

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Michael Jacobsen, Thomas Grønkær)

J.nr.: 2008-0017582

12. februar 2009

K E N D E L S E

NCC Roads A/S
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Vejdirektoratet.
(Kammeradvokaten ved advokat Thomas Thorup Larsen)

Ved udbudsbekendtgørelse af 8. maj 2008 udbød Vejdirektoratet som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) 7 entrepriser vedrørende drift og vedligehold inden for Vejcenter Hovedstaden af 204 km motorvej, 24 km motortrafikvej og 207 km øvrige veje, nemlig:

Nr. 01	Renholdelse af strækninger
Nr. 02	Brønde og ledninger
Nr. 03	Grøfter og rabatter
Nr. 04	Skilte
Nr. 05	Autoværn
Nr. 06	Beplantning af strækninger
Nr. 07	Græsslåning på strækninger

Denne klagesag vedrører entrepriserne 01 (Renhold på strækninger), 05 (Autoværn) og 06 (Beplantning på strækninger).

Samtidig blev tilsvarende entrepriser udbudt inden for landets øvrige 5 vejcentre, således at der i alt blev udbudt 52 entrepriser. NCC Roads A/S afgav tilbud på alle 52 entrepriser.

Udbudsbetingelserne blev udsendt samme dag, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 1. juli 2008 havde bl.a. følgende virksomheder afgivet tilbud på de 3 entrepriser inden for Vejcenter Hovedstaden, som denne klagesag omfatter:

1. NCC Roads A/S (entreprise 01, 05, 06)
2. Arkil (entreprise 01, 05, 06)
3. HedeDanmark A/S (entreprise 01, 06)
4. Dansk Autoværn A/S (entreprise 05)

Den 22. august 2008 besluttede indklagede for Vejcenter Hovedstaden at indgå kontrakt med HedeDanmark A/S vedrørende entreprise 01 og 06 og Dansk Autoværn A/S vedrørende entreprise 05. Indklagede besluttede samtidig at indgå kontrakt med NCC Roads A/S om de øvrige 4 entrepriser.

Den 1. september 2008 indgav klageren, NCC Roads A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Vejdirektoratet. 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 19. september 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har i klageskriftet nedlagt følgende påstande:

»

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved vurdering af klagerens tilbud på »Entreprise 01 – Renhold på strækninger« i henhold til underkriterium 6 »Organisation og bemanning på entreprisen« af have givet klageren karakteren 4.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved vurdering af klagerens tilbud på »Entreprise 05 – Autoværn« i henhold til underkriterium 6 »Organisation og bemanning på entreprisen« at have givet klageren karakteren 2.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved vurdering af klagerens tilbud på »Entreprise 06 – Beplantning på strækninger« at have givet klageren karakteren 4.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 22. august 2008 om at tildele den udbudte kontrakt på »Entreprise 01 – Renhold på strækninger« til HedeDanmark A/S

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 22. august 2008 om at tildele den udbudte kontrakt på »Entreprise 05 – Autoværn« til Dansk – Auto-Værn A/S.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 22. august 2008 om at tildele den udbudte kontrakt på »Entreprise 06 - Beplantning på strækninger« til HedeDanmark A/S.«

Klageren har i replikken nedlagt 3 subsidiære påstande til påstand 1 (påstand 7, 8, og 9), 3 subsidiære påstande til påstand 2 (påstand 10, 11 og 12) og 3 subsidiære påstande til påstand 3 (påstand 15, 16 og 17). Der redegøres nedenfor for indholdet af disse påstande.

I replikken nedlagde klageren desuden følgende påstande:

»

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 samt den af indklagede oplyste evalueringsmodel ved vurderingen af klagerens tilbud og Dansk Auto-Værn A/S' tilbud til Vejcenter Hovedstaden på »entreprise 06-Autoværn« i henhold til underkriterium 6 »Organisation og bemanning på entreprisen« at have givet klageren karakteren 2 og Dansk Auto-Værn A/S karakteren 7 til trods for, at Dansk Auto-Værn A/S var klagerens underentreprenør, og at der derfor ikke var relevante forskelle mellem klagerens tilbud og Dansk Auto-Værn A/S' tilbud for så vidt angår underkriterium 6 »Organisation og bemanning«, der kunne begrunde en dårligere vurdering af tilbuddet fra klageren i forhold til tilbuddet fra Dansk Auto-Værn A/S.

Påstand 14

...«

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

Endelig har klageren i processkrift af 23. januar 2009 nedlagt yderligere påstande, der vedrører andre problemstillinger end dem, der er omhandlet i de allerede nedlagte påstande.

Klagenævnet har besluttet at udskyde behandlingen af disse påstande samt påstand 14 til senere behandling.

Sagens nærmere omstændigheder:

I »Bestemmelser om udbud og tilbud« er det om underkriterierne og bedømmelsesmodellen anført:

»

Tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ved bedømmelsen af tilbuddene anvendes en »tillægsprismetode«, hvor der beregnes en sammenligningspris, som er summen af følgende tre elementer:

- I. Tilbudssum i henhold til Tilbudslistens forside
- II. Kapitalisering af evt. forbehold

III. Tillægspriser for reduceret kvalitetsopfyldelse.

Alternative tilbud bedømmes på samme grundlag. Vejdirektoratet kan dog frit vælge om hovedtilbud eller alternativt bud fra en entreprenør skal indgå i sammenligningen med de øvrige bud (det står Vejdirektoratet frit for, om et alternativt bud kommer i betragtning eller ej)...«

Vejcenter Hovedstaden havde fastsat følgende 6 underkriterier (ud af 9 mulige i det tilgrundliggende fælles materiale for alle de iværksatte udbud):

- »
1. Forslag til fremme af Vejdirektoratets værdigrundlag og af Vejdirektoratets målsætninger
 2. Forslag til elementer i partnering samarbejde samt brug af Lean
 - ...
 - ...
 - ...
 6. Organisation og bemanning på entreprisen
 7. Oplæg til styring af kvalitet og miljø i entreprisen
 8. Oplæg til styring af arbejdssikkerhed i entreprisen
 9. Tilbud på tilstandskrav«

Denne kendelse vedrører indklagedes bedømmelse af klagerens tilbud på entreprise 01, 05 og 06 for så vidt angår underkriterium 6, »Organisation og bemanning«.

Dette underkriterium er i »Bestemmelser om Udbud og Tilbud« beskrevet således:

»
Tilbuddet skal indeholde entreprenørs kommentar til og evt. forslag til ændringer i den samarbejdsorganisation, der er vist i udkast til partneringtaftalen, bilag BUT-3.

Tilbuddet skal indeholde entreprenørs bemanning på grundlag af skema i underbilag BUT-3.1

Desuden skal tilbuddet indeholde CV på mindst følgende nøglepersoner:

- formænd for de vigtigste fagområder
- entrepriseleder(e)
- ledelsesrepræsentant i entreprisens styregruppe

Et CV skal minimum indeholde
-grunduddannelse

- relevant efter/videreuddannelse
- tidligere ansættelser og arbejdsfunktioner
- relevante funktioner og udførte opgaver
- eventuelle ledelsesopgaver
- alder

Tilbuddet skal indeholde entreprenørs oplæg til aktiviteter, som kan sikre, at entreprenørs egen organisation og den samlede entrepriseorganisation (incl. Vejdirektoratet) fungerer som et team.

Ved bedømmelsen lægges der vægt på, at entreprenør tilbyder en organisation, som er tilpasset entreprisens art og størrelse og som matcher Vejdirektoratets bemanning, jf. underbilag BUT -3.1

- at der tilbydes en bemanning, som på ledelsesmæssige, alle faglige og personlige kompetencer kan sikre en korrekt og optimal gennemførelse af entreprisen
- at der beskrives og tilbydes aktiviteter, som sikrer det samlede teams funktion og kompetencer.«

Klageren stillede den 17. juni 2008 følgende spørgsmål til indklagede:

»Sker bedømmelsen på det enkelte vejcenter, og hvis ja, og den byendes ordlyd ved bud ved flere vejcentre er enslydende, vil der forekomme forskellige vurderinger?«

Indklagede besvarede spørgsmålet således:

»Bedømmelsen sker på det enkelte vejcenter. Bedømmelsen vil blive koordineret mellem vejcentrene, så der kun forekommer forskellige vurderinger, hvor der i tilbuddene er forskellige løsninger/elementer. F.eks. på underkriteriet »Organisation og bemanning« kan der være forskellig bemanning på samme fagentreprise i to eller flere vejcentre.«

Klagerens tilbud blev ved evalueringen efter underkriteriet »Organisation og bemanning« vedrørende entreprise 01 og 06 (samt i de entrepriser, hvor klageren havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, det vil sige 02, 03, 04 og 07) vurderet til karakteren 4. Begrundelsen lød:

»Der er tilbudt en organisation og bemanning, som ikke i tilstrækkelig grad er beskrevet som anført i udbudsmaterialet. Bemandingen er ikke beskrevet tilstrækkelig godt«

Klagerens tilbud blev ved evalueringen efter underkriteriet »Organisation og bemanning« vedrørende entreprise 05 vurderet til karakteren 2 med følgende begrundelse:

»Der er tilbudt en organisation og bemanning, som i utilstrækkelig grad er beskrevet som anført i udbudsmaterialet.«

Klageren afgav som nævnt også tilbud på de entrepriser, der var omfattet af det tilsvarende, samtidige udbud, som Vejcenter Sjælland stod for. Ved evalueringen blev klagerens tilbud her tildelt karakteren 5 for så vidt angår underkriteriet »Organisation og bemanning« vedrørende alle de 7 udbudte entrepriser.

Klageren afgav ligeledes også tilbud på de 38 entrepriser, der blev udbudt inden for Vejcenter Syddanmark, Vejcenter Midt- og Vestjylland, Vejcenter Østjylland og Vejcenter Nordjylland. Klagerens 38 tilbud var for så vidt angår underkriteriet »Organisation og bemanning« identiske. I 36 af disse entrepriser blev klagerens tilbud vurderet til karakteren 8 for så vidt angår underkriteriet »Organisation og bemanning«, mens klagers tilbud på 2 entrepriser blev bedømt efter underkriteriet til karakteren 7.

Klagerens tilbud i forbindelse med udbuddene foretaget af henholdsvis Vejcenter Hovedstaden og af Vejcenter Sjælland var for så vidt angår »Organisation og bemanning« fuldstændig identiske.

Det er klagers hovedsynspunkt, at der derfor ikke lovligt kunne tillægges klagerens tilbud på de forskellige entrepriser en forskellig karakter.

Det er indklagedes hovedsynspunkt, at der ikke er grundlag for at tage klagen til følge, netop fordi klagerens tilbud på de i alt 14 entrepriser inden for Vejcenter Hovedstaden og Vejcenter Sjælland beskrev samme bemanning uden nærmere konkretisering af, hvilke personer der konkret skulle tilknyttes de enkelte entrepriser, herunder de 3 entrepriser, som denne klagesag vedrører.

Klagerens subsidiaire påstande til påstand 1 (påstand 7, 8 og 9), til påstand 2 (påstand 10, 11 og 12) og til påstand 3 (påstand 15, 16 og 17) inddrager

de her beskrevne faktiske forhold i de oprindeligt nedlagte påstande. Påstandene gengives ikke.

Parternes anbringender

Ad påstand 1-3 og de subsidiære påstand, der knytter sig hertil:

Der henvises til det ovenfor anførte.

Ad påstand 13

Klageren har gjort gældende, at den reelle forskel mellem klagerens tilbud og tilbuddet fra Dansk Auto-Værn A/S bestod i, at klagerens tilbud i sagens natur ikke var vedlagt Dansk Auto-Værn A/S' organisationsdiagram samt CV for Dansk Auto-Værn A/S medarbejdere, men derimod klagerens eget organisationsdiagram og CV'er for klagerens egne medarbejdere. Klagerens tilbud var vedlagt Dansk Auto-Værn A/S fulde kvalitetshåndbog. Der er derfor ikke grundlag for forskellig evaluering af de to tilbud for så vidt angår underkriterium 6 »Organisation og bemanning på entreprisen«

Indklagede har gjort gældende, at Dansk Auto-Værns A/S tilbud i mange henseender var forskelligt fra klagerens. Hvor klageren med samme 2 bemanding (en vest for og en øst for Storebælt) har afgivet tilbud på samtlige entrepriser i samtlige vejcentre, har Dansk Auto-Værn A/S alene afgivet tilbud på én entreprise, og det er derfor åbenbart, hvilke personer der rent faktisk tilbydes knyttet til opgaven. Klageren har ikke i sit tilbud anført, hvilke medarbejdere hos Dansk Auto-Værn A/S klageren kunne råde over. Der er således i klagerens tilbud ingen beskrivelse af den bemanning, som klageren via underentreprenøren kunne råde over, hvilket nødvendigvis måtte medføre en lav score.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1-3 og de subsidiære påstande, der knytter sig dertil

Klagenævnet anførte i sin begrundelse for ikke at tage begæringen om opsættende virkning til følge indledningsvis:

»Efter helt fast praksis tager Klagenævnet i sine afgørelser om, hvorvidt et konkret udbud med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« på forskellige punkter har været i strid med udbudsreglerne, ikke stilling til, hvilken relativ vurdering af tilbuddene indklagede skulle have foretaget, såfremt reglerne var blevet fulgt. Klagenævnet erstatter således ikke indklagedes skøn med sit eget.«

Klagerens påstande vedrører i realiteten spørgsmålet om, hvorvidt indklagede inden for Vejcenter Hovedstaden lovligt efter underkriteriet »Organisation og bemanning« har kunnet vurdere klagerens tilbud på entreprise 05 til 2 point og klagerens tilbud på de øvrige entrepriser – herunder de påklagede 01 og 06 – til 4 point, når klagerens tilbud på de 7 tilvarende entrepriser, der var udbudt inden for Vejcenter Sjælland, i relation til dette underkriterium indeholdt henvisning til helt samme organisation og bemanning som klagerens 7 tilbud til Vejcenter Hovedstaden, og når klagerens tilbud inden for Vejcenter Sjælland i relation til underkriteriet »Organisation og bemanning« fik 5 point. Klagenævnet tager dette spørgsmål under påkendelse.

Som anført af indklagede, hvis udførlige anbringender ikke gengives i sin helhed i denne kendelse, har klageren i sine tilbud på de 3 entrepriser, som denne klagesag vedrører, ikke udformet tilbuddene med speciel relation til de konkrete entrepriser. Indklagede har ikke haft mulighed for at foretage en fordeling af klagerens medarbejdere i relation til de enkelte entrepriser.

Såfremt klagerens tilbud var blevet vurderet til at være de økonomisk mest fordelagtige tilbud på alle 14 entrepriser udbudt af de 2 sjællandske vejcentre, ville klageren skulle have udført alle 14 entrepriser med samme bemanning.

Det følger efter Klagenævnets opfattelse af sagens natur, at det har været lovligt at vurdere klagerens tilbud på de forskellige entrepriser forskelligt i relation til det omhandlede underkriterium, skønt – eller snarere fordi - klageren tilbød nøjagtig samme bemanning vedrørende alle entrepriserne.

Klagerens påstande 1-3 og de subsidiære påstande, der knytter sig hertil, tages derfor ikke til følge.

Det kan ikke føre til andet resultat, at klagerens tilbud på de 38 entrepriser, der vedrører jysk/fynske vejcentre, og som ikke er indbragt for Klagenævnet, er blevet tildelt karakteren 8 (henholdsvis 7) for så vidt angår underkriteriet »Organisation og bemanning«, selv om også disse tilbud indeholdt en henvisning til samme bemanning.

Ad påstand 13

Der er ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagerens påstande 1- 13 og 15-17 tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig