

K E N D E L S E

Svend Andresen A/S
(advokat Michael Melchior, Århus)

mod

Århus Amt
(selv)

Den 11. marts 2005 iværksatte Århus Amt 9 offentlige licitationer efter Tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende 9 fagentrepriser i forbindelse med renovering og ombygning af Silkeborg Sygehus (Patienthotel og parkeringskælder). Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste bud«. Denne klagesag vedrører tømrer- og snedkerentreprisen.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 7. april 2005 havde 11 virksomheder afgivet tilbud på tømrer- og snedkerentreprisen, bl.a. Svend Andresen A/S og Tømrerfirmaet Smith A/S. Den 18. maj 2005 besluttede Århus Amt at indgå kontrakt med Tømrerfirmaet Smith A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 20. maj 2005.

Den 16. februar 2006 indgav klageren, Svend Andresen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Århus Amt. Klagen har været behandlet på et møde den 30. juni 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved den 18. maj 2005 at beslutte at indgå

kontrakt med Tømrerfirmaet Smith A/S, som havde afgivet et tilbud på 3.162.000 kr., uagtet klageren havde afgivet tilbudet med den laveste pris på 3.060.056 kr.

Påstand 2 (subsidiær forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 9, stk. 2, ved i licitationsbetingelserne at have anført, at tilbudsgiverne havde mulighed for at afgive »alternative tilbud« vedrørende 4 nærmere beskrevne tekniske forhold A – D, uagtet indklagede med A - D tilsigtede at iværksætte 16 sideordnede licitationer vedrørende de pågældende 4 forskellige tekniske forhold.

Påstand 3

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 551.666 kr. med procesrente fra den 16. februar 2006.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale et beløb mindre end 551.666 kr. med procesrente fra den 16. februar 2006.

Indklagede har nedlagt følgende påstande:

Ad påstand 1 og 2: Klagen tages ikke til følge.

Ad påstand 3 og 4: Frifindelse

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 5 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at anvende »sideordnet licitation« vedrørende A, uagtet forskellen mellem de 2 tekniske løsninger er af en sådan beskaffenhed, at der ikke er en saglig begrundelse for at anvende »sideordnet licitation«.

Spørgsmål 6 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at anvende »sideordnet licitation« vedrørende B, uagtet forskellen mellem de 2 tekniske løsninger er af en sådan beskaffenhed, at der ikke er en saglig begrundelse for at anvende »sideordnet licitation«.

Spørgsmål 7 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at anvende »sideordnet licitation« vedrørende C, uagtet forskellen mellem de 2 tekniske løsninger er af en sådan beskaffenhed, at der ikke er en saglig begrundelse for at anvende »sideordnet licitation«.

Spørgsmål 8 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at anvende »sideordnet licitation« vedrørende D, uagtet forskellen mellem de 2 tekniske løsninger er af en sådan beskaffenhed, at der ikke er en saglig begrundelse for at anvende »sideordnet licitation«.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 3 og 4, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 og 2 samt spørgsmål 5-8.

I tilbudslisterne, som blev udsendt som en del af licitationsbetingelserne, var anført følgende:

» Entreprise 3017 Tømrer/snedkerarbejdet

I alt – overført fra tilbudslstens side 4 – excl. moms kr. _____ «

.....

ALTERNATIVE TILBUD

Alternative tilbud afgives tydeligt som tillæg eller fradrag til hovedtilbudssum excl. moms

Emne	Beløb excl. Moms	
	Tillæg	Fradrag
A Beskrevne lofter type Dano Markant 600x6000 udgår og erstattes af levering og montering af nedhængte system lofter som ECOFON type Focus A 600x600		
B De beskrevne beslagssæt til efterfølgende døre udgår og erstattes med nedenfor beskrevne beslagssæt med Carl F Adgangskontrol system Salto		
.....		
C Indvendige glaspartier type G4 og G5. Beskrevne F30 glas udgår og erstattes med BD 60 glas		

D Aftagelige plader i trappe T2, ved teknikskakt udgår og erstattes med hængslede låger.		
E Evt. egne alternativer		«

Indklagede har oplyst, at indklagede – uanset den anvendte formulering i licitationsbetingelserne »alternativt tilbud« – under licitationen har tilsigtet at iværksætte sideordnede licitationer med hensyn til de 4 tekniske forhold, som er nævnt i licitationsbetingelsernes tilbudsliste under A, B, C og D.

I licitationsbetingelserne »Alle entrepriser. Planlægningsbeskrivelse marts 2005« hedder det i afsnit »5. Normer«:

»Hvor der i beskrivelse eller på tegninger refereres til eller nævnes fabrikat/type er dette et udtryk for den ønskede norm dvs. at der kan tilbydes et dermed ligestillet produkt, dog efter fremlagt prøver til endelig godkendelse hos byggeledelsen. Det påhviler entreprenøren at fremkomme med prøver mv. for godkendelsen.«

Indklagede anvendte under de 9 licitationer vedrørende de 9 fagentrepriser sideordnet licitation således:

- a. Råhusentreprisen: ingen
- b. Tømrer- og snedkerentreprisen: 16 sideordnede licitationer
- c. Tagdækningsentreprisen: ingen
- d. Gulvbelægningsentreprisen: 16 sideordnede licitationer
- e. Malerintreprisen: 8 sideordnede licitationer
- f. Elentreprisen: 8 sideordnede licitationer
- g. VVS-entreprisen: 8 sideordnede licitationer
- h. Ventilationsentreprisen: ingen
- i. Elevatorentreprisen: ingen

Tilbudene fra klageren og fra Tømrerfirmaet Smith A/S indeholdt følgende beløb:

	Klageren	Tømrerfirmaet Smith A/S
Licitationsbetingelserne	3.060.056 kr.	3.162.000 kr.
A	+ 82.041 kr.	- 27.590 kr.
B	+ 83.883 kr.	+ 97.968 kr.

C	+ 219.346 kr.	+ 60.882 kr.
D	+ 2.697 kr.	+ 3.260 kr.

Indklagede besluttede at få udført entreprisen efter hovedtilbudet med de tekniske løsninger omhandlet i B, C og D, hvorefter de nævnte 2 tilbudsgiveres beløb blev følgende:

	Klageren	Tømrerfirmaet Smith A/S
Licitations- betingelserne	3.060.056 kr.	3.162.000 kr.
B	+ 83.883 kr.	+ 97.968 kr.
C	+ 219.346 kr.	+ 60.882 kr.
D	+ <u>2.697 kr.</u>	+ <u>3.260 kr.</u>
	3.365.982 kr.	3.324.110 kr.

Ad A:

Indklagede har om sin begrundelse for at iværksætte sideordnet licitation vedrørende lofterne oplyst, at formålet med de sideordnede licitationer vedrørende lofterne var at undersøge, om der ville være en væsentlig prisforskel (besparelse) på at anvende produktet Ecofon type Focus A 600x600 i stedet for lofter af typen Dano Markant 600x600, som var anført i licitationsbetingelserne. Efter en gennemgang af tilbudene besluttede indklagede sig for at vælge Dano Markant 600x600 som et bedre produkt og således ikke at gøre brug af de sideordnede tilbud vedrørende Ecofon type Focus A 600x600.

Ad B:

Indklagede har om sin begrundelse for at iværksætte sideordnet licitation vedrørende beslagsættene til dørene oplyst, at formålet med de sideordnede licitationer vedrørende beslagsættene på døre med adgangskontrol var at undersøge, om det beslagsæt, der var anført i licitationsbetingelserne, indenfor en overkommelig økonomisk ramme kunne erstattes af beslagsæt af typen Carl F Adgangskontrolsystem Salto, idet dette adgangskontrolsystem efter indklagedes vurdering ville være at foretrække. Efter en gennemgang af tilbudene besluttede indklagede at anvende de sideordnede tilbud vedrørende beslagsæt af typen Carl F Adgangskontrolsystem Salto, da de lå indenfor en acceptabel økonomisk ramme. Indklagede har yderligere oplyst, at løsningen med kontrolsystemet Salto, der er baseret på kort i stedet for nøgler, er en bedre og mere fremtidssikret løsning end den, der var angivet i li-

citationsbetingelserne, og at indklagede med tiden ønsker at indføre denne løsning på hele sygehuset.

Ad C:

Indklagede har om sin begrundelse for at iværksætte sideordnet licitation vedrørende glasdørene oplyst, at indklagede i perioden op til udsendelsen af licitationsbetingelserne ved flere lejligheder drøftede brandforholdene i relation til projektet og i relation til sygehuset som helhed med brandmyndigheden Silkeborg Kommune, men at brandmyndigheden på tidspunktet for udsendelsen af licitationsbetingelserne endnu ikke havde taget endelig stilling til klassifikationen af glaspartierne G4 og GE. Det var dog indklagedes formodning, at brandmyndighederne ville ende med at kræve de 2 partier udført med brandsektionsdøre. Begrundelsen for at iværksætte sideordnet licitation med hensyn til en opgradering af brandklassifikationen på de 2 glaspartier var således et forventet myndighedskrav. Efter licitationen besluttede brandmyndigheden at stille krav om, at glaspartierne G4 og G5 skulle udføres som brandsektionsdøre, og indklagede besluttede derfor at gøre brug af de sideordnede tilbud.

Ad D:

I licitationsbetingelserne er anført aftagelige plader i trappe T2 ved teknikskakten, mens der under D er anført, at der i stedet for aftagelige plader skal anvendes hængslede låger. Indklagede har om sin begrundelse for at iværksætte sideordnet licitation vedrørende de pågældende plader oplyst, at der er tale om en ukompliceret ændring fra en aftagelig plade til en hængslet plade, og at indklagede ønskede en lettere og mere komfortabel adgang til den pågældende teknikskakt. Efter gennemgangen af tilbudene viste merprisen sig at være minimal, og indklagede besluttede derfor at gøre brug af de sideordnede tilbud.

Klageren har vedrørende påstand 1 gjort gældende, at indklagede har iværksat en licitation med mulighed for tilbudsgiverne for at afgive alternative tilbud vedrørende de forhold, som indklagede har anført under A, B, C og D, samt vedrørende andre forhold, som tilbudsgiverne måtte ønske at afgive alternative tilbud vedrørende (E). Indklagede har derfor været forpligtet til ved anvendelsen af tildelingskriteriet »laveste bud« at anvende tilbudspriserne for de 2 hovedtilbud, som henholdsvis klageren og Tømrerfirmaet Smith A/S havde afgivet, og at indklagede, da det var

klageren, der havde afgivet tilbudet med den laveste pris, herefter var forpligtet til at beslutte at indgå kontrakt med klageren.

Klageren har vedrørende påstand 2 gjort gældende, at indklagede, hvis det var tilsigtet med licitationsbetingelserne at give tilbudsgiverne mulighed for at afgive 16 alternative tilbud, har handlet ukorrekt ved ved A, B, C og D at anføre, at der var tale om »alternative tilbud«.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede har ved de fastsatte licitationsbetingelser tilsigtet at iværksætte 16 sideordnede licitationer af følgende 16 entrepriser:

1. Projektet efter licitationsbetingelserne
2. Projektet efter licitationsbetingelserne + A
3. Projektet efter licitationsbetingelserne + B
4. Projektet efter licitationsbetingelserne + C
5. Projektet efter licitationsbetingelserne + D
6. Projektet efter licitationsbetingelserne + A + B
7. Projektet efter licitationsbetingelserne + A + C
8. Projektet efter licitationsbetingelserne + A + D
9. Projektet efter licitationsbetingelserne + B + C
10. Projektet efter licitationsbetingelserne + B + D
11. Projektet efter licitationsbetingelserne + C + D
12. Projektet efter licitationsbetingelserne + A + B + C
13. Projektet efter licitationsbetingelserne + A + B + D
14. Projektet efter licitationsbetingelserne + A + C + D
15. Projektet efter licitationsbetingelserne + B + C + D
16. Projektet efter licitationsbetingelserne + A + B + C + D

Tilbudsgiverne kunne herefter ved angivelse af en samlet tilbudssum afgive tilbud på projektet efter licitationsbetingelserne samt ved udfyldelse af en eller flere af rubrikkerne A, B, C og D afgive tilbud på de af de øvrige 15 entrepriser, som tilbudsgiverne måtte ønske at afgive tilbud på.

Tilbudsgiveren har endvidere ved rubrik E givet tilbudsgiverne mulighed for – udover tilbud på en eller flere af de 16 sideordnede entrepriser – yderligere at afgive alternative tilbud, jf. Tilbudslovens § 9, stk. 2.

Da indklagede således ikke har iværksat én licitation med mulighed for at afgive 5 alternative tilbud som beskrevet under A - E, men derimod iværksat 16 sideordnede licitationer suppleret med en mulighed for at afgive alternative tilbud som tilkendegivet under E, har indklagede ikke som anført af klageren været forpligtet til ved anvendelsen af tildelingskriteriet »laveste bud« alene at tage hensyn til tilbudspriserne på projektet efter licitationsbetingelserne – for klagerens vedkommende 3.060.056 kr. og for Tømmerfirmaet Smith A/S' vedkommende 3.162.000 kr. – men har været berettiget til også at tage de andre tilbudspriser i betragtning. Klagenævnet tager derfor ikke påstand 1 til følge.

Ad påstand 2

Det følger af det, der er anført ad påstand 1, sammenholdt med indholdet af licitationsbetingelserne, at indklagede ved udformningen af licitationsbetingelserne har handlet i strid med Tilbudslovens § 9, stk. 2, som anført i denne påstand. Påstanden tages derfor til følge.

Ad spørgsmål 5 - 8

Spørgsmålet er herefter, om indklagede lovligt har kunnet iværksætte 16 sideordnede licitationer, når indklagede samtidig i medfør af Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, valgte at fastsætte tildelingskriteriet »laveste pris«, eller om iværksættelse af de 16 sideordnede licitationer kun lovligt kan ske, hvis der i medfør af § 8, stk. 1, nr. 2, blev fastsat tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« med dertil hørende egnede underkriterier.

Såfremt indklagede uden at handle i strid med § 8, stk. 1, nr. 1, har kunnet gennemføre de 16 sideordnede licitationer med tildelingskriteriet »laveste pris«, har det påhvilet indklagede, når indklagede var blevet bekendt med tilbudspriserne for de 16 entrepriser, under hensyn til amtets økonomiske rammer for projektet at beslutte sig for, hvilken af de 16 sideordnede entrepriser, der ønskes udført. Når indklagede havde truffet denne beslutning, har det påhvilet indklagede ved anvendelse af det fastsatte tildelingskriterium »laveste pris« at træffe beslutning om, hvem der skulle indgås kontrakt

med, jf. § 8, stk. 1, nr. 1, jf. herved Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. juni 2003 (Haderslev Tæppelager A/S mod 1. Støtteforeningen for Toftlund Biograf og 2. Nørre-Rangstrup Kommune).

Ved vurderingen af, om indklagede på grundlag af de fastsatte licitationsbetingelser lovligt har kunnet iværksætte de 16 licitationer, lægger Klagenævnet for det første vægt på, at de 4 alternativer A-B i licitationsbetingelserne på samme måde som de tekniske løsninger i hovedprojektet er detaljeret og fuldstændig beskrevet, således at indklagede ved vurderingen af tilbud på de 4 alternativer på samme måde som ved vurderingen af tilbud på hovedprojektet alene skulle lægge vægt på tilbudsprisen.

Ved gennemførelse af licitationer med tildelingskriteriet »laveste pris« vil iværksættelse af sideordnede licitationer imidlertid kunne indebære, at licitationsbetingelserne ikke opfylder Tilbudslovens krav om gennemsigtighed, eller kunne indebære en risiko for, at tildelingskriteriet »laveste pris« ikke kan fungere. Der må derfor udvises tilbageholdenhed med antallet tekniske alternativer, da der ellers – som i det aktuelle udbud – skal vurderes et stort antal tilbudspriser.

På denne baggrund er det Klagenævnets vurdering, at indklagede har savnet en saglig begrundelse for at iværksætte sideordnede licitationer med hensyn til den simple og betydningsløse tekniske detalje anført under D, som er uden økonomisk betydning, og som medfører, at antallet af sideordnede licitationer forøges fra 8 til 16. Klagenævnet konstaterer derfor, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven som anført i spørgsmål 8.

Ved gennemførelse af licitationer med tildelingskriteriet »laveste pris« vil anvendelsen af 2 sideordnede licitationer kunne være sagligt begrundet, hvis den er begrundet i et reelt behov hos ordregiveren for en afklaring af ordregiverens økonomiske muligheder for vælge mellem 2 forskellige tekniske løsninger, som ordregiveren begge er indstillet på at anvende og som er af ikke-uvæsentlig økonomisk betydning, således at ordregiveren først ønsker at vælge imellem de 2 løsninger, når der ved hjælp af tilbudene er skabt klarhed over, om ordregiveren overhovedet økonomisk har mulighed for at vælge begge tekniske løsninger, og hvis det viser sig at være tilfældet, tillige er skabt klarhed over de økonomiske krav, der er forbundet med valget af hver af de 2 løsninger.

Det er på denne baggrund Klagenævnets vurdering, at indklagede har haft en saglig grund til at iværksætte sideordnede licitationer vedrørende hver af de 3 tekniske forhold, der er omhandlet i A - C.

Herefter bestemmes:

Påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 9, stk. 2, ved i licitationsbetingelserne at have anført, at tilbudsgiverne havde mulighed for at afgive »alternative tilbud« vedrørende 4 nærmere beskrevne tekniske forhold A – D, uagtet indklagede med A - D tilsigtede at iværksætte 16 sideordnede licitationer vedrørende de pågældende 4 forskellige tekniske løsninger.

Spørgsmål 8

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at anvende »sideordnet licitation« vedrørende D, uagtet forskellen mellem de 2 tekniske løsninger er af en sådan beskaffenhed, at der ikke er saglig begrundelse for at anvende »sideordnet licitation«.

Påstand 1 tages ikke til følge.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klageren betale 20.000 kr.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig