punkt synes alene at være begrundet i en vurdering af den samlede pris, ikke priserne for enkeltydelserne. Indklagedes tildelingskriterier må alt i alt vurderes som uigennemsejle og efterfølgende af indklagede anvendt helt tilfældigt. Derfor har indklagede overtrådt direktivets artikel 34, stk. 2.

For så vidt angår selve udbudsformen har klageren hævde, at der er foretaget begrænset udbud, og har til støtte, herfor henvist til de afgivne forklaringer, samt indklagedes bekendtgørelse i EF-Tidende om aftaleindgåelse. Såfremt der var tale om udbud efter forhandling, må bevisbyrden herfor påhvile indklagede. Da intet i udbudsbetingelserne indikerer, at der er tale om udbud efter forhandling, har indklagede ikke løftet bevisbyrden. Der er herefter i det hele af indklagede begået så grov krænkelse af direktiverne, at det bør pålægges indklagede at lovliggøre udbudsforretningen og annullere de truffe beslutninger om at indgå kontrakt med den entreprenør, indklagede har tildelt entrepriserne.

Indklagede, har til støtte for påstanden om frifindelse nærmere gjort gældende, at der var tale om udbud efter forhandling, og at udbyderen efter direktivet ikke er forpligtet til at oplyse, om der er tale om begrænset udbud eller udbud efter forhandling. Indklagede ville have adgang til at bortforhandle standardforbehold og havde ret til uden forhandling at forkaste tilbud med individuelle forbehold. Hverken direktivet er dansk licitationslovgivning er til hinder for konstruktionen: udbud efter forhandling med efterfølgende bunden licitation. Efter, det, der beviseligt blev oplyst på mødet den 7. oktober 1996, kunne ingen af de bydende været i tvivl om, at der var tale om udbud efter forhandling. Der var således ikke tale om »begrænset udbud«. Det kan i den sammenhæng ikke tillægges nogen som helst vægt, at åbningen af tilbudene skete som ved licitationer. Indklagede har ikke diskrimineret eller forskelsbehandlet klageren ved på grund af dennes individuelle forbehold at forkaste dennes tilbud. Det fremgik klart af udbudsbetingelserne, hvilke forbehold, der ville blive tålt med henblik på »forhandling« og hvilke ikke. Kravet om anvendelsen af fastpriscirkulæret ville være helt uacceptabelt for indklagede.

Der er ikke i tildelingskriterierne – og ej heller i de kvalifikationskrav, der fremgår af udbudsbetingelserne – sket overtrædelse af direktivet. Direktivet tillader en udbyder at fastsætte arbejdsproget, og kendskab til arbejde i København er en ganske naturlig forudsætning i dette tilfælde, når der tages hensyn til arbejdets art og til, at dette uundgåeligt skal udføres på alle tider af døgnet, ofte på meget tæt befærdede hovedfærdselsårer, i tætte boligområder og især institutioner af enhver art. Den bedømmelse, indklagede har foretaget af de konditionsmæssige tilbud, har været saglig og objektiv. Enkeltpriiserne for de enkelte arbejdsopgaver, var udslagsgivende for, om et tilbud sagligt set var »det mest økonomiske fordelagtige«. Hertil kom de andre kriterier, som indklagede også objektivt har lagt til grund. Der er herefter på intet punkt af indklagede begået overtrædelser af direktivet, hvorfor ingen dele af klagerens påstande bør tages til følge.

Klagenævnet skal udtale:

Det hedder i klagerens tilbud vedrørende begge entrepriser:

»Tilbuddene er beregnet i henhold til Byggestyrelsens cirkulærer af 10. oktober 1991 om pris og tid...«

»Vi har forudsat at tilbudslistens priser er gældende for arbejde indenfor normal arbejdstid«

De førnævnte citerede vendinger kan alene forstås som forbehold i forbindelse med tilbudet. Det fremgår utvivlsomt af udbudsbetingelserne, at indklagede alene ville respektere det såkaldte »standardforbehold«. Allerede på dette grundlag var indklagede beføjet til at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt. Herefter kan ingen af klagerens påstande tages til følge.

Efter en samlet bedømmelse finder nævnet, at indklagedes udbud må karakteriseres som udbud efter forhandling.

Nævnet har ikke taget stilling til, om sagen kan rejse spørgsmål vedrørende licitationsloven, da sådanne spørgsmål ikke henhøre under nævnets kompetence.

De af indklagede anvendte kriterier »rimelighed, teknisk assistance og service, som entreprenørerne tilbyder at yde i forbindelse med opgavernes gennemførelse« er ikke egnede til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. De nævnte kriterier burde i hvert fald have været præciseret og klarere beskrevet end sket. Klagenævnet finder derfor, at kontrakt ikke burde være tildelt på grundlag af disse kriterier. Hertil

kommer, at betingelsen ved prækvalifikationen: ».....erfaring til miljø og arbejdsmæssige forhold ved arbejde i København« er en krænkelse af kravet om ligebehandling i EU-direktiv 93/38 (forsyningsvirksomhedsdirektivet) artikel 4, stk. 2.

Nævnet finder efter det foran anførte rettest, at der pålægges indklagede, ved udløb af de indgåede kontrakter at foretage fornyet udbud med tydeliggørelse af tildelingskriterierne, herefter

bestemmes:

De af klageren A/S Albertsen og Holm overfor indklagede, Københavns Belysningsvæsen nedlagte påstande tages ikke til følge.

Indklagede bør ved udløb af de med A/S Rørbyg og Ludvigsen A/S (entreprise I) samt med A/S Rørbyg (entreprise II) indgåede aftaler på ny udbyde de pågældende entrepriser.

Klagegebyret tilbagebetales klageren.

Indklagede pålægges ikke at betale sagsomkostninger til klageren.