

Klagenævnet for Udbud

(Michael Kistrup, Trine Heidemann Garde, Erik Hammer)

J.nr.: 2009-0019445

10. december 2009

K E N D E L S E

DPC Construction A/S

(advokat Henrik Hauge Andersen, København)

mod

Universitets- og Bygningsstyrelsen

(Kammeradvokaten ved advokat Rasmus Holm Hansen)

I foråret 2009 iværksatte Universitets- og Bygningsstyrelsen en offentlig licitation efter Tilbudsloven (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende udskiftning af rytterlys, alu-vinduer/glaspartier og udvendige døre på Risskov Gymnasium. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«. Arkitektfirmaet Aarstiderne Arkitekter A/S forestod den praktiske afvikling af licitationen på vegne af Universitets- og Bygningsstyrelsen.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 14. april 2009 og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 11. maj 2009 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

Lund & Staun A/S,

C. Flintholm A/S,

RTS A/S,

Eiler Thomsen Alufacader,

FP Alu-Glas A/S,

DPC Construction A/S og

HC Byg ApS.

Den 13. maj 2009 blev tilbudsgiverne pr. e-mail orienteret om resultatet af licitationen, og kontrakt med Lund & Staun A/S blev herefter indgået den 1. juli 2009.

Den 29. maj 2009 indgav klageren, DCP Construction A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Universitets- og Bygningsstyrelsen. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 4. juni 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 24. november 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2 ved ikke at have taget klagerens tilbud i betragtning under henvisning til, at erklæring om arbejdsklausul ikke var underskrevet, uanset at erklæringen om arbejdsklausul var underskrevet.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2 ved ikke at have taget klagerens tilbud i betragtning under henvisning til, at erklæring om arbejdsklausul ikke var underskrevet, uanset at klageren supplerede sit tilbudsmateriale ved at fremsende en underskrevet arbejdsklausul.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det almindelige udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsmaterialet at beskrive dokumentationskravene vedrørende nøgletal uklart.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det almindelige udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at have taget klagerens tilbud i betragtning under henvisning til manglende nøgletal eller lignende, uanset at indklagedes krav til dokumentation for nøgletal i licitationsmaterialet var uklart.

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

I licitationsbetingelserne af 14. april 2009 er bl.a. anført følgende:

»...

Udbudsmaterialet omfatter

- Erklæring om ubetalt, forfalden gæld til det offentlige.
- Arbejdsklausul.
- Fællesbetingelser, entreprisebeskrivelser og tegningsfortegnelse.
- Tegninger i henhold til tegningsfortegnelse.
- Tilbudsliste med bilag.
- Sanktionsgivende tidsplan

...

Der afholdes **digital licitation på Byggeweb**. Tilbuddet skal være oploadet inden fredag den 1. maj 2009 kl. 10.00. Tilbuddene åbnes fredag den 1. maj 2009 kl. 12.00.

Der gøres opmærksom på, at erklæringen om ubetalt forfalden gæld til det offentlige, samt evt. dokumentation for gældens tilbagebetaling og arbejdsklausul af den 22. juli 1955, skal afleveres i udfyldt og underskrevet stand **sammen med tilbuddet**, da dette ellers ikke vil kunne antages.

...«

Ved rettelsesblad af 30. april 2009 blev fristen for at afgive tilbud forlænget til den 11. maj 2009 kl. 10.

I rettelsesblad af 24. april 2009 er anført følgende vedrørende nøgletal:

»...

Nøgletal for det statslige byggeri:

Der foreligger et krav om nøgletal for statslig byggeri. Det vil derfor fra bygherres side være et krav om at bydende entreprenører aflevere nøgletal iht. Bekendtgørelse nr. 241 af 11. april 2008 om nøgletal for statsbyggerier m.v.

Byggesagen er underlagt krav om nøgletal og evaluering jf. Bekendtgørelse nr. 241 af 11. april 2008 om nøgletal for statsbyggerier m. v.

Den 1. januar 2004 indførte bekendtgørelse 1135 krav om nøgletal i det statslige byggeri.

Bekendtgørelsen er siden erstattet af »Bekendtgørelse nr. 241 af 11. april 2008 om nøgletal for statsbyggerier m. v.«.

Det fremgår af bekendtgørelsen, at virksomheder, der byder på opgaver inden for statens område, skal aflevere nøgletal for tidligere byggerier til bygherren. Nøgletallene skal omfatte områderne tidsfrister, kvalitet, arbejdsmiljø og kundetilfredshed. Kun de virksomheder, der byder på opgaver med en anslået entreprisenummer på over 1,5 mio. kr. er omfattet af nøgletalskravet. Virksomheder, der har gyldige nøgletal fra min. 3 entrepriser skal endvidere aflevere et vægtet gennemsnit for nøgletallene (dvs. virksomhedens karakterbog).

Det fremgår også, at de udførende virksomheder skal aflevere nøgletal for det konkrete byggeri, når de afleverer byggeriet og i forbindelse med 1-års eftersynet. Disse nøgletal skal som minimum omfatte overholdelse af tidsfrister, prisniveau, prisændringer i udførelsen, kvalitet (antal mangler), arbejdsmiljø (arbejdsulykker) og kundetilfredshed. For dette krav er der en bagatelgrænse på 300.000 kr. for hver enkelt entreprise. Uddrag af »Bekendtgørelse nr. 241 af 11/4/2008 om nøgletal for statsbyggerier m.v.«

Teksten kan i sin helhed læses på www.retsinfo.dk

§ 8. Bygherren skal til brug for udvælgelse, herunder prækvalifikation, af tilbudsgivere til udførelse af en entrepriseopgave forlange, at tilbudsgivere afleverer nøgletal til bygherren for tidligere gennemførte evalueringer.

Stk. 2. Nøgletal skal omfatte oplysninger vedrørende overholdelse af tidsfrister, mangler, arbejdsulykker og kundetilfredshed, jf. bilag 3. Nøgletal kan tilvejebringes efter bilag 3 i bekendtgørelse om nøgletal for alment byggeri m.v., når oplysningerne om mangler omregnes af en evaluator i overensstemmelse med bilag 3 i denne bekendtgørelse.

Stk. 3. Bygherren skal til brug for udvælgelsen tillige forlange, at tilbudsgivere, der har fået beregnet nøgletal af en evaluator i mindst tre tidligere gennemførte evalueringer, desuden afleverer et vægtet gennemsnit for nøgletallene, samt oplysninger om det samlede antal evalueringer, heraf antal evalueringer, der helt eller delvist er afbrudt på grund af uenighed om et eller flere nøgletal. Ved helt eller delvist afbrudte evalueringer skal tilbudsgiver aflevere oplysning om bygherrens navn, byggeprojektets navn og om den entreprisetype, som tilbudsgiver har haft aftale om at udføre. Ved delvist afbrudte evalueringer afleveres tillige oplysning om uenighedens genstand.

Stk. 4. Ved beregning af de vægtede gennemsnit for nøgletallene, jf. bilag 3, vægtes nøgletallene med de evaluerede entrepriseopgavers enterprisesummer.

Stk. 5. Bygherren skal sikre ligebehandling af samtlige potentielle tilbudsgivere, herunder forlange at tilbudsgivere, som ikke er i besiddelse af nøgletal, skal aflevere tilsvarende oplysninger attesteret af en uvildig tredjepart.

Stk. 6. Nøgletal og øvrige oplysninger til brug for udvælgelsen skal være højst tre år gamle i forhold til evalueringens gennemførelse.

...«

Klageren uploadede sine dokumenter til Byggeweb den 10. maj 2009 i tidsrummet kl. 21-23. Af et bilag af 10. maj 2009 til klagerens tilbud er anført »Vi har ikke vedlagt nøgletal.«.

I en e-mail af 11. maj 2009, kl. 15:56 fra klageren til indklagedes repræsentant er anført følgende:

»...

Vedlagt er underskrevet arbejdsklausul. Jeg skal beklage at den smuttede af sted uden underskrift på.

...

Ydermere vil vi gerne indhente udtalelser fra Bygherrer på allerede udførte byggesager, såfremt der måtte være ønske om dette.

...«

Spørgsmålet om, hvorvidt klagerens tilbud har været konditionsmæssigt, har været drøftet i en omfattende korrespondance, herunder med Konkurrencestyrelsen, som i en skrivelse af 28. maj 2009 vejledte klageren om klageadgangen til Klagenævnet for Udbud. Konkurrencestyrelsen tog ikke stilling til spørgsmålet om, hvorvidt klagerens tilbud var konditionsmæssigt.

Indklagede har som led i korrespondancen i en e-mail af 20. maj 2009 til klageren anført følgende:

»Der er nu truffet beslutning om at bortse fra Jeres tilbud af 10. maj 2009 på udskiftning af rytterlys på Risskov Gymnasium som er fundet ukonditionsmæssigt.

Vi har drøftet sagen med juristerne i Universitets- og Bygningsstyrelsen (UBST). De har konstateret,

- at der med tilbudet var vedlagt en ikke underskrevet erklæring af 10. maj 2009 om Arbejdsklausul (overholdelse af I LO-konventionen) og
- at der med tilbudet var afleveret en blanket af 10. maj 2009 med ordlyden
- »Vedr.: Nøgletal
Vi har ikke vedlagt nøgletal«

Der har efterfølgende været kommunikation med DCP Construction og Aarstiderne Arkitekter om disse forhold

UBST har oplyst, at tilbudets konditionsmæssighed skal vurderes i lyset af udbudsbetingelsernes krav i forhold til indholdet af tilbudet, herunder dets bilag, således som tilbudet forelå på tilbudstidspunktet.

Udbudsbetingelserne indeholdt et krav om, at en underskreven Arbejdsklausul skulle vedlægges tilbudet, hvilket ikke er sket. Udbyder er således berettiget og formentlig også forpligtet til at bortse fra tilbudet som følge heraf.

Ydermere fremgår det af det ret deltaljerede rettelsesblad nr. 1 af 24. april 2009, at »[d]et vil derfor fra bygherres side være et krav om at bydende entreprenører aflevere nøgletal iht. Bekendtgørelsen nr. 241...«
Der er ikke oplyst, hvorledes der i givet fald skulle forholdes til den situation, hvor en tilbudsgiver ikke afleverede nøgletal.

Der er med DPC Construction's tilbud alene indsendt ovennævnte erklæring, der alene oplyser, at DPC Construction ikke vedlægger nøgletal. Det har således ikke på tilbudstidspunktet været muligt for udbyderen at vurdere årsagen hertil - dvs. om den manglende vedlæggelse skyldtes manglende vilje eller manglende evne.

Forståelsen af bestemmelserne i den nævnte bekendtgørelse om nøgletal er uden betydning herfor - det afgørende er opfyldelsen af udbyders krav, således som de fremgår af udbudsbetingelserne.«

Under sagen er der afgivet forklaring af Thomas Haahr og Henrik Schak Hansen.

Thomas Haahr har bl.a. forklaret, at han stiftede DCP Construction A/S for omkring 14 år siden. Virksomheden, der navnlig opererer i udlandet, be-

gyndte at beskæftige sig med ovenlys for omkring 3 år siden. Virksomheden har en dansk afdeling, der er beliggende i Støvring og beskæftiger 15 mand. Da virksomheden afgav tilbud på arbejdet på Risikov Gymnasium, var det første gang, at man deltog i en offentlig licitation. Licitationen blev gennemført som en digital licitation. Det var således nødvendigt at tilmelde sig licitationen, hvorefter virksomheden modtog et logon-nummer og et password, som skulle anvendes for at uploade tilbud og bilag til Byggeweb. Han var inde på Byggeweb kort tid efter den 24. april 2009 og mente da, at der var god tid til at udarbejde et tilbud. Det var ganske nyt for ham, at der opstod spørgsmål om nøgletal. Det var svært at få oplyst, hvorledes man skulle forholde sig med hensyn til nøgletal, da der var mange helligdage i perioden til tilbudsfristens udløb. Han fik af arkitekt André Godt fra Aarstiderne Arkitekter A/S oplyst, at kravet om oplysninger om nøgletal ville være opfyldt ved tilmelding af et ikke-afsluttet byggeri til Byggeriets Evalueringscenter. Klageren havde faktisk et byggeri anmeldt hos evalueringscenteret, men det vidste han ikke dengang. Han kunne ikke forstå kravene om nøgletal, og da han ikke havde nøgletal, kunne han ikke vedlægge sådanne til sit tilbud. Da han uploadede sit tilbud, uploadede han de enkelte dele af tilbudsmaterialet, herunder de enkelte bilag ét ad gangen. Han er sikker på, at han også uploadede en underskrevet arbejdsklausul. Hans scanner var itu, da han afgav klagerens tilbud, hvorfor han på arbejdsklausulen påsatte sin underskrift elektronisk, idet han havde sin allerede indscannede underskrift liggende på en såkaldt »tiff-fil«. Historiske dokumentoplysninger på hans computer dokumenterer, at arbejdsklausulen med underskrift er lavet den 10. maj 2009. På et tidspunkt blev han kontaktet telefonisk af arkitekt Godt, der meddelte, at underskriften manglede på arbejdsklausulen. Da det ikke havde været muligt at se de dokumenter, der blev uploadet til Byggeweb, sendte han blot den underskrevne version arbejdsklausulen på ny.

I forbindelse med sin forklaring har Thomas Haahr med sin computer demonstreret, hvorledes tilbudsgivningen fandt sted, og hvorledes arbejdsklausulen blev dannet og fremvist historiske dokumentoplysninger.

Henrik Schak Hansen har forklaret, at han er produkt- og softwareudvikler og partner hos Byggeweb. Han er teknisk ansvarlig i Byggeweb. Når et udbud er afsluttet, kan hverken tilbudsgivere eller ordregiver uploade materiale. Der er mulighed for tilbudsgiverne for at se, hvad de har uploadet ind til tilbudsfristens udløb. Fra klageren blev der uploadet en arbejdsklausul, og den har ikke kunnet ændres i Byggewebs system. Klausulen var ikke under-

skrevet. Tilbudsgivernes logon-nummer og password sikrer identiteten på tilbudsgiveren.

I forbindelse med sin forklaring har Henrik Schak Hansen demonstreret Byggeweb og har herunder fremfundet den uploadede arbejdsklausul fra klageren. Demonstrationen viste, at tilbudsgiver har mulighed for at se de uploadede dokumenter indtil licitationens udløb, hvilket den fremviste systemlog viste, at tilbudsgiver ikke havde forsøgt. Efter licitationens udløb afhænger tilbudsgivers adgang af den opsætning, som udbyder har angivet ved oprettelsen af det digitale udbud i Byggeweb. Demonstrationen dokumenterede, at tilbudsgiver i det konkrete udbud ikke havde denne adgang.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren har uploadet en underskrevet arbejdsklausul med sit tilbud, der derfor ikke var ukonditionsmæssigt. Den omstændighed, at erklæringen uploades i en digital licitation og ved hjælp af en unik adgangskode, skal i øvrigt anses for en tilstrædelse af arbejdsklausulerklæringen svarende til en underskrift.

Indklagede har gjort gældende, at den underskrevne arbejdsklausul ikke blev uploadet med klagerens tilbud, og at licitationsbetingelser kræver en egentlig underskrift på arbejdsklausulen.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved sin rådgivende arkitekt har indhentet den underskrevne arbejdsklausul. Dette var indklagede berettiget til, og indklagede skulle derfor lægge den eftersendte klausul til grund ved evalueringen af klagerens tilbud. Eftersendelsen af arbejdsklausulen ændrede ikke retsstillingen mellem parterne, fordi klageren var bundet af arbejdsklausulen, allerede fordi den var uploadet med klagerens tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke var berettiget til at indhente supplerende oplysninger fra klageren.

Ad påstand 3 og 4

Klageren har gjort gældende, at kravet om nøgletal fremkom så sent i processen, at klageren ikke havde praktisk mulighed for at indhente den dokumentation, som i givet fald skulle træde i stedet for nøgletallene. Indklagede har heller ikke i licitationsbetingelserne anført, hvilke oplysninger der skulle fremsendes, hvis tilbudsgiverne ikke var i besiddelse af nøgletal. Klagerens bemærkning om nøgletal må forstås således, at der ikke forelå nøgletal. Indklagedes sprogbrug rejser tvivl, om der er krav om nøgletal.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke kunne komme som en overraskelse for tilbudsgiverne, at indklagede skulle stille krav om oplysninger om nøgletal som forskrevet i bekendtgørelsen herom. Licitationsbetingelserne var tilstrækkelig klare. Indklagede var ikke berettiget eller forpligtet til at forstå klagerens bemærkninger som anført af klageren, men uklarheden i klagerens tilbud skal fortolkes mod klageren. Da klagerens tilbud ikke indeholdt de oplysninger, der kræves efter bekendtgørelse nr. 241 af 11. april 2008, var tilbuddet ikke konditionsmæssigt, og det var korrekt, at indklagede undlod at tage tilbuddet i betragtning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Licitationsbetingelserne, der anfører, at den underskrevne arbejdsklausul skulle fremsendes sammen med tilbuddet, må forstås således, at arbejdsklausulen skulle påføres en håndskreven underskrift, således at godkendelse ved uploading ikke var tilstrækkelig.

Når henses til, at det af en e-mail fra klageren af 11. maj 2009, kl. 15:56, dvs. efter tilbudsfristens udløb kl. 10, fremgår, at underskrevet erklæring om arbejdsklausul ikke var fremsendt tidligere og til, at det af udskrift fra Byggeweb fremgår, at arbejdsklausulen ikke var underskrevet, lægger Klagenævnet til grund, at klageren ved tilbudsfristens udløb ikke havde uploadet den krævede arbejdsklausul, således som licitationsbetingelserne foreskrev.

Klagerens tilbud var derfor ikke konditionsmæssigt, og indklagede var derfor berettiget til ikke at tage tilbuddet i betragtning af denne grund.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Af licitationsbetingelserne fremgår, at den underskrevne arbejdsklausul skulle fremsendes sammen med tilbuddet. Som anført ad påstand 1 har klageren helt undladt at opfylde kravet om en vedlagt underskrevet arbejdsklausul, der således ikke fremstår med blot ubetydelige mangler, og indklagede har ikke uden at handle i strid med ligebehandlingsprincippet efterfølgende kunnet indhente en underskrevet erklæring eller tage en senere modtaget erklæring i betragtning.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Kravene om nøgletal for statsbyggerier er nærmere reguleret i bekendtgørelse nr. 241 af 11. april 2008. Ved rettelsesblad af 24. april 2009 blev kravene om nøgletal indsat i licitationsbetingelserne, navnlig ved gengivelse af bekendtgørelsens § 8 og ved henvisninger til bekendtgørelsen, herunder med elektronisk link til Retsinformation, hvor bekendtgørelsen fremgår i sin helhed.

Angivelserne i licitationsmaterialet findes herefter ikke uklare, og påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Kravene om nøgletal blev udtrykkeligt gjort til en del af licitationsbetingelserne ved rettelsesblad af 24. april 2009, dvs. 10 dage efter udsendelsen af licitationsbetingelserne. Det var uhensigtsmæssigt, at indklagede først på dette senere tidspunkt i et rettelsesblad gjorde opmærksom på kravet om nøgletal, men da tilbudsfristen for licitationen tillige forlængedes til den 11. maj 2009, har alle tilbudsgivere haft samme frist til opfyldelse af kravet om nøgletal, som hvis kravet var anført i licitationsbetingelserne allerede den 14. april 2009. Indklagede har derfor ikke tilsidesat det

udbudsretlige ligebehandlingsprincip eller gennemsigtighedsprincip ved at rejse krav om nøgletal som sket.

Klageren anførte i sit tilbud, at nøgletal ikke var vedlagt. Indklagede har derfor været berettiget og forpligtet til at anse klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt, ligesom indklagede har været berettiget til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning af denne grund.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig