

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Niels Sørensen, Melitta Keldebæk)

J.nr.:2008-0016730

2. oktober 2008

K E N D E L S E

C.C. Brun Entreprise A/S
(advokat Henning Biil, København)

mod

A/S Storebælt
(advokat Gitte Holtsø, København)

Den 19. september 2007 iværksatte A/S Storebælt en begrænset licitation efter Tilbudsloven (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende projektering samt udførelse af en bygning på ca 1.200 etagekvadratmeter samt tilhørende udearbejder med værksteder, lagerfaciliteter og kontorer m.v. som en selvstændig bygning i den eksisterende Materielgård. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 19. september 2007 til følgende 5 prækvalificerede virksomheder:

1. Dreier & Co. Nyborg A/S
2. C.C. Brun Entreprise A/S
3. Georg Berg Entreprise A/S
4. Hoffmann A/S
5. M.T. Højgaard A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 8. november 2007 havde de nævnte virksomheder alle afgivet tilbud. Den 3. december 2007 besluttede A/S Storebælt at indgå kontrakt med Dreier & Co. Nyborg A/S (herefter Dreier). Kontrakt blev indgået den 5. december 2007.

Den 29. maj 2008 indgav klageren, C.C. Brun Entreprise A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, A/S Storebælt. Klagen har været behandlet på et møde den 9. september 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, og § 11 ved at tage tilbudet fra Dreier & Co. Nyborg A/S i betragtning og forhandle med denne tilbudsgiver, uanset at tilbuddet indeholdt forbehold for overholdelse af licitationstidsplanen, hvilket udgjorde et grundlæggende element i licitationsbetingelserne.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, og § 8 ved under evalueringen af de afgivne tilbud at lægge vægt på, om de tilbudte projekters kvalitetsniveau var for højt i forhold til det personale, som skulle anvende bygningen, uanset at dette forhold ikke var fastsat som element i underkriterium 2 til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, Projektbeskrivelse.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, og § 8 ved at tildele klagerens tilbud en lavere karakter vedrørende underkriterium 2, Projektbeskrivelse, end tilbuddet fra Dreier & Co. Nyborg A/S, uanset at klagerens projektbeskrivelse var bedre end projektbeskrivelsen fra Dreier & Co. Nyborg A/S.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, og § 8 ved efter forhandlinger at forhøje karakteren for tilbuddet fra Dreier & Co. Nyborg A/S fra 4 til 7 point på underkriterium 4, Nøglepersoner, uanset at tilbuddet ikke blev ændret på dette punkt under forhandlingerne.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 3. december 2007 om at indgå kontrakt med Dreier & Co. Nyborg A/S.

Påstand 6

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 3.750.000 kr. med procesrente fra den 29. maj 2008.

Påstand 7 (subsidiær i forhold til påstand 6)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 500.000 kr. med procesrente fra den 29. maj 2008.

Indklagede har vedrørende påstand 3 og 4 nedlagt påstand om afvisning, subsidiært, at klagen ikke tages til følge. For så vidt angår påstand 1, 2 og 5 har indklagede nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse for så vidt angår påstand 6 og 7.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 6 og 7, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 -5.

Sagens nærmere omstændigheder:

Om baggrunden for licitationen er oplyst, at indklagede den 1. marts 2006 havde overtaget ansvaret for drift og vedligeholdelse af banestrækningen over Storebælt fra Banedanmark. Indtil den 1. oktober 2008 blev opgaven udført i henhold til allerede indgåede aftaler af Banedanmark Entreprise. Efter den 1. oktober 2008 overgik opgaven til entreprenører, som indklagede efter afholdelse af udbud havde indgået aftaler med. Indklagede har under denne sag som følge heraf understreget, at det var af største vigtighed, at den her omhandlede entreprise kunne være færdiggjort inden den 1. oktober 2008.

Licitationsbetingelserne (»Tilbudsbestemmelser«) er dateret den 18. september 2007 og blev samme dag sammen med Udkast til Entrepriseraftale, Tilbudsliste, Særlige Betingelser, Byggeprogram, Administrative Retningslinier samt Tegningsfortegnelse sendt til de nævnte virksomheder. Det fremgår af Tilbudsbestemmelserne, at tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud med følgende underkriterier:

» Pris	vægtes 40 %
Projektbeskrivelse	vægtes 40 %
Entreprisens gennemførelse	vægtes 10 %
Nøglepersoner	vægtes 10 % «

Underkriteriet »Projektbeskrivelse« er beskrevet således:

»...Tilbuddet skal vedlægges en beskrivelse af projektet omfattende bl.a. følgende:

- Plantegning
- Facadeopstalter og hovedsnit
- Overordnet bygningsbeskrivelse, herunder bl.a. dagslysindfald samt facade- og tagkonstruktion
- Fastlæggelse af produkter, hvilket som minimum skal omfatte porte inkl. kvalitets- og funktionalitetsbeskrivelse

...

Sund & Bælt lægger vægt på, at kontorerne er placeret i nærheden af værkstederne samt at bygningen har fleksibilitet mht. eventuelle fremtidige om- og tilbygninger. Generelt ønskes en planløsning, hvor rummene har en god logisk placering, f.eks. kunne visse rum placeres på en indskudt etage.«

Om »Bedømmelsesmodel« er anført:

»5. Bedømmelsesmodel

5.1 Underkriteriet Pris

Vurderingen af kriteriet Pris sker på grundlag af tilbudssummen, jf. Tilbudslisten, justeret for eventuelle kapitaliserede forbehold o.a. Vurderingen sker i en skala fra 10 og nedefter med et retliniet forløb mellem karakteren 10 og karakteren 7, men med et andet retliniet forløb fra karakteren 7 og nedefter:

- Tilbuddet med den laveste pris får karakteren 10.
- En tilbudspris, som er 25% højere end laveste pris, får karakteren 7.
- En tilbudspris, som er 50% højere end laveste pris, får karakteren 0.

Der gives negative karakterer for det tilbud, hvor forskellen mellem tilbuddets pris og den laveste pris ligger ud over det interval, der fremgår af nedenstående figur:

...

5.2 Øvrige underkriterier

Delelementerne i de øvrige underkriterier bedømmes i en 5-punktsskala:

- karakteren 0 gives til det netop acceptable, konditionsmæssige tilbud
- karakteren 4 gives til det tilbud, der er under middel
- karakteren 7 gives til det tilbud, der er middel
- karakteren 9 gives til det tilbud, der er over middel

- karakteren 10 gives til det bedst mulige tilbud (som ikke behøver at foreligge).

5.3 Samlet vurdering

Den samlede vurdering af hvert enkelt tilbud er produktsummen af vægte og karakterer. Et tilbud kan maksimalt opnå karakteren 10.

Det tilbud, der har den samlet set højeste karakter, er det økonomisk mest fordelagtige tilbud.«

I Tilbudsbestemmelserne er desuden anført følgende:

»...

3.2 Projektbeskrivelse

Tilbuddet skal vedlægges en beskrivelse af projektet omfattende bl.a. følgende:

Plantegninger af planløsning

Facadeopstalter og hovedsnit

Overordnet bygningsbeskrivelse, herunder bl.a. dagslysindfald samt facade- og tagkonstruktion

Fastlæggelse af produkter, hvilket som minimum skal omfatte porte inkl. kvalitets- og funktionalitetsbeskrivelse.

...

3.4 Entreprisens gennemførelse

Tilbuddet skal vedlægges en tilbudstidsplan, som understøtter – og eventuelt detaljerer – nedenstående beskrivelse...

...

Beskrivelsen skal bl.a. omfatte redegørelse for følgende forhold:

Metode for indarbejdelse af udbudsmaterialets krav i hovedprojekt og andet udførelsesgrundlag, herunder bl.a. de enkelte parter medvirken i kvalitetssikringen (entreprenøren, underentreprenører, rådgivere, specialister mv.)

Planlagte bygherrebeslutninger beskrives mht. forum/metode for indhentelse, antal omfang og terminer.

Metode for færdiggørelse af foreskrevet dokumentation...«

Bygge- og anlægsarbejdet er i Byggeprogrammet beskrevet således:

- » I forbindelse med, at banevedligeholdelsen på Storebæltsforbindelsen nu skal gennemføres i A/S Storebælts regi, er der behov for at få samlet alle aktiviteter omkring vedligeholdelse på materielgården.

Projektet omfatter en bygning med et samlet areal på 1.200 m².

...

Bygningen forestilles udført som 30m gange 40 m bygning placeret

langs Halsskovvej med et ydre så vidt muligt svarende til de bestående bygninger.

...«

I Særlige betingelser anføres indledningsvis:

»Nærværende Særlige Betingelser (SB) inkl. bilag danner det almene og juridiske grundlag for dette arbejde.

SB består af: »Almindelige betingelser for Totalentreprise af 1993« (ABT 93) udfærdiget af Boligministeriet og dateret den 12. december 1993, med nedenstående supplerende bestemmelser, undtagelser eller fravigelser....«

Efterfølgende beskrives (bl.a.) de skærper i forhold til ABT 93, som gjaldt under licitationen vedrørende forsikring, betaling af slutopgørelse og ansvarsbegrænsning.

I Særlige Betingelser er ligeledes opregnet en række tidsfrister. Efter udsendelse af rettelsesblad 2 var fristen for ibrugtagning af lager og værksted (delfrist 2 C) den 11. juli 2008 og fristen for gennemførelse af aflevering (delfrist 3A) den 15. september 2008.

I Dreiers tilbud var delfrist 2C fastsat til den 11. september 2008 og delfrist 3A til den 15. november 2008.

Efter modtagelsen og gennemgang af de 5 tilbud udarbejdede indklagede en foreløbig, intern tilbudsvurdering dateret den 16. november 2008.

Om Dreiers tilbud hedder det i denne rapport:

»Den i tilbudet omtalte tidsplan er ikke fuldt overensstemmende med den udbudte. Entreprenøren oplyste, at den var ment som et oplæg.«

På grundlag af rapporten indkaldte indklagede Dreier, MT Højgaard A/S og klageren til at gennemgå deres tilbud. Disse gennemgange fandt sted den 15. november 2007.

Den 20. november 2007 indkaldte indklagede Dreier og klageren til forhandlingsmøder. I indkaldelsen anførte indklagede bl.a.:

»Sund & Bælt har gennemført evalueringen af de indkomne tilbud og på grundlag heraf udpeget de 2 bedste tilbud. For at optimere det projekt, [indklagede] agter at indgå aftale om, indkaldes disse firmaer til forhandling, idet bestemmelserne i Tilbudsloven vil blive overholdt (jf. lovens § 11).«

I tilslutning hertil stillede indklagede bl.a. følgende spørgsmål til klageren:

»...

1. Projektet kan forenkles med fjernelse af den overflødige ekstra vaskaplads for truck. Fradragspris ønskes oplyst.

...

6. Glasvæg ind mod kontorerne kan sandsynligvis ændres til billigere og enklere materialevalg m.v. Fradragspris ønskes oplyst.

...

9. Der ønskes et forslag til indretning af omklædningsrum, hvor der ikke er adskillelse af rene og urene omklædningsområder (forenkling/minimering af gangarealer). Fradragspris ønskes oplyst.

...

13. Arbejdstidsplanen ønskes drøftet. Tilbuddet er baseret på, at myndighedsbehandlingen for byggetilladelsen er på 25 arbejdsdage i modsætning til de 30 arbejdsdage, som er anført i ABT 93. Kan tilbudstidsplanen justeres således, at den bringes i overensstemmelse med udbudsgrundlaget? (I modsat fald kan tilbuddet blive tillagt en kapitaliseret værdi svarende til den anførte forsinkelse i forhold til udbudstidsplanen)

14. I tilknytning til spørgsmål 13 ønskes der oplysning om væsentlige leverancer, herunder især hvor leverancetider kan blive bestemmende for arbejdsplanen.

15. Projektbeskrivelsen side 1: Pkt. 3, 4, 6 og 7 synes ikke umiddelbart at være i overensstemmelse med udbudsmaterialet. Dette ønskes drøftet.

16. Tilbudsgiveren kan herudover fremsætte andre forslag til forbedringer/forenklinger af det tilbudte projekt.«

Også Dreier blev stillet en række spørgsmål, bl.a. følgende:

»...

14. Aftaleplanen ønskes drøftet. Tilbuddet er baseret på, at deltidfristen 2C og færdiggørelsen er rykket 2 måneder i forhold til udbudstidsplanen. Endvidere er tilbuddet baseret på, at myndighedsbehandlingen for byggetilladelsen er på 14 arbejdsdage i modsætning til de 30 arbejdsdage, som er anført i ABT 93. kan tilbudsplanen justeres således, at den bringes i overensstemmelse med udbudsgrundlaget? (I modsat fald kan

tilbuddet blive tillagt en kapitaliseret værdi svarende til de anførte forsinkelser i forhold til udbudstidsplanen).

...«

Forhandlingsmøder blev afholdt henholdsvis den 23. og den 26. november 2007.

På baggrund heraf fremsendte såvel Dreier som klageren reviderede tilbud. I Dreiers reviderede tilbud var anført en række pristillæg, herunder bl.a.:

»...Tillæg for overholdelse af de i udbudet angivne tidsterminer kr. ekskl. moms 850.000 kr.«

Indklagede foretog herefter endelig vurdering af tilbudene og udarbejdede den 30. november 2007 en rapport herom.

Om klagerens tilbud hedder det i rapporten vedrørende underkriterium 2, Projektbeskrivelse:

»Overordnet indeholder tilbudsprojektet en planløsning med et højt kvalitetsniveau af kontor- og velfærdsfaciliteter. Planløsningen indeholder i visse tilfælde rumstørrelser noget over det krævede. Facadedisponeringen indeholder en god variation i form af plane pladefelter. Der er en god sammenhæng med sporarealet.

I forbindelse med forhandlingerne har tilbudsgiveren reduceret ambitionsniveauet for visse elementer (fjernet vaskeplads, ændret glasvægge ved kontorer, ændret indretning på 1. sal, lavere facadehøjde), men har ikke herudover ændret i det tilbudte projekt. Projektet er derfor stadig af et højt kvalitetsniveau – men samtidig stadig for højt, når det drejer sig om en bygning, der primært skal anvendes af markpersonale hos S & B's driftsentreprenører. Dette vurderes som mindre tilfredsstillende.«

Om tilbudet fra Dreier hedder det i samme rapport vedrørende underkriterium 2, Projektbeskrivelse:

»Overordnet indeholder tilbudsprojektet en god planløsning og god fleksibilitet i forbindelse med senere udvidelse. Planløsningen stemmer godt overens med de udbudte krav. Facadedisponeringen er god og bygningen giver en god sammenhæng med bygningen for sporoverdækningen.

Forhandlingerne har primært medført ændringer/tilføjelser af detaljer i det tilbudte projekt (ændret brandtrappe, rengøringsrum i stueetagen, almindelige døre ved siden af de ydre porte, mm) – prisen for projektet er forøget tilsvarende. Det tilbudte vurderes samlet som særdeles tilfredsstillende.«

Den samlede karaktergivning viste følgende resultat:

» ...			
Underkriterier	Vægt	C.C. Brun Entreprise A/S	Drejer & Co Nyborg A/S
1. Pris	40 %	8,42	10
2. Projektbeskrivelse	40 %	7	9
3. Nøglepersoner	10 %	9	7
4. Entreprisens gennemførelse	10 %	9	7
Samlet karakter		8,0	9,0
Rangering		2	1 «

Den 3. december 2007 meddelte indklagede mundtligt klageren, at indklagede havde besluttet at tildele Dreier kontrakten. Klageren anmodede om at modtage indklagedes evaluering og modtog i første omgang følgende mail:

»Overordnet set indeholder jeres tilbudsprojekt en god planløsning med et højt kvalitetsniveau af kontor – og velfærdsfaciliteter. Facadedisponeringen indeholder en god variation i form af plane pladefelter. Der er god sammenhæng med sporarealet.

Jeres regulerede pris (kr. 22.174.000) er 13,3 % dyrere end det regulerede tilbud fra Dreier.

På trods af visse forenklinger er jeres projekt stadig ambitiøst og måske for ambitiøst, når det drejer sig om en bygning, der i stor udstrækning skal anvendes af teknikere, montører og vedligeholdelsespersonale. Således finder vi det til eksempel mindre hensigtsmæssigt, at i har placeret omklædningsrummet på 1. sal.

Jeres planløsning omfatter en bygning der er større end foreskrevet – ca. 70 m². planløsningen indeholder en del arealer, der er større end foreskrevet i udbudsmaterialet: kopi-print rum, kantine, m.fl., samt arealer, der med fordel kunne gøres mindre: fx gangarealerne i stueplanet.

Jeres beskrivelse af entreprisens gennemførelse er grundig og fyldestgørende, ligesom de vedlagte CV'er er fuldt dækkende....«

Direktør Christian Lind, klageren, har bl.a. forklaret, at Torben Monrad på parternes første forhandlingsmøde oplyste, at indklagede ville ændre udbuddet til et udbud efter forhandling efter Tilbudslovens § 11. Klageren fik derimod ikke oplyst, at indklagede anså alle de indkomne tilbud for ukonditionsmæssige. Ordet »underhåndsbud« blev end ikke nævnt. Det blev heller ikke nævnt, at klageres tilbud var karakteriseret ved »for høj kvalitet«. Derimod drøftede parterne forskellige tiltag med henblik på at sænke prisen. Det er en fejl i klagerens tilbud, at det om elarbejder anføres: »Belysningen omfatter ikke facader, kørearealer eller parkeringsområder«. Denne fejl blev rettet under forhandlingerne. Den række øvrige punkter, som indklagede nu hævder skulle være udtryk for forbehold fra klagerens side, er efter hans opfattelse ikke forbehold.

Kontraheringschef Torben Monrad, indklagede, har bl.a. forklaret, at han på det orienteringsmøde, der blev holdt den 26. september 2007, nøje redegjorde for, hvad indklagede ønskede, nemlig et »skur« og ikke en ny administrationsbygning. Alle de indkomne tilbud viste sig at være ukonditionsmæssige. Der var ikke tid til at starte forfra. Han skelede til udbudsdirektivet og valgte at overgå til forhandling uden forudgående bekendtgørelse. Virksomhederne Georg Berg Entreprise A/S og Hoffmann A/S blev telefonisk orienterede og trak deres tilbud tilbage. Senere trak også M.T. Højgaard A/S sit tilbud tilbage.

Afdelingsleder Kristian Madsen, indklagede, har bl.a. forklaret, at Dreiers tilbud var meget kortfattet for så vidt angår underkriteriet »Nøglepersoner«. Derfor fik tilbuddet indledningsvis kun tildelt karakteren 4 på dette punkt. Da oplysningerne blev uddybet på forhandlingsmødet, forhøjede indklagede karakteren til middelkarakteren 7. I klagerens tilbud var der lagt for megen vægt på bygningens kontorside.

På grundlag af skriftvekslingen og navnlig de synspunkter, som indklagede i den forbindelse har fremført, har Klagenævnet besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 8

Spørgsmålet om, hvorvidt indklagede havde haft hjemmel til at anvende Tilbudslovens kapitel 4 om Underhåndsbud, herunder navnlig spørgsmålet om forståelsen af lovens § 12, stk. 3, nr. 3.

Parternes anbringender

Ad spørgsmål 8

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke havde haft hjemmel til at anvende Tilbudslovens § 12 om underhåndsbud. Ganske vist var Dreiers tilbud ikke konditionsmæssigt, fordi det tog forbehold for grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne. Men de øvrige 4 tilbudsgivere havde enten slet ikke taget forbehold eller kun taget forbehold for ikke grundlæggende elementer. Ved »ikke...forskriftsmæssigt bud« i Tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 3, skal forstås tilbud med forbehold for grundlæggende elementer; derimod er tilbud med forbehold, som tilbudsgiveren er berettiget til at tage i betragtning, hvis de kan prissættes, ikke omfattet af bestemmelsen.

Indklagede har gjort gældende, at alle de indkomne tilbud var behæftet med forbehold. Således havde alle tilbudsgiverne, bortset fra 5. M.T.Højgaard A/S, taget Dansk Byggeris Standardforbehold. Dette fører i det konkrete tilfælde til, at der på en række områder er taget forbehold for licitationsbetingelserne, som kræver overholdelse af ABT 93, men med en række afvigelser. M.T.Højgaard A/S havde ligeledes taget forskellige forbehold. I et sådant tilfælde følger det af Tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 3, at indklagede er berettiget til at gå over til at følge proceduren for underhåndsbud. At tilbudsgiverne ikke blev underrettet herom, er alene en formalitet, som ikke kan have betydning for vurderingen af processens lovlighed. Indklagedes vurdering af de reviderede tilbud skal ses i lyset af, at betingelserne for anvendelse af underhåndsbuds-proceduren var opfyldt med de deraf følgende mere vide rammer for den videre proces, herunder f.eks. fri forhandlingsret og intet krav om oplysninger om delkriterier.

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at tilbudet fra Dreier ikke overholdt de tidsfrister, der fremgår af Tilbudsbestemmelserne. Tidsplanen er et grundlæggende element i en licitation, og dertil kommer, at det var afgørende for indklagede, at entreprisen kunne være færdiggjort inden den 1. oktober 2008. Efter forhandlingerne meddelte Dreier indklagede, at tidsplanen kunne overholdes mod en merpris af 850.000 kr. + moms, og dette beløb indgik i den endelige kontrakt. Et forbehold for tidsplanen kan imidlertid ikke lovligt forhandles, og indklagede var derfor forpligtet til at se bort fra Dreiers tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede som anført havde været berettiget til at afvise alle de indkomne tilbud på grund af forbehold, således også tilbudet fra Dreier. Dreiers forbehold for tidsplanen er ikke et forbehold for grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, og indklagede var derfor ikke forpligtet til at se bort fra tilbudet. Forbeholdet kunne prissættes.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at afvise påstanden. Klagenævnet skal alene konstatere, at indklagede har begået en teknisk fejl ved at tildele klagerens tilbud en lavere karakter end tilbudet fra Dreier, eftersom indklagede selv har skønnet, at klagerens tilbud levede bedre op til kravene i underkriteriet »Projektbeskrivelse« end tilbudet fra Dreier. Der er således ikke grundlag for at afvise påstanden. Det har trukket ned i bedømmelsen af klagerens tilbud, at kvalitetsniveauet var for højt i forhold til det personale, der skulle benytte bygningen, og dette indgik ikke som element i underkriteriet »Projektbeskrivelse«. Påstanden skal derfor tages til følge.

Indklagede har til støtte for, at klagerens påstand afvises, gjort gældende, at påstanden indebærer, at Klagenævnet skal tilsidesætte indklagedes skøn og erstatte det med sit eget. Påstanden indebærer tillige, at de to tilbud skal vurderes i forhold til hinanden og ikke måles i forhold til de fastsatte underkriterier. Til støtte for, at påstanden ikke tages til følge, har indklagede gjort gældende, at underkriteriet »Projektbeskrivelse« ikke er ensbetydende med »kvalitet«. Klagerens tilbud har således opnået en mindre god pointtilde-

ling, fordi klagerens projektbeskrivelse indeholdt beskrivelse af en bygning, som slet ikke eller på utilstrækkelig vis passede til anvendelsen.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det ikke fremgår af de fastsatte betingelser, at kvalitetsniveauet ikke måtte være for højt i forhold til brugerne. Tværtimod har indklagede efterspurgt kreativitet. I strid hermed har indklagede ved evalueringen lagt afgørende vægt på, at kvalitetsniveauet i klagerens tilbud var for højt. Klageren blev ikke gjort opmærksom på, at indklagede ønskede yderligere forenklinger.

Indklagede har erkendt, at anvendelsen af ordet »kvalitet« i de begrundelser for tildelingsbeslutningen, som klageren har modtaget, har kunnet give anledning til misforståelse. Indklagede har imidlertid gjort gældende, at klagerens tilbud beskrev en bygning, der på utilstrækkelig vis passede til det, den skulle bruges til. Indklagedes vurdering hviler udelukkende på de fastsatte underkriterier.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at Dreier i sit tilbud havde anført de samme to personer som nøglepersoner, som fremgik af det endelige tilbud. Da der ikke under forhandlingerne var sket ændringer i personkredsen, har indklagede ikke haft grundlag for at ændre vurderingen af Dreiers tilbud vedrørende dette underkriterium fra karakteren 4 til karakteren 7.

Indklagede har gjort gældende, at den indledende vurdering, der var vanskelig at foretage, fordi ingen af tilbuddene var forskriftsmæssige, alene var udtryk for en foreløbig bedømmelse. Hvis Dreiers tilbud havde indeholdt fyldestgørende oplysninger om nøglepersonerne, ville dette have ført til, at tilbuddet vedrørende dette underkriterium allerede ved den foreløbige vurdering ville have fået middelkarakteren 7.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at de overtrædelser, som indklagede har begået, er så grove, at Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Dreier.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, idet klageren først har indgivet klagen til Klagenævnet næsten 6 måneder efter at være blevet bekendt med beslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad spørgsmål 8

Efter Tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 3, er det en betingelse for at anvende underhåndsbud, at der ikke ved licitationen er indkommet »forskriftsmæssige bud«. Denne bestemmelse må - også efter sine forarbejder - skulle forstås i overensstemmelse med Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, der ligeledes (bl.a.) omhandler ikke forskriftsmæssige tilbud. Efter ordlyden vil manglende overholdelse af en hvilken som helst forskrift føre til, at tilbuddet ikke er forskriftsmæssigt, og det kan ikke antages, at der gælder krav om, at der ved tilbudsforbehold skal være tale om grundlæggende elementer.

Klagenævnet er enig med indklagede i, at de 5 tilbud alle indeholdt forbehold for ikke rent bagatelagtige forhold. Indklagede havde således været berettiget til at følge den fremgangsmåde, som er beskrevet i Tilbudslovens § 12.

Det har indklagede imidlertid ikke gjort.

Sagens skal derfor bedømmes på grundlag af den bestemmelse, som indklagede har fulgt, det vil sige Tilbudslovens § 11.

Ad påstand 1

Tidsangivelserne i Dreiers tilbud indeholder betydelige afvigelser fra den tidsplan, som fremgår af Tilbudsbestemmelserne. Dette forbehold må - i hvert fald under en licitation som den omhandlede, hvor det fra indklagedes side har været understreget, at det var af største vigtighed, at tidsplanen blev overholdt - anses for et forbehold for grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne. Det har derfor været i strid med ligebehandlings-

princippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3, at tage tilbuddet i betragtning og – herefter selvsagt - ligeledes at forhandle med denne tilbudsgiver, jf. lovens § 11. Under disse omstændigheder tages påstanden til følge.

Ad påstand 2

Der er – uanset ordvalget i indklagedes meddelelser om udfaldet af evalueringen – ikke grundlag for at antage, at indklagede har lagt andre underkriterier til grund for evalueringen end de fastsatte.

Påstanden tages ikke til følge

Ad påstand 3 og 4

Klagenævnet tager ikke stilling til, hvilken pointdeling indklagedes skøn over de forskellige tilbuds opfyldelse af underkriterierne i en licitation med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« skal give sig udslag i.

Klagenævnet tager således ikke stilling til disse påstande.

Ad påstand 5

Uanset at klagen er taget til følge ad påstand 1, tages klagerens påstand om annullation af tildelingsbeslutningen ikke til følge. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at klagen først blev indgivet næsten 6 måneder efter, at klageren havde fået meddelelse om tildelingsbeslutningen.

Påstanden tages ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, og § 11 ved at tage tilbuddet fra Dreier & Co. Nyborg A/S i betragtning og forhandle med denne tilbudsgiver, uanset at tilbuddet indeholdt forbehold for overholdelse

af licitationstidsplanen, hvilket udgjorde et grundlæggende element i licitationsbetingelserne.

Klagen tages ikke til følge ad påstand 2 og 5.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 3 og 4.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig