

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Trine Heidemann Garde, Vibeke Steenberg)

J.nr. 2010-0022975

11. oktober 2011

K E N D E L S E

HHM A/S

(advokat Jesper Petersen Bach, Aarhus)

mod

Københavns Kommune

(advokat Majse Jarlov, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 58-086019 af 19. marts 2010 udbød Københavns Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF, om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) opførelse af en ny integreret daginstitution på Amagerfælledvej på Amager.

Den 16. juni 2010 besluttede indklagede at prækvalificere følgende virksomheder:

1. Jönsson A/S
2. Hellerup Byg A/S
3. Jakon A/S
4. Enemærke og Petersen A/S
5. HHM A/S (klageren)

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 16. juni 2010, og ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 17. august 2010 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Den 11. oktober 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Hellerup Byg A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 20. december 2010.

Den 20. oktober 2010 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Københavns Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 19. november 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 23. maj 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at se bort fra tilbuddet fra Jönsson A/S, uanset at dette indeholdt et forbehold om, at vejrligsbestemte vinterforanstaltninger afregnes som ekstraarbejder, mens det i henhold til udbudsbetingelserne skulle afregnes til en fast pris.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at foretage prissætning af forbehold vedrørende vinterforanstaltninger i tilbuddet fra Jönsson A/S, uanset at indklagede havde forpligtet sig til dette i henhold til udbudsbetingelserne.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at tildele point for underkriteriet »pris« i overensstemmelse med den vægtning, der blev oplyst i udbudsbetingelserne.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at tildele kontrakten til klageren.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 11. oktober 2010 om at indgå kontrakt med Hellerup Byg A/S.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 19. marts 2010 indeholder følgende:

» Del I: Ordregivende myndighed

...

Københavns Kommune, Kultur- og Fritidsforvaltningen

...

Del II: Kontraktens genstand

II.1) Beskrivelse

II.1.1) Den ordregivende myndigheds betegnelse for kontrakten

Ny integreret daginstitution på Amagerfælledvej

...

II.I.4) Oplysninger om rammeaftalen

II.I.5) Kort beskrivelse af kontrakten ...

Totalentreprisen omfatter projektering og udførelse af en integreret daginstitution på mellem 1 600 m² og 2 300 m², inklusive tørræn- og anlægsarbejder.

Bygningen skal opføres som letbyggeri i lavenergiklasse 1.

...

Del IV: Procedurer

...

IV.1.2) Begrænsning af det antal økonomiske aktører som vil blive opfordret til at afgive tilbud eller deltage

Planlagt antal økonomiske aktører 5

...

IV.2.1) Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de kriterier, der er anført i specifikationerne, opfordringen til at afgive bud eller til at forhandle eller i det beskrivende dokument

...

IV.3.4) Frist for modtagelse af bud eller ansøgninger om deltagelse

26.04.2010

...«

I udbudsbetingelserne er anført:

»Københavns Ejendomme har prækvalificeret 5 tilbudsgivere til at afgive tilbud.

...

1. Entreprisens art og omfang

Entreprisen omfatter projektering og udførelse af ny integreret daginstitution på ca 1.600 m² udført i totalentreprise. Daginstitutionen skal indeholde 10 børnegrupper. Grundarealet er ca. 2950m².

...

3. Tildelingskriterier

Tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud med følgende underkriterier:

Pris:	(vægt: 20%)
Arkitektur:	(vægt: 40%)
Energi og miljø:	(vægt: 20%)
Kvalitet af byggeteknik og tekniske anlæg:	(vægt: 10%)
Organisation og proces:	(vægt: 10%)

4. Bedømmelse

Bedømmelsen vil blive foretaget i forhold til de beskrevne kriterier efter følgende:

Pris:

Tilbuddene tildeles point i henhold til tilbudssummerne (efter eventuelle justeringer i forhold til kapitaliserede forbehold).

Der lægges vægt på laveste pris i forhold til tilbudslisten.

Tilbudssummer udover anlægsrammen på 27,3 mio. vil få karakteren 0.

...

7. Aflevering af tilbud

Frist for aflevering af tilbud er senest:

Tirsdag den 17.08. 2010

...

9. Forbehold/Alternative tilbud

Såfremt tilbudsgiver tager et forbehold/angiver en forudsætning, vil Københavns Ejendomme altid foretage en vurdering af forbeholdet/forudsætningen, hvilket i den konkrete sag vil kunne føre til, at tilbuddet bliver vurderet ikke-konditionsmæssigt.

Tilbud med anførelse af et forbehold/forudsætning med efterfølgende angivelse ”i den udstrækning det ikke strider mod udbudsmaterialet”, vil Københavns Ejendomme behandle selve forbeholdet/forudsætningen til trods for den efterfølgende angivelse, hvilket i den konkrete sag vil kunne føre til, at tilbuddet bliver vurderet ikke konditionsmæssigt.

10. Tilbuddets indhold og omfang

Der skal ved tilbudsgivningen afleveres:

Tilbuddet skal omfatte:

Fuldt udfyldt tilbudsliste (alle beløbsposter skal udfyldes med tal).

...«

Det udbudte bygge- og anlægsarbejde er i »Byggesagsbeskrivelse« af 7. juni 2010 beskrevet således:

»...

3. ABT 93

3.1 generelt

...

Tillæg til ABT 93 § 2, stk. 6 udgår og der udbetales 150.000 kr. excl. moms for konditionsmæssigt tilbud til de der ikke får opgaven.

Tillæg til ABT 93 § 13, stk. 1 udgår. Ibrugtagningstilladelse og myndighedstilladelser holdes udenfor tilbuddet.

Tillæg til ABT 93 § 27, stk. 3 udgår, idet vinteren afregnes til fast pris.

...

4.7.7

Vejrligsforanstaltninger på færdselsarealer

Totalentreprenøren forestår udførelsen af vejrligsforanstaltninger på byggepladsens færdselsarealer.

I henhold til tilbudslisten ønsker bygherren en fast pris på samtlige vejrligsforanstaltninger i sommer og vinterperioden såvel overenskomstmæssige som ikke overenskomstmæssige.

...

4.8.6

Vejrligsforanstaltninger i skurby og på oplagsplads

Totalentreprenøren forestår udførelsen af vejrligsforanstaltninger i skurby og på fælles oplagsplads.

...

4.9.4

Vejrligsforanstaltninger i arbejdsområder

Totalentreprenøren sørger for interimsopvarmning og udtørring af bygning

...«

I »særlige betingelser« dateret 7. juni 2010, der er en del af udbudsbetingelserne, var fastsat:

»...

1.4 Økonomi/tilbudslistens poster

Bygge og anlægsrammen for de samlede udgifter til totalentreprisen er fastsat til 27,3 mio kr. ekskl. moms.

Tilbuddet skal dække alle totalentreprenørens omkostninger i forbindelse med sagens gennemførelse, til fuld funktionsdygtighed, herunder håndværkerudgiften, inventar i henhold til inventarlist, totalentreprenørens rådgiverhonorar (inkl. projekterings- og byggeledelse samt fagtilsyn), byggepladsindretning og byggepladsdrift samt vinterforanstaltninger.

...

4. Årstidsbestemte- og vejrligsbestemte vinterforanstaltninger ad 4. Tilbuddet skal indeholde en fast pris på samtlige vinterforanstaltninger samt de vejrligsbestemte foranstaltninger såvel sommer som vinter. Dansk Byggeris standartforbehold af d. maj 2008 pkt 4 om vinterforanstaltninger er således ikke gældende.

1.5 Tid og realliseringsplan

...

Byggestart: 31.01.2011

Aflevering, Byggeri: 31.08.2011

...«

Af »Totalentreprisekontrakten« fremgår:

»...

3. Aftalegrundlag

...

3.3 Følgende forbehold er gældende: Dansk Byggeri's Standardforbehold af maj 2008 er en integreret del af aftalen dog afregnes de vejrligsbestemte vinterforanstaltninger til fast pris.

...

6. Tidsfrister

6.1 Tidsplan af 07. 06. 2010 er gældende

...

Dagbodsudløsende datoer er aflevering af hovedprojekt d. 24.01.2011
samt aflevering af byggeriet d. 31.08.2011

...«

Som bilag 1 til totalentreprisekontrakten var »ABT 93 med tilføjelser og fravigelser«, hvoraf under § 27, stk. 3 fremgår:

»Kan forsinkelsens årsag henføres til § 24, stk. 1, nr. 3, eller nr. 4, har entreprenøren hverken ret til erstatning eller godtgørelse.«

Under Københavns Ejendommers »tilføjelser og fravigelser« for bestemmelsen fremgår:

»Der tilføjes: Vejrligsbestemte vinterforanstaltninger må kun iværksættes efter aftale med bygherren og betaling sker iht enhedspriser. Bygherren er kun forpligtet til at iværksætte sådanne foranstaltninger, hvis det er rimeligt og i overensstemmelse med de gældende regler for byggeri i vinterperioden.«

Af den af indklagede udfærdigede tilbudsliste fremgår, at tilbudsgiverne skulle tilbyde opgaven udført til en samlet tilbudssum, der skulle være opdelt på 4 beløbsposter, herunder »4. vinter og vejrligsforanstaltninger«, hvorom der var anført følgende:

»Ad. 4. Tilbuddet skal indeholde en fast pris på samtlige vinterforanstaltninger samt de vejrligsbestemte foranstaltninger såvel sommer som vinter. Dansk Byggeris standardforbehold af d. maj 2008 pkt. 4 om vinterforanstaltninger er således ikke gældende.«

Indklagede meddelte den 23. juli 2010 i et rettelsesblad som svar på et spørgsmål, at den økonomiske ramme for byggeriet var 27,3 mio. kr.

Klageren afgav den 17. august 2010 et tilbud på 25.988.000 kr. inklusiv udgift til vinter- og vejrligsforanstaltninger på 150.000 kr.

Ved skrivelse af 24. september 2010 meddelte indklagede klageren, at klagerens tilbud var ikke konditionsmæssigt, og at:

»...

Deres tilbud er derfor ikke blevet vurderet med henblik på indstilling.

Bedømmelsesudvalget har indstillet tilbuddet fra Hellerup Byg A/S som det økonomisk mest fordelagtige.

...«

Den 29. september 2010 tilbagekaldte indklagede »meddelelsesbrevet af 24. september 2010«, idet indklagede:

»...

er blevet opmærksom på, at et af tilbuddene ved en fejl er blevet bedømt som ikke - konditionsmæssigt, uagtet tilbuddet er konditionsmæssigt.

...

Bedømmelsesudvalget vil hurtigst muligt foretage en fornyet tilbuds-vurdering, samt udsende nye meddelelsesbreve om resultatet af bedømmelsen.«

Den 11. oktober 2010 meddelte indklagede klageren, at »Vi skal desværre meddele I ikke har givet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.« Indklagede meddelte samtidig, at »Bedømmelsesudvalget har indstillet tilbuddet fra Hellerup Byg A/S som det økonomisk mest fordelagtige. Tilbuddet blev tildelt flest point samlet set.« Om bedømmelsesudvalgets vurdering af vinderprojektet fremgår:

»Vinderprojektets bedømmelse fik en samlet karakter på 5,60 point med følgende vurdering af underkriterierne:

På delkriteriet pris opnåede deres tilbud 2 point forholdsmæssigt på grundlag af afstanden til rammebeløbet (vægtet 0,40).

På delkriteriet arkitektur opnåede deres tilbud 6 point svarende til lidt over middel (vægtet 2,40), for en usædvanlig høj kvalitet i funktionalitet men en meget svingende kvalitet i bearbejdningen af form og æstetik, herunder gode dagslysforhold via atriumrummet men afvisende og uskønne facader samt en lav præstation i forhold til den helhedsmæssige fremtræden, hvor bygningen ikke indgår i et godt samspil med nabobejbyggelserne.

...«

Jönsson A/S afgav den 17. august 2010 et tilbud på byggeriet på 25.850.000 kr. I fremsendelsesskrivelsen anførte denne tilbudsgiver blandt andet:

»Dansk byggeris standard forbehold for totalentreprise af maj 2008 er gældende for det fremsendte tilbud, hvor det ikke er modstridende med udbudsmaterialet«.

Tilbuddet var udfyldt på den af indklagede udfærdigede tilbudsliste, og således fremgik det også, at »Dansk Byggeris standardforbehold af d. maj 2008 pkt. 4 om vinterforanstaltninger er således ikke gældende.«

I tilbudssummen indgik et beløb på 64.625 kr. vedrørende »4.Vinter og vejrligsforanstaltninger«.

Indklagede sendte den 19. august 2010 sålydende mail til Jönsson A/S:

»Teknisk afklaring af Jeres tilbud på begrænset EU-Udbud vedrørende entreprisen Daginstitutionen Amagerfælledvej 135

Accepterer I, at Dansk byggeris standardforbehold for totalentreprenører pkt. 4 ikke finder anvendelse på den udbudte entreprise vedr. Daginstitutionen Amagerfælledvej 135?«

Jönsson A/S svarede samme dag således:

»Ja, jvf. afleveret tilbud pris er der indeholdt alle vinterforanstaltninger, såvel overenskomstmæssige som ikke overenskomstmæssige.«

Jönsson A/S svarede yderligere den 20. august 2010 således:

»Vi bekræfter hermed at have indeholdt alle vinterforanstaltninger, såvel overenskomstmæssige som ikke overenskomstmæssige og accepterer hermed at fravige Dansk Byggeris Standardforbehold for totalentreprenører pkt. 4. ...«

Af »dansk byggeris standardforbehold punkt 4 for totalentreprise af maj 2008« fremgår:

»4. For vinterforanstaltninger i vinterperioden (1/11 – 31/3), jf. vinterbekendtgørelsen, gælder følgende:

»Årstidsbestemte vinterforanstaltninger«, jf. vinterbekendtgørelsen er indeholdt i tilbudssummen.

»Vejrligsbestemte vinterforanstaltninger«, jf. vinterbekendtgørelsen er ekstraarbejde.

...«

På klagerens forespørgsel vedrørende tildelingsbeslutningen fremkom indklagede den 15. oktober 2010 med sålydende »Uddybende forklaring på Københavns Ejendommers tildelingsbeslutning:

...

Generelt

Københavns Ejendomme har for hvert delkriterium anvendt en karakterskala mellem 1-10. Der er ingen tilbudssummer, der ligger ud over rammebeløbet, hvorfor karakteren 0 for pris ikke er anvendt, jf. udbudsbrevets pkt. 4.

Beregningsmodellen for pris

Københavns Ejendomme har anvendt en beregningsmodel, hvor karakteren 10 gives til det tilbud, der ligger 8 % lavere end rammebeløbet. Tilbud på rammebeløbet er tildelt 1 point. For tilbud mellem rammebeløbet og 8 % under rammebeløbet, er der interpoleret retlinet.

For delkriteriet pris fik jeres tilbud næsthøjeste point. Jönsson A/S fik højeste point. Hellerup Byg fik næstlaveste point.

Københavns Ejendomme mener os fuldt berettiget til at bruge den anvendte prismodel, idet vi ikke på forhånd i udbudsbrevet har låst os fast på en bestemt prismodel.

...«

Klageren har fra et »paralleludbud« vedrørende en integreret daginstitution beliggende et andet sted i den indklagede kommune fremlagt »resultat af bedømmelsen af tilbud«, hvorefter klageren i dette udbud på delkriteriet pris opnåede »10 point svarende til laveste pris.«

Indklagede har endvidere fremlagt beregnede interpolationslinier ud fra forskellige tilbud og forudsætninger. Klageren har herunder beregnet, at klageren, hvis laveste tilbud vedrørende pris var blevet tildelt 10 point og ikke 7 point, ville have opnået 9,14 point mod de tildelte 6,43 point.

Svend Pedersen, direktør i klageren, har forklaret, at klageren er en mellemstor entreprenørvirksomhed med speciale i totalentrepriser herunder med opførelse af lavenergibørnehaver. Indklagedes pointgivning og interpolation bevirker, at tilbudsgiverne som følge af, at højeste antal point vedrørende pris var 7, at laveste bud højst kunne opnå 9,4 point, og at prisen vægter med 14,89 % og ikke 20 % som fastsat i tildelingskriterierne. Dertil kommer, at indklagede ikke har foretaget en retlinet interpolation, men en »trappeinterpolation«, der bevirker, at 1 krone kan give 1 point i forskel i prisen. Hvis pointgivningen og interpolationen var foretaget korrekt, og tilbuddet fra Jönsson A/S var bedømt som ikke konditionelt, ville klageren have afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud. Han mener, at udgiften til vinterforanstaltninger skal være mellem 150.000 kr. og 1 mio. kr.

Britt Hansen, chefkonsulent og teamleder for udbudsjuristerne i Københavns Ejendomme, har forklaret, at indklagede årligt udbyder 400 byggesa-

ger. Indklagede opstiller en pointmodel, når tilbuddene er afgivet. I denne sag har indklagede stillet et »teknisk afklarende« spørgsmål vedrørende tilbuddet fra Jönsson A/S. Indklagedes fastsættelse af karakterskalaen tog udgangspunkt i, at det blev vurderet, at tilbudsgivere, der afgav et tilbud på mindre end 8 % under rammebeløbet ikke ville kunne gennemføre byggeriet.

Klageren har fremlagt en erklæring fra arkitekt Bo Jeppesen, partner i SITE A/S, der havde vundet en rammeaftale med indklagede om arkitekt- og totalrådgivning. I erklæringen redegøres for, hvorledes indklagedes juridiske rådgiver på et møde har udtalt sig om, hvorledes udbud lovligt skal gennemføres. I erklæringen omtales »krav til evalueringskriterier«, offentliggørelse heraf og oplysning om vægtningen samt »retlinet interpolation«. Den juridiske rådgiver hos indklagede skulle have oplyst, at »10 point modellen brugt i praksis betød at laveste bud altid fik 10 point.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede var forpligtet til at se bort fra tilbuddet fra Jönsson A/S, idet tilbuddet indeholdt et forbehold om, at vinterforanstaltninger skulle afregnes som ekstraarbejder til trods for, at det udtrykkeligt fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at vinterforanstaltninger skulle afregnes til fast pris. Forbeholdet vedrører et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, hvorfor indklagede var forpligtet til at se bort fra tilbuddet.

Dertil kommer, at indklagede har forbrudt sig imod de retningslinjer vedrørende behandling af forbehold, der var fastsat i udbudsbrevets punkt »9. alternative forbehold«. Indklagede foretog ikke en vurdering af forbeholdet, men rettede – i strid med forhandlingsforbuddet - henvendelse til Jönsson A/S. Havde indklagede foretaget en vurdering af forbeholdet, burde denne vurdering have medført, at tilbuddet var blevet forkastet som ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddet fra Jönsson A/S indeholdt en fuldt udfyldt tilbudsliste med angivelse af en fast pris for Jönsson A/S' udførelse af vinter- og vejrligsforanstaltninger. Samtidig fremgik det af Jöns-

son A/S' tilbuds-brev, at Dansk Byggeris standardforbehold for totalentreprise af maj 2008 ikke var gældende for det fremsendte tilbud, hvor det ikke var i strid med udbudsbetingelserne. Indklagede foretog på denne baggrund en skriftlig teknisk afklaring af, hvorvidt tilbuddet skulle forstås således, at Dansk Byggeris standardforbehold af maj 2008 var gældende. Da Jönsson A/S bekræftede, at tilbuddet indeholdt udgiften til samtlige vinterforanstaltninger, var Dansk Byggeris standardforbehold af 2008 ikke gældende for tilbuddet. Denne besvarelse er da også i overensstemmelse med en naturlig forståelse af det afgivne tilbud. Indklagede var derfor berettiget til at lade tilbuddet indgå i tilbudsvurderingen.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede skulle foretage en prissætning af forbeholdet, idet indklagede havde forpligtet sig til dette i udbudsbetingelserne. Prisforskellen mellem klagerens og Jönssons tilbud udgjorde 138.000 kr. ekskl. moms. Jönsson A/S' forbehold vedrørende vinterforanstaltninger skulle alt andet lige prissættes til et højere beløb end 138.000 kr. ekskl. moms., idet der er tale om udførelse af en entreprise med en samlet byggesum på 27,3 mio. kr. ekskl. moms.

Indklagede har vedrørende denne påstand henvist til det, der er anført ad påstand 1.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes anvendelse af pointmodeller skal ske under iagttagelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Den vægtning eller prioritering, som ordregiveren har foretaget af underkriterier i udbudsbekendtgørelsen og/eller i udbudsbetingelserne, skal respekteres i forbindelse med opstilling og anvendelse af pointmodellen. Indklagede har i denne sag anvendt en model, hvor der er tildelt 1 – 10 point. En retlinet interpolation, hvor det er muligt at opnå 10 point medfører, at klageren skulle have været tildelt 9,14 point og ikke 6,43 point. Klageren har endvidere anført, at hvis man anvender en pointskala mellem 1 og 7 for underkriteriet pris, mens man anvender en pointskala mellem 1 og 10 for de øvrige underkriterier, vil underkriteriet pris alene vægte 14,89 % og ikke som er oplyst i udbudsbetingelserne 20 %. Indklagede har såle-

des ved at anvende sin pointmodel overtrådt ligebehandlings- og gennemsigthedsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at ordregiverne ikke er forpligtede til i forbindelse med udbuddet at offentliggøre den pointmodel, der vil blive anvendt ved evalueringen. Det afgørende er, om evalueringsmodellen, er egnet til at skille de enkelte tilbud fra hinanden. Indklagede var ikke forpligtet til at tildele 10 point til det laveste tilbud. Denne karakter var tiltænkt det bedst tænkelige tilbud, der antoges at ligge 8 % under rammebeløbet, svarende til 25.116.000 kr. Pointmodellen blev således beregnet til at give point i forhold til den af indklagede anslåede bedste pris.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede når bortses fra Jönsson A/S' prissætning vedrørende vinterforanstaltninger, burde have tildelt klageren 10 point for laveste pris. Klageren ville, hvis indklagede havde anvendt pointmodellen korrekt, have opnået en samlet bedømmelse på 5,8 point, mens tilbuddet fra Hellerup Byg A/S opnåede en samlet bedømmelse på 5,6 point. Kontrakten skulle derfor have været tildelt klageren.

Indklagede har bestridt i henhold til udbudsbetingelserne at have været forpligtet sig til at anvende en pointmodel med tildeling af point fra 1-10 ved en retlinet interpolation ud fra afstanden til det billigste bud. En sådan forpligtelse kan ikke udledes af udbudsbetingelserne. Det forhold, at klageren ville have opnået den bedste placering under konkurrencen, såfremt indklagede havde foretaget den af klageren ønskede evaluering indebærer ikke, at den lovlige evalueringsmodel, som indklagede anvendte udgør en krænkelse af principperne i udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigthed.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at det, der er anført vedrørende påstand 1-4, medfører, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at det, der er anført vedrørende påstand 1-4, medfører, at tildelingsbeslutningen ikke skal annulleres.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Jönsson A/S' tilbud på totalentreprise vedrørende opførelse af daginstitutionen på Amagerfælledvej blev afgivet på den af indklagede udfærdigede tilbudsliste, der var opdelt i 4 forskellige punkter, herunder »4. vinter- og vejrligsforanstaltninger«, og således at de 4 punkter skulle sammentæles til en »tilbudssum i alt excl. moms. »Punkt 4. vinter- og vejrligsforanstaltninger« var oplyst til at udgøre 64.625 kr. Af tilbudslisten fremgik endvidere, at »Ad 4. Tilbuddet skal indeholde en fast pris på samtlige vinterforanstaltninger samt de vejrligsbestemte foranstaltninger såvel sommer som vinter. Dansk Byggeris standardforbehold af d. maj 2008 pkt 4 om vinterforanstaltninger er således ikke gældende.« Det fremgik af Jönsson A/S' udfærdigede fremsendelsesskrivelse blandt andet, at »Dansk Byggeris standard forbehold for totalentreprise af maj 2008 er gældende for det fremsendte tilbud, hvor det ikke er modstridende med udbudsmaterialet.« Den af Jönsson A/S anvendte formulering i fremsendelsesskrivelsen kan ikke medføre, at der er taget et forbehold. Ved vurderingen af »forbeholdet« er der taget hensyn til, dels at det er anført at Dansk Byggeris standardforbehold er gældende, »hvor det ikke er modstridende med udbudsmaterialet«, dels at tilbudslisten indeholdende punkt »4. vinter- og vejrligsforanstaltninger« var udfyldt. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Som følge af det anførte var indklagede ikke forpligtet til at foretage en prissætning af et taget forbehold. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Indklagede oplyste i udbudsbetingelserne, at underkriteriet »pris« blev væg-
tet med 20 %, at rammebeløbet for entreprisen var 27,3 mio. kr., og at til-
budssummer ud over dette beløb ville få karakteren 0. Indklagede fastlagde
efter modtagelsen af tilbuddene en evalueringsmodel vedrørende tilbudspriserne.
Indklagede var ikke forpligtet til forud for tilbudsgivningen at fast-
lægge og offentliggøre evalueringsmodellen. Idet indklagede vurderede, at
tilbudsgivere, der lå mere end 8 % under rammebeløbet, ikke ville kunne

gennemføre entreprisen, besluttede indklagede at give tilbud på rammebeløbet 1 point og herefter interpolere retlinet mellem rammebeløbet og 8 % under dette. Indklagede var berettiget til at anvende denne evalueringsmodel, og var ikke forpligtet til at tildele den laveste tilbudsgiver 10 point. Indklagede har dog anvendt en evalueringsmodel, med trin, hvor 1 kr. i prisforskel kunne give et spring i pointgivningen. Henset til, at denne del af evalueringen ikke konkret har haft betydning, er der ikke foretaget en vurdering af, om denne del af evalueringen var lovlig. Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 4 og 5

Som følge af det, der er anført ad påstand 1 - 3, tages påstandene ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

N. Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig