

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Suzanne Helsteen, Jørgen Egholm)

J.nr.: 2009-0019655

14. oktober 2009

K E N D E L S E

Frederik Pedersen Alu-Glas A/S
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

mod

Viborg Kommune.
(advokat Tina Braad, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 21-029795 af 29. januar 2009 udbød Viborg Kommune 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) i forbindelse med opførelsen af et nyt rådhus 12 fagentrepriser, heriblandt lukningsentreprisen indeholdende facade-lukning, tagdækning, ovenlys, lemme for naturlig ventilation, isolering, røgventilationslemme ved trappeskakte, isolering og tagmembran.

Følgende virksomheder blev prækvalificerede til at afgive tilbud på lukningsentreprisen:

1. AE Stålmontage A/S
2. Dansk Facadeentreprise A/S
3. Frederik Pedersen Alu-Glas A/S
4. Grønbech Construction A/S

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 31. marts 2009, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 6. maj 2009 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 24. juni 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med AE Stålmontage A/S, hvilket blev meddelt tilbudsgiverne ved brev af samme dato.

Den 2. juli 2009 indgav klageren, Frederik Pedersen Alu-Glas A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Viborg Kommune. 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 20. juli 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 29. september 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet) og artikel 23, stk. 8, ved i udbudsbetingelserne for opførelsen af et nyt rådhus at have foreskrevet anvendelse af bestemte fabrikater, selvom det havde været muligt tilstrækkelig nøjagtigt og forståeligt at beskrive kontraktens genstand uden henvisning til bestemte fabrikater, og selvom der i en række tilfælde ikke er anvendt udtrykket »eller tilsvarende«.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet) og artikel 53 ved at anvende tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterier A. Pris 60 % og B. Kvalitet 40 % (herunder æstetisk værdi, materialer, miljøegenskaber og driftsomkostninger for diverse specificerede bygningsdele), selv om kontraktens genstand var så detaljeret beskrevet, at det reelt kun var muligt at bedømme tilbuddene på grundlag af tilbudssummen.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 24. juni 2009 om at indgå kontrakt med AE Stålmontage A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har erkendt overtrædelsen vedrørende påstand 1.

Indklagede har vedrørende påstand 2 og 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

I udbudsbrev af 31. marts 2009 er tildelingskriteriet fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« med følgende underkriterier:

- A. Pris 60% (den samlede tilbudssum)
- B. Kvalitet 40% (herunder: æstetisk værdi, materialer, miljøegenskaber og driftsomkostninger for diverse specificerede bygningsdele)

Udbudsbetingelserne af 31. marts 2009 bestod af udbudsbrevet samt byggesagsbeskrivelse, arbejds- og bygningsdelbeskrivelse, tidsplan, udkast til entrepriseaftale og tegningsmateriale. Der blev udsendt i alt 3 rettelsesbreve. Af byggesagsbeskrivelsen fremgår bl.a.:

»Hvor udbudsmaterialet angiver materiale af fabrikat og type i formen »som eller derved ligestillet xxx«, er entreprenøren pligtig at levere enten det angivne fabrikat og type eller tilsvarende, som skal accepteres forud af bygherren eller dennes fagtilsyn, i hvert enkelt tilfælde.«

Af arbejds- og bygningsdelbeskrivelsens kapitel 3 fremgår indledningsvis:

»3.2.1 Generelt

Følgende materialer og produkter må ikke leveres på byggepladsen, før byggeledelsens bemærkninger til dokumentation foreligger

- Lecablokke
- Fiberbeton
- Membraner
- Alu-profiler
- Lette facadepartier incl. vinduer
- Glas
- Isoleringsmaterialer
- Tagmembraner
- Ovenlys
- Lemme for naturlig ventilation
- Fastgørelse

Dokumentation for, at fabrikater er tilsvarende, skal forelægges byggeledelsen senest i forbindelse med tilbudsafgivningen.«

Af arbejds- og bygningsdelsbeskrivelsens kapitel 4 fremgår (eksempelvis):

»4.2.-1

...

Projektering

Generelt

Facadelukningsentreprisen er at betragte som en systemleverance, der detailprojekteres og monteres af entreprenøren iht. arkitektens tegningsmateriale. Tegningsmaterialet og den medfølgende beskrivelse angiver facadens geometri og udfaldskrav.

Entreprenøren som før arbejdets igangsættelse for[e]lægger nøjagtige konstruktionstegninger i målforholdet 1:1, er ansvarlig for de leverede konstruktioners stabilitet, funktion, tæthed og udførelse samt for overfladernes holdbarhed og forankring til omgivende bygningsdele.

4.2.-2:

Til grund for udbudsmaterialet ligger SCHÜCO aluminiumssystemer og/eller Jansen stålsystemer.

De tekniske angivelser i nærværende beskrivelse er at betragte som kvalitative mindstefordringer. Dette gælder samtlige tilbud. Tilbud som ikke eller delvist opfylder de fordrede mindstekrav, kommer pga. ufuldstændighed ikke i betragtning.

Det står den bydende frit at tilbyde alternative systemer af en tilsvarende kvalitet. Dokumentation af alternative systemer iht. nedenstående normer skal vedlægges tilbuddet.

...

4.2-7:

Aluminiumsdøre med sikkerhedsglas

-Schüco ADS65HD udført med specialkarm for indbygning i facadesystem

....

Automatik til handicap indgang

-Tormax iMotion 1301

...

Karrusseldør

-Tormax 5251.CL ramme med lukkede sider

4.2-8

Varme og lufttæppe

-Varmetæppe Gelu Linea 99

...

Solafskræmning

-Blendex Zipscreen

-Dug som Hexcel SC525

...

4.3-2

Skeletkonstruktion fingre og 1. sal

-Skinner 150 mm SKY-profiler – Knauf Danogibs

...

4.3-5

Friskluftventiler

-2 stk. friskluftventiler, som Lindab ULA udeluftventil

...

4.8-2

Profiler og inddækninger

-Udføres som Vitral type VRS

...

10.11-1

Røgudluftning

-Tre stk. Lumex skydelemme RRL

...«

Krav til miljøegenskaber og driftsomkostninger er ikke omtalt i udbudsbetingelserne.

Af rettelsesblad 02 af 24. april 2009 fremgår:

»Spørgsmål:

Ifølge udbudsbrev bedømmes vores tilbud med henholdsvis 60 % på pris og 40 % på æstetisk værdi, materialer osv.

Skal de bløde værdier på 40 % beskrives som de står jf. udbudsbrev, eller står de specificeret yderligere andre steder i udbud?

Svar:

På den sidste side af tilbudslisten skal entreprenørerne angive produkter og referencer. I udbuddet er angivet »som < produkt > eller tilsvarende og det skal sandsynliggøres hvor tilbuddet afviger derfra. Det bedømmes, om de foreslåede produkter opfylder den samme kvalitet, miljøegenskaber, driftsomkostninger etc. (afhængig af om det handler om gulve eller pumper) som det i udbud definerede kvalitetsniveau.«

I klagerens tilbud var på sidste side »Reference produkter« som afvigelser fra de »ydelse der er angivet i udbuddet« anført nogle bemærkninger til de krævede ovenlysvinduer fra Vitral.

De fire tilbudsgivere havde tilbudt følgende tilbudssummer:

1. AE Stålmontage A/S	36.789.300 kr.
2. Dansk Facadeentreprise A/S	38.993.637 kr.
3. Frederik Pedersen Alu-GLAS A/S	37.476.988 kr.
4. Grønbech Construction A/S	41.987.300 kr.

Alle tilbudsgiverne fik ved evalueringen tillagt samme pointsum vedrørende underkriteriet B. »Kvalitet« med bemærkningen »Kvalitet på udbudsniveau«.

Tilbudsgiverne fik derfor tildelt følgende points:

1.AE Stålmontage A/S	88,0 points
2.Dansk Facadeentreprise A/S	68,2 points
3.Frederik Pedersen Alu-GLAS A/S	82,0 points
4.Grønbech Construction A/S	41,8 points

Klageren har efterfølgende udarbejdet et tilbud, som det ville have set ud, dersom det havde været muligt for tilbudsgiverne at tilbyde andre produkter, herunder egne produkter, end de fastsatte. Klagerens tilbudssum ville i så fald have været 35.878.030 kr.

Claus Pedersen har blandt andet forklaret, at han er administrerende direktør og medejer i Frederik Pedersen Alu-Glas A/S. Virksomheden producerer blandt andet vinduer, døre og solafskærmning. Klageren var opmærksom på, at kvalitet var et underkriterium, men det var klagerens opfattelse, at der ikke var mulighed for at tilbyde produkter med en anden og højere kvalitet end de produkter, som var nævnt i udbudsbetingelserne. Indklagede ønskede at få de produkter, som var nævnt i udbudsbetingelserne, og andre tilbudte produkter ville blive vurderet op mod de foreskrevne med den risiko, at indklagede ville vurdere disse produkter til at have en lavere kvalitet. Det var i øvrigt ikke muligt at fremskaffe dokumentation for andre produkters kvalitet inden tilbudsafgivelsen som foreskrevet i udbudsbetingelserne. Klageren valgte derfor at tilbyde indklagede nøjagtig de produkter, som var nævnt i udbudsbetingelserne, medmindre det udtrykkeligt fremgik, at andre produkter kunne tilbydes. Det var kun tilfældet for så vidt angår punkt 4.2.-1. Det betød blandt andet, at klageren valgte at tilbyde SA vinduer, selvom klageren selv producerer vinduer. Hvis klageren havde haft en større valgfrihed med hensyn til anvendte produkter, ville klageren have kunnet afgive et tilbud på ca. 35,8 mio. kr., da klageren i så fald ville have tilbudt egne produkter samt andre produkter importeret direkte fra producenten. Der var ikke anført andre kvalitetskrav end produkthenvisningerne.

Projekteringsleder Werner Frosch har blandt andet forklaret, at facaden på det nye rådhus i Viborg er meget kompliceret, og det var derfor vigtigt at få

beskrevet facaden bedst muligt. Det havde været muligt at beskrive kravene til produkterne uden anvendelse af referenceprodukter, men det havde krævet en meget lang tekst. De andre tilbudsgivere anvendte alternative produkter i større omfang end klageren.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede i strid med udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, i betydeligt omfang har krævet anvendelse af bestemte fabrikater. Der er ikke grundlag for at fastslå, at kontraktens genstand ikke kunne have været beskrevet ved anvendelse af reglerne i direktivets artikel 23, stk. 3 og 4. Indklagede har desuden i vid udstrækning ikke anført bestemte fabrikater med benyttelsen af udtrykket »eller tilsvarende«.

Indklagede har erkendt overtrædelsen. Indklagede har dog anført, at det - uanset, at indklagede ikke alle steder i bygningsdelbeskrivelsen har benyttet udtrykket »eller tilsvarende« eller anden tilsvarende henvisning efter angivelsen af referenceprodukterne - klart fremgår, at der ikke er grundlag for at fastslå, at der ikke kunne anvendes andre fabrikater end de anførte referenceprodukter.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« indebærer, at der – foruden underkriteriet »pris« - skal være et underkriterium, som tilbudsgiverne kan konkurrere på. Indklagede har imidlertid stillet så eksplicitte krav med hensyn til materialer, at det eneste reelle underkriterium har været »pris«. De mange produktbetegnelser med tilkendegivelsen »som« eller »eller tilsvarende« er reelt kontraktkrav og ikke udtryk for et tildelingskriterium. Indklagede har heller ikke lovligt kunnet tildele kontrakten til AE Stålmontage A/S på grundlag af tilbudssummernes størrelse. Tilbudsgiverne er som følge af de beskrevne materialekrav blevet afskåret fra effektiv konkurrence på tilbudsummerne. Klageren har som den eneste af tilbudsgiverne egen produktion af alufacader, facadebeklædning, træ- og aluvinduer, ovenlys og solafskærmning, og kravene i udbudsbetingelserne om anvendelse af bestemte fabrikater har i vid udstrækning afskåret klageren fra at billiggøre sin tilbudskalkulation.

Klageren har heller ikke haft mulighed for at indhente priser fra andre eksterne leverandører end de krævede.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede med sit svar på spørgsmålet i rettelsesblad 02 af 24. april 2009 klart og utvetydigt har tilkendegivet, at tilbudsgiverne kunne tilbyde andre produkter end de referenceprodukter, som er anført i bygningsdelbeskrivelsen. Referenceprodukterne er desuden i vidt omfang ledsaget af en verbal beskrivelse. Klageren har derfor ikke været i tvivl om, at der i vidt omfang kunne tilbydes andet end referenceprodukterne og har da også benyttet sig heraf. Langt hovedparten af produktangivelserne er angivet ved brug af »som« eller »eller tilsvarende«. Entreprisen er udbudt i forlængelse af en projektkonkurrence. Der er derfor en videre adgang til at beskrive den udbudte ydelse ved hjælp af specifikke produkter, idet det ellers ikke ville være muligt at opretholde den røde tråd arkitektonisk og kvalitetsmæssigt. Underkriteriet »kvalitet« har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. At tilbuddene blev bedømt ens for så vidt angår »kvalitet« er ikke udtryk for det modsatte.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres som følge af overtrædelserne.

Indklagede har gjort gældende, at såfremt underkriteriet B. »Kvalitet« ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, skulle tildelingen ske udelukkende på grundlag af tilbudsprisen, og også her var AE Stålmontages A/S' tilbud det bedste.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, har følgende ordlyd (Klagenævnets fremhævelser):

»Med mindre kontraktens genstand gør det berettiget, *må* de tekniske specifikationer *ikke* angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, og de *må ikke* henvise til et bestemt mærke, et bestemt patent eller en bestemt type, til en bestemt

oprindelse eller en bestemt produktion med det resultat, at visse virksomheder eller produkter favoriseres eller elimineres. En sådan angivelse eller henvisning er *undtagelsesvis* tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand *ikke kan lade sig gøre* ved anvendelse af stk. 3 og 4; en sådan angivelse eller henvisning *skal* efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«.

Bestemmelsen, der indholdsmæssigt er overensstemmende med den tidligere gældende bestemmelse i Bygge- og Anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, indebærer for det første, at udbyderen som udgangspunkt ikke lovligt kan henvise til bestemte fabrikater. Udbyderen skal i stedet i overensstemmelse med Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 3 og 4, ved henvisning til fx standarder og funktionelle krav, der er tilstrækkelig nøjagtige og forståelige for alle berørte parter, beskrive den udbudte genstand.

Kun hvis det undtagelsesvis ikke kan lade sig gøre at beskrive kontraktens genstand tilstrækkelig nøjagtig og forståeligt ved anvendelse af stk 3. og 4 – fx fordi den udbudte genstand er meget kompleks og vanskelig at beskrive – kan udbyderen henvise til et bestemt fabrikat, dog med tilføjelsen af udtrykket »eller tilsvarende«.

Artikel 23, stk 8, er således efter sin klare ordlyd til hinder for, at der under et udbud som dette, der vedrører ganske sædvanlige bygningsdele, henvises til referenceprodukter, uanset om det sker med anvendelse af ordet »som« eller med tilføjelsen »eller tilsvarende«.

Påstanden tages derfor til følge som nedenfor bestemt.

Ad påstand 2

Indklagede har eksemplificeret, hvad der menes ved underkriteriet »Kvalitet«, ved at anføre »æstetisk værdi, materialer, miljøegenskaber og driftsomkostninger for diverse specificerede bygningsdele«. Indklagede har imidlertid samtidig i betydeligt omfang benyttet sig af angivelse af referenceprodukter, hvorved reel konkurrence mellem tilbudsgiverne for så vidt angår kvaliteten af det tilbudte er blevet elimineret.

Indklagede har – i logisk konsekvens heraf – tildelt alle tilbudsgiverne samme points for så vidt angår underkriteriet »Kvalitet«.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 3

Det følger af det anførte ad påstand 2, at også påstand 3 tages til følge.

Det bemærkes, at indklagedes anbringende om, at tildelingen i et tilfælde som det foreliggende alene ville kunne ske på grundlag af underkriteriet »pris«, ikke kan tiltrædes, jf. nu Klagenævnets kendelse af 5. november 2008, Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården, ad påstand 2.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet) og artikel 23, stk. 8, ved i udbudsbetingelserne for opførelsen af et nyt rådhus at have foreskrevet anvendelse af bestemte fabrikater, selvom det havde været muligt tilstrækkelig nøjagtigt og forståeligt at beskrive kontraktens genstand uden henvisning til bestemte fabrikater.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med det Udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet) og artikel 53 ved at anvende tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne A. Pris 60 % og B. Kvalitet 40 % (herunder æstetisk værdi, materialer, miljøegenskaber og driftsomkostninger for diverse specificerede bygningsdele), selv om kontraktens genstand var så detaljeret beskrevet, at det reelt kun var muligt at bedømme tilbuddene på grundlag af tilbudssummen.

Indklagedes beslutning af 24. juni 2009 om at indgå kontrakt med AE Stålmontage A/S annulleres.

Indklagede, Viborg Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Frederik Pedersen Alu-Glas A/S, betale 60.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig