

K E N D E L S E

Brødrene A. & B. Andersen Entreprenører & Ingeniører A/S
(advokat Martin André Dittmer)

mod

Boligforeningen Vesterport
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 30-042811 af 10. februar 2010 udbød Boligforeningen Vesterport 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 totalentreprisekontrakt om opførelse af almene boliger i Frederikshavn.

Boligforeningen Vesterport prækvalificerede den 16. april 2010 7 virksomheder, herunder Brødrene A. & B. Andersen Entreprenører & Ingeniører A/S og BM Tag A/S. Udbudsbetingelserne blev udsendt samme dato, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. juni 2010 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 1. juli 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med BM Tag A/S. Kontrakt er ikke indgået.

Den 9. juli 2010 indgav klageren, Brødrene A. & B. Andersen Entreprenører og Ingeniører A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Boligforeningen Vesterport. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 6. august 2010 besluttede klagenævnet ikke at

tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 18. november 2010.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved at tildele kontrakt til BM Tag A/S, uanset at BM Tag A/S's tilbud ikke var konditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet), idet der på trods af udbudsproceduren »begrænset udbud« er gennemført en »forhandlingsrunde« med tilbudsgiverne efter udløb af tilbudsfristen den 17. juni 2010 og forinden tildeling fandt sted den 1. juli 2010.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet), da der ikke er overensstemmelse mellem den offentliggjorte udbudsbekendtgørelse og udbudsbetingelserne, idet det i udbudsbekendtgørelsen er anført, at der skal opføres »ca. 110 2-3 rums boliger, heraf 28 stk. i 14-etagers punkthus«, samt at boligerne »opføres som lavenergi 2020«, mens det af udbudsbetingelserne fremgår, at der blandt andet skal opføres 14 stk. 4-rums boliger, et 4-etagers punkthus, multihus og viceværtsbygning og det i udbudsbetingelserne er anført, at »udbydes som 2 sideordnede tilbud. Et som lavenergiklasse 1, 35+1100/A (kwh/m²/år) og et som lavenergi 2020, 17,5 kwh/m²/år + 550 kwh«.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved at besvare spørgsmål fra en tilbudsgiver uden at oplyse besvarelsen over for de andre tilbudsgivere.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« har anvendt en evalueringsmodel, der er uigennemskuelig og ikke giver tilbudsgiverne mulighed for at efterprøve, hvorledes vurderingen er foretaget, og hvilke oplysninger indklagede har tillagt vægt.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet), idet evalueringen af underkriteriet »Pris« er sket på en uigennemskuelig og arbitrær måde.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede i udbudsbrevet har anført, at indklagede ved underkriteriet »Pris« vil lægge *»væsentlig vægt på, at den samlede økonomiske ramme overholdes«*, uanset indklagede kun har angivet en budgetramme for projektet udført som lavenergiklasse 1, og ikke for udførelse som lavenergi 2020, på trods af at indklagede angiver, at der er tale om udbud som to sideordnede tilbud.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede i evalueringen af underkriteriet »Arkitektur« har lagt særskilt vægt på delkriterierne »bebyggelsesplan«, »boliger« og »arkitektur«, uanset at delkriterierne »bebyggelsesplan«, »boliger« og »arkitektur« ikke fremgår af udbudsbetingelserne og således ikke var kendt for tilbudsgiverne ved deres udarbejdelse af tilbud samt at »arkitektur« anvendes som såvel underkriterium som delkriterium.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet) og artikel 53 ved at angive underkriteriet »Energirigtig« i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, mens det er underkriteriet »Ener-

gi«, der er anvendt ved bedømmelsen, samt idet »Energirigtighed« er angivet som et mindstekrav og således ikke er egnet til identifikation af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede i sin bedømmelse af underkriteriet »Materiale« har anvendt en evalueringsmodel baseret på de af tilbudsgiverne angivne priser på det tilbudte arbejde, og således ikke foretaget en vurdering af tilbudsgivernes materialer.

Påstand 11

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 1. juli 2010 om at tildele kontrakten til BM Tag A/S og pålægge indklagede at lovliggøre udbuddet ved at tildele kontrakten til klageren, der havde det næstbedste tilbud ifølge evalueringen.

Påstand 12 (subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 1. juli 2010 om at tildele kontrakten til BM Tag A/S og pålægge indklagede at lovliggøre udbuddet ved at gennemføre en fornyet evaluering af de modtagne konditionsmæssige tilbud.

Påstand 13 (mere subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 1. juli 2010 om at tildele kontrakten til BM Tag A/S.

Påstand 14 (mest subsidiær til påstand 11)

Klagenævnet skal annullere den udbudsprocedure, som indklagede har iværksat ved udbudsbekendtgørelse af 10. februar 2010.

Klageren har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 3, påstand 5 – 10 og påstand 13 – 14 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har erkendt overtrædelsen vedrørende påstand 4.

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 11 og 12 afvises.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

»II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene
Opførelse af ca. 110 2-3 rums boliger, heraf 28 stk. i 14-etagers
punkthus.

Byggegrunden er ca. 22.000 m².

Boligerne opføres som lavenergi 2020.

...

II.1.9) Alternative tilbud vil blive taget i betragtning

Nej«

I indklagedes »Udbudsbrev« er det bl.a. anført:

»Boligforeningen Vesterport, Abildgårdsvej 35, 9900 Frederikshavn
udbyder herved i totalentreprise opførelsen af 30 boliger fordelt på 5
bofællesskaber á 6 boliger med tilhørende servicecenter, et punkthus
på 4 etager med 28 boliger samt 84 stk. 2-3 og 4-rums boliger i 1 plan,
enten som rækkehuse eller enkeltliggende huse.

Hertil for de 84 boliger et fælleshus.

...

Tildelingskriteriet:

Udbuddet sker som økonomisk mest fordelagtigt med følgende vægtning:

Pris	40 %	(der vil blive lagt væsentlig vægt på, at den samlede økonomiske ramme overholdes)
Arkitektur	30 %	
Energirigtig	20 %	projektbeskrivelse
Materialer	10 %	projektbeskrivelse

...

Tegningsmateriale:

De indsendte projekter må max. omfatte 5 plancher – 85 x 140 cm.

Der skal som minimum laves følgende:

...

6. Projektbeskrivelse der indeholder:

- Kortfattet redegørelse for forslagets idé, gerne med supplerende tegninger og illustrationer.

- Detaljeret beskrivelse af materialevalg med oplysninger om beklædninger, overflader og overfladebehandling.
- Beskrivelse af tekniske installationer.
- Beskrivelse af have- og friarealer.
- Beskrivelse af princip for konstruktioner samt beskrivelse af væsentlige bygningsdele og overflader.

Der skal afleveres 10 stk. projektmapper med projektbeskrivelser.

...

Licitationen afholdes:

...

Efterfølgende vil der blive en forhandlingsrunde med hver enkelt tilbudsgiver.«

I rettelsesbrev nr. 1 af 11. maj 2010 blev det oplyst, at det ikke var 84, men 56 2-3 og 4 rums boliger i 1 plan, som skulle bygges.

I rettelsesbrev nr. 2 af 10. juni 2010 står der bl.a.:

»Efter at tilbuddene er åbnet vil der blive en præsentationsrunde med hver enkelt entreprenør.

Hvert enkelt projekt ønskes præsenteret af tilbudsgiveren for den samlede dommerkomité, hvor også komitéen kan stille opklarende spørgsmål, herunder på materialevalg, energitiltag m.v.«

I indklagedes byggeprogram med rettelser indeholdt i rettelsesbrev nr. 1 af 11. maj 2010 står der bl.a.:

»1.2 Overordnede arealkrav

1.2.1 Boliger

30 boliger á 70 m² med ca. 180 m² serviceareal

28 50+ boliger placeret i et 4-etagers punkthus fordelt på:

16 stk. 3 rums 90 m²

12 stk. 2 rums á 75 m²

42 stk. 3 rums boliger á 85 m²
 10 stk. 4 rums á 100 m² og
 4 stk. 4 rums á 115 m².

Multihus for 84 boliger på 300 m².
 Viceværtbygning på 110 m².

...

1.3 Budgetramme

Budgettet er opdelt i 2.

Budget for projekt udført som lavenergiklasse 1 – 11.000 kr./m² excl. moms.

Særskilt tillægspris for lavenergi 2020.

Der er i alt ca. 10.000 m² støttede m².

...

2.2. Arealforhold

Samlet areal (grundareal)	<u>21.430 m²</u>
---------------------------	-----------------------------

Planlagt boligareal:

30 boliger á 70 m ²	2.100 m ²
--------------------------------	----------------------

Servicearealer	180 m ²
----------------	--------------------

Punkthus 50+ boliger

16 stk. á 90 m ²	1.440 m ²	
-----------------------------	----------------------	--

12 stk. á 75 m ²	900 m ²	
-----------------------------	--------------------	--

Adgangsareal	<u>60 m²</u>	2.400 m ²
--------------	-------------------------	----------------------

1 plans boliger

42 stk. 3 rums á 85 m ²	3.570 m ²	
------------------------------------	----------------------	--

10 stk. 4 rums á 100 m ²	1.000 m ²	
-------------------------------------	----------------------	--

4 stk. 4 rums á 115 m ²	<u>460 m²</u>	
------------------------------------	--------------------------	--

	5.030 m ²	
--	----------------------	--

Multihus	<u>300 m²</u>	<u>5.330 m²</u>
----------	--------------------------	----------------------------

10.010 m²

...

3.3.5 1 plans boliger

I resterende område skal der placeres 42 stk. 3 rums boliger á 85 m², 10 stk. 4 rums boliger á 100 m² og 4 stk. 4 rums boliger á 115 m².

Boligerne kan placeres som enkeltboliger eller rækkehuse.

Der er ingen krav til hver enkelt boligs placering.

Indretning som under boliger i punkthus.

...

3.5 Energiklasser

Projektet udbydes som 2 sideordnede tilbud. Et som lavenergiklasse 1, 35+ 1100/A (kwh/m²/år) og et som lavenergi 2020, 17,5 kwh/m²/år + 550 kwh.

Boligerne skal leve op til fremtidens skærpede energikrav.

Det er således et krav, at der ved de 2 sideordnede tilbud dokumenteres, at kravene til lavenergiklasse 1 og lavenergiklasse 2020 er overholdt.

Lavenergiklasse 2020 er endnu ikke endeligt formuleret og vedtaget, men forventes at tillade halvdelen af energiforbruget i den nuværende Lavenergiklasse 1 og samtidig stille krav om øget tæthed.

Boligerne skal overholde følgende energiramme: 17,5 + 550/A kWh/m² pr. år (2020). Luftsiftet gennem utætheder i klimaskærmen må ikke overstige 0,5 l/s pr. m² opvarmet etageareal ved trykprøvning med 50 Pa (2020).

Energikravene skal primært opfyldes gennem passive tiltag og sekundært ved anvendelse af VE-anlæg, herunder kollektive anlæg.

Ved beregning af lavenergiklasse 2020 må energifaktor 0,8 anvendes for fjernvarme.«

Klageren præsenterede sit tilbud for dommerkomitéen den 22. juni 2010, og den 24. juni 2010 fremsendte klageren følgende mail til indklagede:

»I fortsættelse af behageligt møde, ved præsentationen af vores projekt vedrørende Gl. Skagensvej, den 22. juni 2010, kan vi hermed orientere Dem om, de på mødet berørte emner:

1. Diverse supplerende energivurderinger. Se venligst vedhæftede Notat fra firma LINDGAARD A/S af 23.06.2010.
2. Vedhæftede revideret Situationsplan, hvor der bl.a. er sket følgende ændringer:
 - Gårdhavehuse reduceres fra 56 stk. til 35 stk.
 - Kælderen udgår af punkthuset, og tilsvarende antal P-pladser etableres i terræn.
 - Der etableres 1 etage yderligere på punkthuset og dermed 7 lejligheder ekstra.
 - Der udføres nu ca. 9.616,5 m² brutto areal.
 - Vejledende kan vi oplyse ovennævnte forhold prissat jf. Energiklasse 2020 til ca. kr. 95.225.000,00 excl. moms.

Håber herved, at de af Dem stillede spørgsmål, er besvaret tilfredsstillende, og skulle De have behov, står vi til disposition for yderligere oplysninger.«

I mail af 25. juni 2010 skrev klageren til indklagede:

»I fortsættelse af g.d. fremsendte Notat vedrørende CO₂ beregninger, har vi nu modtaget de korrekte tal fra Frederikshavn Forsyning A/S, og de nye reviderede tal, fremgår af vedhæftede bilag. Arkitekten har ligeledes udarbejdet et revideret ”luftfoto” efter ”de nye forhold”, som også vedhæftes.«

Det er anført i indklagedes notat af 30. juni 2010 vedrørende bedømmelsen, at »bedømmelsen er på lavenergiklasse 2020«.

For så vidt angår underkriteriet »Pris« gav indklagede det billigste tilbud karakteren 10 og det dyreste tilbud karakteren 5. De 3 øvrige konditionsmæssige tilbud fik en karakter mellem 5 og 10 i forhold til forskellen mellem tilbuddets pris og det billigste tilbuds pris.

For så vidt angår underkriteriet »Arkitektur« anvendte indklagede overskrifterne »1. Overordnet disponering«, »2. Bebyggelsesplan«, »3. Boliger« og »4. Arkitektur« i notatet af 30. juni 2010. Indklagede gav hver tilbudsgiver 3 karakterer for underkriteriet. En karakter for bebyggelsesplan, en karakter for boliger og en karakter for arkitektur. Indklagede skrev bl.a. følgende vedrørende tilbuddet fra BM Tag A/S:

»Den åbne parkbebyggelse er opnået grundet placering (uden for program) af ca. 20 boliger på 1. sal.

...

+ 50 boliger:

Fin og enkel indretning i 2 hovedmoduler i et nutidigt formsprog.

Adgang til terrasse på indgangs- og haveside via store og veldisponerede glaspartier.

1. sals boligerne har adgang til tagterrasser og altaner. Disse boliger er betjent af åbne trapper uden elevator.

Punkthus:

Punkthuset er valgt udført som 2 terrassehuse, som giver maksimal udsigt og dagslys med indretning som øvrige. Adgangsforhold til etagerne er trappe og elevatorer men udformningen virker uafklarede.«

I indklagedes notat af 30. juni 2010 er underkriteriet med en vægtning på 20 % anført som »Energi« og ikke som »Energirigtig« som i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne. Det fremgår af indklagedes notat, at indklagede gav hvert tilbud én karakter for underkriteriet »Energi«, og at indklagede lagde vægt på, om det tilbudte byggeri anvendte fjernvarme, returvarme, beholder, ventilation og varmepumpe.

For så vidt angår underkriteriet »Materialer« gav indklagede hvert tilbud en række karakterer på en karakterskala fra 1 – 10. Tilbuddet fra klageren fik således i alt 36 karakterer for underkriteriet. Indklagede gangede efterfølgende karaktererne med tilbuddets pris for det pågældende arbejde.

Den 1. juni 2010 fremsendte en medarbejder fra en af de prækvalificerede virksomheder følgende mail til indklagede:

»I forbindelse med konkurrencen på Gl. Skagensvej, skal vi hermed forespørge om følgende:

Er det et ufravigeligt krav at samtlige boliger bortset fra 50+ boligerne udføres i en etage?

Dvs. at hvis der udføres vandrette lejlighedsskel betragtes forslaget som ukonditionsmæssig?»

En medarbejder hos indklagede svarede ved mail af 2. juni 2010:

»Det er et ufravigeligt krav at alle boliger udføres i 1 etage bortset fra de 28 boliger som opføres i 4 etager.«

I tilbuddet fra BM Tag A/S står der bl.a.:

»Terrassehusene – ”opdelt punkthus”

Terrassehusene er på flere måder bebyggelsens blikfang, der med sin centrale placering i op til 5 etager markerer hele bebyggelsens tilstedeværelse i byen.

De to modsatrettede bygningsmæssige bevægelser skaber et tredimensionelt uderum, der opleves foranderligt i bevægelsen gennem parken. Vi har valgt at opdele ”punkthuset” i to boligstænger, som henholdsvis trapper op og ned mod syd for at skabe optimale dagslysforhold for lejlighederne og den omkringliggende bebyggelse. Lejlighederne er gennemlyste og har alle mulighed for vestvendt aftensol på de individuelle terrasser og fælles tagterrasser.

Udover de private terrasser og altaner skaber bygningens form mulighed for terrasserede fælles udeophold på hver etage med unikke og varierede udsigtsmuligheder til parken, byen og vandet.

...

Alternativ bebyggelsesplan.

Konkurrenceprogrammet beskriver en varieret og mangfoldig bebyggelse med oplevelser og luft omkring hvert hjørne. Boligerne ønskes i størst mulig omfang placeret ”på jorden” for at fremme direkte adgang. Disse ønsker, sammenholdt med en bebyggelsesprocent på 50 %, udgør et planmæssigt dilemma.

Vi har anvist en luftig og varieret bebyggelsesplan som imødekommer konkurrenceprogrammets ønsker, og har derfor valgt at placere 20 af

114 boliger på 1. sal for at imødekomme bæredygtighed/energi-optimering, sikre god afstand mellem boligerne og sikre at bebyggelsen åbner sig op mod Plantagen.

Vi ønsker at indgå i en konstruktiv dialog for at optimere bygherrens ønsker/behov og skabe den bedst mulige bebyggelsesplan samt at bearbejde forslagens potentiale.

Derfor anviser vi en alternativ bebyggelsesplan, som imødekommer både ønsket om at "alle" boliger er placeret "på jorden" og som samtidig bearbejder de bymæssige kvaliteter i kvartersdannelserne – et komprimeret planmæssigt alternativ.«

Stanley Nikolajsen, teknisk rådgiver for dommerkomitéen og ansat hos indklagede, har forklaret blandt andet, at energirigtighed ikke har noget at gøre med lavenergiklasse 1 eller lavenergi 2020, men derimod driftsøkonomien i projektet. Formålet med at gange karaktererne for underkriteriet »Materialer« med tilbuddets pris var at lade en god karakter for materialer, som fyldte meget i prisen, give sig udslag i den endelige karakter. Det er korrekt, at der i den anvendte pris ved evalueringen af underkriteriet »Materialer« ikke kun var indeholdt udgifter til materialer, men også tjenesteydelser som murerarbejde, tømrerarbejde m.v.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af indklagedes byggeprogram, at det var et mindstekrav, at tilbuddene indeholdt ét punkthus på fire etager samt 56 boliger, som ikke måtte placeres i etagebygninger. Tilbuddet fra BM Tag A/S indeholdt to terrassehuse i op til fem etager samt 20 boliger på 1. sal. Tilbuddet fra BM Tag A/S var derfor ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at udbudsbetingelserne ikke havde karakter af et projekt, idet der var tale om en totalentreprisekonkurrence. BM Tag A/S' fortolkning af funktionskravene i byggeprogrammet ligger inden for den valgfrihed, der i henhold til klagenævnets praksis gør sig gældende i totalentreprisekonkurrencer. Det er korrekt, at der skulle være tale om 56 1-plans boliger, men ikke nødvendigvis 1-etagers boliger.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede forhandlede klagerens tilbud på præsentationsmødet den 22. juni 2010.

Indklagede har gjort gældende, at påstanden savner grundlag, idet der ikke har været forhandlet med nogen tilbudsgiver.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at der ikke er overensstemmelse mellem udbudsbekendtgørelsens beskrivelse af kontraktens genstand og beskrivelsen i udbudsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er nogen relevant forskel mellem angivelsen af kontraktens omfang i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne. Det var en åbenlys fejl, at det i udbudsbekendtgørelsen blev anført, at der skulle leveres et 14-etagers punkthus, og indklagede forsøgte at få fejlen berigtiget ved at skrive til publikationskontoret.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede har anvendt en uigennemskuelig evalueringsmodel.

Indklagede har gjort gældende, at det fremgår klart af tilbudsbedømmelsen, hvorledes tilbuddene er blevet bedømt på grundlag af de fastsatte underkriterier.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagedes evaluering af tilbuddene for så vidt angår underkriteriet »Pris« er udtryk for en tilfældig pointgivning.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddene er gjort prismæssigt sammenlignelige. Da samtlige tilbud overholdt budgetrammen, er priserne blevet bedømt inden for en ramme med karakteren 10 for det laveste bud og karakteren 5 for det højeste bud.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at der i udbudsbetingelserne alene er angivet en budgetramme for tilbud i lavenergiklasse 1, uanset at der var tale om to sideordnede udbud, nemlig et som lavenergiklasse 1 og et som lavenergi 2020. Det var således ikke muligt for tilbudsgiverne at tage en budgetramme i betragtning ved forberedelse af tilbud på byggeri overholdende kravene til lavenergi 2020.

Indklagede har gjort gældende, at det i byggeprogrammet oplyste tal på 11.000 kr. pr. m² er et maksimumbeløb i henhold til bekendtgørelse nr. 1288 af 11. december 2009 om støtte til almene boliger m.v. Der kan ikke opnås støttetilsagn, hvis gældende maksimumsbeløb overskrides. Dog accepteres i praksis en overskridelse, såfremt byggeriet opføres i energiklasse 2020, men denne overskridelse skal i så fald finansieres uden for støtteordningen og afvikles via lejeforhøjelse.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet ved at benytte ikke-oplyste delkriterier ved evalueringen af underkriteriet »Arkitektur« og ved at sammenblende underkriterier og delkriterier. Ved ikke at oplyse om den skete opdeling af underkriteriet, kan vægtningen reelt ikke vurderes af tilbudsgiverne.

Indklagede har gjort gældende, at der kun har været tale om de i udbudsbetingelserne anførte 4 underkriterier. Ved bedømmelsen i relation til underkriteriet »Arkitektur«, var det naturligvis nødvendigt at fastlægge, hvorledes denne bedømmelse skulle ske. Det fremgår af bedømmelsen, at der er lagt vægt på bebyggelsesplan og boligindretningen, altså funktionelle forhold, samt på arkitektur, der skal forstås som æstetiske kvaliteter.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke kunne anvende underkriteriet »Energirigtig«, idet kriteriet som følge af indklagedes angivelse som mindstekrav om opfyldelse af lavenergiklasse 1 og lavenergi 2020 ikke er egnet til identifikation af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at energirigtighed er et relevant underkriterium, idet tilbudsprojekterne er mere eller mindre energirigtige, også selv om de overholder kravene til lavenergiklasse 1 eller lavenergi 2020.

Ad påstand 10

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke kan anvende en evalueringsmodel, som anvender de af tilbudsgiverne tilbudte priser på det arbejde, der skal udføres. Den af indklagede anvendte fremgangsmåde betyder, at prisen også ved evalueringen af underkriteriet »Materialer« får en betydning, og at der sker en sammenblanding af underkriterierne »Materialer« og »Pris«.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke er relevant at sidestille mindre gode materialer, der kun indgår i begrænset omfang, med mindre gode materialer, der indgår i stort omfang. En korrekt vurdering af materialekvaliteten nødvendiggør, at der tages hensyn til den relative betydning af de pågældende materialer.

Ad påstand 11 og 12

Klageren har gjort gældende, at det vil være i overensstemmelse med klagenævnets praksis, at indklagedes beslutning af 1. juli 2010 om at tildele kontrakten til BM Tag A/S annulleres, samt at indklagede pålægges at lovliggøre udbuddet ved at træffe beslutning om tildeling til klageren, subsidiært at indklagede pålægges at lovliggøre udbuddet ved at gennemføre en fornyet evaluering af de modtagne tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at påstandene skal afvises, da klagenævnet ikke har kompetence til at bestemme, hvem der skal have tildelt kontrakt, subsidiært hvorledes en lovliggørelse i givet fald skal ske.

Ad påstand 13

Klageren har gjort gældende, at det samlede antal fejl samt grovheden heraf gør, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har godtgjort overtrædelser, der kan medføre annullering.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det er anført i udbudsbetingelserne, at der skal opføres 56 boliger i 1 plan, og at boligerne enten kan opføres som rækkehuse eller enkeltliggende huse. Der står endvidere, at der skal opføres et punkthus på 4 etager med 28 boliger.

Da tilbuddet fra BM Tag A/S indeholder et forslag, som erstatter punkthuset på 4 etager med 2 terrassehuse i op til 5 etager, og placerer 20 af de 56 boliger på 1. sal, opfylder tilbuddet ikke udbudsbetingelsernes mindstekrav til boligernes placering.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Der er ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Ad påstand 3

Beskrivelsen af indkøbet i udbudsbekendtgørelsens del II, 1.5, svarer som anført i påstanden ikke til beskrivelsen i udbudsbetingelserne af den ydelse, som indklagede ønsker at få tilbud på. Dette strider mod ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, hvorfor påstanden tages til følge.

Ad påstand 4

Indklagede besvarede ved mail af 2. juni 2010 en henvendelse fra en af de prækvalificerede virksomheder. Da de andre prækvalificerede virksomheder ikke blev gjort bekendt med svaret, tages påstanden til følge.

Ad påstand 5

Som følge af det, der er anført ad påstand 6 og ad påstand 8 – 10, tager klagenævnet ikke stilling til denne påstand.

Ad påstand 6

Det fremgår af indklagedes bedømmelse, at indklagede tildelte det billigste tilbud karakteren 10 og det dyreste tilbud karakteren 5. De øvrige tilbud fik en karakter mellem 5 og 10 i forhold til forskellen mellem tilbuddets pris og prisen på det billigste tilbud. En sådan karaktergivning er hverken uigenemskuelig eller arbitrær, og påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 7

Indklagede anmodede om to tilbud. Et tilbud på byggeriet som lavenergi-klasse 1, og et tilbud som lavenergi 2020. Klagenævnet finder, at indklagede tilsidesatte gennemsigtighedsprincippet ved ikke at oplyse en budgetramme for byggeriet som lavenergi 2020. Indklagede kunne således have oplyst, hvilken overskridelse af 11.000 kr. pr. m² indklagede ville acceptere, og dermed hvilket beløb indklagede ville acceptere at finansiere uden for støtteordningen.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 8

Indklagede gav i forbindelse med evalueringen af underkriteriet »Arkitektur« hvert tilbud 3 karakterer, nemlig en karakter for bebyggelsesplan, en karakter for boliger og en karakter for arkitektur. Klagenævnet finder, at der ikke er grundlag for at fastslå, at offentliggørelsen heraf i udbudsbetingelserne ville have haft betydning for de tilbud, som tilbudsgiverne udarbejdede, og den første del af påstanden tages derfor ikke til følge.

Det er i strid med gennemsigtighedsprincippet, at indklagede som én ud af tre karakterer gav tilbudsgiverne en karakter for arkitektur, da underkriteriet hed »Arkitektur«. Denne del af påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 9

Det er i strid med udbudsreglerne, at indklagede oplyste, at »Energirigtig« var et underkriterium i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne, mens indklagede anvendte underkriteriet »Energi« under evalueringen.

Indklagede skulle have fastsat i udbudsbetingelserne, hvad indklagede ville lægge vægt på ved vurderingen af underkriteriet »Energirigtig«, da oplysninger herom kunne have haft betydning for det byggeri, som tilbudsgiverne tilbød.

Den første del af påstanden tages derfor til følge.

Det fremgår af byggeprogrammet, at tilbudsgiverne skulle indgive to tilbud, nemlig et tilbud som opfyldte kravene til lavenergiklasse 1, og et tilbud som opfyldte kravene til lavenergi 2020. Opfyldelsen af lavenergiklasse 1 og lavenergi 2020 var altså et mindstekrav. »Energirigtighed« er derimod ikke angivet som et mindstekrav. Denne del af påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 10

Indklagedes evaluering af underkriteriet »Materialer« muliggjorde, at det samme produkt kunne få forskellige karakterer afhængig af tilbudsgiverens prissættelse af produktet. Dertil kommer, at indklagede ikke kun har ladet produktets pris, men også lønomkostninger, indgå i beregningen.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 11 og 12

Påstand 11 og 12 afvises, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13.

Ad påstand 13

Den procedure, som indklagede iværksatte den 10. februar 2010, kan efter karakteren af overtrædelserne i påstand 3, påstand 7 og påstand 9 ikke danne grundlag for en tildelingsbeslutning.

Klagenævnet tager påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved at tildele kontrakt til BM Tag A/S, uanset at BM Tag A/S's tilbud ikke var konditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet), da der ikke er overensstemmelse mellem den offentliggjorte udbudsbekendtgørelse og udbudsbetingelserne, idet det i udbudsbekendtgørelsen er anført, at der skal opføres »ca. 110 2-3 rums boliger, heraf 28 stk. i 14-etagers punkthus«, samt at boligerne »opføres som lavenergi 2020«, mens det af udbudsbetingelserne fremgår, at der blandt andet skal opføres 14 stk. 4-rums boliger, et 4-etagers punkthus, multihus og viceværtsbygning og det i udbudsbetingelserne er anført, at »udbydes som 2 sideordnede tilbud. Et som lavenergiklasse 1, 35+1100/A (kwh/m²/år) og et som lavenergi 2020, 17,5 kwh/m²/år + 550 kwh«.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved at besvare spørgsmål fra en tilbudsgiver uden at oplyse besvarelsen over for de andre tilbudsgivere.

Ad påstand 7

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede i udbudsbrevet har anført, at indklagede ved underkriteriet »Pris« vil lægge »væsentlig vægt på, at den samlede økonomiske ramme overholdes«, uanset indklagede kun har angivet en budgetramme for projektet udført som lavenergiklasse 1, og ikke for udførelse som lavenergi 2020, på trods af at indklagede angiver, at der er tale om udbud som to sideordnede tilbud.

Ad påstand 8

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede anvendte »arkitektur« såvel som underkriterium som delkriterium.

Ad påstand 9

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet) og artikel 53 ved at angive underkriteriet »Energirigtig« i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, mens det er underkriteriet »Energi«, der er anvendt ved bedømmelsen.

Ad påstand 10

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede i sin bedømmelse af underkriteriet »Materiale« har anvendt en evalueringsmodel baseret på de af tilbudsgiverne angivne priser på det tilbudte arbejde, og således ikke foretaget en vurdering af tilbudsgivernes materialer.

Ad påstand 13

Indklagedes beslutning af 1. juli 2010 om at tildele kontrakten til BM Tag A/S annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2, påstand 6 og påstand 8, 1. del.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 5.

Påstand 11 og 12 afvises.

Indklagede, Boligforeningen Vesterport, skal i sagsomkostninger til klageren, Brødrene A. & B. Andersen Entreprenører & Ingeniører A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Søren Holm Seerup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig