

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Helle Bøjen Larsen, Vibeke Steenberg)

J.nr.: 2006-0007943

19. januar 2007

K E N D E L S E

P. Jensen og Sønner Outrup ApS
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

mod

Blaabjerg Kommune
(advokat Merete Larsen, København)

Den 2. februar 2006 iværksatte Blaabjerg Kommune en offentlig licitation efter Tilbudsloven (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende en totalentreprise om ombygning af og tilbygning til Blaabjerg Plejecenter. Ifølge licitationsbetingelserne skulle tilbudet omfatte alle ydelser for byggeriets gennemførelse fra og med projektering til og med aflevering, mangelfhjælpning samt 1- og 5-års eftersyn med tilhørende mangelfhjælpning. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 21. marts 2006 havde følgende virksomheder afgivet tilbud incl. moms således:

- | | | |
|----|-------------------------------|-------------------|
| 1. | Vagn Henriksen A/S | 59.842.125,00 kr. |
| 2. | N. E. Jørgensen A/S | 57.489.250,00 kr. |
| 3. | MT Højgaard A/S | 64.781.250,00 kr. |
| 4. | Davidson Partnere A/S | 65.583.500,00 kr. |
| 5. | Max Mathiesen og Søn A/S | 58.241.661,25 kr. |
| 6. | P. Jensen & Sønner Outrup ApS | 55.559.112,50 kr. |

Den 15. maj 2006 besluttede indklagede at annullere licitationen, og dette blev meddelt tilbudsgiverne den 18. maj 2006.

Den 27. september 2006 indgav klageren, P. Jensen og Sønner Outrup ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Blåbjerg Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 8. januar 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at beslutte at indgå entreprisekontrakt om ombygningen af og tilbygningen til Blåbjerg Plejecenter uden forinden at gennemføre et EU-udbud efter Udbudsdirektivet, idet indklagede i stedet for besluttede at gennemføre en offentlig licitation efter Tilbudsloven.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at fastsætte uklare licitationsbetingelser, idet de tilbødte ekstraomkostninger vedrørende 14 sideordnede tekniske løsninger ved vurderingen af tilbudene skulle tillægges priserne for de grundlæggende ydelser.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, ved i licitationsbetingelserne at forbeholde sig at forkaste alle tilbud.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 9, stk. 1, ved at tillade afgivelse af alternative tilbud, selv om der ikke i licitationsbetingelserne var angivet ufravigelige mindstekrav.

Påstand 5

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 137.108,75 kr. med procesrente fra den 27. september 2006.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 137.108,75 kr. med procesrente fra den 27. september 2006.

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

Indklagede har vedrørende påstand 3 erkendt overtrædelsen.

Indklagede har vedrørende påstand 5 og 6 nedlagt påstand om frifindelse.

Klageren har opgjort sit erstatningskrav således:

1. Udgifter til beregning af jord-, kloak-, beton-, anlægs- og murerarbejde, Byggeriets Beregner-service A/S	16.687,00	kr.
2. 300 arbejdstimer for klagerens 2 direktører Leo Jensen og Frands Poulsen á 310 kr.	93.000,00	kr.
	109.687,00	kr.
Moms	27.421,75	kr.
	136.108,75	kr.

I en skrivelse af 18. maj 2006 fra indklagedes tekniske rådgiver, Domea s.m.b.a. til de virksomheder, der havde afgivet tilbud, er anført følgende:

»Kommunalbestyrelsen har på sit møde d. 15. maj 2006, besluttet at annullere udbud af 2. februar 2006 vedrørende om- og tilbygning af Blaabjerg Plejecenter, beliggende Byagervej 19 og 15 A-D.

Annuleringen sker som følge af:

1. Mangler ved udbudet, idet opgaven viser sig at overstige tærskelværdien og derfor burde have været konkurrenceudsat efter EU's udbudsdirektiv og
2. Mangler ved udbudsmaterialet, idet de fremsendte tilbudslister er uklare, hvorfor det ikke er muligt at gennemføre en fejlfri tildelingsproces.

Dette bevirker, at der er opstået begrundet tvivl om udbudets lovlighed.

Opgaven vil senere blive genudbudt under iagttagelse af EU's udbudsdirektiv med revideret udbudsmateriale.«

Ad påstand 1

Blåbjerg Kommune besluttede den 22. marts 2005 på grundlag af forskellige forslag udarbejdet af Niras Arkitekterne at ombygge Blaabjerg Pleje- og Aktivitetscenter til et levested med 38 + 4 pladser og 800 m² serviceareal. Den 3. juni 2005 iværksatte kommunens tekniske rådgiver Domea s.m.b.a. en arkitektkonkurrence bl.a. vedrørende Blaabjerg Plejecenter angivet som »Om- og tilbygning af 38 plejeboliger samt 4-5 aflastningsboli-

ger - organiseret i leve- og bomiljøer. 800 m² servicearealer«. Anlægsbudgettet var anført som 36.425.000 kr. incl. moms, og det var anført, at dette anlægsbudget ikke måtte overskrides. I et økonomiskema udarbejdet af kommunen i december 2005 vedrørende byggeriet er det anført som 3.129 m² til 42 almene boliger og 1.775 m² til serviceareal, og de samlede håndværkerudgifter er anført til 42.465.000 kr. incl. moms svarende til 33.972 kr. excl. moms.

Byggechef Karsten Pedersen, Domea s.m.b.a., har forklaret, at indklagede efter en arkitektkonkurrence antog Arkitektfirmaet Rønne og Jessen til at udarbejde det skitseprojekt, som skulle danne grundlag for indhentelsen af tilbud på totalentreprise, og Domea s.m.b.a. til at forstå kontraktsindgåelsen og efterfølgende føre tilsyn med byggeriet. Han selv stod for gennemførelsen af indhentningen af tilbud, mens det efterfølgende tilsyn med selve byggeriet skulle forestås af byggeadministrator Peter Sundberg fra Domea s.m.b.a. Der blev nedsat en arbejdsgruppe, hvori der bl.a. var repræsentanter for kommunen herunder repræsentanter for det personale, der var ansat på institutionen. Det var formålet med denne arbejdsgruppe, at der skulle overvejes forslag til forbedringer af projektet. Man var i arbejdsgruppen opmærksom på, at forslag til forbedringer ikke måtte medføre, at projektet overskred den bevillingsramme, som kommunen havde fastsat. Det blev i arbejdsgruppen konstateret, at badeværelserne var for små, og at der af hensyn til personalet også skulle være plads nok i soveværelserne. Der var 2 mulige løsninger på dette problem: en udbygning under det halvtag, der var i forvejen, eller inddragelse i lejlighedsarealerne af arealer fra gangene, der ret brede. Kommune ville ikke bruge så mange penge på et projekt, som efterfølgende ikke kom til at fungere godt. Der blev ikke udarbejdet dokumenter i forbindelse med vurderingen af, at der ikke krævedes gennemført EU-udbud. Han selv byggede på sine erfaringer fra tidligere gennemførte projekter bl.a. et efter hans opfattelse sammenligneligt ombygningsprojekt vedrørende 128 almene boliger i Varde ca. 25 km fra Blaabyerg.

Ad påstand 2 - 4

Licitationsbetingelserne indeholder ingen angivelse af, at licitationen gennemføres efter Tilbudsloven, men indklagede har oplyst, at det var tilsigtet at gennemføre en licitation efter Tilbudsloven.

Ad påstand 2

Licitationsbetingelsernes tilbudsliste bestod af i alt 19 sider, hvor side 1 skulle udfyldes med det samlede tilbud, mens der på side 2 skulle ske en sammentælling af beløbene fra de følgende sider. På side 3-15 skulle anføres en række underbeløb, som skulle indgå i det samlede tilbudsbeløb. På side 16 og 17 var der under overskriften »Alternative priser excl. moms« anført 25 andre tekniske løsninger end dem, der fremgik af licitationsbetingelserne, som tilbudsgiverne kunne udfylde. Under de 14 af disse andre tekniske løsninger, som var anført på side 16, var der anført følgende: »Til-læg i alt at overføre til side 2«. Dette var derimod ikke tilfældet med de resterende 11 anderledes tekniske løsninger, der var anført på side 17. Tilbudsgiverne havde i overensstemmelse hermed overført summerne fra side 16 til opgørelsen af den samlede tilbudssum på side 2, men ligeledes i overensstemmelse hermed ikke overført summerne fra side 17 til side 2.

Byggechef Karsten Pedersen, Domea s.m.b.a., har forklaret, at det, som indklagede tilsigtede med side 16 og 17, var at få priser på en række tekniske bedre, men forventet dyrere tekniske løsninger, således at indklagede, hvis der efter modtagelsen af tilbudene var økonomisk mulighed herfor, kunne vælge en eller flere af disse tekniske løsninger (sideordnede licitationer). Det er således en fejl, at det i tilbudslisten er anført, at beløbene for disse anderledes tekniske løsninger skal medregnes i det samlede tilbudsbeløb, og der kan ikke gives nogen forklaring på, hvorfor det kun er foreskrevet, at beløbene side 16 vedrørende de 14 tekniske løsninger, men ikke beløbene side 17 vedrørende 11 tekniske løsninger efter tilbudsbetingelserne skulle overføres til sammentællingen side 2. Denne fejl ved licitationsbetingelserne, som medførte, at det ikke var muligt at finde frem til tilbudet med den laveste pris, var en af årsagerne til, at indklagede besluttede at annullere licitationen.

Hvis tilbudspriserne i de 6 tilbud reduceres med priserne på side 16, som korrekt efter tilbudslisten – men i strid med indklagedes intentioner – i tilbudene er overført til side 2 og dermed indgår i tilbudssummen anført på side 1, fremkommer følgende tilbudspriser:

1.	Vagn Henriksen A/S	45.525.600 kr.
2.	N. E. Jørgensen A/S	43.795.100 kr.
3.	MT Højgaard A/S	48.419.000 kr.
4.	Davidsen Partnere A/S	48.643.440 kr.
5.	Max Mathiesen og Søn A/S	42.850.829 kr.
6.	P. Jensen & Sønner Outrup ApS	41.118.190 kr.

Ad påstand 3

I licitationsbetingelserne af 2. februar 2006 er anført følgende:

»Bygherren forbeholder sig ret til at forkaste alle tilbud«.

Ad påstand 4

I licitationsbetingelserne af 2. februar 2006 er anført følgende:

»Tilbudsgiveren kan afgive alternative tilbud, og bygherren kan acceptere sådanne tilbud. Et alternativt tilbud skal indeholde en redegørelse for, hvilke fordele tilbudet indeholder i forhold til det udbudte projekt samt identificere de væsentlige forskelle i forhold til det udbudte projekt. Det alternative tilbud skal indeholde en tilbudsliste, der i videst muligt omfang er parallel med tilbudslisten til det udbudte projekt.«.

Byggechef Karsten Pedersen, Domea s.m.b.a., har forklaret, at det ikke var kommunens hensigt at give tilbudsgiverne mulighed for at afgive alternative tilbud, men alene at afgive tilbud på det projekt, der var vedtaget. Det var derimod som forklaret vedrørende påstand 2 kommunens hensigt med side 16 og 17 i tilbudslisterne at få priser på en række bedre tekniske løsninger, som kommunen så kunne vælge, hvis det efter modtagelsen af tilbudene viste sig, at der var økonomisk mulighed for i stedet at vælge disse bedre tekniske løsninger. Han kan ikke give nogen forklaring på angivelsen i licitationsbetingelserne af, at tilbudsgiverne skulle kunne afgive »alternative tilbud«. Bestemmelsen herom må være medtaget ved en fejl.

Selvom det således ikke var tilsigtet at give tilbudsgiverne mulighed for at afgive »alternative tilbud«, jf. Tilbudslovens § 9, stk. 1 og stk. 2, afgav 2 tilbudsgivere »alternative tilbud«, nemlig nr. 2 og nr. 3.

Klagerens anbringender:Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke forud for sin beslutning om ikke at gennemføre et EU-udbud, men alene gennemføre en licitation efter Tilbudsloven, har foretaget en korrekt og forsvarlig vurdering af, om bygge- og anlægsarbejdet var af en sådan værdi, at værdien oversteg tærskelbeløbet i Udbudsdirektivet, og at indklagede således har handlet i strid med Udbudsdirektivet. Klageren har herved særligt henvist til, at samtlige tilbud væsentligt oversteg tærskelværdien på 39.277.401 kr.

Ad påstand 5 og 6

Klageren har endvidere gjort gældende, at overtrædelsen af Udbudsdirektivet beskrevet i påstand 1, er af en sådan beskaffenhed, at indklagede herved efter dansk rets almindelige erstatningsregler har handlet ansvarspådragende over for klageren som tilbudsgiver under licitationen, at indklagedes ansvarspådragende adfæd har forårsaget et tab hos klageren, at dette tab er 137.108,75 kr., samt at klageren derfor har krav på at få erstattet dette tab hos indklagede.

Indklagedes anbringender:Ad påstand 1

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes beslutning om, at der ikke vedrørende det pågældende bygningsarbejde skulle gennemføres et EU-udbud, er truffet på et fagligt forsvarligt grundlag, og at den omstændighed, at det efterfølgende har vist sig, at tilbudene alle lå over tærskelværdien på 39.277.401 kr., ikke indebærer, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet.

Ad påstand 5 og 6

Indklagede har i første række gjort gældende, at indklagede, selvom Klagenævnet antager, at indklagede ved sin beslutning om ikke at gennemføre et EU-udbud, har handlet i strid med Udbudsdirektivet, ikke har handlet ansvarspådragende efter dansk rets almindelige erstatningsregler. Indklagede har herved henvist til, at afgørelsen af, om værdien af et byggearbejde over-

stiger tærskelværdien, i mange tilfælde er vanskelig at foretage, at der i forbindelse med en overtrædelse kun skal konstateres erstatningsansvar, hvis der er tale om en klar fejlsvurdering fra den offentlige udbyders side, og at en sådan klar fejlsvurdering ikke foreligger i det aktuelle tilfælde.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at en eventuel ansvarspådragende adfærd ikke har forårsaget noget tab hos klageren, da indklagede var berettiget til at afvise klagerens tilbud på grund af forbeholdet vedrørende den opstillede tidsplan, som er et forbehold vedrørende et grundlæggende element i licitationsbetingelserne.

Indklagede har endvidere bestridt klagerens erstatningskrav størrelsesmæssigt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter udbudsdirektivet påhviler det en offentlig ordregiver, der skal indgå en kontrakt om gennemførelse af et bygge- og anlægsarbejde, at træffe beslutning, om hvorvidt der forud for indgåelsen af kontrakten om bygge- og anlægsarbejdet skal gennemføres et EU-udbud efter Udbudsdirektivet, eller om der forud for indgåelsen af kontrakten om bygge- og anlægsarbejdet alene skal gennemføres en licitation efter Tilbudsloven. Det påhviler endvidere efter Udbudsdirektivet den offentlige ordregiver forud for, at denne afgørelse træffes, at sikre sig, at der foreligger et fyldestgørende grundlag for at træffe denne afgørelse.

Indklagede har under sagens behandling ved Klagenævnet hverken fremlagt dokumenter, der viser, på hvilket grundlag indklagede traf sin afgørelse om ikke at gennemføre EU-udbud, eller dokumenter indeholdende en redegørelse for indklagedes overvejelser i forbindelse med beslutningen om ikke at gennemføre et EU-udbud. Indklagede har alene henvist til de oplysninger, som er fremkommet ved den forklaring, som en medarbejder hos indklagedes tekniske rådgiver Domea s.m.b.a. har afgivet for Klagenævnet.

Indklagede har herved hverken ført bevis for, at der forud for indklagedes afgørelse om ikke at gennemføre EU-udbud var tilvejebragt de oplysninger, som var nødvendige som grundlag for denne afgørelse, eller ført bevis for, at afgørelsen blev truffet ved en fagligt forsvarlig vurdering af de foreliggende oplysninger. Klagenævnet tager derfor påstand 1 til følge.

Ad påstand 2 - 4

Det følger af det, der er anført under påstand 1, at Klagenævnet ikke tager stilling til disse påstande.

Ad påstand 5 og 6

Efter det oplyste om den fremgangsmåde, som indklagede har fulgt ved sin stillingtagen til, om der skulle gennemføres et EU-udbud, er indklagede erstatningsansvarlig over for klageren som tilbudsgiver under den licitation, der ukorrekt blev påbegyndt i stedet for det foreskrevne EU-udbud.

Indklagede iværksatte som beskrevet i påstand 1 en licitation, som på grund af manglende eller helt utilstrækkelig vurdering af, om bygge- og anlægsarbejdets værdi oversteg tærskelværdien, med overvejende sandsynlighed måtte forventes senere at skulle annulleres. Indklagede udarbejdede endvidere som beskrevet i påstand 2 licitationsbetingelserne på en sådan måde, at de var uanvendelige, således at situationen ved iværksættelsen af licitationen var den, at licitationen enten måtte forventes annulleret på grund af, at der i stedet skulle have været gennemført et EU-udbud efter Udbudsdirektivet, eller i hvert fald skulle annulleres på grund af fejlen beskrevet i påstand 2. Som følge af denne handle måde fra indklagedes side afgav klageren et nytteløst tilbud, idet det ved klagerens afgivelse af tilbudet lå klart, at licitationen ville blive annulleret. Det er i den forbindelse uden betydning, om indklagede ved en bedømmelse af klagerens tilbud har kunnet konstatere, at indklagede - hvis tilbudet var indgivet under en korrekt gennemført licitation - havde været berettiget eller eventuelt forpligtet til at afvise tilbudet på grund af forbehold eller manglende opfyldelse af licitationsbetingelserne. Efter beskaffenheden af de fejl, som indklagede begik, jf. påstand 1 og 2, foreligger der endvidere ikke egen skyld hos klageren, som kan begrunde, at selskabets erstatningskrav skal bortfalde eller skal nedsættes. Indklagedes er således forpligtet til at dække det tab, som klageren har lidt.

På grundlag af klagerens oplysninger om udgifterne til udarbejdelsen af tilbuddet fastsætter Klagenævnet erstatningen til 75.000 kr.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at beslutte at indgå entreprisekontrakt om ombygningen af og tilbygningen til Blaabjerg Plejecenter uden forinden at gennemføre et EU-udbud efter Udbudsdirektivet, idet indklagede i stedet for at beslutte at gennemføre en offentlig licitation efter Tilbudsloven.

Indklagede, Blåbjerg Kommune, skal til klageren, P. Jensen og Sønner Outrup ApS, betale 75.000 kr. med procesrente fra den 27. september 2006.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klageren betale 25.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger efter, at denne afgørelse er meddelt indklagede.

Indklagedes indbringelse af denne kendelse for domstolene inden 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt parterne, har opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 2.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig