

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Niels Henriksen, Erik Hammer)

J.nr.: 04-270.541

12. april 2005

K E N D E L S E

Mariendal El-Teknik A/S
(advokat Birte Rasmussen, Aalborg)

mod

Nordjyllands Amt
(advokat Poul Thorup, Aalborg)

Ved udbudsbekendtgørelse af 19. december 2003 udbød Nordjyllands Amt som offentligt udbud efter direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved direktiv 97/52 (Bygge- og anlægsdirektivet), fagdelte bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med opførelse af en sengebygning i tre etager med kælder og en forbindelsesbygning i to etager med kælder på Sygehus Vendsyssel, Hjørring. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 30. januar 2004, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. marts 2004 havde en række virksomheder afgivet tilbud på el-entreprisen, herunder Mariendal El-Teknik A/S og Brønderslev El-teknik A/S. Den 11. maj 2004 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Brønderslev El-teknik A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 26. juni 2004.

Den 14. december 2004 indgav klageren, Mariendal El-Teknik A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Nordjyllands Amt. Klagen har været behandlet på et møde den 28. februar 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at belysningsarmaturer af bestemte fabrikater skulle anvendes, uanset at indklagede havde mulighed for at beskrive kontraktgenstanden ved hjælp af specifikationer, som er tilstrækkelig nøjagtige og forståelige for alle interesserede.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved i udbudsbetingelserne ikke at have anført bemærkningen »eller dermed ligestillet« eller tilsvarende bemærkning i forbindelse med, at det er fastsat, at der skal anvendes belysningsarmaturer af bestemte fabrikater.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse, at de belysningsarmaturer, som var en del af klagerens tilbud under punkterne B14, B15, B24 og B25, ikke er sammenlignelige med hensyn til design med de armaturer, der er fastsat i udbudsbetingelserne.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, ved at beslutte at indgå kontrakt med Brønderslev El-teknik A/S, uanset at denne tilbudsgiver ikke havde afgivet tilbudet med den laveste pris.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 8, stk. 2, ved ikke hurtigst muligt efter at have besluttet ikke at tage klagerens tilbud i betragtning at have underrettet klageren om, at dennes tilbud ikke blev taget i betragtning.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

Udbudsbekendtgørelsen af 19. december 2003 indeholder følgende:

» Medicinsk sengebygning og ambulatorium med daghospital

.....

Del I: Ordregivende myndighed

I.1) Den ordregivende myndigheds officielle navn og adresse:
Nordjyllands Amt, Bygningskontoret.

.....

Del II: Kontraktens genstand

II.1) Beskrivelse

1.1) Type bygge- og anlægskontrakt: Udførelse

.....

1.5) Den ordregivende myndigheds betegnelse for aftalen:
Medicinsk Sengebygning og Forbindelsesbygning på Sygehus
Vendsyssel, Hjørring.

.....

Del IV: Procedurer

IV. 1) Type Procedure: Offentligt udbud.

.....

2) Tildelingskriterier: Laveste pris.

.....

3.7) Fremgangsmåde ved åbning af bud.

.....

3.7.2) Dato, klokkeslæt eller sted: 17.3.2004 – 10.00

Licitationen afholdes onsdag den 17. marts 2004, kl. 10.00 på
Sygehus Vendsyssel, Hjørring.

.....

Del VI: Andre oplysninger

.....

II.3) Kontraktens varighed eller frist for dens udførelse:

Udførelsesfrister:

.....

Byggestart er fastlagt til den 14. juni 2004.

Den samlede aflevering er fastlagt til ultimo 2008.

.....«

I udbudsbetingelserne af januar 2004 er i »Byggesagsbeskrivelse 1 – Administrative forhold« fastsat følgende:

» 2. Orientering

.....

2.1.3 Afgivelse af bud

Byggesagen udbydes i offentligt udbud i fagdelte entrepriser iht. »Bygge- og Anlægsdirektivet« (BAD). I alle entrepriser er tildelingskriteriet »den laveste pris«.

Følgende entrepriser udbydes efter »Bygge- og Anlægsdirektivet«

1. Jord- og kloakentreprisen
2. Anlægsgartner- og belægningsentreprisen

.....

18. El-entreprisen

.....

3. AB 92

A. Aftalegrundlaget

3. AB 92

A. Aftalegrundlaget

Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, AB 92, er gældende for samtlige arbejder med supplerende bestemmelser som angivet i det følgende.

Supplerende bestemmelser til AB 92 er i det følgende anført i højre kolonne og fremhævet med kursiv skrift [ej kursiveret i det følgende].

.....

C. Entreprisens udførelse

.....

Entreprenørens ydelse

§ 10. Arbejdet skal udføres i overensstemmelse med aftalen, fagmæssigt korrekt eller i overensstemmelse med bygherrens eventuelle anvisninger efter § 15. Materialer skal – for så vidt disse beskaffenhed ikke er anført – være af sædvanlig god kvalitet.

.....

.....«

.....

C. Entreprisens udførelse

.....

Entreprenørens ydelse

§ 10 – stk. 1.1. Hvis der i udbudsmaterialet forekommer henvisninger til specifikke varemærker etc., fabrikater eller produkter, beskrevet »som« sker dette alene for at gøre henvisningen tilstrækkelig nøjagtig og forståelig for alle, da det i udbudsmaterialet nævnte danner norm for kravene til funktion, kvalitet, æstetik og geometri.

.....

I udbudsbetingelserne af januar 2004 er i »18. El-entreprisen« fastsat følgende:

» 18.1 Grundlag for arbejdet

Arbejdet skal udføres i nøje overensstemmelse med de til enhver tid gældende bestemmelser i h.t. dansk lovgivning samt ministerielle og kommunale bekendtgørelser og regulativer.

Arbejdet skal gennemføres i henhold til bl.a.:

1. Stærkstrømsbekendtgørelsen.
2. Fællesregulativet.
3. Brandteknisk vejledning nr. 31.
4. EMC-direktivet.
5. DIF's norm for beskyttelse mod lyn, DS 453.
6. DIF's norm for svagstrømsinstallationer, DS 460.
7. Dansk Sygehus Instituts (DSI) projektrapport 80.09.
8. Dansk Sygehus Instituts (DSI) projektrapport 82.06.
9. Arbejdstilsynets regelsæt og afgørelser.
10. Bygningsreglementet.
11. Nærværende beskrivelse med tilhørende tegninger.
12. Udbudstidsplan.
13. Fællesbetingelser.

Det bemærkes, at udførelsen skal opfylde de til enhver tid gældende love og bestemmelser, således at disse gælder forud for projektet i tilfælde af uoverensstemmelser.

.....

18.9 Materialer

Hvor intet andet er beskrevet leveres samtlige materialer i gangbare modeller og i fabriksny stand. Alt installationsmateriel skal være DEMKO-godkendt eller registreret.

Hvor projektmaterialet henviser til materialer af bestemte fabrikater eller typer, er entreprenøren pligtig at levere de angivne fabrikater og typer eller kvalitetsmæssigt tilsvarende produkter med samme design og funktion.

Hvis tilbudet er baseret på andre fabrikater og typer end de i projektet angivne, skal dette klart fremgå af tilbudet.

Hvis intet er oplyst i tilbudet, leveres de fabrikater og typer, der er henvist til i projektmaterialet.

.....

18.21 Belysningsarmaturer

Entreprenøren leverer og monterer belysningsarmaturer i henhold til tegningsmaterialet, komplet inkl. lyskilder, nødvendige trempler og tyller i loftplader m.v.

.....

18.23 Terrænbelysning

Entreprenøren leverer og monterer udvendig belysning på bygning samt i terræn som vist på terrænplan.

.....«

Det er under mødet i Klagenævnet af indklagede oplyst, at der i Bygningsreglementet – som er nævnt i Udbudsbetingelsernes pkt. 18.1 – i pkt. 12.8.3 henvises til Dansk Standard 703.

Dansk Standard 703, »Retningslinier for kunstig belysning i sygehuse«, indeholder i afsnittet vedrørende belysningen i »Almindelige sengestuer«, bl.a. følgende:

».....

Almenbelysningen skal søges indrettet således, at den ved de anførte belysningsstyrker giver et tiltalende indtryk af rummet.

Den del af lyset, der fra armaturer udsendes under vandret plan, skal være således kontrolleret, at lyset sendes ned på gulvet eller på fodenden af sengene, medens armaturerne skal være afskærmede i retning mod den sengeliggende patients øjne.

.....«

I udbudsbetingelserne af januar 2004 er i tegning HV nr. 982 med emneangivelsen »El-installationer Armaturfortegnelse« fastsat:

» Sygehus Vendsyssel, Hjørring
Belysningsarmaturer

.....

- B13 Jakobsson Kleeman, 1x18W, med glas IP44
- B14 Focus Square 250 1x18W på væg i nicher og gange
- B15 Focus Square 270, 1x32W på væg i trapperum
- B19 Louis Poulsen Armatur HR 1x36W med oplys
- B24 Lampas Parklygte L304, 2x36W med perforeret skærm
- B25 Lampas Pullert L305, 1x24W med perforeret skærm

.....«

Det fremgår af en produktbeskrivelse med fotografier fra Focus Lightning AS, at både Focus Square 250 (B14) og Focus Square 270 (B15) er kvadratiske væglamper.

Det fremgår af produktbeskrivelser med fotografier, at både Lampas Parklygte L304 (B24) og Lampas Pullert L305 (B25) er udendørs lygtemaster, hvor lyskilden er en integreret del af mastens top.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud var der modtaget en række tilbud vedrørende el-entreprisen. De lavestbydende var i priser ekskl. moms:

- | | |
|------------------------------|----------------|
| 1. Klageren | 12.938.000 kr. |
| 2. Brønderslev El-teknik A/S | 13.120.000 kr. |

I klagerens tilbud af 17. marts 2004 er anført følgende:

»Materiale- og produktspecifikationer:

(skal kun udfyldes i det omfang, hvor der ikke tilbydes de i udbudsmaterialet nævnte produkter/fabrikater/typer)

I tilbudet er medregnet følgende produkter/fabrikater/typer:

.....

Belysninger.

- B1=Solar, Dacapo, 1x55 watt
 - B2=LP Beat 222/155 1x26 watt
 - B3=Solar DP indbyg 4x18 watt
 - B5=Solar DP Thor ilæg T324 2/tænd
 - B6=B Som B5
 - B8=LP Beat 222/155 1x18 watt HF-R
 - B9=LP Beat 222/155 1x26 watt HF-R
 - B10=LP Beat 222/155 1x18 watt HF
 - B12=LP Beat 222/155 1x26 watt HF med glas
 - B14=LP IO Væg Ø 320 22 watt
 - B15=LP IO Væg Ø 400 40 watt
 - B24=LP KIPP Parklygte
 - B25=LP KIPP Pullert
-«

Det fremgår af produktbeskrivelsen med fotografier fra Louis Poulsen, at både LP IO Væg Ø 320 (B14) og LP IO Væg Ø 400 (B15) er cirkulære væglamper.

Det fremgår af produktbeskrivelser med fotografier fra Louis Poulsen, at både Kipp Lygte (B24) og Kipp Pullert (B25) er udendørs lygtemaster, hvor lyskilden er placeret i en skålformet glasskærm øverst på masten.

Klagenævnet har fået forevist de armaturer, som klageren har tilbudt som B14 og B15, samt udbudsbetingelsernes referenceprodukter.

Det fremgår af Brønderslev El-teknik A/S' tilbud af 17. marts 2004, at denne tilbudsgiver også på visse punkter har tilbudt andre belysningsarmaturer end de referenceprodukter, som indklagede har fastsat i udbudsbetingelsernes produktbeskrivelse. Klagenævnet har fået forevist eksempler på disse belysningsarmaturer, nemlig svarende til produktbeskrivelsens B13 og B19. Disse armaturer afviger såvel designmæssigt som med hensyn til materialevalg ubestridt betydeligt fra indklagedes referenceprodukter.

Ved brev af 15. juni 2004 til klageren har indklagedes tekniske rådgiver, arkitektfirmaet Nord A/S, anført følgende:

»Vedr.: Sygehus Vendsyssel - Hjørring

På bygherren, Nordjyllands Amts vegne takker vi for tilbud vedr. ovennævnte byggeri.

De indkomne tilbud er alle nøje gennemgået.

Deres tilbud er herefter fundet ikke konditionsmæssigt, pga, at de i Deres tilbud anførte belysningsarmaturer B14, B15, B24 og B25 designmæssigt ikke er i overensstemmelse med udbudsmaterialet, hvorfor Amtsrådet ikke kan modtage Deres tilbud og har entretret til anden side.

.....«

Ved brev af 29. juni 2004 opfordrede klagerens faglige organisation, Tekniq, indklagede til at godtgøre, at de belysningsarmaturer, som klageren havde tilbudt som B14, B15, B24 og B25, ikke opfyldte de fastsatte krav.

Ved brev af 2. september 2004 besvarede indklagedes advokat, advokat Poul Thorup, opfordringen bl.a. således:

»Deres klients tilbud blev efter gennemgang af udbudsmaterialet forkastet som ukonditionsmæssigt med den begrundelse, at de af Deres klient valgte belysningsarmaturer ikke er sammenlignelige med de i udbudsmaterialet beskrevne armaturer.

I udbudsmaterialets armaturfortegnelse er der for vægbelysning i nichegange og trapperum (B14 og B15) som referenceprodukt foreslået armaturer af typen Focus Square, der er firkantede. De af Deres klient foreslåede armaturer af typen LPIO for B14 og B15 er begge runde.

I armaturfortegnelsen er der til parkbelysning (B14 og B15) som referenceprodukt foreslået armatur af typen Lampas 305, hvor lyskilden er placeret i standen. Deres klient har for B24 og B25 foreslået et armatur af typen LP Kipp, hvor lyskilden er placeret i en skål, der vender opad.

Kopi af tekniske data og billeder af armaturerne vedlægges.

De af Deres klient foreslåede armaturer har således et helt andet æstetisk udtryk og en helt anden geometri end referencearmaturerne, og det har således ikke været muligt at antage Deres klients tilbud.

.....«

Administrerende direktør Keld Ramlov, klageren, har bl.a. forklaret, at selskabets entreprisechef, der overværede åbningen af tilbudene, var sikker på, at klageren, der var lavestbydende, havde vundet licitationen. Klageren hørte fra anden side, at entreprisen var gået til Brønderslev El-teknik A/S i stedet. Han er bekendt med såvel Bygningsreglementet som Dansk Standard 703. Det belysningsarmatur til sengestuer, som klageren havde tilbudt som B14, giver lys både fremad og bagud mod væggen, hvorimod det referenceprodukt, der er fastsat i udbudsbetingelserne, kun giver lys på væggen. Det tilbudte overholder Dansk Standards krav om blændingstal. Sengestuelampen er »afskærmet«, selv om den lyser ud i rummet. Klageren valgte at tilbyde udendørs lamper til parkeringspladserne, som opfyldte de funktionsmæssige og kvalitetsmæssige krav. Da tildelingskriteriet var »laveste pris«, valgte klageren imidlertid et produkt, der ikke designmæssigt var identisk med udbudsbetingelsernes. Indklagede havde jo ikke direkte forlangt cylinderformet udendørs belysningsarmatur.

Arkitekt Frederik Bengaard, Nordjyllands Amt, har bl.a. forklaret, at han har medvirket som totalrådgiver ved en lang række hospitalsbyggerier. Han opfatter »design« som et samlebegreb. Efter hans opfattelse er den af klageren tilbudte væglampe (B 14) ikke afskærmet, eftersom den også lyser ud i rummet. De tilbudte lamper til udendørs belysning (B24 og B25) passer efter hans opfattelse ikke ind i hospitalsfunktionen. Han har aldrig medvirket ved udbud, hvor der blev givet en beskrivelse af det udbudte og ikke udelukkende henvist til referenceprodukter.

Installationsingeniør Andre Paasch, Nordjyllands Amt, har bl.a. forklaret, at han indstillede til indklagede, at klagerens tilbud ikke skulle tages i betragtning, fordi det belysningsarmatur, som klageren havde tilbudt til

sengestuer, ikke var tilstrækkelig afskærmet. At lyset kan beskrives som »blødt og afdæmpet« er ikke tilstrækkeligt. Efter hans opfattelse omfatter begrebet »design« produktets konstruktion, form og funktion. Det ville være en meget omfattende opgave at beskrive det udbudte på anden måde end ved angivelse af referenceprodukter, og han har aldrig medvirket ved udbud, hvor man ikke anvendte denne fremgangsmåde. Indstillingen til amtet blev givet den 22. april 2004 og godkendt den 11. maj 2004. Herefter afventede man vedtagelsen af ny lovgivning i forbindelse med struktur-reformen. Umiddelbart efter vedtagelsen heraf den 13. juni 2004 blev klageren underrettet om, at han ikke havde fået tildelt entreprisen. Indklagede har ikke foretaget beregninger af, om klagerens tilbud stadig ville være det laveste, hvis de tilbudte belysningsarmaturer B14, B15, B24 og B25 blev udskiftet med referenceprodukterne. Han kender listepriiserne på referenceprodukterne.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at en ordregivende myndighed efter Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, kun i udbudsbetingelserne kan fastsætte tekniske specifikationer, som nævner bestemte produkter, hvis myndigheden ikke har mulighed for at beskrive kontraktgenstanden ved hjælp af specifikationer, som uden at nævne bestemte produkter er tilstrækkelig nøjagtige og forståelige for alle interesserede. Indklagede har ikke sandsynliggjort, at der ikke var mulighed for at beskrive belysningsarmaturerne ved hjælp af specifikationer, som uden at nævne bestemte produkter ville være tilstrækkelig nøjagtige og forståelige for alle interesserede. Indklagede har derfor handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke havde mulighed for at fastsætte kravene til belysningsarmaturer ved hjælp af specifikationer, som uden at nævne bestemte produkter ville være tilstrækkelig nøjagtige og forståelige for alle interesserede, og at indklagede derfor ikke har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6.

Ad påstand 2

Klageren har – såfremt Klagenævnet finder, at indklagede ikke havde mulighed for at fastsætte kravene til belysningsarmaturer ved hjælp af specifikationer, som uden at nævne bestemte produkter ville være tilstrækkelig nøjagtige og forståelige for alle interesserede – gjort gældende, at en ordregivende myndighed efter Bygge- og anlægsgesundhedslovens artikel 10, stk. 6, i udbudsbetingelserne kun kan angive bestemte produkter, hvis angivelsen ledsages af bemærkningen »eller dermed ligestillet«. Indklagede har ikke anvendt ordene »eller dermed ligestillet«. Indklagede har derfor handlet i strid med Bygge- og anlægsgesundhedslovens artikel 10, stk. 6.

Indklagede har gjort gældende, at en ordregivende myndighed efter Bygge- og anlægsgesundhedslovens artikel 10, stk. 6, i udbudsbetingelserne kan angive bestemte produkter, hvis angivelsen ledsages af bemærkningen »eller dermed ligestillet« eller tilsvarende bemærkning. Indklagede har i udbudsbetingelserne fastsat, at de i udbudsmaterialet nævnte produkter danner norm for kravene til funktion, kvalitet, æstetik og geometri. Indklagede har ligeledes i udbudsbetingelserne fastsat, at entreprenøren – hvor projektet henviser til materialer af bestemte fabrikater eller typer – er pligtig at levere de angivne fabrikater og typer eller kvalitetsmæssigt tilsvarende produkter med samme design og funktion. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med Bygge- og anlægsgesundhedslovens artikel 10, stk. 6.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede i udbudsbetingelserne har fastsat, at entreprenøren er pligtig at levere de angivne fabrikater og typer eller kvalitetsmæssigt tilsvarende produkter med samme design og funktion, og at de belysningsarmaturer, som klageren har tilbudt som B14, B15, B24 og B25, er sammenlignelige med de belysningsarmaturer, som er fastsat i udbudsbetingelserne som B14, B15, B24 og B25. Tildelingskriteriet er »den laveste pris«, og indklagede kan derfor ikke lægge afgørende vægt på designmæssige forhold. Hvis indklagede ønskede at lægge vægt på designmæssig identitet med det valgte referenceprodukt, skulle indklagede i stedet have valgt tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« og have fastsat »design« som underkriterium. Anvendelse af referenceprodukter medfører betydelig uklarhed for tilbudsgiverne, når det ikke samtidig fastsættes, hvilke afvigelser fra referenceproduktet udbyderen vil

acceptere. Den varemærkeretlige beskyttelse af referenceprodukterne vil i øvrigt ofte føre til, at der reelt ikke kan tilbydes »tilsvarende« produkter. Indklagede har ved at lægge vægt på designmæssig identitet reelt udelukket anvendelsen af konkurrerende produkter, og indklagede har derfor handlet i strid med Bygge- og anlægsgesetzets artikel 10, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at tage klagerens tilbud i betragtning. Klageren har endvidere gjort gældende, at udbudsbetingelserne ifølge Bygge- og anlægsgesetzets artikel 10 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip skal indeholde en klar og nøjagtig beskrivelse af kontraktgenstanden. Indklagede må ved sammenligningen af de tilbudte produkter med udbudsbetingelsernes referenceprodukter kun lægge vægt på forhold, der er fastsat i udbudsbetingelserne med den fornødne klarhed. Indklagede har ikke fastsat i udbudsbetingelserne, at der lægges afgørende vægt på en fuldstændig designmæssig lighed med de belysningsarmaturer, som er fastsat i udbudsbetingelserne som B14, B15, B24 og B25. Indklagede har heller ikke med den fornødne klarhed fastsat i udbudsbetingelserne, at der lægges afgørende vægt på, at de belysningsarmaturer, som er fastsat i udbudsbetingelserne som B14 og B15, giver en indirekte belysning. I øvrigt er også det armatur, som klageren har tilbudt, afskærmet, således at der gives en indirekte belysning. Af de anførte grunde har indklagede handlet i strid med Bygge- og anlægsgesetzets artikel 10 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

Indklagede har gjort gældende, at det i udbudsbetingelserne er fastsat, at entreprenøren er pligtig at levere de angivne fabrikater og typer eller kvalitetsmæssigt tilsvarende produkter med samme design og funktion. Indklagede kan som bygherre bestemme, hvordan det færdige projekt skal se ud. De belysningsarmaturer, som klageren har tilbudt som B14, B15, B24 og B25, er ikke sammenlignelige med de referenceprodukter, som er fastsat i udbudsbetingelserne, idet der er væsentlige forskelle i designet. Klageren har således taget forbehold i forhold til udbudsbetingelserne vedrørende disse belysningsarmaturer, og indklagede har derfor ret til at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning. Klageren har endvidere gjort gældende, at navnlig de belysningsarmaturer, som klageren har tilbudt som B14 og B15, ikke er sammenlignelige med de referenceprodukter, som er fastsat i udbudsbetingelserne, idet de tilbudte belysningsarmaturer ikke giver indirekte belysning og dermed har en anden funktion end de tilbudte belysningsarmaturer. Indklagedes projekt skal naturligvis overholde de

krav, som følger af Bygningsreglementet og Dansk standard 703, og det sengestuearmatur, som klageren har tilbudt som B14, overholder ikke disse krav, idet lyskilden ikke er afskærmet. Klageren har således taget forbehold i forhold til udbudsbetingelserne vedrørende disse belysningsarmaturer, og indklagede har derfor haft ret til at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at tilbudene skulle bedømmes efter tildelingskriteriet »den laveste pris«, og såfremt indklagede ikke havde anset klagerens tilbud for at indeholde forbehold vedrørende de belysningsarmaturer, som er fastsat i udbudsbetingelserne som B14, B15, B24 og B25, havde indklagede ved evalueringen af tilbudene kunnet konstatere, at klageren var lavestbydende. Indklagede havde derfor pligt til at beslutte at indgå kontrakt med klageren og har derfor handlet i strid med Bygge- og anlægsgesetzets artikel 30, stk. 1, litra a, ved i stedet at beslutte at indgå kontrakt med Brønderslev El-teknik A/S.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede efter bedømmelsen af tilbudene kunne konstatere, at klageren havde taget forbehold vedrørende de belysningsarmaturer, som er fastsat i udbudsbetingelserne som B14, B15, B24 og B25 – subsidiært kun for de belysningsarmaturer, som er fastsat i udbudsbetingelserne som B14 og B15 –, og at indklagede derfor var berettiget til at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning. Brønderslev El-teknik A/S, der havde afgivet det næstlaveste tilbud, havde ikke taget forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, og indklagede var derfor efter Bygge- og anlægsgesetzets artikel 30, stk. 1, litra a, forpligtet til at beslutte at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver.

Ad påstand 5

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har overholdt reglerne om samtidig meddelelse til tilbudsgiverne. Det var berettiget at afvente vedtagelsen af lovforslag nr. 192 om ændring af lov om kommunernes styrelse, lov om Hovedstadens Udvalgsråd og lov om Hovedstadens Sygehusfællesskab (Bemyndigelse til fastsættelse af regler om iværksættelse af kommunal anlægsvirksomhed m.v.), som blev fremsat den 24. marts 2004, før der blev givet meddelelse til tilbudsgiverne.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Tekniske specifikationer i et udbudsmateriale, der nævner varer af et bestemt fabrikat, er efter Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, alene tilladt i tilfælde, hvor det – undtagelsesvis – ikke er muligt for den ordregivende myndighed at beskrive kontraktens genstand ved hjælp af specifikationer, der er tilstrækkelig nøjagtige og forståelige for alle berørte parter.

Ved indklagedes udbud af el-entreprisen i forbindelse med opførelsen af sengebygningen på Sygehus Vendsyssel i Hjørring er samtlige belysningsarmaturer beskrevet ved henvisning til referenceprodukter. Indklagede har i Byggesagsbeskrivelsens beskrivelse af aftalegrundlaget anført, at henvisningen til »varemærker etc., fabrikater eller produkter, beskrevet »som« sker alene for at gøre henvisningen tilstrækkelig nøjagtig og forståelig for alle, da det i udbudsmaterialet nævnte danner norm for kravene til funktion, kvalitet, æstetik og geometri«. Denne indledende, helt generelle bemærkning fritager imidlertid ikke indklagede for i hvert enkelt tilfælde at overveje, om kontraktgenstanden muligt kunne beskrives tilstrækkelig nøjagtigt og forståeligt uden henvisning til referenceprodukter.

Allerede fordi de beskrivelser af referenceprodukternes tekniske specifikationer, som efterfølgende er fremlagt for Klagenævnet, er korte, præcise og letforståelige, har indklagede ikke godtgjort, at det ikke havde været muligt at beskrive kontraktgenstanden ved hjælp af specifikationer, som er tilstrækkelig nøjagtige og forståelige for alle interesserede.

Som det fremgår, har indklagede efter en gennemgang af såvel klagerens tilbud som tilbudet fra Brønderslev El-teknik A/S accepteret en række armaturer i de 2 tilbud, uanset at de afveg fra udbudsbetingelsernes referenceprodukter.

Klagenævnet finder, at dette forhold på den ene side netop bestyrker antagelsen af, at det ikke havde været vanskeligt, endelige umuligt, for indklagede at beskrive kontraktens genstand ved hjælp af tilstrækkeligt nøjagtige og forståelige specifikationer. Det drejer sig ikke om særligt komplekse bygningsdele, og det har ganske åbenbart været relativt enkelt

for indklagede for hver enkelt tilbudt armatur at konstatere, om det opfyldte de krav til produktet, som indklagede lagde vægt på, til trods for at referenceproduktet var erstattet af et andet.

På den anden side er forholdet ligeledes med til at illustrere, at det ikke på forhånd kan have været klart for tilbudsgiverne, hvilke egenskaber ved udbudsmaterialets referenceprodukter, som indklagede lagde vægt på og ikke ville acceptere afvigelser fra, jf. nedenfor ad påstand 3.

Klagenævnet tager påstanden til følge.

Ad påstand 3

Som nævnt ad påstand 1 har det ikke været gennemskueligt for tilbudsgiverne, hvilke afvigelser fra referenceprodukterne indklagede ville acceptere. Dette gælder navnlig for så vidt angår det ikke ganske klart definerede begreb »design«. Det bemærkes, at dette begreb, uanset ingeniør Andre Paasch' forklaring, i hvert fald ikke i den givne sammenhæng omfatter »funktion«, jf. at udbudsbetingelserne henviser til »tilsvarende produkter med samme design *og funktion*«.«.

Som nævnt kunne indklagede i udbudsmaterialet have beskrevet kontraktens genstand ved hjælp af tekniske specifikationer, der er tilstrækkelig nøjagtige og forståelige. Indklagede kunne således uden vanskelighed have specificeret, at udendørs lamper skulle være cylinderformede. Indklagede kunne ligeledes have specificeret, f.eks. at senge-lamper skulle være kvadratiske. Sådanne præcise designmæssige krav kunne uden vanskelighed have været forenet med det valgte tildelingskriterium »laveste pris«.

Dersom indklagede har villet lægge vægt på begrebet »design« i en anden og måske videre forstand end skitseret ovenfor, kunne indklagede have valgt tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« og have fastsat underkriterierne pris og »design«. En sådan fremgangsmåde ville imidlertid ikke løse de problemer, som indklagedes udstrakte anvendelse af referenceprodukter rejser, herunder som påpeget af klageren de problemer, der kan følge af immaterialretlig beskyttelse af referenceprodukterne.

Klagenævnet finder på denne baggrund, at udbudsbetingelserne må fortolkes så vidt, at udbyderen ikke får mulighed for at udnytte de uklarheder i udbudsmaterialet, som den valgte fremgangsmåde har medført, til efter eget skøn at afvise tilbud som ukonditionsmæssige. Det har derfor ikke været berettiget at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at belysningsarmaturerne B14, B15, B24 og B25, som var en del af klagerens tilbud, ikke var sammenlignelige med hensyn til design med de armaturer, som var fastsat i udbudsbetingelserne.

Navnlig for så vidt angår B14 bemærkes herudover:

Der kan ikke af udbudsmaterialets indirekte henvisning til Dansk Standard 703 - gennem kravet om, at Bygningsreglementet skulle overholdes – anses for at være fastsat krav om, at sengelamperne skulle være afskærmet, i hvert fald ikke afskærmet på en sådan måde, at det produkt, som klageren har tilbudt – hvis lyskilde er afskærmet af en matteret glasplade - ikke skulle opfylde udbudsmaterialets krav. Denne uddybende begrundelse for indklagedes afvisning af netop dette armatur er da også først fremkommet efter, at klagen er indbragt for Klagenævnet. Heller ikke med denne begrundelse er indklagedes afvisning af klagerens tilbud berettiget.

Påstanden tages derfor i sin helhed til følge.

Ad påstand 4

Tildelingskriteriet var »laveste pris«, og klagerens tilbud, der ikke kunne afvises som ukonditionsmæssigt, var det laveste. Indklagede har derfor handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, ved at beslutte at indgå kontrakt med Brønderslev El-teknik A/S, der ikke havde afgivet det laveste tilbud.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 5

Senest den 11. maj 2004 besluttede indklagede at afvise klagerens tilbud som ikke-konditionsmæssigt. Først den 15. juni 2004 gav indklagede – efter henvendelse fra klageren – meddelelse herom. Påstanden tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at belysningsarmaturer af bestemte fabrikater skulle anvendes, uanset at indklagede havde mulighed for at beskrive kontraktgenstanden ved hjælp af specifikationer, som er tilstrækkelig nøjagtige og forståelige for alle interesserede.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse, at de belysningsarmaturer, som var en del af klagerens tilbud under punkterne B14, B15, B24 og B25, ikke er sammenlignelige med hensyn til design med de armaturer, der er fastsat i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Bygge – og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, ved at beslutte at indgå kontrakt med Brønderslev El-teknik A/S, uanset at denne tilbudsgiver ikke havde afgivet tilbudet med den laveste pris.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 8, stk. 2, ved ikke hurtigst muligt efter at have besluttet ikke at tage klagerens tilbud i betragtning at have underrettet klageren om, at dennes tilbud ikke blev taget i betragtning.

Klagegebyret tilbagetales.

Indklagede, Nordjyllands Amt, skal i sagsomkostninger til klageren, Mariendal El-teknik A/S, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig