

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Jørgen Egholm, Kaj Kjærsgaard)

97-34.636

22. maj 1997

K E N D E L S E

Højgaard og Schultz A/S
(advokat Hans Lykke Hansen, København)

mod

Hundested Almennyttige Boligselskab
(advokat Irene Wittrup, København)

Den 2. oktober 1996 udbød indklagede, Hundested Almennyttige Boligselskab, som begrænset udbud efter direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (Bygge- og anlægsgdirektivet) renoveringen af bebyggelsen Høje Tøpholm I og II beliggende i Hundested. Arbejdet er i udbudsbekendtgørelsen beskrevet således: »Fjernelse af udragende beton, indklædning af betonfacader, nye vinduer i lejligheder og nye glasfacader i trappepartier og på altaner, nye tage. Opgaven omfatter 248 boliger i 2, 3 og 4 etager. Anlægsarbejde i terræn.« Nedennævnte 5 virksomheder anmodede om at blive prækvalificeret, og de blev alle prækvalificeret. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 21. januar 1997 afgav de 5 virksomheder følgende tilbud:

1. C.G. Jensen A/S	51.747.000 kr.
2. Ejnar Kornerup A/S	53.423.000 kr
3. Højgaard og Schultz A/S	53.925.399 kr.
4. H. Hoffmann og Sønner A/S	57.935.400 kr.
5. Monberg og Thorsen A/S	59.745.000 kr.

I en skrivelse af 10. februar 1997 fra indklagede til tilbudsgiverne 2-5, hvori indklagede takkede tilbudsgiverne for deres tilbud, hedder det afslutningsvis: »Samtidig skal vi meddele, at vi har indledt forhandlinger med billigst bydende entreprenør C.G. Jensen om grundlaget for en eventuel indgåelse af kontakt.«

Den 3. marts 1997 indgav klageren, Højgaard og Schultz A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hundested Almennyttige Boligselskab. Klageren fremsatte samtidig anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 11. marts 1997 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Sagen har været behandlet på et møde den 15. april 1997.

Den 13. marts 1997 indgik indklagede kontrakt med C.G. Jensen A/S.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal fastslå, at følgende forbehold i C.G. Jensen A/S' tilbud af 21. januar 1997 vedrørende indklagede, Hundested Almennyttige Boligforenings udbud af renovering af bebyggelsen Høje Tøpholm I og II medfører, at tilbudet er ukonditionsmæssigt i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet:

A. »Entreprenørforeningens standardforbehold af november 1995 vedrørende AB92 samt øvrige relevante faglige forbehold.«

B. »Der betales for leverancer før den i AB92 § 22 stk. 3 anførte frist.«

C. »Der tages forbehold for overholdelse af den angivne støjgrænse.«

Påstand 2.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har tilsidesat Bygge- og anlægsdirektivet og princippet om ligebehandling ved at have indgået kontrakt med C.G. Jensen A/S om en renovering af bebyggelsen Høje Tøpholm I og II, der er væsentligt anderledes end den renovering, der blev udbudt, og ved at have indgået kontrakten efter at have forhandlet med C.G. Jensen A/S.

Påstand 3.

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med C.G. Jensen A/S om hovedentreprisen vedrørende renoveringen af bebyggelsen Høje Tøpholm I og II.

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

Ad påstand 1.

Ad forbehold A.

Entreprenørforeningen, Byggeriets Arbejdsgivere, ELFO og Dansk VVS har i november 1995 udsendt 8 standardforbehold. Disse 8 standardforbehold indeholder dels et generelt afsnit, som er fælles for alle de 8 standardforbehold, dels et individuelt afsnit benævnt »Faglige forbehold«. De 8 individuelle afsnit vedrører følgende: Mure- og betonarbejde, Membranisoleringer, Isoleringsarbejder, Tagdækningsarbejde, VVS-arbejde, El-arbejde, malerarbejde og Tømrer- og snedkerarbejde.

Det fremgår af et notat af 17. marts 1997 vedrørende gennemgang af C.G. Jensens A/S' forbehold, som indklagede har udarbejdet, at forbehold A er prissat til 0 kr.

Projektleder Hans Christian Sørensen, Hundested almennyttig Boligforening, har forklaret, at man hos indklagede ikke gjorde sig mange overvejelser om dette forbehold, som man ikke fandt relevant

og derfor prissatte til 0 kr. Man kendte ikke de 8 standardforbehold fra november 1995 udsendt af Entreprenørforeningen m.fl.

Klageren har gjort gældende, at C.G. Jensen A/S med den valgte formulering »samt øvrige relevante faglige forbehold« har taget et forbehold, som ikke alene omfatter det generelle forbehold og de specielle forbehold, der findes i de 8 standardforbehold fra november 1995, men også omfatter såvel alle andre eksisterende branchestandardforbehold som alle individuelle forbehold, som materialeleverandører, underentreprenører m.v. måtte have taget i forbindelse med hovedentreprisen. Dette indebærer, at rækkevidden af forbeholdet er helt uoverskuelig for udbyderen. For det første vil udbyderen ikke have overblik over, hvilke faglige forbehold det pågældende forbehold overhovedet omfatter, og for det andet vil det være svært eller umuligt at vurdere den økonomiske rækkevidde af forbeholdene. Risikoen for, at den økonomiske rækkevidde af et forbehold er usikker, påhviler den tilbudsgiver, som har taget forbeholdet, og indklagede har med hensyn til det pågældende forbehold måttet tage højde for, at forbeholdet under visse omstændigheder kunne medføre, at en økonomisk risiko af ubestemt, men betydelig størrelse kunne blive væltet over på bygherren. Forbeholdet gør således C.G. Jensen A/S' tilbud ukonditionsmæssigt, og indklagede har derfor været såvel berettiget som forpligtet til at forkaste C.G. Jensen A/S' tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at det pågældende forbehold kun kan forstås således, at det omfatter de 8 standardforbehold af november 1995 fra Entreprenørforeningen m.fl., men derimod hverken andre standardforbehold eller individuelle forbehold fra underentreprenører, materialeleverandører m.v. Rækkevidden af forbeholdet er således begrænset og overskuelig, og indklagede har derfor hverken været berettiget eller forpligtet til på grund af dette forbehold at forkaste tilbudet fra C.G. Jensen A/S som ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet udtaler:

Efter formuleringen af forbeholdet omfatter det ikke blot de 8 standardforbehold af november 1995, men tillige alle andre faglige standardforbehold, som kan forekomme i forbindelse med en entreprise som den aktuelle, herunder faglige standardforbehold, som tages af underentreprenører, underleverandører m.v. Derimod kan forbeholdet ikke antages at omfatte individuelle faglige forbehold fra enkelte underentreprenører, materialeleverandører m.v. Omfanget af et forbehold, som også omfatter andre faglige standardforbehold, og den økonomiske rækkevidde heraf er imidlertid så usikker, at forbeholdet har gjort C.G. Jensen A/S' tilbud ukonditionsmæssigt, og indklagede har derfor været såvel berettiget som forpligtet til at undlade at tage dette tilbud i betragtning. Klagenævnet konstaterer derfor, at indklagede ved at tage tilbudet fra C.G. Jensen A/S i betragtning har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet.

Ad forbehold B.

I AB92 § 22, stk. 3, er bestemt: »Betaling for materialer m.v. mere end 20 arbejdsdage før deres anvendelse på byggepladsen kan alene kræves, hvis der er oplyst herom i tilbudet.«

I indklagedes notat af 17. marts 1997 vedrørende gennemgang af C.G. Jensen A/S' forbehold er anført følgende:

»Det er vurderet at der kun kan være tale om forudbetaling af fiberbetonentreprisens elementleverance. Såfremt forudbetaling er aktuel, skal entreprenøren stille garanti for forudbetalingen. Fiberbetonleverancen andrager kr. 7.498.000 excl. moms; heraf udgør leverancen af elementer ca. $2/3 =$ kr. 5.000.000 kr. Med forrentning på $4\frac{1}{2}\%$ p.a. vil 5-6 måneders forudbetaling andrage ca. kr. 100.000 i forøget renteudgifter. Kapitaliseringen ca. kr. 100.000,-«

Klageren har gjort gældende, at et forbehold af denne beskaffenhed principielt kan prissættes, men at det i den konkrete situation ikke er muligt at prissætte forbeholdet. Dels er det helt uafklaret, hvilke leverancer der vil kunne blive tale om at få leveret mere end 20 dage før deres anvendelse, og indklagede har derfor ved prissætningen principielt skullet tage højde for, at tilbudsgiveren ville få alle leverancer - nemlig materialer for en samlet pris på ca. 35 mio. kr. - leveret mere end 20 dage før deres anvendelse. For det andet er det uafklaret, hvornår de enkelte materialer vil blive leveret, og indklagede har derfor kun med betydelig usikkerhed kunnet beregne tidsrummet for renteudgifterne. Forbeholdet medfører således, at C.G. Jensen A/S' tilbud er ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at det ved det pågældende byggeri ikke kan blive aktuelt, at andre materialer end fiberbetonelementerne skal leveres tidligere end den anførte frist, og at indklagedes prissætning af forbeholdet til max. 100.000 kr. således er både forsvarlig og korrekt.

Klagenævnet udtaler:

En prissætning af forbeholdet giver anledning til betydelig usikkerhed, og indklagede har måttet tage denne usikkerhed i betragtning ved afgørelsen af, om forbeholdet gjorde C.G. Jensen A/S' tilbud ukonditionsmæssigt. På grundlag af de oplysninger, der er forelagt Klagenævnet, finder Klagenævnet imidlertid, at det har været muligt for indklagede med fornøden sikkerhed at overskue de økonomiske konsekvenser af forbeholdet, og Klagenævnet kan således tiltræde, at forbeholdet er blevet prissat. Det følger heraf, at forbeholdet ikke har gjort tilbudet ukonditionsmæssigt.

Ad forbehold C.

Udbudsbetingelserne omfatter »Særlig arbejdsbeskrivelse - Nedbrydningsarbejdet«, hvori det hedder:

»Skæring, hugning og boring i beton, støj.

Der tillades følgende støjniveauer:

Indendørs: I rum beliggende umiddelbart opad arbejdsstedet: 85 dB (A).....

Udendørs: I mindst 25 meters afstand fra arbejdsstedet tillades 75 dB (A).....

Grænseværdierne skal overholdes i den mest støjbelastede 8 timers periode i tidsrummet 07.00 - 18.00. Uden for dette tidsrum må der ikke foretages støjende nedbrydningsarbejder.«

I en målerapport af 18. juni 1996 vedrørende vibrationer og støj udarbejdet af Demex Rådgivende Ingeniører A/S på grundlag af en prøvenedbrydning den 6. - 7. juni 1996 er anvist 2 nedbrydningsmetoder, som vil kunne overholde de fastsatte støjgrænser. Denne målerapport var ikke en del af udbudsbetingelserne, og tilbudsgiverne var ikke bekendt med rapporten, da de afgav deres tilbud.

I indklagedes notat af 17. marts 1997 vedrørende gennemgang af indklagedes forbehold er anført følgende:

»Den udbudte metode for nedbrydningsarbejder er afprøvet og støjmålt; støjgrænser er fastlagt ud fra dette. Der er ikke taget forbehold for arbejdsmetode, og da arbejdsmetoden vil være som i udbuddet, er forbeholdet ikke relevant.

Entreprenøren har efterfølgende bekræftet dette.

Kapitalisering: kr. 0,-«

Projektleder Hans Christian Sørensen har forklaret, at indklagede fandt det nødvendigt at finde ud af, hvor meget nedbrydningen ville støje, og man antog derfor Demex Rådgivende Ingeniører A/S til at foretage en prøvenedbrydning med samtidig støjmåling. Rapporten konkluderede, at der - uden at støjgrænserne blev overskredet - kunne anvendes 2 forskellige metoder. I afsnit 1.200 i Arbejdsbeskrivelsen vedrørende nedbrydningsarbejdet er nedbrydningsarbejdet beskrevet så præcist, at kravene vedrørende støj vil være opfyldt, når blot beskrivelsen følges. Rapporten fra Demex blev ikke udsendt som en del af udbudsbetingelserne.

Klageren har gjort gældende, at det alene i udbudsbetingelserne er fastlagt, hvilket resultat der skal nås, men ikke fastlagt, at der skal anvendes en bestemt metode til nedbrydningen. Udbudsbetingelserne giver derfor i vidt omfang entreprenøren mulighed for selv at vælge den ønskede arbejdsmetode, det ønskede materiel og den ønskede arbejdstilrettelæggelse. Det forbehold for overholdelse af støjgrænserne, som C.G. Jensen A/S har taget, giver således denne tilbudsgiver mulighed for at vælge mindre bekostelige arbejdsmetoder og mindre bekosteligt materiel til løsning af opgaven, og den fordyrelse af C.G. Jensen A/S' nedbrydning, som en håndhævelse af indklagedes krav om overholdelse af støjgrænserne i givet fald vil kunne indebære, vil C.G. Jensen A/S på grund af forbeholdet kunne overføre til indklagede via et krav om tillægsbetaling. Da disse udgifter ikke kan beregnes med nogen sikkerhed, gør forholdet tilbudet ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at der i udbudsbetingelserne er sket fastlæggelse af en bestemt arbejdsmetode ved nedbrydningen byggende på den målerapport, som indklagede fik udarbejdet, og at der derfor ikke for tilbudsgiverne har været valgfrihed med hensyn til metode og materiel. Da den anviste metode indebærer, at støjgrænserne vil kunne overholdes, har forbeholdet ingen betydning og har derfor kunnet prissættes til 0 kr.

Klagenævnet udtaler:

Der er ikke i udbudsbetingelserne fastsat en bestemt arbejdsmetode vedrørende nedrivningen, og det forbehold vedrørende overholdelse af støjgrænserne, som C.G. Jensen A/S har taget, er derfor

ikke uden betydning. Efter sin beskaffenhed kan forbeholdet prissættes, og det har herefter påhvilet indklagede at prissætte forbeholdet, således at C.G. Jensen A/S, når tilbudene skulle bedømmes på grundlag af tildelingskriteriet »den laveste pris«, med sikkerhed ikke ville opnå en økonomisk fordel på grund af forbeholdet. Da forbeholdet som anført efter sin beskaffenhed kan prissættes, medfører forbeholdet ikke, at tilbudet er ukonditionsmæssigt. Indklagede har imidlertid prissat forbeholdet på grundlag af en ukorrekt vurdering af udbudsbetingelserne, og indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsgesetzet ved at prissætte forbeholdet som sket.

Ad påstand 2.

I den hovedentreprisekontrakt, som indklagede den 13. marts 1997 indgik med C.G. Jensen A/S, er vederlaget aftalt til 45.204.261 kr., hvilket er 6.542.739 kr. mindre end tilbudet af 21. januar 1997 på 51.747.000 kr. Entreprensens omfang er i kontrakten anført således:

»Entreprensens omfang er nærmere fastlagt i det underskrevne kontraktsæt, indeholdende samtlige tegninger, beskrivelser, arbejdsplan, rettelsesblade, AB92 med tilføjelser/fravigelser samt fælles- og særlige betingelser som følger:

- 1) Udbudsbrev med bilag dateret 13/12 1996.
- 2) Rettelsesblad nr. 1 dateret 10/01 1997.
- 3) Rettelsesblad nr. 2 dateret 16/01 1997.
- 4) Deres tilbud dateret 21/01 1997.
- 5) Aftalte ændringer dateret 13/03 1997, rettelsesblad nr. 3.
- 6) Tidsplan dateret 13/03 1997.
- 7) Vejledende betalingsplan dateret 13/03 1997.«

Hovedentreprisekontrakten indeholder følgende vedrørende de 3 forbehold:

Ad A.

»Forbehold er færdigforhandlede, idet det kun er gældende i det omfang, det ikke er i strid med udbudsmaterialet.«

Ad B.

»Det skal præciseres, at der er tale om fiberbetonlevancen. Bygherren kræver garantistillelse for forudbetalinger.«

Ad C.

»Forbeholdet er afklaret og har ingen relevans.«

Rettelsesblad nr. 3 af 13. marts 1997 vedrørende aftalte ændringer indeholder følgende aftalte besparelser, som medførte, at entreprisesummen kunne aftales til 45.204.261 kr.:

	fradrag	tillæg
1. Totaloverdækning	1.938.000	38.000
2. Midlertidig afdækning	390.000	175.000
3. Midlertidig altanafskærming	235.000	17.000
4. Sten på taget	164.000	
5. Glasfiberaltankasser	461.000	
6. Postkasser	111.000	
7. Skabe ved lette facader	217.000	55.000
8. Kontrolvent. Blok 16 og 17	83.000	
9. Malerarbejde en ekstra gang	140.000	
10. Afrensning af gavle	88.000	
11. Overfladebehandling gavle	120.000	
12. Anlægsgartnerarbejde	1.200.000	
13. Disponible beløb	143.000	
14. Vinterforanstaltninger	124.000	
15. Bygningrengøring	40.000	
Frdrag ialt	5.454.000	285.000
Tillæg	<u>285.000</u>	
Besparelse	5.169.000	
Yderligere fradrag:		
16. Ændret tagkonstruktion	<u>931.000</u>	
	6.100.000	
Ændringer vedr. post 1- 15:		
ad 6. Medtages alligevel		111.000
ad 4. Mindre fradrag		101.200
ad 13. Mindre fradrag		<u>143.000</u>
Tillæg	<u>345.400</u>	345.400
	5.754.000	
Yderligere fradrag:		
17. Tagbuer i kip ændret konstruktion	180.000	
18. Altanbrystning simplere udførelse	105.000	
19. Altanbrystning i Collux eller Steni colour	150.000	
20. Indvendig fiberbeton på altaner simplere	45.000	

21. Bygherreleverance anlægs- gartnerarbejde	112.850
22. Ændret vandrende i henhold til skitse	<u>124.000</u>
Endeligt fradrag	6.471.450

Projektleder Hans Christian Sørensen har forklaret, at det efter modtagelsen af de 5 tilbud viste sig, at det billigste tilbud lå langt over det, som boligselskabet havde råd til at betale. Projektet var på forhånd vurderet til 45 mio. kr. excl. moms. Det var derfor nødvendigt at beskære projektet betydeligt. Indklagede valgte C.G. Jensen A/S som den billigste tilbudsgiver til at udføre ombygningen, og indklagede havde derefter kontakt til G.G. Jensen A/S med henblik på at fastlægge, hvorledes projektet kunne begrænses så meget, at boligforeningen havde råd til at gennemføre det. Der blev truffet beslutning om at ændre på 15 punkter i projektet, og dette skete som et diktat over for C.G. Jensen A/S. Beløbene »Fradrag« vedrørende de 15 punkter stammer fra C.G. Jensens A/S' tilbud. Han ved ikke, om C.G. Jensen A/S var berettiget til at sige nej til disse ændringer. Der blev endvidere foretaget ændringer af tagkonstruktionen m.v., som medførte en betydelig besparelse. Der er ikke i kontrakten med C. G. Jensen A/S medtaget nye ydelser, udover hvad der ligger inden for AB92. Beløbene »Tillæg« vedrører følgende: Ad 1. Overdækning af 3 mellemetager. Ad 2. Tagkant afdækkes med tagfolie og sømmes på vindueskarm. Hul efter gesimselementer lukkes med brandbatts, dog lukkes med krydsfiner i stueplan. Ad 3. Altandør afspærres med kæde eller lignende. Ad 7. Skabe ved let facadevæg erstattes med pladelukning. Man havde ikke hos indklagede nogen forestilling om, at det kunne være i strid med Bygge- og anlægsdirektivet at foretage de pågældende ændringer i projektet, og man havde heller ingen forestilling om, at det kunne være i strid med direktivet at forhandle med C.G. Jensen A/S om, hvordan projektet kunne beskæres, så boligforeningen fik råd til at foretage ombygningen. Hvis der skulle have været gennemført et nyt udbud på grundlag af et projekt af et mere begrænset omfang svarende til indklagedes økonomiske formåen, ville ombygningen være blevet forsinket betydeligt.

Klageren har gjort gældende, at det ombygningsarbejde, som indklagede har indgået hovedentreprisekontrakt med C.G. Jensen A/S om, er et væsentligt andet ombygningsarbejde end det, der blev udbudt, og at indklagede efter Bygge- og anlægsdirektivet har været uberettiget til at indgå kontrakt om et sådant væsentligt ændret projekt. Når det efter modtagelsen af de 5 prækvalificerede tilbudsgivers tilbud viste sig, at indklagedes tekniske rådgivere havde fejlvurderet prisen for den udbudte ombygning så meget, at det lå klart, at indklagede ikke havde økonomiske mulighed for at gennemføre det udbudte projekt som planlagt, havde indklagede efter udbudsreglerne 2 muligheder. Indklagede kunne annullere udbudet og derefter gennemføre et nyt udbud på grundlag af et nyt og billigere projekt. Indklagede kunne endvidere gennemføre et udbud efter forhandling efter Bygge- og anlægsdirektivets artikel 7, stk. 2, litra a, idet de afgivne bud var uantagelige efter nationale bestemmelser. Hvis indklagede under dette udbud efter forhandling inddrog samtlige 5 tilbudsgivere, kunne udbudet efter forhandling gennemføres uden en ny udbudsbekendtgørelse. Indklagede havde iøvrigt også haft mulighed for at gennemføre det aktuelle begrænsede udbud på en sådan måde, at der kunne være indgået kontrakt på grundlag af dette udbud, selvom tilbudene oversteg indklagedes økonomiske formåen. Indklagede kunne have udarbejdet projektet således, at det omfattede en række enkeltydelser, som i givet fald kunne udgå af projektet for at billiggøre det, og indklagede skulle samtidig i udbudsbetingelserne have angivet, at foreningen skulle have ret til at udskyde enkelte dele af ydelsen. Tilbudsgiverne havde herefter været forpligtet til at acceptere, at enkeltydelser udgik af projektet, og disse ydelser kunne udgå, uden at der var behov for forhandling med den udvalgte tilbudsgiver.

Klageren har endvidere gjort gældende, at indklagede efter modtagelsen af tilbudene har ført forhandlinger med C.G. Jensen A/S om udskydelser af nogle dele af projektet og om ændring af andre væsentlige dele af projektet herunder tagkonstruktionen, og at allerede den omstændighed, at indklagede har forhandlet med en af tilbudsgiverne - herunder forhandlet om prisen for det ombygningsarbejde, der skulle indgås kontrakt om - også indebærer en overtrædelse af Bygge- og anlægsdirektivet.

Indklagede har gjort gældende, at det ombygningsprojekt, der blev indgået kontrakt om, ikke adskiller sig så meget fra det udbudte ombygningsprojekt, at indklagede ved at indgå kontrakt om dette projekt har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet. Der er alene tale om en besparelse på ca. 12 % af tilbudsprisen, og beskæringen af projektet er helt overvejende sket ved, at dele af projektet, der i tilbudet fra C.G. Jensen A/S var særskilt prissat, er udgået af projektet med en reduktion af prisen svarende til den angivne pris i tilbudet til følge.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at den dialog, som foreningen har haft med C. G. Jensen A/S forud for indgåelsen af kontrakten, ikke har haft karakter af forhandling, hvorfor indklagede ikke har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet konstaterer, at indklagede kunne have udformet udbudsbetingelserne på en sådan måde, at den aktuelle situation ikke var opstået, idet indklagede dels i udbudsbetingelserne kunne have foreskrevet, at der skulle afgives en særskilt pris på en række ydelser, som i givet fald kunne udskydes, hvis den samlede pris blev for høj, dels i udbudsbetingelserne kunne have forbeholdt sig ret til at udskyde disse ydelser af projektet.

Uanset denne konstatering er det imidlertid Klagenævnets vurdering, at ændringerne i projektet efter deres tekniske beskaffenhed og deres omfang i forhold til det udbudte projekt ikke indebærer, at indklagede har handlet i strid med udbudsreglerne ved at indgå kontrakt om en renovering med disse ændringer. Klagenævnet har herved tillagt det betydning, at prissætningen af ændringerne i det væsentlige er sket på grundlag af priser, der var anført i tilbudet fra C.G. Jensen A/S. Indgåelsen af en kontrakt af dette indhold indebærer således ikke i sig selv en tilsidesættelse af Bygge- og anlægsdirektivet eller ligebehandlingsprincippet.

Derimod giver de oplysninger om kontakten mellem indklagede og C.G. Jensen A/S efter modtagelsen af de 5 tilbud, der er tilvejebragt af Klagenævnet, fornødent grundlag for at fastslå, at der mellem indklagede og C.G. Jensen A/S er ført forhandlinger om ændringer i projektet herunder om prissætning af ændringer, som indebærer en tilsidesættelse af Bygge- og anlægsdirektivet og af ligebehandlingsprincippet.

Ad påstand 3.

Klageren har gjort gældende, at de 3 forbehold medfører, at C.G. Jensen A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt, og at indklagede derfor var såvel berettiget som forpligtet til ikke at tage tilbudet i betragtning. Indklagede har imidlertid indgået kontrakt på grundlag af tilbudet, og en sådan markant tilsidesættelse af udbudsreglerne, som indebærer en favorisering af C.G. Jensen A/S på de øvrige 4 tilbudsgivers bekostning, må medføre, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med C. G. Jensen A/S.

Indklagede har gjort gældende, at Klagenævnets eventuelle konstatering af, at et eller flere af de 3 forbehold i C.G. Jensen A/S' tilbud har gjort dette tilbud ukonditionsmæssigt, således at indklagede var uberettiget til at tage tilbudet i betragtning, blandt andet under hensyn til, at der allerede er indgået kontrakt med C.G. Jensen A/S, og at dette selskab allerede har påbegyndt ombygningsarbejdet, ikke bør medføre, at indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med C.G. Jensen A/S annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Det følger af det anførte ad forbehold A, at indklagede har været uberettiget til at tage tilbudet fra C.G. Jensen A/S i betragtning, og at indklagede derfor ved at træffe beslutning om at indgå kontrakt med dette selskab har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet. Det fremgår endvidere af det anførte ad påstand 2, at indklagede ved indgåelsen af kontrakten med C.G. Jensen A/S har handlet i strid med udbudsreglerne, fordi indgåelsen af kontrakten skete efter reelle forhandlinger med C.G. Jensen A/S. Disse tilsidesættelser af udbudsreglerne har således medført, at der er indgået kontrakt dels på grundlag af et tilbud, som skulle have været ladet ude af betragtning, dels efter forhandlinger, som har været videregående end tilladeligt efter udbudsreglerne. Som følge heraf annullerer Klagenævnet indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med C.G. Jensen A/S.

Ad tildelingskriteriet.

I udbudsbekendtgørelsen er tildelingskriteriet angivet således: »Erfaring med renoveringsprojekt med de skitserede konstruktioner. Erfaring med arbejde i en almennyttig afdeling i drift. Størrelse og ekspertise til at gennemføre opgaven.«

I udbudsbetingelserne er tildelingskriteriet angivet således: »Bygherren forbeholder sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud.....«

Projektleder Hans Christian Sørensen har forklaret, at indklagede under udbudet ønskede at tildele opgaven til den tilbudsgiver, der afgav den laveste pris, og da tilbudene forelå, besluttede man sig da også i overensstemmelse hermed at tildele C.G. Jensen A/S opgaven. Han er sikker på, at alle de 5 tilbudsgivere var klar over, at opgaven ville blive tildelt den tilbudsgiver, som afgav det billigste tilbud. Indklagede blev under udbudet rådgivet af Paludan og Ramsager Arkitekter M.A.A. og af DAB (Dansk almennyttigt Boligselskab).

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet har under behandlingen af sagen konstateret, at indklagede ikke i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne har anført et tildelingskriterium, der er i overensstemmelse enten med artikel 30, stk. 1, litra a, eller med artikel 30, stk. 1, litra b. Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at anføre disse tildelingskriterier i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne.

Såfremt indklagede under udbudet havde anvendt eller tilsigtet at anvende de anførte ulovlige tildelingskriterier, var der grundlag for at annullere udbudet. Klagenævnet lægger imidlertid efter de oplysninger, der er fremkommet under sagens behandling, til grund, at indklagedes hensigt uanset de anførte angivelser i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne har været under udbudet at anvende tildelingskriteriet i artikel 30, stk. 1. litra a, »den laveste pris«, og at indklagede også rent

faktisk under udbudet har anvendt dette kriterium. Angivelsen af tildelingskriteriet på den anførte måde i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne skyldes efter det oplyste, at indklagede ikke har haft kvalificeret sagkyndig bistand ved gennemførelsen af udbudet.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Hundested Almennyttige Boligforening, har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at tage C.G. Jensen A/S' tilbud vedrørende renovering af bebyggelsen Høje Tøpholm I og II i betragtning, fordi følgende forbehold medfører, at tilbudet er ukonditionsmæssigt: »Entreprenørforeningens standardforbehold af november 1995 vedrørende AB92 samt øvrige relevante faglige forbehold.«

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet og princippet om ligebehandling ved forud for indgåelsen af kontrakten med C.G. Jensen A/S om renovering af bebyggelsen Høje Tøpholm I og II at have forhandlet med C.G. Jensen A/S om ændringer i projektet herunder om prissætning af ændringer.

Indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med C.G. Jensen A/S annulleres.

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved ikke i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne at anføre det tildelingskriterium, som skulle anvendes under udbudet - nemlig tildelingskriteriet i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a - men derimod nogle tildelingskriterier, som begge var i strid med artikel 30, stk. 1.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klageren, Højgaard og Schultz A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales klageren.