

K E N D E L S E

LH-Gulve A/S
(advokat Steen Jørgensen, Fredericia)

mod

Region Midtjylland
(advokat Mette Høgh, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 249-453536 af 22. december 2015 offentliggjort den 24. december 2015 udbød Region Midtjylland som begrænset udbud efter udbudsdirektivet (2004/18/EF) et bygge- og anlægsarbejde til brug for etablering af Serviceby til Det Nye Hospital i Vest, i daglig tale DNV-Gødstrup. Bygge- og anlægsarbejdet var opdelt i 6 stor- og fagentrepriser, herunder E3-DP32-33_E4 Gulvbelægningsentreprisen. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 1. februar 2016 havde 6 virksomheder anmodet om prækvalifikation.

Den 14. april 2016 besluttede Region Midtjylland at prækvalificere følgende 5 virksomheder:

1. Burcharth Gulventreprise A/S
2. DR Gulve ApS
3. Hammelsvang as
4. LH-Gulve A/S
5. Silkeborg Gulvbelægning A/S

Udbudsbetingelserne blev offentliggjort for de prækvalificerede den 21. april 2016, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 30. maj 2016 havde 3 af de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Den 18. juli 2016 meddelte Region Midtjylland tilbudsgiverne, at udbuddet var annulleret.

Efterfølgende iværksatte Region Midtjylland, med henvisning til delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2, en ny tilbudsindhentning på entreprisen. Ved brev af 22. september 2016 opfordrede Region Midtjylland virksomhederne Burcharth Gulve, OK Gulve A/S og Silkeborg Gulve til at afgive tilbud.

Ved brev af 3. januar 2017 modtaget af klagenævnet den 19. januar 2017 indgav LH-Gulve A/S (herefter LH-Gulve) klage til Klagenævnet for Udbud over Region Midtjylland. Klagen har været behandlet skriftligt.

LH-Gulve har endelig nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2 ved annullering den 18. juli 2016 af udbud nr. E3-DP32-33_E4, gulvbelægningsentreprisen.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2, samt udbudslovens § 8, stk. 2, ved at foretage prisindhentning af E3-DP32-33_E4, gulvbelægningsentreprisen, som frivillig konkurrenceudsættelse efter delydelsesreglen, efter først at have udbudt gulvbelægningsentreprisen som offentligt udbud.

Påstand 3 (tidligere påstand 4)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2, samt udbudslovens § 8, stk. 2, ved ikke at indbyde LH-Gulve til at deltage i prisindhentningen af E3-

DP32-33_E4, gulvbelægningsentreprisen, idet LH-Gulve ved det begrænsede udbud havde laveste pris og i øvrigt var konditionsmæssig.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen af 22. december 2015 fremgår:

” ...
 II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene
 Projektet omfatter bygge- og anlægsarbejde ved etablering af Serviceby til Det Nye hospital i Vest i daglig tale DNV-Gødstrup.
 ...
 Bygningsdele:
 ...
 Gulvoverflader består af vinyl og linoleum, samt malede gulvoverflader
 ...
 Projektet er opdelt i følgende delprojekter:
 ...
 Fagentreprise E3-DP32-33_E4 Gulvbelægningsentreprisen
 ...
 Oplysninger om delaftaler:
 ...
 Delaftale nr.: 3 Betegnelse: Fagentreprise E3-DP32-33_E3 Tømmer/Snedkerentreprisen.
 ...
 Delaftale nr.: 4 Betegnelse: Fagentreprise E3-DP32-33_E4 Gulvbelægningsentreprisen
 1)Kort beskrivelse
 W 340 Støbte undergulve arbejdet, afretningslag
 W 345 Gulvbelægningsarbejdet.
 ...
 IV.2.1)Tildelingskriterier
 Laveste pris
 ...”

Af tilbudslistens side 1 fremgår bl.a.:

”Den bydende skal afgive en fast, samlet tilbudssum, inklusiv alle arbejder og leverancer, der fremgår af tegninger og/eller beskrivelser. Alle beskrivelserne i denne tilbudsliste er summariske og beskriver ikke nødvendigvis alle ydelser til arbejdets færdiggørelse. Den bydende skal fastslå ydelsernes fulde omfang ud fra udbudsmaterialets tegninger

og beskrivelser, og inkludere dette i tilbuddet på tilbudslistens delposter.”

I tilbudsbilag 3 ”DNV Gødstrup DP32-33 Serviceby og Teknikby” benævnes arbejderne:

”Arbejdsbeskrivelse
Støbte undergulve 340
E3-DP32-33_E4
Gulvbelægningsentreprisen
W 340 Støbte undergulve-arbejdet”

Om arbejdets nærmere omfang står:

”...

4. Bygningsdelsbeskrivelser

...

Armeret afretningslag af beton 340.ULL.01

4.2 Omfang

Arbejdet omfatter levering og montering af:

- Undergulve af armeret beton afretningslag uden fald incl. spartelmasse og glidelag på terrændæk
- Undergulve af armeret beton afretningslag med fald incl. spartelmasse og glidelag på terrændæk
- Spartling af betonafretningslag med /uden fald
- Trykfast isolering under afretningslag
- Udlægning af glidelag
- Støvbinding af gulve
- Måtteramme
- Indstøbning af kobberbånd under ledende gulvbelægninger
- Dilatationsfuger i afretningslag

Følgende leveres ikke, men monteres under arbejdet

- Kobberbånd/Net for potentialudligning leveres under arbejdet ”Gulvbelægningsarbejdet 345”, men monteres under nærværende arbejde.

Følgende leveres og monteres under andet arbejde

- Potentialudligning af armering
- Tilkobling af kobberbånd under ledende gulvbelægning til jord
- Gulvvarme
- Gummimåtte

- Drænlag i kælder
- Stålprofiler bærende
- Gulvafløbshuse
- Riste og T-profiler over gulvgrubber

4.3 Lokalisering

Afretningslag er angivet på detaljer og gulvplaner med følgende signaturer.

- Undergulve af armeret beton afretningslag uden fald incl. spartelmasse og glidelag på terrændæk angivet på gulvplaner med type 1
- Undergulve af armeret beton afretningslag med fald incl. spartelmasse og glidelag på terrændæk angivet på gulvplaner med type 2
- Trykfast isolering under afretningslag angivet på gulvplaner med type [L]%ULL15
- Støvbinding på gulve angivet på gulvplaner med type [L]%NCC33,
- [L]%NCC37 og [L]%NCC38
- Måtteramme angivet på gulvplaner med type [L]%NCC32
- Indstøbning af kobberbånd i ledende gulvbelægninger angivet på gulvplaner med type [L]%NCC30
- Dilatationsfuger i afretningslag angivet på gulvplaner med type [L]%NAD6
- ...”

I udbudsbrevet blev tilbudsgivere opfordret til at stille spørgsmål til udbudsbetingelserne inden for en nærmere angivet frist.

Region Midtjylland udsendte den 17. maj 2016 Rettelsesblad 3, hvorved der blev tilføjet 156 m² undergulv til entreprisen, idet det blev anført, at der var tale om ”Afretningslag type 1 under gipsvægge”. Det fremgik videre, at ”Ny tilbudsliste udgives med sidste rettelsesbrev d. 24/5-2016”.

Tilbudslisten bestod af en forside, hvor den samlede tilbudssum skulle anføres, en side 2, hvor tilbudssummen skulle angives i ”W 340 Støbte undergulve”, ”W 345 Gulvbelægningsarbejdet” og ”W Stipulerede ydelser”, samt et regneark med delpriser, hvorunder der fremgik en række specifikke ydelser herunder afretningslag med angivelse af mængde. De 156 m² undergulv fremgik af den opdaterede tilbudsliste i regnearksdelen under W 345 Gulvbelægningsarbejdet som ”Afretningslag type 1 under gipsvægge”.

Af Byggesagsbeskrivelsen fremgår om mængdeverificering:

”1.7 Verificering af mængder

Når den konditionsmæssigt lavestbydende entreprenør er fundet og underretning har fundet sted, starter standstill perioden frem mod kontrakt. I standstill perioden skal entreprenøren deltage i en mængdeverificering af det udbudte projekts mængder. Verificeringen skal ende op med, at der opnås enighed om prissætningsgrundlaget.

Mængdeverificeringen betyder:

- at tildelingsbeslutning udelukkende træffes på grundlag af de mængder, der er angivet i tilbudslisten, og at den efterfølgende mængdeverificering således ikke ændrer indholdet af den trufne tildelingsbeslutning..
- at bygherren vil være berettiget til at annullere udbuddet, hvis der ikke kan opnås enighed om reguleringen (størrelsen af de reelle mængder).
- at bygherren er berettiget til at annullere udbuddet, hvis der konstateres mere end ubetydelige afvigelser mellem de udbudte mængder og de reelle mængder
- at justering af prisen i forbindelse med mængdeverificeringen sker på baggrund af de af entreprenøren tilbudte enhedspriser og i den forbindelse også kan ske inden for +/- ubegrænset ift. De enkelte poster i tilbudslisten.
- At der efter mængdeverificeringen indgås kontrakt på baggrund af tilbudssummen med tillæg eller fradrag af den økonomiske konsekvens af mængdeverificeringen opgjort i henhold til de af tilbudsgiveren oplyste enhedspriser.
...”

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. maj 2016 havde 3 tilbudsgivere afgivet følgende tilbud:

LH-Gulve A/S	2.896.777,73 kr.
Burcharth Gulventreprise A/S	3.425.368,17 kr.
Silkeborg Gulvbelægning A/S	11.428.094,02 kr.

Den 8. juni 2016 udsendte Region Midtjylland underretningsskrivelse til tilbudsgiverne, Af underretningen fremgår bl.a., at ingen af de 3 tilbudsgivere på gulvbelægningsentreprisen havde taget forbehold. Af underretningen fremgår desuden blandt andet:

”Sammenfattende kan det konstateres at billigste entreprenører med nominelt laveste tilbud, også har afleveret et tilbud uden forbehold, og opfylder tildelingskriteriet angivet i udbudsmaterialet.

Tilbuddene er således konditionsmæssig og er det laveste tilbud.

Forstående aktiviteter er stand still periode, samt mængdeverificerings frem til fastlåsning af mængder.”

Ved den efterfølgende mængdeverificering opstod spørgsmål om, hvorvidt undergulve var omfattet af entreprisen. LH-Gulve var således af den opfattelse, at undergulve ikke var omfattet af entreprisen og i parternes korrespondance herom fremsatte LH-Gulve krav om henholdsvis 1.496.854 kr. for undergulve type 1 og 129.322 kr. for undergulve type 2 i tillæg til entreprisesummen for undergulve.

Af et bilag ”Verificering / afvigelse af mængder Nr. 001” fremgår bl.a.:

”Udfyldes af entreprenør:

Kort beskrivelse:

Hvad omhandler verificeringen/ afvigelsen

Der er lavet en entreprise, der benævnes E3 Støbte Undergulve, der beskriver undergulve. Der er et afsnit på tilbudslisten, der hedder W340 Støbte Undergulve.

Der er endvidere en entreprise, som hedder E4 Gulvbelægningsentreprisen, hvor der er beskrevet de forskellige belægningstyper, på tilbudslisten hedder den W345 Gulvbelægningsarbejder

Under E4 er der ikke beskrevet nogen undergulve, der står i beskrivelsen, at undergulve er forudgående arbejder. På tilbudslisten står der

- Vinyl på undergulv af afretningsbeton.
- Linoleum på undergulve afretningsbeton.
- Epoxy på undergulve af afretningsbeton.

Derfor er det vores klare opfattelse, at der mangler nogle punkter på tilbudsliste til undergulve.

...

Afvigelse / Omfang

Omfang manglende 5.023 m2

...

Økonomi 1.496.854 kr.

...”

Hertil svarede Region Midtjyllands tekniske rådgiver i bilaget bl.a.:

”Beskrivelsen for W340 Støbte Undergulve og E345 Gulve er benævnt som E3-DP32-33_E4.

E3: Etape 3

DP32-33: Delprojekt 32-33

E4: Gulvbelægningsentreprisen

...

På gulvplaner beskrives gulvtype, samt afretningslags type på de enkelte gulve:

...

Vinyl...afretningstype 2

Vinyl...afretningstype 1

Linoleum afretningstype 1

Epoxybelægning på gulve, afretningstype 1

...

Eksempel på detalje, her henvises til den enkelt entreprise i parenteser efter de enkelte arbejder:

Vinylgulv...(E3-DP32-33_E4)

Afretningslag, armeret beton, med fald opbygning (E3-DP32-33_E4)

...

På tilbudslisten bliver gulvene beskrevet med samme tekst som på tegningerne og beskrivelse. Vinyl, linoleum og epoxy udføres på undergulv af afretningsbeton som beskrevet og tegnet

...

I forbindelse med rettelsesbrev 03 kom der en ændring på tilbudslisten, da vi blev opmærksomme på at vi ikke havde afretningslaget med under alle gipsvæggene, da det enkelte afretningslag er beskrevet sammen med gulvtyperne.

...”

Da parterne ikke kunne nå til enighed om mængderne valgte Region Midtjylland at aflyse udbuddet. LH-Gulve blev orienteret herom ved mail af 18. juli 2016. Af mailen fremgår blandt andet:

”Til de bydende på entreprise nr. E3-DP32-33_E4 Gulvbelægningsentreprisen.

På vegne af bygherren, DNV Gødstrup annulleres ovennævnte udbud.

Annulationen er begrundet i at flere tilbudsgivere, der i blandt den vindende tilbudsgiver har udtrykt tvivl om entreprisens omfang og en deraf følgende tvivl om hvilke ydelser, der er indeholdt i de afgivende tilbud.

Bygherren ønsker således ikke af hensyn til samarbejdet og økonomien at tildele og påbegynde entreprisen på et omtvistet grundlag.”

Med henvisning til delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2, iværksatte Region Midtjylland den 22. september 2016 en ny tilbudsindhentning på entreprisen. Virksomhederne Burcharth Gulventreprise A/S, OK Gulve A/S og Silkeborg Gulve blev opfordret til at afgive tilbud. Udbudsbetingelserne, som blev fremsendt i forbindelse med den nye tilbudsindhentning, var identiske med betingelserne fra det tidligere udbud.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

LH-Gulve har gjort gældende, at de anvendte udbudsbetingelser ikke var uklare, idet det af udbudsbetingelserne fremgik nøjagtigt, hvor mange kvadratmeter gulv og undergulv, der skulle være en del af entreprisen.

Tilbudsformularen skulle sikre, at alle tilbudsgivere afgav tilbud på samme grundlag, således at der alene skulle oplyses enhedspris fra tilbudsgiverne. Samtlige tilbudsgivere anvendte de samme kvadratmeterangivelser ved udarbejdelse af tilbud og ingen af tilbudsgiverne tog forbehold i forbindelse med afgivelse af tilbud.

Det fremgår klart af udbudsbetingelserne, at undergulve var forudgående arbejder, dvs. arbejder, som skulle udføres forinden entreprisen skulle påbegyndes. Der kan derfor ikke være tvivl om, at undergulve ikke var en del af entreprisen. Der henvises i den forbindelse til beskrivelsen i tilbudslisten, samt LH-Gulves beskrivelse i mængdeverifikationen.

Det er ikke konkretiseret af Region Midtjylland, hvori uklarheden om udbuddets omfang måtte bestå, og begrundelsen for annullering må efter LH-Gulves opfattelse angivelig enten være et ønske om at tilføje flere kvadratmeter undergulv eller at udelukke LH-Gulve fra entreprisen, hvilke begge er usaglige begrundelser. Beslutningen om annullering må derfor anses for usaglig.

Det er ikke i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet eller proportionalitetsprincippet at annullere udbuddet alene fordi Region Midtjylland måtte ønske at få undergulve medtaget i udbuddet.

Region Midtjylland har bestridt, at annulation af udbuddet er i strid med ligebehandlings-, proportionalitets- og gennemsigtighedsprincippet.

Det følger af klar praksis fra såvel EU-Domstolen, de danske domstole som Klagenævnet for Udbud, jf. henholdsvis Domstolens kendelse i sag C-244/02 af 16. oktober 2003, Højesterets dom af 18. august 2011 og Klagenævnets kendelse af 16. august 2012, Phonak Danmark A/S mod Kommunernes Landsforening, at der ikke gælder nogen kontraheringspligt for ordregivende myndigheder, og at ordregivende myndigheder dermed også som klart udgangspunkt er berettiget til at annullere igangsatte udbud. Ordregivende myndigheder har en meget vidtgående adgang til at annullere igangværende udbud, og denne annullationsadgang afskæres alene, såfremt annulationen forfølger et helt åbenbart usagligt formål.

Region Midtjyllands annulation af udbuddet skyldtes, at LH-Gulve var uenige med Region Midtjylland i udbudsgrundlaget, og at parterne derfor ikke kunne nå til enighed om mængdeverificeringen. Region Midtjylland er af den klare opfattelse, at udbudsgrundlaget var klart, og at LH-Gulve derfor var forpligtet til at indeholde de påståede ekstraarbejder i sit tilbud, jf. bl.a. AB 92 § 3 stk. 4, men af hensyn til såvel tiden som økonomien i afklaringen af denne tvist, og den påvirkning af det fremtidige samarbejde en sådan tvist ville medføre, valgte Region Midtjylland at annullere udbuddet frem for at forsøge at fastholde LH-Gulve på sit tilbud.

At der var uenighed om mængdeverificeringen fremgår af dokumentet om verificering / afvigelse af mængder.

Region Midtjylland har videre gjort gældende, at spørgsmålet om, hvorvidt undergulve var inkluderet i entreprisen eller ej, er underordnet for denne klagesag. Hvis LH-Gulves synspunkt, hvorefter undergulvene ikke var indeholdt i entreprisen, lægges til grund, ville dette udgøre en sådan mangel i udbudsmaterialet, at Region Midtjylland også på dette grundlag efter fast klagenævnspraksis ville være berettiget til at annullere udbuddet, jf. eksempelvis kendelse af 20. marts 2015, Tømrermester Hans Kirk Randers A/S mod Norddjurs Kommune.

Udergulvene var omfattet af entreprisen, og disse skulle derfor være omfattet af tilbuddet. Såfremt Region Midtjylland ikke havde annulleret udbuddet, ville konsekvensen for LH-Gulve have været, at LH-Gulves tilbud måtte anses for indeholdende et forbehold i forhold til udførelse af undergulve. LH-Gulves afvisning af at vedstå sit tilbud i forhold til den fulde udbudte ydelse må således sidestilles med et forbehold. Region Midtjylland er forpligtet til at tage højde for forbehold ved sin tilbudsvurdering, uanset at forbeholdet først bliver klart, efter tildelingsbeslutningen er offentliggjort, jf. blandt andet U2012.2952H. En prissætning af LH-Gulves forbehold til 1.626.186 kr., jf. LH-Gulves egen prissætning, indebærer, at LH-Gulves tilbud i så fald ikke længere ville være det billigste tilbud.

Ad påstand 2

LH-Gulve har gjort gældende, at Region Midtjylland ved at medtage yderligere arbejder (undergulve) i sit udbudsmateriale ikke med sikkerhed kunne vide, at gulventreprisekontraktens værdi ville blive mindre end tærskelværdien på 7.447.900 kr. for delkontrakter under delydelsesreglen. Allerede derfor kunne delydelsesreglen ikke anvendes.

Anvendelse af delydelsesreglen forudsætter desuden, at Region Midtjylland har udarbejdet klare retningslinjer herom. Det fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 8, stk. 2, at delydelsesreglen kun kan benyttes i det omfang, det fra projektets begyndelse er planlagt, hvordan delydelsesreglen skal anvendes og dermed, at den skal anvendes. Lovbemærkningerne til § 8 er helt klare, og såvel en ordlyds- som en formålsfortolkning af bemærkningerne fører til, at et krav om anvendelse af delydelsesreglerne forudsætter, at dette er planlagt fra projektets start.

LH-Gulve erkender, at det er op til ordregiver, hvordan ordregiver - sagligt - ønsker at planlægge anvendelsen af delydelsesreglerne. Der er i lovbemærkningerne da heller ikke anført nogen nærmere beskrivelse af, hvor detaljeret denne planlægning skal være, og Region Midtjyllands bemærkninger om ”at planlægge brugen af delydelsesreglen i detaljer” er derfor ikke relevant.

At der slet ikke kan kræves nogen forudgående planlægning, har ikke støtte i lovforarbejderne. Det fremgår i øvrigt også af Konkurrence og Forbruger-

styrelsens vejledning til udbudsloven, at delydelsesreglen kun må anvendes, hvis det på forhånd er planlagt, at reglen skal anvendes. Det anføres således i vejledningen side 32, at ”Det er kun tilladt at anvende delydelsesreglen, når ordregiver fra projektets begyndelse har planlagt, at reglen skal anvendes.”

At Region Midtjylland ikke på forhånd havde planlagt at anvende reglen understøttes af, at reglen alene er anvendt på gulvbelægningsentreprisen.

Allerede fordi Region Midtjylland slet ikke har forholdt sig til kravet om forudgående planlægning og dermed ikke har lavet nogen plan, kan det ikke vurderes, om planen er saglig og i overensstemmelse med bemærkningerne. Region Midtjylland har således ikke lovligt kunnet anvende delydelsesreglen på denne entreprise.

Delydelsesreglen kan desuden kun anvendes, såfremt den anvendes i forbindelse med indgåelse af flere delkontrakter af samme type, dvs. ved indgåelse af flere lignende fagentrepriser. Region Midtjylland har således også af denne grund ikke lovligt kunne anvende delydelsesreglen.

Det forhold, at sygehusprojektet blev påbegyndt i 2012, dvs. før udbudslovens ikrafttræden, og dermed før kravet om planlægning blev indført, er uden betydning, idet Region Midtjylland har valgt at anvende delydelsesreglerne i udbudslovens § 8, stk. 2, og derfor må leve op til de betingelser og krav, loven stille herunder reglerne om forudgående planlægning.

Region Midtjylland har gjort gældende, at der ikke forud for tilbudsindhentningen var nogen anledning til at forvente, at gulventreprisekontrakten ikke vil ligge under delydelsesreglens tærskelværdi på 7.447.900 kr., idet der var tale om udbud af nøjagtig den samme ydelse, som tidligere havde været genstand for det nu annullerede udbud, hvor to af de tre indkomne tilbud lå mere end 3 mio. kroner under beløbsgrænsen for anvendelse af delydelsesreglen. Tilbudssummen fra den vindende tilbudsgiver i det nye tilbud lå da også alene på ca. 4,2 mio. kr.

Region Midtjylland har bestridt, at delydelsesreglen alene kan anvendes i det omfang, det fra projektets begyndelse er planlagt, om og hvordan delydelsesreglen ønskes anvendt,

Delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2, opstiller alene to betingelser for reglens anvendelse. For det første må kontraktens værdi ikke overstige en nærmere angivet tærskelværdi for den pågældende ydelse, hvilken i forhold til bygge- og anlægsarbejder ligger på 7.447.900 kr. For det andet må den samlede værdi af delkontrakten og eventuelle øvrige delkontrakter, der tildeles under anvendelse af delydelsesreglen, ikke overstige 20 % af den samlede værdi af alle delkontrakter, som det pågældende arbejde er opdelt i. Der kan ikke ved siden af disse to betingelser stilles supplerende krav om, at ordregiver allerede i forbindelse med iværksættelsen af det samlede projekt skal kunne planlægge og redegøre for anvendelsen af delydelsesreglen. Et så detaljeret overblik over hele projektet og de enkelte projekter til realisering af dette kan ikke være til stede allerede fra opstarten af projektet.

Denne sag omhandler opførelse af et nyt supersygehus over en anlægsperiode på 8 år og med et samlet anlægsbudget på ca. 4 mia. kroner. Det følger således af sagens natur, at Region Midtjylland ikke straks ved projektets iværksættelse kunne planlægge og redegøre for anvendelsen af delydelsesreglen under hele projektet. Den af LH-Gulve uhjemlede fortolkning af delydelsesreglen er således helt urealistisk i forhold til stort set alle bygge- og anlægsprojekter og ville ændre helt afgørende på den almindeligt anerkendte praksis for brugen af delydelsesreglen. En så vidtrækkende fortolkning af delydelsesreglen kræver sikre holdepunkter i loven, hvilket ubestridt ikke er til stede.

Lovforarbejderne kan således alene anvendes som fortolkningsmoment i forhold til de krav, der udtrykkeligt fremgår af loven. Heller ikke forarbejderne indeholder imidlertid et supplerende krav om, at delydelsesreglens anvendelse i et projekt som det konkret omtvistede skal være planlagt allerede ved iværksættelsen af projektet.

Læses forarbejderne i sammenhæng, fremgår det således, at det afgørende fokus for lovgiver ikke har været at pålægge ordregiver at planlægge sin anvendelse af delydelsesreglen, men derimod at indskærpe, at delydelsesreglen ikke kan anvendes til udvidelse af en allerede indgået kontrakt i strid med de regler, der gælder for ændring af kontrakter i medfør af udbudslovens §§ 178-184.

Region Midtjylland har subsidiært gjort gældende, at den omtvistede gulventreprise er en del af et projekt, der blev påbegyndt i 2012 – dvs. før ud-

budslovens ikrafttræden – og at denne forpligtelse til at planlægge brugen af delydelsesreglen dermed ikke er gældende for projektet.

Der er yderligere ikke i udbudsloven § 8, stk. 2, et krav om tidsmæssig sammenhæng mellem indgåelse af flere delkontrakter. Tværtimod fremgår det eksplicit af forarbejderne, at det ikke er et krav, at der indgås kontrakt samtidig.

Såfremt der måtte gælde et krav om tidsmæssig sammenhæng mellem indgåelsen af de enkelte delkontrakter, er dette krav opfyldt. Som det fremgår af udbudsbekendtgørelsen indgår den omtvistede fagentreprise således i en samlet pakke med 5 andre fagentrepriser til realisering af Serviceby og Teknikhus.

Ad påstand 3

LH-Gulve har gjort gældende, at Region Midtjylland har overtrådt udbudslovens § 2 og almindelige forvaltningsretlige principper ved ikke at tilbyde LH-Gulve som laveste og i øvrig konditionsmæssige tilbudsgiver i det annullerede udbud at afgive tilbud ved genudbuddet.

LH-Gulve er blevet prækvalificeret ved efterfølgende entrepriser, udbudt af Region Midtjylland på samme projekt. Der er derfor ingen saglige forhold, som kan begrunde, at der skal ses bort fra LH-Gulve ved indhentning af tilbud efter delydelsesreglen. Region Midtjylland kunne derfor ikke sagligt se bort fra LH-Gulve i forbindelse med indhentning af tilbud.

Region Midtjylland har bestridt, at regionen er forpligtet til at indbyde LH-Gulve til at deltage i den frivillige tilbudsindhentning under delydelsesreglen. Som det fremgår ovenfor ad påstand 2, fastlægger udbudsloven § 8, stk. 2, udtømmende de krav, der gælder for anvendelse af delydelsesreglen. Der ligger ikke heri noget krav til udvælgelsen af den eller de aktører, der inviteres til at afgive bud.

Tilsvarende kan der hverken udledes regler vedrørende denne udvælgelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 eller af almindelige forvaltningsretlige principper, hvorfor der så meget desto mere ikke kan udledes et krav om, at én bestemt økonomisk aktør har et retskrav på at blive udvalgt til deltagelse i et frivilligt udbud. Den frivillige tilbuds-

indhentning er en selvstændig proces uden sammenhæng med det tidligere annullerede udbud, hvorfor resultatet af udbuddet også af denne grund er irrelevant for den efterfølgende frivillige licitation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Ved EU-udbud er en ordregivende myndighed som udgangspunkt berettiget til at annullere et igangværende udbud, således at ingen af de afgivne tilbud antages. En annulation må dog ikke forfølge et formål, som er i strid med ligebehandlingsprincippet eller på anden måde usagligt. At annulation af det pågældende udbud sker efter, at tildelingsbeslutning er meddelt, ændrer ikke herved, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 26. februar 2016, HRH Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod AlmenIndkøb v/Lejerbo.

Region Midtjylland har begrundet annulationen med, at Region Midtjylland i forbindelse med mængdeverificeringen kunne konstatere, at parterne var uenige om udbudsgrundlaget, herunder om undergulve var omfattet af entreprisen.

LH-Gulve var således af den opfattelse, at undergulve ikke var omfattet af entreprisen og fremsatte krav om henholdsvis 1.496.854 kr. og 129.322 kr. i tillæg til entreprisensummen for undergulve. Region Midtjylland var derimod af den opfattelse, at undergulve var omfattet af entreprisen, og at kravet om tillægsbetaling derfor var uberettiget.

Efter fast praksis fra klagenævnet er ordregiveren berettiget til at annullere et igangværende udbud bl.a. ved konstatering af fejl eller uhensigtsmæssigheder i udbudsbetingelserne, og hvis der er truffet en forkert tildelingsbeslutning.

Der er ikke grundlag for at antage, at Region Midtjylland ved at annullere udbuddet har forfulgt et formål, der er i strid med ligebehandlingsprincippet eller i øvrigt må anses for usagligt. Region Midtjylland var således berettiget til at annullere udbuddet.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Region Midtjylland iværksatte i 2012 byggeprojektet DNV Gødstrup, det Nye Hospital i Vest. I december 2015 udbød regionen som en del af projektets etape 3, 6 fag- og storentrepriser, heriblandt E3-DP32-33_E4 Gulvbelægningsentreprisen. Efter tildelingsbeslutning og i forbindelse med mængdeverificeringen blev entreprisen annulleret ved meddelelse til tilbudsgiverne den 18. juli 2016. I september 2016 udbød Region Midtjylland Entreprisen efter delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2.

I de særlige bemærkninger til de enkelte bestemmelser i Lovforslag 19 af 7. oktober 2015 om udbudsloven fremgår om § 8 bl.a.:

”...

§ 8 gennemfører direktivets artikel 5, stk. 9 og 10, vedrørende delkontrakter, og er en indholdsmæssig videreførelse af gældende ret. [artikel 9, stk. 5 i direktiv 2004/18/EF]

...

Bestemmelsens stk. 2 er en undtagelse til § 8, stk. 1, også kaldet delydelsesreglen, og indebærer, at en ordregiver kan tildele særskilte delkontrakter uden at anvende procedurerne i denne lov, når 2 betingelser er opfyldt.

For det første skal den anslåede værdi af den pågældende delkontrakt være under 595.832 kr. eksklusive moms, for varer eller tjenesteydelser eller under 7.447.900 kr. eksklusive moms for bygge- og anlægsarbejder, jf. dog § 9.

For det andet må den samlede værdi af delkontrakter, der tildeles ikke overstige 20 pct. af den samlede værdi af alle delkontrakter, som det påtænkte arbejde, det påtænkte køb af ensartede varer eller den påtænkte levering af tjenesteydelser er opdelt i.

...

Det fastsættes i bestemmelsen, at den samlede værdi af delkontrakter, der tildeles uden anvendelse af loven i henhold til § 8, stk. 2, ikke må overstige 20 pct. af de samlede delkontrakters værdi, dvs. svarende til værdien af det samlede indkøb, såfremt den ikke var opdelt i delkontrakter. Idet bestemmelsen er relevant på tidspunktet, hvor ordregiveren påtænker at foretage et indkøb, kan delydelsesreglen alene benyttes i det omfang, at det fra projektets begyndelse er planlagt, hvorledes delydelsesreglen skal bruges. Det er dog ikke et krav, at der skal skrives kontrakt samtidig. Såfremt der opstår et uforudset behov for at foretage et indkøb i løbet af kontraktperioden, er muligheden for at foretage så-

danne indkøb uden forudgående udbud reguleret af andre bestemmelser i udbudsloven, herunder § 183.
 ...”

På tidspunktet for delydelseskøbets iværksættelse var tilbudspriserne i det annullerede udbud kendt og lå under den i udbudslovens § 8, stk. 2 angivne værdi, og ved tilbudsfristens udløb lå tilbuddet med den laveste pris da også under den i § 8, stk. 2 angivne værdi. Den samlede værdi af delkontrakter udbudt uden anvendelse af udbudslovens afsnit II og III oversteg ikke 20 pct. af den samlede værdi af alle delkontrakter, som arbejdet var opdelt i.

Det, der er anført i lovbemærkningerne om den forudsatte forudgående planlægning, er ikke kommet til udtryk i lovteksten. Det modsvares heller ikke af tilsvarende angivelser i Europarlamentet og Rådets direktiv 2014/24/EF af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF. På den baggrund og henset til forarbejdernes angivelser af, at lovens § 8 er en ”indholdsmæssig videreførelse af gældende ret” og beskrivelsen af, at bestemmelsen kan anvendes, når ”når 2 [økonomiske] betingelser er opfyldt.”, var betingelserne for, at Region Midtjylland kunne anvende delydelsesreglen, opfyldt.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

En ordregiver skal, jf. udbudslovens § 2, ved offentlige indkøb i henhold til udbudslovens afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Det følger af udbudslovens § 8, stk. 2, at en delkontrakt under nærmere angivne betingelser jf. påstand 2, kan tildeles uden anvendelse af reglerne i afsnit II-III. Tildeling i henhold til denne bestemmelse sker således ikke ”i henhold til udbudslovens afsnit II-IV”. Det følger videre af tilbudslovens § 1, stk. 3, nr. 1, at bygge og anlægsarbejder, der er omfattet af udbudsloven ”herunder reglerne for delarbejder omfattet af udbudslovens § 8” ikke er omfattet af reglerne i tilbudsloven bortset fra tilbudslovens § 3, stk. 2 og § 7.

Som anført i bl.a. klagenævnets kendelse af 10. februar 2017, Viking Medical Scandinavia ApS og Heraeus Medical GmbH mod Amgros I/S, følger det af lov om Klagenævnet for Udbud, at loven finder anvendelse ved håndhævelse af udbudsloven, EU udbudsreglerne inden for forsyningsvirksomhed samt tilbudsloven, jf. lovens § 1, stk. 2. Eventuel overtrædelse af forvaltningsretlige grundsætninger, som LH-Gulve A/S har henvist til i sine anbringender, henhører derfor ikke under Klagenævnet for Udbuds kompetence.

Udbudslovens § 2 finder således ikke anvendelse på indkøb i henhold til delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2, og overtrædelser af almindelige forvaltningsretlige regler er ikke underlagt klagenævnets kompetence.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

LH-Gulve A/S skal i sagsomkostninger til Region Midtjylland betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse. Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
Fuldmægtig