

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Jens Fejøl, Thomas Facklamm Jensen)

J.nr.: 2007-0014594

29. februar 2008

K E N D E L S E

Aktieselskabet Karl Jensen Murer- og Entreprenørfirma
(advokat Hans Erik Steffensen, Århus)

mod

Hobro Boligforening
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aalborg)

Ved udbudsbekendtgørelse af 5. december 2006 udbød Hobro Boligforening som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en totalentreprise om opførelse af 67 almene ældreboliger på adressen Adelgade/H.I. Biesgade i Hobro til en »targetpris« for totalentrepriseydelsen på 60 mio. kr. incl. moms.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 19. januar 2007 havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. MT Højgaard A/S
2. Ejnar Kornerup Jylland A/S
3. Aktieselskabet Karl Jensen Murer- og Entreprenørfirma
4. E. Bodilsen Totalbyg A/S
5. Arne Andersen Vrå A/S

Den 8. februar 2007 besluttede indklagede at prækvalificere alle de 5 virksomheder.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 8. marts 2007, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 3. maj 2007 havde alle de 5 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 20. juni 2007 besluttede indklagede at

indgå kontrakt med MT Højgaard A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 4. december 2007.

Den 26. oktober 2007 indgav klageren, Aktieselskabet Karl Jensen Murer- og Entreprenørfirma, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hobro Boligforening. Klagen har været behandlet på et møde den 28. januar 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 24, stk. 1 og 3, ved ikke i udbudsbetingelserne at fastsætte, at der var mulighed for at afgive alternative tilbud, og at fastsætte minimumsbetingelser for alternative tilbud, uagtet at det i udbudsbekendtgørelsen var anført, at der kunne afgives alternative tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at tage tilbudet fra MT Højgaard A/S i betragtning, uagtet dette tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelserne, idet der i tilbudet var taget følgende forbehold:

»14.1. Myndighedsforhold

De tilbudte løsninger er ikke drøftet med de relevante lokale myndigheder, hvorfor eventuelle myndighedskrav, der fører til ændringer af projektet, kan have økonomiske og tidsmæssige konsekvenser for bygherren.«,

som er et forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, som indebærer, at indklagede havde pligt til at afvise tilbudet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at tage tilbudet fra MT Højgaard A/S i betragtning, uagtet dette tilbud ikke overholdt kravene til Hobro Kommunes lokalplan nr. 274 af 20. september 2005, idet projektet i tilbudet kun kunne gennemføres,

hvis der af Hobro Kommune blev givet dispensation fra lokalplanens bestemmelse om byggefelt, adgangsvej m.v.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ved vurderingen af tilbudene ikke at have kapitaliseret det forbehold i tilbudet fra MT Højgaard A/S, at tilbudet kun omfattede fjernelse af 300 m³ forurenet jord, men ikke deponeringsudgifterne vedrørende den fjernede forurenede jord, uagtet det i udbudsbetingelserne afsnit 2.1. var fastsat, at tilbudet skal omfatte fjernelse af den forurenede jord anslået til ca. 300 m³ samt påfyldning af ren jord, således at alle udgifter hertil skal være indeholdt i tilbudet.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ved vurderingen af tilbudene ikke at have kapitaliseret det forbehold i tilbudet fra MT Højgaard A/S, at tilbudet forudsatte, at forsynings- og stikledninger vedrørende vand, el og fjernvarme var ført frem til samtlige lejligheder m.v., uagtet at det ikke af udbudsbetingelserne fremgår, at forsynings- og stikledninger er ført frem til samtlige lejligheder.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ved vurderingen af tilbudene ikke at have kapitaliseret det forbehold i tilbudet fra MT Højgaard A/S, at tilbudet forudsatte, at kloakledninger er tilsluttet skelbrønd på grunden, uagtet at det ikke af udbudsbetingelserne fremgår, at kloakledninger er tilsluttet skelbrønd på grunden.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. afsnit, ved ikke i udbudsbetingelserne at have anført den relative vægtning af de 5 fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, uagtet at det var muligt at fastsætte en sådan vægtning.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at beslutte at indgå kontrakt med klageren, uagtet tilbudet fra klageren var det eneste tilbud, der opfyldte udbudsbetingelserne.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 nedlagt påstand om, at klagen tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 2 - 8 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 9

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at fremsende skrivelsen af 2. april 2007, hvorved indklagede besvarede spørgsmål fra MT Højgaard A/S indeholdt i en skrivelse af 28. marts 2007, til alle 5 tilbudsgivere.

Udbudsbetingelserne af 8. marts 2007 indeholder følgende bestemmelser:

»2. Hovedorientering.

2.1 Indledning.

Formål:

Hobro Boligforening afd. 40 ønsker at opføre 67 ældreboliger iht. almen boliglovgivningen med tilhørende ude- og parkeringsarealer, centralt beliggende i Hobro by, til en »Targetpris« for totalentreprisfydelsen på kr. 60,0 mill. inkl. moms.

Til dette formål har Hobro Kommune udarbejdet lokalplan nr. 274.

...

Byggeriet er ansøgt ved Hobro Kommune før d. 1. april 2006, hvorfor gældende regler er fra før denne dato.

Der er ansøgt og givet dispensation til, at der ikke udføres sikringsrum.

Der er ansøgt om tilladelse til at opføre bygning i en afstand af ca. 4 m fra øverste vandløbskant, mod 8 m som anført i lokalplan nr. 274, og denne er givet.

Arkæologiske for- og supplerende undersøgelser er udført 2006 og byggegrundens fortidsminder er klarlagt.

I forbindelse med gravearbejder i jord skal totalentreprenøren vise forsigtighed overfor eksisterende installationer, der henvises til tegninger vedr. ledningsoplysninger. Videre skal entreprenør retablere eventuel forvoldt skade på eksisterende å-kant (Onsild Å).

...

Totalentreprisetilbudet omfatter et fuldt nøglefærdigt byggeri som opfylder udbudsmaterialets udtryk, indretnings- og funktionskrav.

...

2.2. Udbudsform og tildelingskriterier.

...

Totalentreprenørydelsen omfatter det totale projekt i forbindelse med totalprojektering, tidsmæssige og økonomiske styring, produktion, leverancer, byggeledelse, fagtilsyn, kvalitetssikring, drift og vedligeholdelsesmateriale m.v. for fuldt færdigt ibrugtagningsskilt byggeri og omgivende terrænarbejder. Det er således totalentreprenørens ansvar, at indhente myndighedsgodkendelser. Projektet er kendt af stedlig bygningsmyndighed hvorfra der er givet principgodkendelse. Principgodkendelse er givet på baggrund af oprindelig projekt. Eksisterende arkitekttegninger kan rekvireres hvis ønsket. Såfremt totalentreprenøren ændre projektet i en sådan grad, at det ikke længere er indenfor rammerne af principgodkendelsen, skal totalentreprenøren udarbejde et projekt der opfylder nugældende isoleringskrav.«

Ad påstand 1

I udbudsbekendtgørelsen af 8. december 2006 er der anført følgende: »Alternative tilbud vil blive taget i betragtning«. Udbudsbetingelserne indeholder intet om alternative tilbud.

Ad påstand 2

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

»2.7. Myndigheder.

Totalentreprenøren forestår al kontakt med myndigheder, herunder indhentning af alle myndighedsgodkendelser. Det er totalentreprenørens ansvar, at der opnås ibrugtagningstilladelse inden afleveringen.«

I MT Højgaard A/S' tilbud er anført følgende:

»1. Bygningsbasis

...

14. Myndigheder

14.1. Myndighedsforbehold

De tilbudte løsninger er ikke drøftet med de relevante lokale myndigheder, hvorfor eventuelle myndighedskrav, der fører til ændringer af projektet, kan have økonomiske og tidsmæssige konsekvenser for bygherren.«

Ad påstand 3

I udbudsbetingelsernes afsnit »2. Hovedorientering« er anført følgende:

»Der er ansøgt om tilladelse til at opføre bygning i en afstand af ca. 4 m fra øverste vandløbskant, mod 8 m som anført i lokalplanen nr. 274, og denne er givet.

.....

Principgodkendelse er givet på baggrund af oprindelig projekt. Eksisterende arkitekttegninger kan rekvireres hvis ønsket. Såfremt totalentreprenøren ændrer projektet i en sådan grad, at det ikke længere er indenfor rammerne af principgodkendelsen, skal totalentreprenøren udarbejde et projekt der opfylder nugældende isoleringskrav.«

Ad påstand 4

I udbudsbetingelserne er anført følgende bestemmelse:

»2. Hovedorientering.

...

Øvrige forhold

Bortkørsel, deponering og deponeringsafgifter for overslagsjord skal være indeholdt i tilbudet.

På matr. nr. 120b (mod H.I. Biesgade) er konstateret jordforurening, jf. orienterende forureningsundersøgelse (boring B1). Der skal i tilbudet medregnes fjernelse af den forurenede jord samt tilfyldning med rent jord. Alle udgifter hertil skal være indeholdt i tilbudet. Der kan regnes med ca. 300 m³ forurenede jord.«

I MT Højgaard A/S' tilbud er anført følgende i en bygningsbeskrivelse af 2. maj 2007:

»1. Bygningsbasis

10. Terræn

10.1 Rydning

...

Der er medregnet udskiftning af 300 m³ forurenede jord, **eksl.** deponeringsudgifter.«

Ad påstand 5

I udbudsbetingelsernes afsnit »2.1. Indledning« er anført, at bl.a. følgende omkostninger er uden for totalentreprisen: »Gebyrer for byggetilladelse, all-risk forsikring og tilslutningsafgifter til antenne, el og vand« og »Tilslutningsafgifter«. Der er i udbudsbetingelserne intet anført om »Stikledninger«.

I tilbudet fra MT Højgaard A/S er anført følgende:

»10.3 Stikledninger

Det forudsættes, at forsynings- og stikledninger er ført frem til samtlige lejligheder, i alt 16 skakte, samt at indføringsbøjninger leveres af forsyningselskaber.

... ..

52.1 Brugsvandsinstallationen

Der forudsættes tilslutning i bunden af skakterne. Herfra føres ledningerne op i skakterne hvor der grenes af til hver lejlighed og der monteres bimåler. Hovedmålere leveres af bygherre/værk....

... ..

52.4 Øvrige materialer

Hovedledninger i terræn udføres af bygherre/værk.

... ..

53.1 Varmeinstallationer

Det forudsættes, at varmekærk udfører fjernvarmestik i hver boligspekt i stueetage, temperatur sæt 70/40, idet der ikke er medregnes ledninger i terræn/stikledninger eller veksellarrangement af nogen art. Hovedmåler leveres af værk/bygherre.

... ..

53.3 Øvrige materialer

... ..

Hovedledninger i terræn udføres af bygherre/værk.«

Ad påstand 6

I tilbudet fra MT Højgaard A/S er anført følgende:

»10.5 Kloak

....

Ledninger forudsættes tilsluttet skelbrønd på grunden...«

Ad påstand 7

Tildelingskriteriet er i udbudsbetingelserne fastsat således (Klagenævnets litrering):

»Projektet tilfalder den totalentreprenør der har afgivet det mest økonomisk fordelagtige tilbud, vurderet af et bedømmelsesudvalg bestående af bygherren, bygherrens rådgiver, en for ældreområde kompetent person samt en arkitekt.

Tildelingskriterierne er følgende, oplistet i vilkårlig rækkefølge:

- A. Projektets planløsning
 - B. Projektets opfyldelse af arealkrav/boligantal
 - C. Projektets pris vurderet i relation til forslagens totaløkonomi
 - D. Projektets arkitektoniske kvalitet
 - E. Projektets forventede driftsomkostninger
- og bedømmes hver med point 1-5, dog 1-10 for projektets pris vurderet i relation til forslagens totaløkonomi.«

Ved skrivelse af 26. april 2007, som indklagede udsendte med henblik på besvarelsen af indkomne spørgsmål til udbudsbetingelserne, har indklagede oplyst, at tildelingskriteriets underkriterier under vurderingen af tilbudene ville blive vægtet på følgende måde:

- A. Projektets planløsning: vægt 20 %, point: minimum 1 og maximum 5.
- B. Projektets opfyldelse af arealkrav/boligantal: vægt 30 %, point: minimum 1, maximum 5.
- C. Projektet pris vurderet i relation til forslagens totaløkonomi: vægt 30 %, point: minimum 1, maximum 10.
- D. Projektets arkitektoniske kvalitet: vægt 10 %, point: minimum 1 og maximum 5.
- E. Projektets forventede driftsomkostninger: vægt 10 %, point: minimum 1 og maximum 5.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Indklagede har erkendt at have handlet i strid med artikel 2, men har anført, at fejlen har været uden betydning under udbudet, idet ingen af tilbudsgiverne afgav alternative tilbud.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at punkt 14.1. »Myndighedsforbehold« i tilbudet fra MT Højgaard A/S er et forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor skulle have afvist tilbudet.

Indklagede har gjort gældende, at det i udbudsbetingelserne er anført, at udbud sker med forbehold for de bevilgende myndigheders godkendelse, og at det således entydigt er anført, at en indgået kontrakt skulle godkendes af myndighederne. Hertil kommer, at tilbudsgiverne i henhold til udbudsbetingelserne skal forestå al kontakt med myndighederne, herunder indhentning af myndighedsgodkendelser.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at forbeholdet, der findes i afsnit »Bygningsbasis« i MT Højgaard A/S' tilbud må forstås således, at det kun vedrører »bygningsbasis«, men derimod ikke de øvrige afsnit i tilbudet, nemlig afsnit 2 – 7 om de forskellige bygningsdele, de forskellige tekniske anlæg og inventar, at forbeholdet derfor kun omfatter forhold, som ikke kan ses/konstateres af totalentreprenøren, og at indklagede på denne baggrund korrekt har prissat forbeholdet til 0 kr.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at projektet i tilbudet fra MT Højgaard A/S ikke overholder kravene i Hobro Kommunes lokalplan nr. 274, at der er tale om et forbehold vedrørende et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor skulle have afvist tilbudet fra MT Højgaard A/S.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede var berettiget til ved sin vurdering af tilbudene at lægge til grund, at tilbudene ikke nødvendigvis skulle overholde bestemmelserne i lokalplan nr. 274, idet der i udbudsbetingelserne ikke er indlagt en forudsætning eller fastsat en betingelse om, at tilbudsprojektet fuldt ud skulle være i overensstemmelse med lokalplan nr. 274.

Tværtimod fremgår det af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne kunne afgive tilbud med projekter, som overskrider rammerne for principgodkendelsen og dermed tillige lokalplanen. Der er også i lokalplanen taget højde for, at byggeprojektet kan afvige fra lokalplanen. I henhold til lokalplanens § 7, stk. 6, kan der således opføres mindre bygninger uden for byggefeltene, og i § 13 er der hjemmel til, at Byrådet kan dispensere fra lokalplanen, hvis dispensationen ikke er i strid med principperne i lokalplanen.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at forbeholdet i tilbudet fra MT Højgaard A/S om, at tilbudet kun omfattede fjernelse af 300 m³ forurenede jord, men ikke deponeringsudgifterne vedrørende den fjernede forurenede jord, vel ikke er et forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, men at indklagede har været forpligtet til at prisfastsætte forbeholdet, hvilket indklagede ikke har gjort.

Indklagede har gjort gældende, at det ifølge udbudsbetingelserne udelukkende var overlagsjorden, der skulle bortkøres og deponeres, og som tilbudsgiverne skulle medregne deponeringsudgifterne til, mens tilbudsgiverne for så vidt angår den forurenede jord alene skulle medregne udgifterne til fjernelse af den forurenede jord samt påfyldning af ren jord, men ikke til deponering af den forurenede jord. Indklagede har ved udarbejdelsen af udbudsbetingelserne forudsat, at den forurenede jord kunne indbygges under opførelsen af byggeriet. Tilbudet indeholder således ikke et forbehold.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at forudsætningen i tilbudet fra MT Højgaard A/S om, at forsynings- og stikledning var ført frem til samtlige lejligheder m.v., er et forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, som intet indeholder herom, og dette forbehold skal prisfastsættes, hvilket indklagede ikke har gjort. Af udbudsbetingelserne fremgår det således, at tilslutningsafgifter holdes udenfor totalentreprisen, hvilket omvendt kun kan betyde, at udgifterne til stikledninger skal være omfattet af entreprisen. Klageren har endvidere henvist til, at klageren i sit tilbud har medtaget tilslutning af vand, el og fjernvarme.

Indklagede har gjort gældende, at det i tilbudet fra MT Højgaard A/S ikke er forudsat, at forsynings- og stikledninger skal føres frem til samtlige lejligheder. MT Højgaard A/S har i sit tilbud derimod anført, at det forudsættes, at forsynings- og stikledninger er ført frem til i alt 16 skakte, hvilket er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, som ikke foreskriver udførelse eller fremføring af forsynings- og stikledninger til lejlighederne. MT Højgaard A/S har endvidere indregnet 10 m elstikledning pr. skakt (16 stk.) til kabelskabe i terræn. Indklagede har gjort gældende, at det ikke fremgår af klagerens tilbud, at klageren i sit tilbud har medtaget tilslutning af vand, el og fjernvarme.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at forudsætningen i tilbudet fra MT Højgaard A/S om, at kloakledningerne er tilsluttet skelbrønde på grunden, er et forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, som ikke indeholder nogen oplysninger herom, og dette forbehold skal prisfastsættes, hvilket indklagede ikke har gjort. Det kan ikke udledes af det oversigtskort vedrørende kloak- og vandforsyning, der var en del af udbudsbetingelserne, at kloakledningerne var tilsluttet skelbrønd på grund.

Indklagede har gjort gældende, at det er sædvanlig og normal procedure ved opførelse af byggeri, at kommunen afsætter en skelbrønd 1-2 meter inde på grunden, at der ikke i udbudsbetingelserne er anvist specielle forhold for udførelse af kloaktilslutningen, og at er det således er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, at MT Højgaard A/S i sit tilbud har forudsat, at kloakledninger er tilsluttet skelbrønd på grunden.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at det var umuligt for indklagede ved udarbejdelsen af udbudsbetingelserne at vægte de 5 underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, og at indklagede derfor har handlet i strid med artikel 53, stk. 2, 1. afsnit, ved ikke i udbudsbetingelserne at vægte underkriterierne.

Indklagede har ikke gjort gældende, at det var umuligt at vægte de 5 fastsatte underkriterier, og har erkendt, at det skyldes en fejl, at underkriterierne ikke var vægtet i udbudsbetingelserne. Indklagede har derimod gjort gæl-

dende, at indklagede i skrivelsen af 26. april 2007 har oplyst om den vægtning af de 5 fastsatte underkriterier, som indklagede ville anvende ved vurderingen af tilbudene, og at indklagede derved har overholdt Udbudsdirektivet.

Ad påstand 8

Klageren har først på mødet den 28. januar 2008 gjort anbringender gældende til støtte for denne påstand. Klageren har gjort gældende, at tilbudene fra de 4 øvrige tilbudsgivere indeholder følgende forbehold, som alle vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, at indklagede derfor var forpligtet til at afvise disse 4 tilbud, samt at indklagede, som ønskede at indgå kontrakt, derfor var forpligtet til at indgå kontrakt med klageren, hvis tilbud ikke indeholdt forbehold. De 4 tilbud indeholdt følgende forbehold:

Nr. 1. M T Højgaard A/S:

Forbehold vedrørende overholdelse af eksisterende byggefelt.

Forbehold vedrørende antal af lejligheder, idet tilbudet kun indeholdt 64 lejligheder.

Nr. 2. Ejnar Kornerup Jylland A/S:

Forbehold vedrørende antal af lejligheder, idet tilbudet kun indeholdt 64 lejligheder.

Nr. 4. E. Bodilsen Totalbyg A/S:

Forbehold vedrørende overholdelse af eksisterende byggefelt.

Forbehold vedrørende antal af lejligheder, idet tilbudet kun indeholdt 62 lejligheder.

Nr. 5. Arne Andersen Vrå A/S:

Forbehold vedrørende overholdelse af eksisterende byggefelt.

Tilbudet fra klageren overholdt det eksisterende byggefelt og vedrørte 67 almene ældreboliger.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke i udbudsbetingelserne var fastsat som krav, at det oprindelige byggefelt skulle overholdes, samt at det ikke i udbudsbetingelserne var fastsat, at der skulle være mindst 67 lejligheder. De 4 tilbud indeholder derfor ikke forbehold som anført af klageren og alle de 5 afgivne tilbud opfyldte således udbudsbetingelserne.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Da klageren har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 24, stk. 1 og 3, som beskrevet i påstanden, tager Klagenævnet påstanden til følge.

Ad påstand 2

Udbudsbetingelserne indeholder i afsnit »2.7. Myndigheder« følgende: »Totalentreprenøren forestår al kontakt med myndigheder, herunder indhentning af alle myndighedsgodkendelser. Det er totalentreprenørens ansvar, at der opnås ibrugtagningstilladelse inden aflevering«. I MT Højgaard A/S' tilbud er der i afsnittet »Bygningsbasis« vedrørende »Myndighedsforhold« anført følgende: »De tilbudte løsninger er ikke drøftet med de relevante lokale myndigheder, hvorfor eventuelle myndighedskrav, der fører til ændringer af projektet, kan have økonomiske og tidsmæssige konsekvenser for bygherren«. Afsnittet »Myndighedsforbehold« i tilbudet fra MT Højgaard A/S er uklart, men da afsnittet er placeret under afsnit »1. Bygningsbasis«, vedrører det kun »Bygningsbasis«. MT Højgaard A/S har som tilbudsgiver risikoen for, at en uklar passus i tilbudet af ordregiveren opfattes som et forbehold – evt. et forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Det er imidlertid Klagenævnets vurdering, at det pågældende afsnit i tilbudet ikke indeholder noget forbehold i forhold til udbudsbetingelsernes afsnit »2.7. Myndigheder« eller udbudsbetingelserne i øvrigt. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 3

Det fremgår udtrykkeligt af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne kan afgive tilbud indeholdende projekter, som rækker ud over principgodkendelsens rammer. Der er endvidere i lokalplanens § 13 hjemmel til, at Byrådet kan dispensere fra lokalplanen, hvis dispensationen ikke er i strid med principperne i lokalplanen. Det følger heraf, at tilbudet fra MT Højgaard A/S i denne henseende er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Udbudsbetingelserne indeholder følgende punktum: »Bortkørsel, deponering og deponeringsafgifter for overlagsjord (fejlagtigt skrevet som »overslagsjord«) skal være indeholdt i tilbudet« og umiddelbart derefter følgende 4 punktummer: »På matr.nr. 120 b (mod H.I. Biesgade) er konstateret jordforurening, jf. orienterende forureningsundersøgelse (boring B 1). Der skal i tilbudet medregnes fjernelse af den forurenede jord, samt tilfyldning med rent jord. Alle udgifter hertil skal være indeholdt i tilbudet. Der kan regnes med ca. 300 m³ forurenede jord.« De 5 punktummer indeholder en uklarhed, som er uhensigtsmæssig i udbudsbetingelser, men efter indholdet af 1. punktum sammenholdt med indholdet af de følgende 4 punktummer, er der tale om 2 bestemmelser, som ikke har noget med hinanden at gøre, idet det anførte i 1. punktum vedrører »overlagsjord« – d.v.s. overflødig jord, mens de 4 følgende punktummer vedrører »forurenede jord«. Den anførte sproglige fortolkning understøttes i øvrigt af den tekstmæssige opstilling, idet det – om end langt fra tydeligt – fremgår af opstillingen, at det første punktum udgør et afsnit, og de 4 følgende punktummer udgør et nyt afsnit. Det følger af det anførte, at tilbudet fra MT Højgaard A/S ikke indeholder noget forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, derved at tilbudet ikke omfatter udgifter til deponering af »forurenede jord«, idet der efter 1. punktum ikke er krav herom. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Udbudsbetingelserne indeholder hverken en bestemmelse om, at tilbudene skal omfatte udførelsen af stikledninger til vand, el og fjernvarme, eller en bestemmelse om, at tilbudene alene skal omfatte fremføring af vand, el og fjernvarme fra boligselskaberne og videre. Der kan endvidere ikke af bestemmelsen om, at tilslutningsafgifter ligger uden for totalentreprisen, udledes, at stikledninger til vand, el og fjernvarme ligger inden for entreprisen.

Da det således ikke fremgår af udbudsbetingelserne, at tilbudene skal omfatte stikledninger til vand, el og fjernvarme, opfylder tilbudet fra MT Højgaard A/S kravene i udbudsbetingelserne. Klagensævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 6

Udbudsbetingelserne indeholder ingen udtrykkelige krav vedrørende udførelsen af kloaktilslutningen, og det fremgår ikke af oversigtskortet vedrørende kloakforhold, at tilslutning af kloakledninger skal ske ved skellinien. Forudsætningen i MT Højgaard A/S' tilbud om, at kloakledninger er tilsluttet skelbrønd på grunden, er således ikke i strid med udbudsbetingelserne. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 7

Indklagede har ikke i udbudsbekendtgørelsen anført de fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, men derimod anført de fastsatte underkriterier i udbudsbetingelserne. Efter artikel 53, stk. 2, 1. afsnit, har det herefter påhvilet indklagede ligeledes i udbudsbetingelserne at oplyse den relative vægtning af de fastsatte underkriterier. Da indklagede ikke har anført den relative vægtning af de fastsatte underkriterier enten i udbudsbetingelserne eller i et rettelsesblad til udbudsbetingelserne, har indklagede handlet i strid med artikel 53, stk. 2, 1. afsnit, som anført i påstanden. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 8

Udbudsbetingelserne indeholder ikke noget krav om, at de projekter, som tilbudsgiverne afgiver tilbud på, skal dække de samme byggefelter, som det tidligere projekt gjorde. Tværtimod fremgår det af udbudsbetingelsernes afsnit 2.2., at de tilbudte projekter ikke skal svare til det tidligere projekt, og at de tilbudte projekter endvidere kan ligge uden for rammerne for den principgodkendelse, som kommunen havde givet det tidligere projekt. Det følger heraf, at tilbudene fra nr. 1, 4 og 5 ikke indeholder noget forbehold i forhold til udbudsbetingelserne som følge af, at projekterne i disse tilbud ikke ligger indenfor det byggefelt, som det tidligere projekt havde.

I udbudsbetingelserne anføres det, at der ønskes opført 67 almene ældreboliger, men det anføres ikke, at der stilles krav om opførelse af mindst 67 almene ældreboliger. Klageren har først på mødet den 28. januar 2008 gjort gældende, at udbudsbetingelserne skal forstås således, at tilbud skal omfatte mindst 67 almene ældreboliger, og indklagede har derfor ikke

haft lejlighed til at belyse dette fortolkningsspørgsmål. Klagenævnet har herefter ikke grundlag for at fastslå, at kun tilbud, der omfatter mindst 67 ældreboliger, opfylder udbudsbetingelserne. Det følger heraf, at tilbud 1, 2 og 4 ikke indeholder noget forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, som følge af, at projekterne i disse tilbud angår opførelse af færre almene ældreboliger end 67.

Da tilbudene fra nr. 1, 2, 4 og 5 således ikke indeholder de påståede forbehold, tager Klagenævnet ikke påstanden til følge.

Spørgsmål 9

Tilbudsgiveren MT Højgaard A/S stillede under udbudet ved en skrivelse af 28. marts 2007 nogle spørgsmål til indklagede, som ved skrivelse af 2. april 2007 besvarede disse spørgsmål. Indklagede sendte ikke genpart af spørgsmålene og genpart af sin skrivelse til de øvrige tilbudsgivere. Indklagede har herved handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke i udbudsbetingelserne at fastsætte, at der var mulighed for at afgive alternative tilbud, og at fastsætte minimumsbetingelser for alternative tilbud, uagtet at det i udbudsbekendtgørelsen var anført, at der kunne afgives alternative tilbud.

Påstand 7

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke i udbudsbetingelserne at have anført den relative vægtning af de 5 fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, uagtet at det var muligt at fastsætte en sådan vægtning.

Spørgsmål 9

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at fremsende skrivelser af 2. april 2007, hvorved indklagede besvarede spørgsmål fra MT Højgaard A/S indeholdt i en skrivelse af 28. marts 2007, til alle 5 tilbudsgivere.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2-6 og 8.

Indklagede, Hobro Boligforening, skal i sagsomkostninger til klageren, Aktieselskabet Karl Jensen Murer- og Entreprenørfirma, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig