

K E N D E L S E

Grønbech Construction A/S
(advokat Georg Petersen, København)

mod

1. Albertslund Boligselskab
2. Vridsløselille Andelsboligforening
(advokat Kurt Bardeleben, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 5. august 2005 udbød de indklagede, Albertslund Boligselskab (AB) og Vridsløselille Andelsboligforening (VA), som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en bygge- og anlægskontrakt vedrørende 4 storentrepriser, herunder »Renovering af facader herunder glasinddækninger af altaner, nye vinduer og franske altaner, indgangspartier og ny facadebeklædning« (entreprise A), som denne sag vedrører. Det oplystes, at entreprisen angik en bebyggelse bestående af 18 ens boligblokke på 4 etager, i alt 72 opgange med 504 boliger.

De indklagede havde på udbudstidspunktet ikke truffet beslutning om, hvorvidt de ønskede i fællesskab at tildele én tilbudsgiver det samlede arbejde (fordelt på 2 kontrakter), eller om bygherrerne ønskede individuelt at tildele deres del af arbejderne til en af tilbudsgiverne, hvorfor der afholdtes 2 sideordnede udbud.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Fristen for prækvalifikation udløb den 15. september 2005. Udbudsbrev blev udsendt den 7. oktober 2005, og fristen for afgivelse af tilbud udløb den 22. november 2005. Fem virksomheder havde anmodet om og opnået prækvalifikation, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 22. november 2005

havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Følgende virksomheder afgav tilbud:

1. Grønbech Construction A/S (klageren)
2. Enemærke & Petersen A/S (Enemærke & Petersen)
3. E. Pihl & Søn A/S,
4. Ejner Kornerup A/S og
5. MT Højgaard A/S

Virksomhederne afgav tilbud på facaderenoveringen af begge boligforeninger. Laveste tilbud var tilbuddet fra klageren med en totalpris på 169.876.656 kr., medens næstlaveste tilbud var tilbuddet fra Enemærke & Petersen med 171.966.000 kr. Denne tilbudsgiver tilbød en prisreduktion på 9 mio. kr., hvis facaderenoveringen fra begge indklagede blev tildelt selskabet.

Efter bl.a. et såkaldt »afklarende møde«, som blev afholdt den 13. december 2005 med klageren, indbød de indklagedes arkitekt ved skrivelser af 26. juli 2006 tilbudsgiverne til et udbud efter forhandling »med det formål at indgå en kontrakt om Albertslund Nord - entreprise A, jf. EU-udbudsdirektivets art. 30, stk. 1, litra a«, da ingen af de indkomne tilbud var antagelige. Samtidig annulleredes det begrænsede udbud vedrørende entreprise A. Om baggrunden herfor anførtes, at samtlige tilbud væsentligt oversteg de indklagedes budget for entreprisen.

Den 31. juli 2006 blev der afholdt et møde mellem klagerens og de indklagedes arkitekter. Under punkt 01.05 i mødereferatet er anførte følgende:

- » Slutbemærkning
SJ gjorde opmærksom på, at Enemærke & Petersens nye pris på badeværelsesentreprisen B er afhængig af, om firmaet skal udføre facadeentreprisen. Ellers er de ikke interesseret.«

Det er oplyst, at SJ refererer til Søren Jensen fra Enemærke & Petersen.

De indklagedes advokat har oplyst, at slutbemærkningen ikke angår den entreprise, der var genstand for udbud efter forhandling, men var information om virksomhedens motiver for at afgive tilbud i et forestående udbud om installationsentreprisen vedrørende badeværelser.

Den 31. juli 2006 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over de indklagede. Klagen blev ikke tillagt opsættende virkning.

Klagen angik spørgsmål, om de indklagede havde handlet i strid med artikel 30 i Udbudsdirektivet ved ikke at have afvist tilbuddet fra Enemærke & Petersen om facaderenovering under henvisning til, at dette tilbud ikke indeholdt både et tilbud på det udbudte bygge- og anlægsarbejde udarbejdet på grundlag af udbudsbetingelserne, og et alternativt tilbud udarbejdet på grundlag af de mindstekrav, der i udbudsbetingelserne var fastsat for alternative tilbud, men alene indeholdt et alternativt tilbud.

Ved kendelse af 27. februar 2007 udtalte Klagenævnet for Udbud, at tilbuddet fra Enemærke & Petersen ikke stred mod udbudsbetingelsernes krav til logistik eller principperne for arbejdets udførelse, og at der er om disse forhold derfor ikke var tale om, at denne tilbudsgiver havde indgivet et alternativt tilbud. Klagenævnet fandt derfor, at de indklagede havde været berettiget til at anse tilbuddet fra Enemærke & Petersen for konditionsmæssigt, ligesom de indklagede havde været berettiget til at indlede forhandlinger med denne tilbudsgiver.

Ved skrivelse af 23. februar 2007 til klageren meddelte de indklagedes arkitekt, arkitekt Per Zwinge, at Enemærke & Petersen samlet set have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som således blev foretrukket.

Den 25. april 2007 indgav klageren fornyet klage til Klagenævnet for Udbud over de indklagede.

Ved kendelse af 22. oktober 2007 udtalte Klagenævnet, at de indklagede havde handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder art. 53, stk. 1, litra a, ved under vurderingen af tilbuddene at have anvendt underkriterierne pris 33 1/3%, logistik 25% og facadesystem 41 2/3 %, selv om disse kriterier i udbudsbetingelserne var angivet til hhv. 60%, 15% og 25%.

Derimod fandt Klagenævnet ikke,

at de indklagede havde overtrådt det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved på et afklarende møde den 13. december 2005 at have drøftet en præcisering af underkriterierne, eller

at de indklagede havde handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincippet ved ikke forud for tilbudsgivningen at have givet oplysninger om det anvendte karaktersystem, eller

at de indklagede havde handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincippet ved at have tildelt Enemærke & Petersen og klageren hhv. 10 point og 8,57 point vedrørende underkriteriet pris, uanset at der kun var en forskel på priserne på 0,455 %,

at de indklagede havde handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincippet ved at have tildelt Enemærke & Petersen og klageren for høje point vedrørende underkriteriet pris, idet tilbudspriserne oversteg de indklagedes budget med ca. 28 %, eller

at de indklagede havde handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincippet ved at have tildelt Enemærke & Petersen 7 point vedrørende underkriteriet logistik, uanset at denne tilbudsgivers fremgangsmåde medfører så betydelige ulemper, at denne karakter ikke kan opnås, eller

at de indklagede havde handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincippet ved vedrørende underkriteriet facadesystem at have tildelt Enemærke & Petersen og klageren 10 og 7 point, uagtet alt arbejde fra Enemærke & Petersen udføres under telt, medens klageren udfører alle elementer udenfor byggepladsen, ligesom Enemærke & Petersens udførelsesmetode i mindst lige så høj grad som klagerens er vejrligsfølsom, eller

at de indklagede havde handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincippet ved vedrørende underkriterium logistik at have taget hensyn til logistisk redegørelse og redegørelse for tidsplanlægning.

Den 6. juni 2007 blev der indgået kontrakt med Enemærke & Petersen.

Den 21. december 2007 har klageren på ny indgivet klage til Klagenævnet over de indklagede. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincip ved først efter, at tilbudsgivning var foretaget, og efter at en foreløbig vurdering viste, at tilbuddene fra Grønbech Construction og Enemærke & Petersen stort set var ligeværdige, har opbygget et karaktersystem og uden forud for den endelige karaktergivning at have orienteret om karaktersystemet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincip ved at have tildelt Enemærke & Petersen 7 point for gener for beboerne (logistik) uanset at denne tilbudsgivers fremgangsmåde medfører betydelige ulemper herunder store gener for beboerne og generelt er så uanvendelig i forhold til udbuddet, at de indklagede har fravalgt systemet og i stedet for foranlediget, at Enemærke & Petersen anvendte det af klageren beskrevne system.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincip ved at tildele Enemærke & Petersen og klageren henholdsvis 10 og 7 point vedrørende underkriteriet facadesystem (for så vidt angår vejrligsfølsomhed), da det er konstateret, at Enemærke & Petersens udførselsmetode er ændret således, at metoden er i overensstemmelse med den af klageren beskrevne i relation til vejrligsfølsomhed, hvorved de indklagede har forkastet Enemærke & Petersens metode.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincip ved at vægte de forskellige underkriterier på vilkårlig måde, idet de indklagede for så vidt angår underkriteriet pris har vægtet den laveste med karakteren 10, uanset om prisen er god eller dårlig, men ved bedømmelsen af de underkriterier, der indgår under logistik og facadesystem, kun for et enkelt vedkommende har vægtet det bedste med karakteren 10, mens øvrige, og herunder de bedste, er vægtet med en lavere vurdering.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med det EU -retlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincip derved, at Enemærke & Petersen A/S' pris på en badeværelsesentreprise og en installationsentreprise i indklagedes bebyggelser blev gjort afhængig af, at entreprenøren skulle udføre facadeentreprisen.

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

I udbudsbetingelserne var bl.a. anført følgende:

» ...

Tildelingskriterium:

Entreprisesne vil blive tildelt det/de økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra følgende delkriterier:

- Pris 60%
- Logistik 15%
- Facadesystem 25%

Vedrørende de enkelte delkriterier bemærkes følgende:

Pris:

Konkurrencepriserne er de på tilbudsformular for henholdsvis VA, AB og fælles angivne samlede priser.

Logistik:

Bygherrerne ønsker, at arbejdsprocessen tilrettelægges rationelt, således at omfanget af gener for beboerne i udførelsesperiode minimeres mest muligt.

De bydende skal vedlægge deres tilbud en redegørelse for, hvorledes logistikken påtænkes tilrettelagt med henblik på at opfylde de nævnte mål. Endvidere skal vedlægges tidsplan og oplysninger om den gennemsnitlige tid pr. blok.

Evalueringen af det her anførte delkriterium vil blive foretaget på grundlag af denne redegørelse.

...

Facadesystem:

Udbudsmaterialet angiver facadesystemets overordnede geometri og kvalitet, ligesom en række detaljer er angivet. De bydende skal

ved valg af metoder mv. tilstræbe, at montagen af de givne emner foretages så enkelt og så hurtigt som muligt med henblik på at sikre, at udførelsen

- har en lav grad af vejrligsfølsomhed
- giver en stor grad af sikkerhed for produktets tæthed mod vind og fugt
- giver, en stor grad af sikkerhed for produktets holdbarhed og levetid

De bydende skal vedlægge deres tilbud en redegørelse, der ved beskrivelse af forslag til udførelsesmetoder og monteringsprincipper, valg af materialer, valg af værktøj, udførelse af samplingsdetaljer og lignende viser, hvorledes de bydende agter at opfylde de ovenfor angivne mål. Evalueringen af nærværende delkriterium vil blive foretaget på grundlag af denne redegørelse.«

Ved den ovenfor nævnte skrivelse af 23. februar 2007 skrev de indklagedes arkitekt således til klageren:

»...

De vedlagte evalueringsskemaer viser en meget lige vurdering, der dog har et udsving til fordel for Enemærke & Petersens tilbud.

Enemærke & Petersens tilbud er 720.000 kr. billigere end Grønbech Construction A/S. Denne pris er bedømt som god. Logistik er samlet bedømt til middel og facadesystem er samlet vurderet som over middel.

Grønbech Construction A/S er 720.000 kr. dyrere end Enemærke & Petersen. Denne pris er bedømt som over middel. Logistik og facadesystem er samlet bedømt til over middel.

Som det fremgår af skemaerne er der ikke tale om en væsentlig forskel, men dog som nævnt en lille overvægt til Enemærke & Petersen, når tildelingskriteriernes vægtning tages i betragtning. På denne baggrund har bygherrerne vurderet, at Enemærke & Petersen har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud over for begge bygherrer.

...«

Arkitekt Per Zwinge har endvidere den 24. maj 2007 skrevet således til de indklagedes advokat om de indklagedes evaluering af tilbuddene:

»...

Ved vurderingen af de 2 tilbudte facadesystemer har vi først taget udgangspunkt i, om begge systemer lever op til kravene i udbudet og om

de kan gennemføres. Herefter har vi vurderet facadesystemets egenskaber i forhold til:

- Vejrligsfølsomhed
- Tæthed med vind og fugt
- Holdbarhed, levetid

Ved vurdering af vejrligsfølsomhed er der tale om gener for beboerne, risici ved arbejdsudførelsen samt følgeudgifter til vinterforanstaltninger mv.

I udbudet har vi lagt op til præfabrikerede facadeelementer for at minimere bl.a. stilladsperioden. Tilbudet fra E&P berører dog områder, som klart sikrer arbejdsprocessen ved fjernelse af den eksisterende facade og med opstilling af telt på hele facaden. Det er således processen ved fjernelse af den eksisterende facade, som har en afgørende betydning for vurderingen af facadesystemets mest økonomiske fordel for bygherren.

Heri indgår også minimering af vinterforanstaltninger efterfølgende.

Grønbech Constructions facadesystem har efter vores vurdering og i et større omfang en mere risikobetonet proces for fjernelse af de eksisterende facader, samt omkostning til vinterforanstaltninger.

Vi har endvidere fra en lignende sag efter udbudet erfaret problemer med ophejsning/montering ved blæst mv., som kan medføre forsinkelser på tidsplanen.

Ovennævnte vurdering har således betydet, at en blanding af præfab elementer og totalinddækning af facader har en større værdi for bygherren end en egentlig elementleverance, når vi har med renoveringsopgaver at gøre.

De øvrige parametre er helt ligeværdige.«

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1, 2 og 4

Klagenævnet har ved sin kendelse af 22. oktober 2007 taget stilling til de spørgsmål, som disse påstande rejser, og Klagenævnet afviser derfor påstandene.

Ad påstand 3

Det fremgår af § 3, stk. 1, jf. § 1, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, jf. lov nr. 415 af 31. maj 2000 med senere ændringer, at Klagenævnet behandler klager over ordregivere for overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter. Det ligger uden for Klagenævnets kompetence at tage stilling til, om opfyldelsen af den kontrakt, der bliver indgået på grundlag af udbuddet, er sket i overensstemmelse med de herom gældende regler.

Der foreligger ikke om entreprisen om renovering af facader mv., der var genstand for udbud efter forhandling, oplysninger, der for Klagenævnet kan fastslå, at der før tildelingen af kontrakten er foretaget en ændring af kontraktgrundlaget i strid med udbudsreglerne.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Klagenævnet lægger i overensstemmelse med det af de indklagede oplyste til grund, at slutbemærkningen i mødereferatet af 31. juli 2006 ikke angik entreprisen om renovering af facader mv., der var genstand for udbud efter forhandling, men var information om et forestående udbud om installationsentreprisen vedrørende badeværelser.

Det kan således ikke lægges til grund, at Enemærke & Petersens pris på en badeværelsesentreprise og en installationsentreprise i de indklagedes bebyggelser blev gjort afhængig af, at Enemærke & Petersen skulle tildeles facadeentreprisen.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1, 2 og 4 afvises.

Påstand 3 og 5 tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig