

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Gorm K. Elikofer, Ole Bajda Nielsen)

J.nr.: 04-173.699

26. november 2004

K E N D E L S E

E. Pihl & Søn A/S

(advokat Thomas Ryhl, København)

mod

Direktoratet for Kriminalforsorgen

(Kammeradvokaten ved advokat Kurt Bardeleben)

Ved udbudsbekendtgørelse af 5. januar 2004 udbød Direktoratet for Kriminalforsorgen som begrænset udbud efter direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved direktiv 97/52 (Bygge- og anlægsdirektivet) 8 ud af i alt 11 delentrepriser, herunder »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen«, for byggeriet af ni separate bygningsafsnit, omfattende celleafsnit, beskæftigelses- og værkstedsafsnit, personale- og administrationsafsnit, besøgsafsnit samt kultur- og idrætsafsnit i forbindelse med opførelsen af et nyt statsfængsel på Enner Mark ved Horsens. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 24. februar 2004 havde 10 virksomheder anmodet om prækvalifikation vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og 9 virksomheder om prækvalifikation vedrørende »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen«.

Den 15. marts 2003 besluttede indklagede at prækvalificere følgende virksomheder:

Entreprise 3:

1. E. Pihl & Søn A/S

Entreprise 4:

1. E. Pihl & Søn A/S

Entreprise 3 og 4:

1. E. Pihl & Søn A/S

2. NCC Construction Danmark A/S	2. NCC Construction Danmark A/S	2. NCC Construction Danmark A/S
3. Skanska Danmark A/S	3. Skanska Danmark A/S	3. Skanska Danmark A/S
4. MT Højgaard A/S	4. MT Højgaard A/S	4. MT Højgaard A/S
5. Hoffmann A/S	5. Grønbeck Construction A/S	

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 22. marts 2004, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 24. maj 2004 havde alle de 5 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen«, nr. 1-4 afgivet tilbud vedrørende »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« og alle de 4 prækvalificerede virksomheder afgivet samlet tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen«. Den 21. juni 2004 besluttede indklagede at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og kontrakt med E. Pihl & Søn A/S vedrørende »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen«. Kontrakt med NCC Construction Danmark A/S blev herefter indgået den 23. juni 2004, og kontrakt med E. Pihl & Søn A/S blev indgået den 25. juni 2004.

Den 5. juli 2004 indgav klageren, E. Pihl & Søn A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Direktoratet for Kriminalforsorgen. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 22. juli 2004 besluttede Klagenævnet, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 5. november 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at fortolke henvisningen til Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 i klagerens tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen«, som 3

forbehold svarende til punkt 3, 5 og 8 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, uagtet denne henvisning efter indholdet af udbudsbetingelserne sammenholdt med indholdet af klagerens tilbud ikke kan fortolkes som forbehold svarende til punkt 3, 5 og 8.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at anse punkt 3 om sikkerhedsstillelse i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 i klagerens tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og i klagerens samlede tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« som et forbehold, uanset denne bestemmelse efter sit indhold ikke er et forbehold.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at anse punkt 5 om vinterforanstaltninger i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 i klagerens tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og i klagerens samlede tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« som et forbehold, uanset denne bestemmelse efter sit indhold ikke er et forbehold.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at anse punkt 8 om garanti i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 i klagerens tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og i klagerens samlede tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« som et forbehold, uanset denne bestemmelse efter sit indhold ikke er et forbehold.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at afvise klagerens tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og klagerens samlede tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« på grund af for-

beholdet i tilbudene vedrørende punkt 3 om sikkerhedsstillelse i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, uagtet dette forbehold ikke vedrører »grundlæggende udbudsbetingelser, hvis tilstedeværelse vil bevirke, at ordregiver indgår aftale om en ydelse, som adskiller sig væsentligt fra den udbudte ydelse«, jfr. udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse«.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at afvise klagerens tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og i klagerens samlede tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« på grund af forbeholdet i tilbudene vedrørende punkt 5 om vinterforanstaltninger i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, uagtet dette forbehold ikke vedrører »grundlæggende udbudsbetingelser, hvis tilstedeværelse vil bevirke, at ordregiver indgår aftale om en ydelse, som adskiller sig væsentligt fra den udbudte ydelse« jfr. udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse«.

Påstand 7 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at afvise klagerens tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og i klagerens samlede tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« på grund af forbeholdet i tilbudene vedrørende punkt 8 om garanti i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, uagtet dette forbehold ikke vedrører »grundlæggende udbudsbetingelser, hvis tilstedeværelse vil bevirke, at ordregiver indgår aftale om en ydelse, som adskiller sig væsentligt fra den udbudte ydelse« jfr. udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse«.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at anse følgende angivelse i klagerens tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og i klagerens samlede tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen«.

sen« som et forbehold og ved på grund af dette forbehold at afvise klagerens tilbud:

»Der forudsættes enighed om justering af tidsplanen for så vidt angår mulig opstart af betonelementlevering samt aftalte ferier«.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at gennemføre udbudet vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og vedrørende den samlede »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen«, uagtet udbudsbetingelserne var uklare, idet

- a. hverken rettelsesblad nr. 02 at 29. april 2004 eller de efterfølgende rettelsesblade indeholdt omtale af eller anvisninger vedrørende den justering af den endelige tidsplan, der var en nødvendig følge af den ændrede arbejdsbeskrivelse vedrørende badeværelseskabiner og leverance heraf.
- b. bemærkningerne om Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 i »Fælles Byggesagsbeskrivelse punkt 3 AB92 Aftalegrundlaget ... Ad § 2, stk. 6« var affattet på en måde, der vanskeliggjorde en formulering af forbehold ved tilbudsafgivelsen, der var i overensstemmelse med udbudsmaterialet.

Påstand 10

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 21. juni 2004 om at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen«.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 10 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Udbudsbekendtgørelsen af 5. januar 2004 indeholder bl.a. følgende:

»I forbindelse med opførelse af et nyt lukket fængsel på Enner Mark ved Horsens udbydes opførelsen af ni separate byningsafsnit, omfattende celleafsnit, beskæftigelses- og værkstedsafsnit, personale- og administrationsafsnit, besøgsafsnit samt kultur- og idrætsafsnit. Arbejderne omfatter opførelse af sammenlagt ca. 27.000 bruttoetagemeter

i bygningsafsnit i et og to plan samt terrænarbejder og terrænreguleringsarbejde i et samlet areal på ca. 125 000 m².

.....

Entreprise 3: Råhusentreprisen

Omfattende jordarbejdet, kloakarbejdet, betonarbejdet, betonelementleverance, betonelementmontage, badeværelseskabiner, murerarbejder, gulvbelægningsarbejdet.

Entreprise 4: Kompletteringsentreprisen

Omfattende tømrer- og snedkerarbejdet, blikkenslagerarbejdet, facade-lukningsarbejdet, smedearbejdet, inventararbejdet, malerarbejdet.

.....

Der kan afgives bud på: En delaftale. Flere delaftaler.

.....

Kontraktens varighed eller frist for dens udførelse: Startdato: 06/2004 – Slutdato 05/2006.

Oplysninger vedrørende delaftaler

Delaftale nr.: 03 Entreprise 3: Råhusentreprisen

.....

Omfang og mængde: Der vil være mulighed for at afgive samlet bud på entreprise 3 og 4«.

I skrivelse af 15. marts 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver, Friis & Moltke A/S, til klageren hedder det bl.a.:

»Efter gennemgang af de modtagne anmodninger om deltagelse i råhusentreprisen og kompletteringsentreprisen kan vi med fornøjelse på bygherrens vegne meddele, at Deres firma er blandt de prækvalificerede til at deltage i licitationen.

Tildelingskriterie: Laveste pris.

Som det fremgik af udbudsbekendtgørelsen vil der være mulighed for at afgive samlede bud på entreprise 3 og 4 for de entreprenører, der prækvalificeres til begge entrepriser.

Laveste pris skal i den forbindelse forstås samlet set. Dvs. opgaven tildeles den kombination af enkelte bud eller det samlede bud, der i alt giver den laveste pris.

Deres firma er prækvalificeret til at byde på:

- Entreprise 3, råhusentreprisen
- Entreprise 4, kompletteringsentreprisen

Og har dermed mulighed for at afgive samlet bud på

Entreprise 3+4«.

I udbudsbetingelserne af 22. marts 2004 er i »Fælles Byggesagsbeskrivelse« bl.a. fastsat følgende:

»3. AB 92

A. Aftalegrundlaget
Almindelige bestemmelser

.....

Ad § 2, stk. 6

.....

Eventuelle forbehold over for udbudsmaterialet skal markeres på tilbudsblanketten og vedlægges.

Forbehold må under ingen omstændigheder vedrører grundlæggende udbudsbetingelser, hvis tilsidesættelse vil bevirke, at ordregiver indgår aftale om en ydelse, som adskiller sig væsentligt fra den udbudte ydelse. Tilbud med forbehold overfor grundlæggende udbudsbetingelser vil blive kasseret som ikke-konditions-mæssige.

Tilbudsgivers eventuelle øvrige forbehold vil blive kapitaliseret af ordregiver.

Såfremt ordregiver ikke kan kapitalisere forbehold, vil tilbuddet blive kaseret som ikke-konditions-mæssigt.

Specielt vedrørende standardforbehold af marts 2001 bemærkes, at disse med de nedenfor anførte bemærkninger anses for at være i overensstemmelse med udbudsmaterialet.

Der henvises for så vidt angår standardforbeholdets punkt 3, 5 og 8 til bemærkningerne til AB 92, § 7, hvorefter bygherren ikke stiller sikkerhed, til byggesagsbeskrivelsens punkt 9.1.3 vedrørende vinterforanstaltninger og til byggesagsbeskrivelsens punkt 7.1 vedrørende garanti«.

Den 24. maj 2004 afgav klageren tilbud på udførelse af »entreprise 3: Råhusentreprisen« med en tilbudssum på 139.900.000 kr. og på udførelse af »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« med en tilbudssum på 87.100.000 kr. Klageren afgav endvidere tilbud på samlet udførelse af »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« med en tilbudssum på 225.500.000 kr. I rubrikken »forbehold« er i alle tre tilbud anført følgende: »Standardforbehold af marts 2001«.

Den 24. maj 2004 afgav NCC Construction Danmark A/S tilbud på udførelse af »entreprise 3: Råhusentreprisen« med en tilbudssum på 141.140.000

kr. og på udførelse af »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« med en tilbudssum på 93.560.000 kr. NCC Construction Danmark A/S afgav endvidere tilbud på samlet udførelse af »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« med en tilbudssum på 232.700.000 kr. I rubrikken »forbehold« er i alle tre tilbud anført følgende: »Dansk Byggeri Standardforbehold af marts 2001 undtagen pkt. 3, 5 og 8«.

Alle øvrige tilbudsgivere havde afgivet tilbud, der var højere end klagerens tre tilbud. Foruden NCC Construction Danmark A/S havde Skanska Danmark A/S i sine tilbud anført, at Danske Entreprenørs Standardforbehold af marts 2001, bortset fra punkt 3, 5 og 8, skulle være gældende for kontrakten. MT Højgaard A/S og Hoffmann A/S havde ikke anført noget i rubrikken »forbehold«.

Ved skrivelse af 27. maj 2004 fra NCC Construction Danmark A/S til indklagede blev der gjort den opfattelse gældende, at indklagede havde pligt til ikke at tage tilbudet fra klageren i betragtning som følge af forbehold i tilbudet.

I en indstilling af 1. juni 2004 om evalueringen af tilbudene anbefalede indklagedes tekniske rådgiver, at forbehold i klagerens tilbud prissættes, og at der derefter træffes beslutning om at indgå kontrakt med klageren vedrørende entreprise 3 og entreprise 4, idet klageren også efter prissætningen var lavestbydende vedrørende disse entrepriser. Som følge af henvendelsen af 27. maj 2004 fra NCC Construction Danmark A/S indstillede den tekniske rådgiver dog til indklagede, at der forinden blev foretaget en juridisk vurdering af, om indklagede havde pligt til ikke at tage tilbudet i betragtning.

Efter at indklagede havde indhentet en udtalelse fra sin advokat, indstillede indklagedes tekniske rådgiver i en skrivelse af 9. juni 2004, at der vedrørende entreprise 3 blev indgået kontrakt med NCC Construction Danmark A/S, og at der vedrørende entreprise 4 blev indgået kontrakt med klageren.

Ved skrivelse af 21. juni 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver til klageren hedder det bl.a.:

»E. Pihl & Søn A/S har den 24. maj 2004 afgivet tilbud på såvel Råhusentreprisen som Råhus- og kompletteringsentreprisen og det er

med stor beklagelse, at Direktoratet for Kriminalforsorgen ikke har set sig i stand til at antage nogle af tilbuddene til vurdering.

.....

I tilknytning til ovennævnte kan det oplyses, at der dags dato er afsendt betinget acceptskrivelse vedrørende kompletteringsentreprisen, som er blevet tildelt E. Pihl & Søn A/S«.

Specielt ad påstand 2 og 5

I udbudsbetingelserne er det i »Fælles Byggesagsbeskrivelse« fastsat, at AB92 - med visse udfyldende bestemmelser, tilføjelser og fravigelser - skulle være gældende for kontrakten. I udbudsbetingelserne er desuden bl.a. anført følgende:

»3. AB92

A. Aftalegrundlaget
Almindelige bestemmelser

.....

Ad §7 stk. 1

Arbejdet er et offentligt byggearbejde. Bygherren stiller ikke sikkerhed«.

I Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 er i punkt 3 anført følgende:

»Det forudsættes, at bygherren stiller den i AB92, § 7 nævnte sikkerhed. Dette skal ske senest 8 arbejdsdage efter entreprisens indgåelse«.

I indstillingen af 1. juni 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver om evalueringen af tilbudene hedder det bl.a.:

»Til standardforbehold nr. 3, knyttes følgende argumentation:

Den i AB 92, § 7 nævnte sikkerhed er gældende for private arbejder, da udbuddet omhandler offentlige arbejder skal der ikke stilles sikkerhed, forbeholdet kapitaliseres derfor til kr. 0.«

I indstillingen af 9. juni 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver om, med hvilke tilbudsgivere det bør besluttes at indgå kontrakt, er det - i tilknytning til at det indstilles, at der vedrørende »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« indgås kontrakt med klageren - med henvisning til indstillingen af 1.

juni 2004 sket prissætning af punkt 3 i Danske Entreprenørers Standardforbehold til 0 kr.

Ved skrivelse af 21. juni 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver til klageren, hvorved det blev oplyst, at klagerens tilbud ikke var taget i betragtning, hedder det bl.a.:

»Begrundelsen for, at E. Pihl & Søn A/S's tilbud på henholdsvis råhusentreprisen og råhus- og kompletteringsentreprisen ikke har kunnet antages til vurdering, er følgende:

I begge tilbud har E. Pihl & Søn A/S vedrørende Råhusentreprisen taget standardforbehold af marts 2001, uanset det af udbudsmaterialet klart fremgår, at standardforbehold 3, 5 og 8 ikke er i overensstemmelse med udbudsmaterialet.

Rækkevidden af E. Pihl & Søn A/S's standardforbehold 3, 5 og 8 kan ikke fastlægges entydigt og dermed prissættes med sikkerhed. Navnlig er det vedrørende standardforbehold 5 om vinterforanstaltninger ikke muligt at foretage prissætning netop vedrørende Råhusentreprisen«.

Specielt ad påstand 3 og 6

I udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse« er fastsat følgende vedrørende vejrligsforanstaltninger:

»9. Vejrligsforanstaltninger

9.1 Generelt

9.1.1 Vinterperioden

I vinterperioden 1. oktober – 30. april skal byggearbejderne videreføres uanset vejrliget, således at byggerytmen ikke hindres, med mindre det medfører urimelige ulemper eller uforholdsmæssig store udgifter.

Vejrligsforanstaltninger planlægges iværksat så betids og i det omfang, at de er i stand til at afbøde vejrligets indflydelse på tidsfrister og kvalitet.

Snerydning og tilsvarende arbejder skal så vidt muligt foretages inden normal arbejdstids begyndelse.

.....

9.1.3 Tilbud

Udgifter til overenskomstmæssige vejrligsforanstaltninger skal være indeholdt i tilbudets faste priser.

Det skønnede omfang af vejrligsforanstaltninger ud over de overenskomstmæssige fremgår af tilbudslisten. Tilbudsgiverne skal

angive enhedspriser og totalpriser, og disse medregnes i det samlede tilbud.

Tilbuddet på vejrligsforanstaltninger skal kunne reguleres ubegrænset i opad- eller nedadgående retning med de på tilbudslisten anførte enhedspriser.

Ydelser, der ikke er anført i tilbudslisten, afregnes efter tilbud eller som regningsarbejde efter byggeledelsens anvisning.

9.1.4 Udgifter til vejrligsforanstaltninger

Udgifter til vejrligsforanstaltninger, der er nødvendige på grund af entreprenørens egen forsinkelse i forhold til tidsplanen, er bygherren uvedkommende.

9.1.5 Arbejdets udførelse

Entreprenørerne er pligtige til at holde byggeriet i gang i vinterperioden og tilrettelægge arbejdet således, at standsninger på grund af vejrlig i videst muligt omfang undgås.

Ansaret for samt initiativet til at undgå skader af enhver art, også under eventuelle arbejdsstandsninger, påhviler entreprenørerne

.....

9.2 Vejrligsforanstaltninger

9.2.1 Foranstaltninger ved byggepladsindretning

Afledning af overfaldevand fra byggeområdet

Udgravninger skal udføres således, at der ikke løber vand til byggegruber og fundamentsrender. I forbindelse med udlægning af byggepladsbelægninger udføres nødvendige foranstaltninger til sikring af byggepladsen mod skader fra nedbør af råhusentreprenør som beskrevet i kap. 4. Etablering, vedligeholdelse samt fjernelse medregnes som fast pris under afsnit om byggeplads.

Snerydning, grusning og afisning

Der medregnes de i tilbudslisten angivne ydelser (variabel ydelse, råhusentreprisen).

.....

Beskyttelse af materialer mod nedbør og frost

Alle udendørs oplagrede materialer skal holdes hævet over terræn og være tildækket med nedbør. Frostfølsomme materialer opbevares i opvarmede containere eller bygninger. For uforarbejdede materialer er foranstaltningerne overenskomstmæssige ydelser. For forarbejdede materialer medregnes de i tilbudslisten angivne ydelser (variabel ydelse, råhus- og kompletteringsentrepriserne).

Retablering af vinterbeskadigede færdselsarealer og pladsbelægninger
Normal retablering af byggepladsbefæstigelser medregnes under afsnit om byggeplads. Til retablering efter nedbørs- eller frostska-der på belagte arealer medregnes de i tilbudslisten angivne ydelser (variabel ydelse, råhusentreprisen).

.....

Overdækning og læskærmning af arbejdssteder

Stilladser overdækkes med armeret plastfolie med fald bort fra bygninger. Overdækning udføres på 3 sider (alle sider undtagen laveste) med fast forbindelse til tagflader. På laveste side føres overdækningen ind under tagflader. Overdækningen udføres, således at vand ved vindhastigheder på mindre end 12 m/sek. ikke blæser ind på stilladser og murværk. Der medregnes de i tilbudslisten angivne ydelser (variabel ydelse, råhusentreprisen).

.....

9.2.2 Foranstaltninger ved jord- og kloakarbejdet

Foranstaltninger mod pløredannelse eller frostulemper

Foranstaltninger som foreskrevet i Bygge- og Boligstyrelsens Vejledning om Vinterbyggeri af oktober 1995, skal medregnes af råhusentreprenør som fast pris under afsnit om byggeplads. Isolerende tildækning af arbejdsområdet dog undtaget, jf. nedenstående.

Isolerende tildækning af arbejdsområder

Foretages med isolerende måtter. Der medregnes de i tilbudslisten angivne ydelser (variabel ydelse, råhusentreprisen).

Fjernelse af nedbør fra terræn og udgravninger

Fjernelse af nedbør fra terræn sker via dræn og grøfter samt pumper langs alle belagte arealer udføres af råhusentreprenør og er beskrevet i kap. 4. Vedligeholdelse af dræn, grøfter og pumper skal medregnes som fast pris under afsnit om byggeplads.

Fjernelse af nedbør fra byggegrube og fundamentsrender foretages med pumper. Der medregnes de i tilbudslisten angivne ydelser (variabel ydelse, råhusentreprisen).

Frostsikring af jord, hvor frysning kan medføre skader på udførte konstruktioner

Tilbagefyldning udføres hurtigst muligt. Evt. frostsikring af jord udføres med isolerende måtter. Der medregnes de i tilbudslisten angivne ydelser (variabel ydelse, råhusentreprisen).

.....

Udskiftning af uegnet tilbagefyldningsjord

Forventes ikke at skulle foretages. Evt. sætninger langs bygninger p.gr.a. uegnet tilbagefyldningsjord udbedres inden aflevering. Såfremt udskiftning alligevel er nødvendig medregnes de i tilbudslisten angivne ydelser. (variabel ydelse, råhusentreprisen).

Opbrydning af frostskorpe

Forventes ikke at skulle foretages. Ved udsigt til stærk frost foretages isolerende tildækning af arealer til kommende udgravning. Såfremt opbrydning alligevel er nødvendig medregnes de i tilbudslisten angivne ydelser. (variabel ydelser, råhusentreprisen).

9.2.3 Foranstaltninger ved betonarbejdet

Foranstaltninger mod sne og is på form, armering og tilslagsmaterialer
Der gennemføres en række traditionelle vejrligsforanstaltninger, som prissættes, jf. tilbudslisten (variable ydelser, råhusentreprisen).

.....

Foranstaltninger mod frostødelæggelse af hældende beton

Foranstaltninger som foreskrevet i Bygge- og Boligstyrelsens Vejledning om Vinterbyggeri af oktober 1995, skal udføres af råhusentreprenør. Det forventes, at vinterforanstaltninger kan begrænses til levering af varm beton og afdækning af forme med vintermåtter. Der medregnes de i tilbudslisten angivne ydelser (variabel ydelse, råhusentreprisen).

9.2.4 Foranstaltninger ved opmuring

.....

Tildækning af nyopført murværk mod regn, sne og frost

Tildækning mod regn er overenskomstmæssig foranstaltning. Tildækning mod sne og frost udføres med vintermåtter eller presenner. Der medregnes de i tilbudslisten angivne ydelser (variabel ydelse, råhusentreprisen).

.....

9.2.6 Foranstaltninger ved indendørs byggearbejder

.....

Snerydning på ikke færdiggjorte etageadskillelser

Sne fjernes straks. Der medregnes de i tilbudslisten angivne ydelser (variabel ydelse, råhusentreprisen)«.

Tilbudslisten vedrørende entreprise 3 indeholder i afsnit 4 »Vejrligsforanstaltninger, variable ydelser« en række poster med vinterforanstaltning, for hvilke der er lavet et foreløbigt overslag over forventede mængder, og for hvilke tilbudsgiverne skal angive de enhedspriser inkl. alle omkostninger og tillæg, som de variable ydelser tilbydes udført til. For enkelte vejrligsforanstaltninger er det i tilbudslisten anført, at ydelserne skal udføres som byggepladsforanstaltninger efter fast pris.

Af tilbudslisten til klagerens tilbud fremgår, at den samlede pris for de vejrligsforanstaltninger, der efter udbudsbetingelserne skulle afgives tilbud på med en enhedspris og efter skønnede mængder som en del af tilbudet i øvrigt, var på 4.589.300 kr.

I Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 er i punkt 5 anført følgende:

»Udgifter i forbindelse med gennemførelse af de overenskomstmæssige vinterforanstaltninger, bortset fra snerydning, er indeholdt i tilbudet. Snerydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger betales særskilt som ekstraarbejder.

Afviser bygherren at betale disse merudgifter, har entreprenøren ret til tidsfristforlængelse og ved arbejder omfattet af vinterbekendtgørelsen samt alle bygge- og broarbejder o.lign. tillige ret til betaling af stillandsomkostninger.

Er vinterforanstaltningerne beskrevet i en vintertilbudsliste med enhedspriser og skønsmæssige fastsatte mængder, jf. § 3 i vinterbekendtgørelsen, afregnes vinterforanstaltninger efter tilbudslistens enhedspriser og de forbrugte mængder og ellers som regningsarbejde«.

I skrivelsen af 1. juni 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver om evalueringen af tilbudene hedder det bl.a.:

»Til standardforbehold nr. 5, knyttes følgende argumentation:

Vinterforanstaltninger er beskrevet i en vintertilbudsliste med enhedspriser og skønsmæssigt fastsatte mængder, dog er der for enkelte poster beskrevet, at ydelserne udføres som fast pris indregnet under afsnit »Byggepladsforanstaltninger, faste ydelser«.

Med Standardforbehold nr. 5 trækkes disse ydelser igen ud af »Byggepladsforanstaltninger, faste ydelser«.

Det drejer sig om følgende punkter:

- | | |
|--|---------------|
| 1. Afledning af overfladevand fra byggeområdet, anslås til | kr. 200.000,- |
| (grøftning om pumper i forbindelse med kelder/fundamentsudgravninger) | |
| 2. Etablering af vinterbetingede interimsveje, anslås til | kr. 500.000,- |
| (Udlægning af jernplader i forbindelse kelder/fundamentsudgravninger samt efterfølgende støbning af kælderydervægge/fundamenter) | |
| 3. Sikring af tilfyldningsjord mod nedbør og frost, anslås til | kr. 0,- |
| 4. Støbeform skal sidde 3 dage ekstra i vinterperioden, anslås til | kr. 100.000,- |
| 5. Foranstaltninger til temperatursikring af mørtel, anslås til | kr. 50.000,- |
| (vandvarmere og blandestationer) | |
| 6. Beskyttelse af alle opadvendte murflader indtil endelige afslutninger er udført, anslås til | kr. 50.000,- |

7. Bortledning af regn- og smeltevand, anslåes til	kr. 50.000,-
I alt	kr. 950.000,-

Det skal i den forbindelse bemærkes, at E. Pihl & Søn A/S's enhedspri-
ser for håndtering af vand på terræn og deraf følgende ydelser er høje
sammenholdt med næstlavestbydende«.

I skrivelsen af 9. juni 2004 indstillede indklagedes tekniske rådgiver til ind-
klagede, at der vedrørende »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« blev
indgået kontrakt med klageren, og den tekniske rådgiver bemærkede, at »al-
le foranstaltninger, der trækkes ud af »Byggepladsforanstaltninger faste
ydelser« henhører under råhusentreprisen«, og at der vedrørende klagerens
tilbud på »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« var sket prissætning af
punkt 5 i Danske Entreprenørers Standardforbehold til 0 kr.

Skrivelsen af 21. juni 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver til klageren,
hvorved det blev oplyst, at klagerens tilbud ikke var taget i betragtning, er
gengivet i afsnit »Specielt ad påstand 2 og 5«.

Specielt ad påstand 4 og 7

I udbudsbetingelserne i »Fælles Byggesagsbeskrivelse« er fastsat følgende:

»7 Kvalitetsstyring

7.1 Generelt

.....

Alle materialer skal indkøbes med mindst 5 års leverandøransvar«.

I Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 er i punkt 8 an-
ført følgende:

»Stiller udbudsmaterialet krav om garanti for materialeegenskaber, er
entreprenøren alene forpligtet heraf i det omfang, det er muligt for en-
treprenøren at levere de af bygherren angivne materialer med de kræve-
de materialeegenskaber, og leverandøren stiller samme garanti overfor
entreprenøren og kan opfylde sin forpligtelse«.

I indstillingen af 1. juni 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver om evalue-
ringen af tilbudene hedder det bl.a.:

»Til standardforbehold nr. 8, knyttes følgende argumentation:

Det er i udbudsbetingelserne forlangt, at alle materialer skal indkøbes med mindst 5 års leverandørgaranti. Kun i tilfælde, hvor entreprenøren kan godtgøre, at dette ikke er muligt, træder forbeholdet i kraft.

Det foreslås, at entreprenøren straks efter kontraktsunderskrivelse bedes fremsende en liste over sådanne materialer. Forbeholdet er vanskeligt at kapitalisere, før denne liste er modtaget. Ligeledes er vurderingen af, hvorvidt de omhandlede materialer normalt vil kræve udskiftning inden forløbet af 5 år vanskeligt at udføre. Det vurderes, at omfanget vil være stærkt begrænset, anslået skønsmæssigt til kr. 250.000,-

Skønt forbeholdet vanskeligt lader sig kapitalisere, vurderes det, at et standardforbehold næppe gør tilbudet ukonditionsmæssigt«.

I skrivelsen af 9. juni 2004 indstillede indklagedes tekniske rådgiver til indklagede, at der vedrørende »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« blev indgået kontrakt med klageren, og det blev anført, at der vedrørende klagerens tilbud på »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« var sket prissætning af punkt 8 i Danske Entreprenørers Standardforbehold til 125.000 kr.

Den skrivelse af 21. juni 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver til klageren, hvorved det blev oplyst, at klagerens tilbud ikke var taget i betragtning, er gengivet i afsnit »Specielt ad påstand 2 og 5«.

Specielt ad påstand 8

I udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse« er fastsat følgende:

»3. AB92

A. Aftalegrundlaget

Almindelige bestemmelser

.....

Ad §25, stk. 2.

Tidsfristoverskridelser medfører dagbod på 2 ‰ af entreprisesummen (ekskl. merværdiafgift), dog minimum 5.000,00 kr. og maximum kr. 50.000 kr. for hver påbegyndt arbejdsdag, hvormed den fastsatte tidsfrist overskrides.

.....

8. Tidsstyring

8.1 Generelt

Byggeriet gennemføres i overensstemmelse med principperne for trimmet byggeri.

Trimmet byggeri – indledning

Trimmet byggeri er en metode til planlægning, styring og ledelse af byggeprocessen.

Formålet med anvendelse af trimmet byggeri er at skabe en effektiv byggeproces, hvor spild af både tid og materialer minimeres.

.....

Det er et krav, at alle entreprenørerne deltager aktivt i trimmet byggeri

.....

Metoden

Trimmet byggeri arbejder med tre planlægningsniveauer og udbudstidsplanen. Det er henholdsvis:

Procestidsplan

Periodeplan

Ugeplan.

.....

Procestidsplanen

Formålet med procestidsplanen er at planlægge rimeligt detaljeret, hvordan byggeriet bør udføres. Procestidsplanen udføres med basis i udbudstidsplanen og skal overholde terminerne i denne.

.....

Periodeplan

Periodeplanen er en systematisk opfølgning på procestidsplanen.

.....

Ugeplanen

Formålet med ugeplanen er at koordinere, hvad der skal ske i næste uge, og hvad der forventes i den efterfølgende.

.....

8.2 Tidsplan

Udbudsmaterialets tidsplan viser entreprisernes start- og sluttidspunkter samt hovedaktiviteterne på pladsen. Entreprenøren er pligtig til umiddelbart efter bygherrens accept, at medvirke ved udarbejdelsen af arbejdstidsplanen for byggeriet inden for rammerne af udbudsmaterialets tidsplan.

.....

Generelt

Arbejderne skal påbegyndes og gennemføres i overensstemmelse med de til udbudsmaterialet hørende tidsplaner. Hovedtidsplanen angiver start- og sluttidspunktet for opførelse af hvert afsnit samt sikringsarbejder langs ringmur, hegns- og gartnerarbejder. Tidsplanen for de enkelte afsnit angiver start- og sluttidspunktet for arbejder under hver entreprise samt sanktionsgivende terminer. I overensstemmelse med disse planer skal den enkelte entreprenør udarbejde arbejdsplaner i

form af aktivitetslister med beskrivelse af de enkelte aktiviteter og rækkefølgen af disse.

.....

Entreprenøren har, såfremt han skønner, at hans arbejde forsinkes af andre, pligt til straks at underrette byggeledelsen og samtidig ved efterfølgende byggemøde skriftligt at fremlægge evt. krav om erstatning i forbindelse med forsinkelsen. Krav fremsat på et senere tidspunkt vil ikke kunne godtgøres

Sanktionsbestemmelser

Der som de i arbejdsplanen fastsatte tidsfrister eller delterminer overskrides, skal entreprenøren betale en dagbod, jf. tilføjelse til AB92, § 25.

En idømt dagbod medfører ikke tidsfristforlængelse, og tidsplanens efterfølgende tidsfrister skal således overholdes, for at yderligere bod ikke skal idømmes.«

I rettelsesblad nr. 2 af 29. april 2004 er bl.a. anført følgende:

»Arbejdsbeskrivelser

3. Råhusentreprisen

Kapitel 3.4 Kontrol

Afsnittet Kontrol af prøver (reference kabine).....

Tekst ændres til:

Produktionstegninger og referencekabine udføres hurtigst muligt. Erfaringer fra eksist. mock-up i Nr. Snede Statsfængsel inddrages.

Endelig tidsplan udarbejdes under hensyn til leverance af badekabiner«.

I klagerens tilbud vedrørende entreprise 3 og i klagerens samlede tilbud vedrørende entreprise 3 og 4, men ikke i tilbudet vedrørende entreprise 4 er i forlængelse af rubrikken »Forbehold« anført følgende:

»Bemærkning: Der forudsættes enighed om justering af tidsplanen for så vidt angår mulig opstart af betonelementlevering samt aftalte ferier«.

I en skrivelse af 26. maj 2004 fra klageren til indklagedes tekniske rådgiver hedder det:

»I forlængelse af vores telefonsamtale dd. ifm. nævnte sag, hermed en nærmere præcisering af vores bemærkning s. 1 i tilbudet af 24. maj 2004 for så vidt angår entreprise 3 hhv. entrepriserne 3+4.

1. Det skal understreges, at vi ingen forbehold har for så vidt angår sluttidspunktet for den samlede tidsplan.

2. Det vi blot påpeger er, at de opnåelige leveringsterminer for betonelementer herunder badekabiner, ikke svarer overens med de i udbudet givne«.

I en indstilling af 1. juni 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver om evalueringen af tilbudene hedder det bl.a.:

»Vedr. den tilknyttede bemærkning om betonelementleverance er det vores vurdering, at skønt der bruges ordet »bemærkning« må dette behandles som et forbehold. Efter vor vurdering er denne bemærkning/forbehold ikke grundlæggende i strid med udbudsbetingelserne, idet udarbejdelsen af den i Byggesagsbeskrivelsen pkt. 8.2 nævnte procestidsplan nødvendigvis må respektere frister for leverance af betonelementer/badeværelseskabiner, dog forudsat at afleveringstidspunktet fastholdes.

I rettelsesblad nr.02 s. 1 er endvidere under punktet »Råhusentreprisen - Badeværelseskabiner – Kontrol og prøver« indført en ændring af den oprindelige tekst på s. 8 i Byggesagsbeskrivelse til følgende tekst:

.....

I værste fald vil bemærkningen indebære, at forsinket opstart af betonelementleverancen vil medføre, at påbegyndelse af øvrige entreprenørers arbejde udskydes udover de i udbudsbetingelserne anførte 20 arbejdsdage, som entreprenørerne skal tåle uden vederlag, hvilket vil kunne medføre et erstatningskrav fra disse entreprenører. Der i udbudstidsplanerne fastlagt, at betonelementleverancen til afsnit B påbegyndes 35 og til afsnit F 25 arbejdsdage efter byggestart. Tillægges de omtalte 20 arbejdsdage medfører dette opstart på betonelementleverancen henholdsvis 55 og 45 dage efter byggestart ikke vil medføre merudgifter for bygherren. Det vurderes, at overholdelse af disse frister ikke vil give anledning til problemer.

Det skal bemærkes, at det sandsynligvis er badeværelseskabineleverancen, der er mest problematisk, idet kabinerne skal godkendes af såvel de rådgivende som bygherren

I bemærkningen/forbeholdet er badeværelseskabiner ikke nævnt, men disse omtales i entreprenørens efterfølgende præcisering. Badeværelseskabineleverancen påbegyndes i afsnit B en uge senere end betonelementleverancen, dvs. at påbegyndelse af denne leverance 50 dage efter byggestart ikke vil medføre merudgifter for bygherren. Det vurderes, at denne frist er uproblematisk. I afsnit F er der ingen badekabiner.

Aftalte ferier vil ligeledes i forbindelse med udarbejdelsen af nævnte procestidsplan kunne respekteres, dog ligeledes forudsat at afleveringstidspunktet fastholdes.

.....

På baggrund af ovenstående vurderer vi, at den omtalte bemærkning/forbehold kan kapitaliseres til 0 kr«.

I skrivelsen af 21. juni 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver til klageren, hvorved det blev oplyst, at klagerens tilbud ikke var taget i betragtning, hedder det herom:

»Begrundelsen for, at E. Pihl & Søn A/S's tilbud på henholdsvis råhusentreprisen og råhus- og kompletteringsentreprisen ikke har kunnet antages til vurdering, er følgende:

.....

E. Pihl & Søn A/S har endvidere vedrørende Råhusentreprisen i begge tilbud taget forbehold overfor udbudstidsplanen, hvilket er sket med følgende bemærkning:

.....

På forespørgsel fra Arkitektfirmaet Friis & Moltke A/S har E. Pihl & Søn A/S med e-mail af 26. maj 2004 præciseret forbeholdet derhen, at man ikke har taget forbehold overfor sluttidspunktet for den samlede tidsplan, men påpeget, at de opnåelige leveringsterminer for betonelementer, herunder badekabiner, ikke svarer overens med de i udbuddet givne. Bemærkningerne i tilbuddet vedrørende ferier er ikke uddybet nærmere.

Vedrørende tidsplanen fremgår det flere steder af udbudsmaterialet, at udbudstidsplanen skal overholdes, og at procestidsplan, periodeplan og ugeplan skal udarbejdes med basis i udbudstidsplanen.

.....

E. Pihl & Søn A/S's forbehold overfor tidsplanen beror på leverings-tider og planlagte ferier, som Direktoratet for Kriminalforsorgen er uden kendskab til og dermed ikke har indflydelse på. Derfor er det ikke muligt på betryggende måde at foretage prissætning af dette forbehold«.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud er formuleret således, at der vedrørende Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 blot er henvist til udbudsbetingelsernes bestemmelser herom, og at tilbudene derfor ikke kan forstås som indeholdende forbehold i denne henseende. Indklagede har i udbudsbetingelserne fastsat, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 anses for at være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, idet det dog vedrørende specifikke

dele af dette standardforbehold udtrykkeligt i udbudsbetingelserne er anført, at disse punkter er i strid med udbudsbetingelserne, nemlig vedrørende standardforbeholdets punkt 3, 5 og 8. På baggrund af udbudsbetingelsernes indhold er det utvivlsomt, at bemærkningen i klagerens tilbud under »Forbehold« vedrørende Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 kun kan forstås således, at dette standardforbehold kun gælder for tilbudet i overensstemmelse med de udtrykkelige bemærkninger, der er anført i udbudsbetingelserne. Det forekommer i øvrigt usandsynligt, at klageren har villet insistere på at gøre alle dele af Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 gældende for tilbudet i strid med indklagedes udtrykkelige angivelser vedrørende punkt 3, 5 og 8 i udbudsbetingelserne, herunder navnlig fordi punkt 3, 5 og 8 er uvæsentlige forbehold i forhold til et projekt, som det udbudte. Hertil kommer, at indklagede ved andre delentrepriser har givet tilbudsgivere mulighed for at frafalde standardforbeholdets punkt 3, 5 og 8, eller præcisere, at disse alene skal være gældende for tilbudene, i det omfang dette ikke er i strid med udbudsbetingelserne, uden at indklagede derved har fundet anledning til at afvise tilbudene fra de pågældende tilbudsgivere.

Indklagede har gjort gældende, at det i udbudsbetingelserne klart og entydigt er anført, at indklagede anser Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 - bortset fra punkt 3, 5 og 8 - for at være overensstemmende med udbudsbetingelserne, mens det på den anden side samtidig klart af udbudsbetingelserne fremgår, at indklagede vil anse standardforbeholdets punkt 3, 5 og 8 for at være forbehold. Klageren har i sit tilbud under »Forbehold« anført Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 som gældende for tilbudet, uden at standardforbeholdets punkt 3, 5 og 8 er undtaget. Indklagede var derfor berettiget og forpligtet til at anse Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 punkt 3, 5 og 8 som et forbehold i klagerens tilbud.

Ad påstand 2

Klageren har for det tilfælde, at Klagenævnet fortolker klagerens tilbud som indeholdende forbehold, gjort gældende, at det af AB 92 § 7, hvortil punkt 3 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 refererer, alene fremgår, at der ved private arbejder skal stilles sikkerhed. Da indklagede er en offentlig bygherre, udgør standardforbeholdets punkt 3 derfor ikke noget forbehold.

Indklagede har tiltrådt det, som klageren har anført ad påstand 2, men har gjort gældende, at indklagede ikke har afvist klagerens tilbud som følge af punkt 3 om sikkerhedsstillelse i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, men som følge af de 2 andre punkter i standardforbeholdet.

Ad påstand 3

Klageren har for det tilfælde, at Klagenævnet fortolker klagerens tilbud som indeholdende forbehold, gjort gældende, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 punkt 5 om vinterforanstaltninger ikke konkret udgør noget forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, idet punkt 5 fuldt ud svarer til indholdet af afsnit 9.1.3. i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse«, idet bemærkes, at afsnit 9.2. må læses i lyset af afsnit 9.1.3.

Indklagede har gjort gældende, at det af afsnit 9.1.3. i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse« fremgår, at udgifter til overenskomstmæssige vejrligsforanstaltninger skal være indeholdt i tilbudets faste priser, mens det skønnede omfang af ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger fremgår af tilbudslisten, og således at der skulle angives en enhedspris og en totalpris herpå. For enkelte poster i afsnit 9.1.3. i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse« er det dog, jf. afsnit 9.2. beskrevet, at ydelserne for »entreprise 3: Råhusentreprisen«, der skal udføres til fast pris indregnet under tilbudslistens »Byggepladsforanstaltninger, faste ydelser«, er variable. Klageren har med angivelsen af punkt 5 i standardforbeholdet i sine to tilbud sikret sig dækning for alle eventuelle omkostninger i denne forbindelse, mens andre tilbudsgivere har indkalkuleret en risiko herfor i den samlede pris. Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 punkt 5 om vinterforanstaltninger, der var gældende for klagerens tilbud, udgør således et forbehold i forhold til udbudsbetingelserne.

Ad påstand 4

Klageren har for det tilfælde, at Klagenævnet fortolker klagerens tilbud som indeholdende forbehold, gjort gældende, at en garanti på 5 år helt sædvanligt ydes af leverandører af byggematerialer, herunder navnlig leverandører af de byggematerialer, der skal anvendes til udførelse af entreprise 3. Såfremt punkt 8 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001

anses for gældende for klagerens tilbud, kan det således i den konkrete situation ikke betragtes som et forbehold til afsnit 7.1. i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse«.

Indklagede har gjort gældende, at det af afsnit 7.1. i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse« fremgår, at alle materialer skal indkøbes med mindst 5 års leverandørgaranti, mens det af punkt 8 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 fremgår, at tilbudsgiveren alene er forpligtet af udbudsbetingelsernes krav vedrørende garanti til materialeegenskaber, i det omfang det er muligt for tilbudsgiveren at levere de angivne materialer med de angivne materialeegenskaber, og leverandøren heraf stiller samme garanti over for tilbudsgiveren og kan opfylde denne forpligtelse. Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, punkt 8 om garanti, der var gældende for klagerens tilbud, udgør således et forbehold i forhold til afsnit 7.1. i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse«.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tekniske rådgiver i skrivelsen af 21. juni til klageren, hvorved det blev oplyst, at klagerens tilbud vedrørende entreprise 3 og klagerens samlede tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4 ikke var taget i betragtning, har anført, at punkt 3 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 blev anset for forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, og at rækkevidden heraf ikke kunne fastsættes entydigt og dermed prissættes. Det er dog samtidigt bemærket, at det navnlig er vedrørende standardforbeholdets punkt 5 om vinterforanstaltninger, at det ikke er muligt at foretage prissætning vedrørende entreprise 3. Det er utvivlsomt muligt at prissætte standardforbeholdets punkt 3 om sikkerhedsstillelse, såfremt Klagenævnet anser dette som et forbehold, der er gældende for klagerens tilbud, og indklagede har heller ikke godtgjort, at dette ikke er muligt. Indklagedes tekniske rådgiver har derimod i den interne indstilling af 1. juni 2004 om evalueringen af tilbudene uden vanskeligheder prissat standardforbeholdets punkt 3 til 0 kr., hvilket også blev resultatet af prissætningen i forbindelse med indklagedes kontrahering med klageren vedrørende entreprise 4. Indklagede har derfor handlet i strid med Bygge- og anlægsgdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at

afvise klagerens tilbud som følge af punkt 3 om sikkerhedsstillelse i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001.

Indklagede har henvist til det anførte ad påstand 2.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tekniske rådgiver i skrivelsen af 21. juni 2004 til klageren, hvorved det blev oplyst, at klagerens tilbud vedrørende entreprise 3 og klagerens samlede tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4 ikke var taget i betragtning, har anført, at punkt 5 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 blev anset for forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, og at rækkevidden heraf ikke kunne fastsættes entydigt og dermed prissættes, idet det navnlig vedrørende standardforbeholdets punkt 5 om vinterforanstaltninger ikke er muligt at foretage prissætning vedrørende entreprise 3. Et forbehold vedrørende vinterforanstaltninger vil imidlertid i almindelighed ikke kunne udgøre et forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne for et udbud efter Bygge- og anlægsdirektivet, idet et sådant forbehold derimod som hovedregel vil kunne prissættes med tilstrækkelig sikkerhed. I tilknytning hertil har klageren anført, at der ikke for entreprise 3 gør sig helt særlige forhold gældende, som konkret gør det umuligt med tilstrækkelig sikkerhed at prissætte et forbehold vedrørende vinterforanstaltninger. Klageren har i den forbindelse bemærket, at indklagede i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse« i punkt 9.1.3. har gjort udtømmende op med de ikke-overenskomst-mæssige vinterforanstaltninger, der kunne blive aktuelle, og som tilbudsgiverne i tilbudslisten skulle angive enhedspriser og totalpriser for. Det er således utvivlsomt konkret muligt at prissætte standardforbeholdets punkt 5 om vinterforanstaltninger, og indklagede har ikke godtgjort, at dette ikke er muligt. Indklagedes tekniske rådgiver har derimod i den interne indstilling af 1. juni 2004 om evalueringen af tilbudene uden vanskeligheder prissat standardforbeholdets punkt 5 til 950.000 kr. Indklagede har derfor handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at afvise klagerens tilbud som følge af punkt 5 om vinterforanstaltninger.

Indklagede har gjort gældende, at kontrahering på baggrund af tilbud indeholdende standardforbeholdets punkt 5, da store dele af arbejdet under entreprise 3 vil skulle udføres i vinterhalvåret, er forbundet med risici, hvis

konsekvenser det - navnlig under hensyn til manglende kendskab til vejrforholdene den pågældende vinter - var vanskeligt for indklagede at vurdere og dermed prissætte. Indklagede har i afsnit 3 i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse« ad AB 92 § 2, stk. 6, indskærpet, at tilbud, der indeholder forbehold, som indklagede ikke kan kapitalisere, vil blive vurderet som ikke-konditionsmæssige. Indklagede har dermed netop tilkendegivet, at tvivl om et forbeholds rækkevidde vil føre til, at tilbudet ikke tages i betragtning. Indklagede har på denne baggrund været berettiget og forpligtet til ikke at tage tilbudet fra klageren vedrørende entreprise 3 og klagerens samlede tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4 i betragtning som følge af standardforbeholdets punkt 5 om vinterforanstaltninger, og påstanden skal derfor ikke tages til følge.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tekniske rådgiver i skrivelsen af 21. juni 2004 til klageren, hvorved det blev oplyst, at klagerens tilbud vedrørende entreprise 3 og klagerens samlede tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4 ikke var taget i betragtning, har anført, at punkt 8 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 blev anset for forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, og at rækkevidden heraf ikke kunne fastsættes entydigt og dermed prissættes. Det er dog samtidig bemærket, at det navnlig er vedrørende standardforbeholdets punkt 5 om vinterforanstaltninger, at det ikke er muligt at foretage prissætning vedrørende entreprise 3. Det er utvivlsomt muligt at prissætte standardforbeholdets punkt 8 om garanti, og indklagede har heller ikke godtgjort, at dette ikke er muligt. Indklagedes tekniske rådgiver har derimod i den interne indstilling af 1. juni 2004 om evalueringen af tilbudene uden vanskeligheder prissat standardforbeholdets punkt 8 til 250.000 kr., og prissætningen af forbeholdet i punkt 8 i forbindelse med kontraheringen med klageren vedrørende entreprise 4 blev således opgjort til det halve heraf, nemlig 125.000 kr. Denne prissætning er tilmed højt sat, idet standardforbeholdets punkt 8 alene får virkning, hvis entreprenøren kan godtgøre, at det er umuligt at indkøbe de krævede byggematerialer med mindst 5 års leverandørgaranti, hvilket ikke er tilfældet for den udbudte anlægsopgave, hvortil der alene skal anvendes helt sædvanlige standardmaterialer og handelsvarer. Indklagede har derfor handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlings-

princip ved at afvise klagerens tilbud som følge af punkt 8 om garanti i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001.

Indklagede har gjort gældende, at det var vanskeligt for indklagede at vurdere risikoen ved at indgå kontrakt på baggrund af et tilbud, for hvilket standardforbeholdets punkt 8 er gældende, navnlig fordi indklagede ikke har fuldstændig rådighed over tilbudsgiverens valg af byggematerialer mv., hvorfor forbeholdet ikke med sikkerhed kunne prissættes på en betryggende måde. Indklagede har i afsnit 3 i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse« ad AB 92 § 2, stk. 6, indskærpet, at tilbud, der indeholder forbehold, som indklagede ikke kan kapitalisere, vil blive vurderet som ikke-konditionsmæssige. Indklagede har dermed netop tilkendegivet, at tvivl om et forbeholds rækkevidde vil føre til, at tilbudet ikke tages i betragtning. Indklagede har på denne baggrund været berettiget og forpligtet til ikke at tage tilbudet fra klageren vedrørende entreprise 3 og klagerens samlede tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4 i betragtning som følge af standardforbeholdets punkt 8 om garanti, og påstanden skal derfor ikke tages til følge.

Ad påstand 8

Klageren har i første række gjort gældende, at den bemærkning i klagerens tilbud, der er anført i påstand 8, i sammenhæng med klagerens efterfølgende skrivelse af 26. maj 2004 til indklagedes tekniske rådgiver alene udgør en teknisk præcisering vedrørende en detalje i udbudsbetingelserne, idet klageren i rettelsesblad nr. 2 af 29. april 2004 om »entreprise 3: Råhusentreprisen« kunne konstatere, at produktionstegninger og referencekabine ikke var udført den 29. april 2004, hvorfor det kunne udledes, at badeværelseskabiner ikke kunne bestilles med henblik på levering på det tidspunkt, som indklagede forudsatte ved udsendelsen af udbudsbetingelserne og dermed ved udarbejdelsen af udbudstidsplanen for levering og montering af badeværelseskabiner, som hænger uløseligt sammen med tidsplanen for levering og montering af betonelementer. Denne sammenhæng mellem levering og montering af badeværelseskabiner og levering og montering af betonelementer er der ganske uhensigtsmæssigt ikke anført noget om i rettelsesblad nr. 2, men indklagede har også selv været opmærksom herpå. Indklagedes tekniske rådgiver har således i den interne indstilling af 1. juni 2004 om evalueringen af tilbudene anført følgende: »Efter vor vurdering er denne bemærkning/forbehold ikke grundlæggende i strid med udbudsbetin-

gelsene, idet udarbejdelsen af den i Byggesagsbeskrivelsen pkt. 8.2 nævnte procestidsplan nødvendigvis må respektere frister for leverance af betonelementer/badeværelseskabiner, dog forudsat at afleveringstidspunktet fastholdes«. Som følge af badeværelses- og betonelementproducenters ferier, der sædvanligvis planlægges til 3 uger i juli, kunne selv en beskeden forsinkelse umuliggøre en påbegyndelse af produktionen af badeværelseskabiner og betonelementer på et så tidligt tidspunkt, at den oprindelige udbudstidsplan kunne overholdes, hvilket kunne påregnes allerede ved udsendelsen af rettelsesblad nr. 2 den 29. april 2004. Den bemærkning i klagerens tilbud, der er anført i påstand 8, vedrører ikke sluttidspunktet for den samlede udbudstidsplan, og bemærkningen kan ikke anses for et forbehold, men alene en præcisering under henvisning til, at betonelementmontagen var angivet som en dagbodsbehæftet aktivitet.

Klageren har i anden række gjort gældende, at det, såfremt den bemærkning i klagerens tilbud, der er anført i påstand 8, skal anses for et forbehold i forhold til udbudsbetingelserne om »entreprise 3: Råhusentreprisen«, utvivlsomt er muligt at prissætte forbeholdet. Indklagedes tekniske rådgiver har da også i indstillingen af 1. juni 2004 om evalueringen af tilbudene uden vanskeligheder prissat forbeholdet til 0 kr., hvilket er sagligt korrekt, idet klageren ikke ved bemærkningen i tilbudet har opnået nogen fordel i forhold til de andre tilbudsgivere, som ligeledes ville skulle justere tidsplanen for levering og montering af betonelementer efter tidspunktet for levering og montering af badeværelseskabiner.

Indklagede har gjort gældende, at det i udbudsbetingelserne, herunder navnlig i afsnit 8 i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse«, gentagne gange er fremhævet, at udbudstidsplanen skal overholdes. Af udbudstidsplanen fremgår det nøjagtigt, hvornår der skal ske levering og montering af badeværelseskabiner og levering og montering af betonelementer, idet der for levering og montering af betonelementerne tilmed er fastsat dagbod for manglende færdiggørelse til tiden. I rettelsesblad nr. 2 af 29. april 2004 er det dog præciseret, at der kan ske visse forskydninger, idet endelig tidsplan udarbejdes under hensyn til levering af badeværelseskabiner. En tilsvarende mulighed for forskydning er ikke i rettelsesblad nr. 2 fastsat for levering og montering af betonelementer. Med den bemærkning i klagerens tilbud, der er anført i påstand 8, har klageren forbeholdt sig ret til efterfølgende at aftale tidspunktet for levering og montering af betonelementer under hensyntagen til betonelementproducenternes

leveringsterminer og planlagte ferier, uden at dette i øvrigt er uddybet eller præciseret. Med de klare angivelser i udbudsbetingelserne af, at udbudstidsplanen skal overholdes, og med fastsættelse af dagbod ved overskridelse, har indklagede i udbudsbetingelserne præciseret, at ethvert forbehold vedrørende udbudsplanen for levering og montering af betonelementer vedrørende entreprise 3 vil være at betragte som et forbehold vedrørende et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Det vil således i almindelighed være forbundet med en risiko for forskelsbehandling af tilbudsgiverne, såfremt indklagede accepterede et forbehold over for tidsplanen og forsøgte at prissætte dette, ikke mindst da en forsinkelse på en delentreprise vil kunne påvirke tidsplanen for andre delentrepriser. Endvidere ville prissætning konkret ikke være mulig, idet indklagede ikke havde kendskab til betonelementproducenternes leveringsterminer og planlagte ferier. Klagerens præcisering af forbeholdet ved skrivelse af 26. maj 2004 til indklagedes tekniske rådgiver ændrer ikke på det anførte. Indklagede har på denne baggrund været ikke alene berettiget men også forpligtet til ikke at tage klagerens tilbud vedrørende entreprise 3 og klagerens samlede tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4 i betragtning som følge af forbeholdet over for tidsplanen, og påstanden skal derfor ikke tages til følge.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at indklagede har undladt i rettelsesblad nr. 2 af 29. april 2004 eller på et senere tidspunkt at præcisere sammenhæng mellem levering og montering af badeværelseskabiner og levering og montering af betonelementer, uagtet indklagede - som det fremgår af indstillingen af 1. juni 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver - var opmærksom herpå, jf. påstand 8, og at indklagede derved har skabt en sådan uklarhed, at tilbudsgiverne ikke har kunnet afgive sammenlignelige tilbud vedrørende entreprise 3 eller samlet vedrørende entreprise 3 og entreprise 4. Klageren har endvidere gjort gældende, at indklagede med en uklar formulering i udbudsbetingelserne om, hvorvidt alle dele af Danske Entreprenørers Standardforbehold ville blive anset for overensstemmende med udbudsbetingelserne, jf. påstand 1, har skabt en sådan usikkerhed blandt tilbudsgiverne, at udbudsbetingelserne ikke er egnede som grundlag for sammenligningen af tilbude-

Indklagede har gjort gældende, at grundlagt for afgivelse af tilbud ikke er så uklart eller ufuldstændigt beskrevet i udbudsbetingelserne, at

tilbudsgiverne ikke har kunnet afgive sammenlignelige tilbud vedrørende entreprise 3 og sammenlignelige tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4. Påstanden skal derfor ikke tages til følge.

Ad påstand 10

Klageren har gjort gældende, at indklagede - såfremt indklagede ikke havde begået de overtrædelser af Bygge- og anlægsdirektivet, det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, der er anført ad påstand 1, subsidiært påstand 2-4, og mere subsidiært påstand 5-7 - ville have været forpligtet til at indgå kontrakt med klageren vedrørende såvel entreprise 3 som entreprise 4. Klagenævnet skal derfor annullere indklagedes beslutning af 21. juni 2004 om at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S vedrørende entreprise 3.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har begået overtrædelser af Bygge- og anlægsdirektivet, det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip i forbindelse med udbudet vedrørende entreprise 3 og samlet vedrørende entreprise 3 og entreprise 4, som kan begrunde, at der sker annullation af beslutningen af 21. juni 2004 om at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S vedrørende entreprise 3.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede har i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse« i afsnit 3 »AB 92«, ad § 2, stk. 6, fastsat, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 anses for overensstemmende med udbudsbetingelserne, idet der dog i den forbindelse udtrykkeligt er anført en modifikation i forhold til standardforbeholdets punkt 3, 5 og 8.

Klageren har under »Forbehold« i sit tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og i sit samlede tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« anført, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 er gældende for

tilbudet. En tilbudsgiver, der tager forbehold, bærer risikoen for, at forbeholdet er uklart og tvetydigt. Indklagede har på denne baggrund ikke med fornøden sikkerhed kunnet fastslå, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 i klagerens tilbud alene skulle være gældende med den modifikation vedrørende punkt 3, 5 og 8, der er anført i udbudsbetingelserne. Indklagede har således været forpligtet til at vurdere henvisningen til standardforbeholdets punkt 3, 5 og 8 i klagerens tilbud som 3 forbehold i forhold til udbudsbetingelserne og til at vurdere, hvilke konsekvenser disse forbehold skulle have. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har under sagens behandling ved Klagenævnet oplyst, at indklagede – da der er tale om et offentligt byggeri – ikke anså punkt 3 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 om sikkerhedsstillelse som et forbehold i forhold til udbuds-betingelserne, og at indklagede således alene afviste klagerens tilbud vedrørende entreprise 3 og klagerens samlede tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4 som følge af andre dele af standardforbeholdet. Indklagedes tekniske rådgiver har imidlertid i skrivelser af 21. juni 2004, hvorved det blev meddelt klageren, at klagerens tilbud vedrørende entreprise 3 og klagerens samlede tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4 ikke var taget i betragtning, også for så vidt angår punkt 3 anført, at rækkevidden af Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 ikke kunne fastlægges entydigt og dermed prissættes med sikkerhed. Påstanden tages på denne baggrund til følge.

Ad påstand 3

Klageren har i sit tilbud anført, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, herunder punkt 5 om vinterforanstaltninger, skulle være gældende for klagerens tilbud vedrørende entreprise 3 og klagerens samlede tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4.

Bestemmelserne om vinterforanstaltninger i udbudsbetingelserne er uklare, idet det ikke er klart og overskueligt, hvilke vinterforanstaltninger, der skulle medregnes med fast henholdsvis variabel pris. Det er således på den ene side i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse« i punkt 9.1.3. anført, at udgifter til overenskomstmæssige vejrligsforanstaltninger skal

være indeholdt i tilbudets faste priser, mens det på den anden side samtidig i punkt 9.2.2. er anført, at en række vejrligsforanstaltninger skal medregnes som en variabel ydelse vedrørende entreprise 3.

Klagenævnet finder imidlertid, at punkt 5 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 - trods disse uklarheder i udbudsbetingelserne - på visse punkter udgør et forbehold i forhold til udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse« i punkt 9.1.3. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Klageren har i sit tilbud anført, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, herunder punkt 8 om garanti, skulle være gældende for klagerens tilbud vedrørende entreprise 3 og klagerens samlede tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4.

Det er i udbudsbetingelsernes »Fælles Byggesagsbeskrivelse« i punkt 7.1 anført, at alle materialer skal indkøbes med mindst 5 års leverandøransvar. I punkt 8 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 er det et vilkår, at klageren alene er forpligtet heraf i det omfang, det er muligt for klageren at levere materialer fra en underleverandør, der stiller samme garanti over for klageren og kan opfylde denne. Punkt 8 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 udgør således et forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, og påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6 - 7

Generelt vedrørende forbehold

Hvis et tilbud afviger fra udbudsbetingelserne, har en udbyder, uanset om afvigelsen betegnes som et forbehold eller ej, som følge af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip pligt til ikke at tage tilbudet i betragtning, såfremt forbeholdet angår grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Hvis forbehold i et tilbud ikke angår grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, har udbyderen som udgangspunkt ret, men ikke pligt til ikke at tage tilbudet i betragtning. Udbyderen vil dog, hvis et forbehold er helt ba-

gatelagtigt, kunne være forpligtet til desuagtet at tage tilbudet i betragtning. Udbyderen kan således som udgangspunkt frit vælge, om tilbud, der afviger fra ikke grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, skal tages i betragtning. Der skal ikke gives nogen særlig begrundelse for, at et tilbud på denne baggrund ikke tages i betragtning, ud over at det skal anføres, hvilke dele af tilbudet, der udgjorde forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, som begrundede, at tilbudet ikke blev taget i betragtning. Det bemærkes, at det følger af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, at udbyderen, hvis tilbudet omvendt tages i betragtning, har pligt til sagligt og korrekt at prissætte forbeholdet. Det er herved en forudsætning for, at tilbudet kan tages i betragtning, at forbeholdet kan prissættes.

Udgangspunktet om, at en udbyder har ret, men ikke pligt til at tage tilbud med forbehold vedrørende ikke grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne i betragtning, kan modificeres i udbudsbetingelserne. En udbyder vil således i udbudsbetingelserne kunne forpligte sig til at afvise alle tilbud, der indeholder forbehold, uanset at forbeholdene vedrører ikke grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Omvendt vil en udbyder i udbudsbetingelserne kunne forpligte sig til at tage alle tilbud med forbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, i betragtning, såfremt der kan ske en sagligt og korrekt prissætning af forbeholdene.

Vurderingen af forbehold under det aktuelle udbud

Indklagede har i licitationsbetingelserne fastsat følgende: »Tilbud med forbehold overfor grundlæggende udbudsbetingelser vil blive kasseret som ikke-konditionsmæssige. Tilbudsgivers eventuelle øvrige forbehold vil blive kapitaliseret af ordregiver. Såfremt ordregiver ikke kan kapitalisere forbehold, vil tilbuddet blive kaseret som ikke-konditionsmæssigt«.

Indklagede har derved - uanset om det har været tilsigtet eller ej - fraskrevet sig retten til afvise tilbud med forbehold og i stedet forpligtet sig til under udbudet alene at afvise tilbud med forbehold, som vedrører grundlæggende elementer, eller med forbehold, som ikke kan prissættes. Det er på denne baggrund, at Klagenævnet skal vurdere indklagedes beslutning om at afvise af klagerens tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4 som følge af de forhold, der er anført i påstand 6 og 7.

Ad påstand 6

Som anført ad påstand 3 er bestemmelserne om vinterforanstaltninger i udbudsbetingelserne uklare. Allerede som følge af disse uklarheder i udbudsbetingelserne vedrørende vinterforanstaltninger var indklagede - uanset forbeholdet i klagerens tilbud vedrørende entreprise 3 med hensyn til Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 punkt 5 om vinterforanstaltninger - ikke berettiget til at afvise klagerens tilbud på grund af dette forbehold. Det følger af det anførte, at Klagenævnet på baggrund af de uklare bestemmelser i udbudsbetingelserne om vinterforanstaltninger ikke ved dette udbud anser forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger for at vedrøre grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Med den anførte ændring tages påstand 6 således til følge.

Ad påstand 7

Forbeholdet i klagerens tilbud vedrørende punkt 8 i Danske Entreprenørers Standardforbehold kan efter sit indhold ikke prissættes, og indklagede var derfor berettiget til at afvise klagerens tilbud på grund af dette forbehold. Som følge heraf er det uforholdsmæssigt for Klagenævnet at tage stilling til, om forbeholdet vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Det følger endvidere af det anførte, at den særlige bestemmelse i udbudsbetingelserne, som begrænser indklagedes ret til at afvise tilbud, ikke var til hinder for, at indklagede afviste klagerens tilbud på grund af dette forbehold. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 8

Klageren har i sit tilbud vedrørende entreprise 3 og i sit samlede tilbud vedrørende entreprise 3 og entreprise 4 anført, at der forudsættes enighed om justering af tidsplanen for så vidt angår mulig opstart af betonelementlevering samt aftalte ferier. Det er en tilbudsgivers risiko, at bemærkninger i et tilbud betragtes som et forbehold, idet en udbyder har pligt til at identificere og om muligt prissætte alle forbehold med henblik på at sikre en ligelig behandling af tilbudsgiverne. Klagenævnet finder på denne baggrund, at indklagede ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud skulle vurdere den brede formulering i klagerens tilbud om, at der eventuelt skal justeres på tidsplanen, som et forbehold, som bl.a. kunne få den konsekvens, at indklagede ikke ville være berettiget til at opkræve dagbod i overensstemmelserne med

det fastsatte i udbudsbetingelserne, såfremt der blev indgået kontrakt med klageren, og klageren blev forsinket med arbejdet. Det forhold, at indklagede alene med den omhandlede bemærkning har haft til hensigt at gøre opmærksom på sammenhængen med leverancen af badeværelseskabiner og leverancen af betonelementer, ændrer ikke ved, at der med den brede formulering er tale om et forbehold. Såfremt klageren var af den opfattelse, at udbudsbetingelserne på dette punkt var uklare, kunne klageren have gjort indklagede opmærksom herpå forud for afgivelsen af tilbud, da mulige uklarheder i udbudsbetingelser ikke kan fjernes med bemærkninger i tilbud.

Det er under sagen oplyst, at indklagede efter modtagelsen af tilbudene tog telefonisk kontakt til en række tilbudsgivere vedrørende flere af fagentrepriserne med henblik på at drøfte bemærkninger og forbehold i tilbudene. Klageren har ikke nedlagt særskilt påstand om, at dette i sig selv udgør en overtrædelse af Bygge- og anlægsgesetivet eller EU-udbudsretlige principper, og Klagenævnet har ikke fundet anledning til af egen drift at tage stilling til dette spørgsmål.

Det er imidlertid særligt oplyst, at indklagede efter modtagelsen af tilbudene tog telefonisk kontakt til klageren med henblik på at drøfte bemærkningen om, at der forudsættes enighed om justering af tidsplanen for så vidt angår mulig opstart af betonelementlevering samt aftalte ferier. Indklagede har ved at tage en sådan kontakt med klageren vedrørende et så klart formuleret forbehold handlet i strid med forbudet mod forhandling. Indklagede har endvidere ved at tage indholdet af klagerens skrivelse af 26. maj 2004 til indklagedes tekniske rådgiver, hvori bemærkningen i tilbudet - som en følge af den telefoniske henvendelse - blev præciseret, i betragtning ved vurderingen af tilbudet handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, idet denne skrivelse fremkom efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud, og idet skrivelserne ikke alene indeholder en afklaring eller en teknisk præcisering.

Klagenævnet finder på denne baggrund, at klageren har taget forbehold vedrørende tidsplanen. Som udgangspunkt vil ethvert forbehold over for tidsplanen vedrøre grundlæggende elementer. Hertil kommer, at indklagede i udbudsbetingelserne flere gange har understreget, at det er vigtigt, at udbudstidsplanen overholdes. Klagerens forbehold over for udbudsbetingelsernes tidsplan, som klageren ikke ved spørgsmål til indklagede har søgt præciseret, vedrører således utvivlsomt et grundlæggende element i ud-

budsbetingelserne, og indklagede var således forpligtet til at afvise klagerens tilbud af denne årsag. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 9

Klagenævnet har under henvisning til det anførte vedrørende påstand 1, 3, 4, 6, 7 og 8 ikke fundet anledning til at tage stilling til denne påstand.

Ad påstand 10

Indklagedes overtrædelser af Bygge- og anlægsgesetz og EU-udbudsretlige principper, som er konstateret vedrørende påstand 2 og 6 er ikke af en sådan karakter, at der er grundlag for at annullere indklagedes beslutning af 21. juni 2004 om at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen«.

Herefter bestemmes:

Påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsgesetzets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at anse punkt 3 om sikkerhedsstillelse i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 i klagerens tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og i klagerens samlede tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« som et forbehold, uanset denne bestemmelse efter sit indhold ikke er et forbehold.

Påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsgesetzets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at afvise klagerens tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og klagerens samlede tilbud vedrørende »entreprise 3: Råhusentreprisen« og »entreprise 4: Kompletteringsentreprisen« på grund af forbeholdet i tilbudene vedrørende punkt 5 om vinterforanstaltninger i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, uagtet dette forbehold - allerede som følge af uklarheder i udbudsbetingelserne - ikke vedrører »grundlæggende udbudsbetingelser, hvis tilstedeværelse vil bevirke, at ordregiver indgår aftale om en ydelse, som adskiller sig væsentligt fra den udbudte ydelse«.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, 3, 4, 7, 8 og 10.

Klagenævnet har ikke taget stilling til påstand 9.

Klagegebyret tilbagetales.

Indklagede, Direktoratet for Kriminalforsorgen, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, E. Pihl & Søn A/S.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig