

K E N D E L S E

HP Gruppen A/S af 1953
(advokat Holger Schöer, Århus)

mod

Hjørring Kommune
(advokat Lone Møller, Århus)

Den 2. juni 2004 iværksatte Hjørring Kommune en begrænset licitation uden prækvalifikation efter Tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende etablering af 42 ældreboliger i en bestående bygning i Fynsgade 9 i Hjørring. Tilbudene skulle bedømmes efter tildelingskriteriet »det laveste bud«.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 2. juni 2004 til følgende udpegede ansøgere:

1. NCC Construction Danmark A/S
2. HP Gruppen A/S af 1953
3. J & B Entreprise A/S
4. Arne Andersen Vrå A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 5. august 2004 havde virksomhed nr. 1 - 4 afgivet tilbud. Den 25. august 2004 besluttede Hjørring Kommune at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 22. september 2004.

Den 23. september 2004 indgav klageren, HP Gruppen A/S af 1953, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hjørring Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 6. januar 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at afvise tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S, uagtet disse tilbud indeholdt vilkår om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, idet disse standardforbehold i punkt 3 indeholder forbehold vedrørende sikkerhedsstillelse, hvilket vedrører grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at afvise tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S, uagtet disse tilbud indeholdt vilkår om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, idet disse standardforbehold i punkt 3 indeholder et forbehold vedrørende sikkerhedsstillelse, som er af så usikker økonomisk rækkevidde, at det ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan prissættes.

Påstand 3 (mere subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at foretage korrekt pris-sætning af forbeholdet om sikkerhedsstillelse, som med vilkårene om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, var indeholdt i tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at afvise tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S, uagtet disse tilbud indeholdt vilkår om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, idet disse standardforbehold i punkt 5 indeholder forbehold vedrørende vinterforanstaltninger, hvilket vedrører grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at afvise tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S, uagtet disse tilbud indeholdt vilkår om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, idet disse standardforbehold i punkt 5 indeholder et forbehold vedrørende vinterforanstaltninger, som er af så usikker økonomisk rækkevidde, at det ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan prissættes.

Påstand 6 (mere subsidiær i forhold til påstand 4)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at foretage korrekt pris-sætning af forbeholdet om vinterforanstaltninger, som med vilkårene om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, var indeholdt i tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved at anse klagerens tilbud for at indeholde et forbehold vedrørende parketgulve.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at foretage korrekt pris-sætning af forbeholdet om parketgulve i klagerens tilbud.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved at anse klagerens tilbud for at indeholde et forbehold vedrørende udskiftning af sten.

Påstand 10 (subsidiær i forhold til påstand 9)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at foretage korrekt pris-sætning af forbeholdet om udskiftning af sten i klagerens tilbud.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved at anse klagerens tilbud for ikke at opfylde kravene i rettelsesblad 1 og foretage prissætning vedrørende ingeniørarbejder og arkitektarbejder af de forbehold, der måtte følge heraf.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved at have besluttet at indgå kontrakt med NCC Constructions Danmark A/S og ikke med klageren, uagtet klageren havde afgivet det laveste konditionsmæssige tilbud.

Påstand 13

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 2.675.000 kr. med procesrente fra den 23. september 2004.

Påstand 14 (subsidiær i forhold til påstand 13)

Indklagede tilpligtes til i forhold til klageren at betale 169.476 kr. med procesrente fra den 23. september 2004.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 12 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 13 og 14 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 13 og 14, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 12.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 15

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 2, jf. stk. 1, ved i licitationsbetingelserne at anføre, at tildelingskriteriet er »billigste pris«.

Spørgsmål 16

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med EF-traktatens artikel 28 ved i licitationsbetingelsernes »entreprisebeskrivelse« pkt. 2.310.57 at anføre »Gulve udføres som Junckers 14 mm bøjlesystem«.

Sagens nærmere omstændigheder

Den 2. juni 2004 udsendte indklagedes tekniske rådgiver, Cowi A/S, en skrivelse benævnt »Udbudsbrev« til en række virksomheder. I skrivelsen var bl.a. anført følgende:

»I forbindelse med ombygning af plejehjemmet Fynsgade til ældreboliger fremsendes hermed udbudsmateriale til prissætning ved den begrænsede licitation i hovedentreprise.

Licitationen gennemføres på grundlag af et udbudsmateriale, der er en kombination af et detailprojekt for arkitektarbejdernes vedkommende samt udvidet funktionsudbud for konstruktioner og øvrige ingeniørarbejder, som forinden projektet bringes til udførelse, skal endelig detailprojekteres.

Denne detailprojektering skal gennemføres i et samarbejde mellem entreprenør og bygherrens rådgiver, således at de mest optimale løsninger indføres for projektet.

.....

Tildelingskriteriet (jf. Lov om indhentning af tilbud i Bygge- og anlægssektoren – lov nr. 450 af 7. juni 2001) er billigste pris«.

I licitationsbetingelserne af 24. maj 2004 er i »Byggesagsbeskrivelsen« fastsat følgende:

»1 Generelle betingelser

1.1 Generel orientering

Hjørring Kommune har vedtaget at etablere 42 ældreboliger i en bestående bygning på Fynsgade.

Bygningen er beliggende Fynsgade 9.

Bebyggelsen har et samlet areal på ca. 4.500 m².

En væsentlig del af de oprindelige bærende konstruktioner påregnes genanvendt. Krav til den nye indretning fremgår af nærværende projektbeskrivelse og tegninger.

.....

1.6 Tilbudet

Tilbud skal være hovedentreprisetilbud omfattende alle i udbudsgrundlaget omtalte ydelser og leverancer, hvor andet ikke er anført.

Hovedentreprenørens tilbud skal som minimum omfatte:

- Udfyldte tilbudslistes

1.6.1 Tilbudets specifikation

.....

Forbehold ved tilbudsafgivelsen skal anføres på selve tilbudslisten for at blive anerkendt som gældende for tilbudet.

.....

1.6.2

Tilbudets bedømmelse

Bygherren vurderer indkomne tilbud ud fra billigste pris i henhold til Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, lov nr. 450 af 7. juni 2001«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud var der modtaget følgende tilbud i priser ekskl. moms:

NCC Construction Danmark A/S (alternativt tilbud):	24.950.000,00 kr.
NCC Construction Danmark A/S (hovedtilbud):	25.550.000,00 kr.
Klageren:	25.556.000,00 kr.
J & B Entreprise A/S:	25.870.000,00 kr.
Arne Andersen Vrå A/S (hovedtilbud):	26.784.000,00 kr.
Arne Andersen Vrå A/S (alternativt tilbud):	32.961.163,75 kr.

I klagerens tilbud var i tilbudslistens rubrik »Forbehold og bemærkninger« anført »vedlagt«, og tilbudet var vedlagt en skrivelse, hvori bl.a. var anført følgende:

»For vort tilbud er flg. Forudsætninger gældende:

- Dansk Byggeris standardforbehold (excl. Punkt 3 og 5)«.

I hovedtilbudet og det alternative tilbud såvel fra NCC Construction Danmark A/S som fra Arne Andersen Vrå A/S var i tilbudslistens rubrik »Forbehold og bemærkninger« anført, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 var gældende for tilbudet, uden at der var gjort undtagelse fra enkelte bestemmelser i standardforbeholdet.

Klageren anmodede ved skrivelse af 5. august 2004 indklagedes tekniske rådgiver om at oplyse, hvorvidt de indkomne tilbud blev betragtet som konditionsmæssige, idet opmærksomheden henledtes på punkt 5 om vinterforanstaltninger i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 og på, at nogle tilbudsgivere havde taget standardforbeholdet i sin helhed.

Ved skrivelse af 6. august 2004 fra NCC Construction Danmark A/S til indklagedes tekniske rådgiver hedder det:

»Efter et usædvanligt tæt opløb ved licitationen g.d., er der efter det oplyste, opstået en usikkerhed om licitationsresultatet.

Efter samråd med vor juridiske afdeling, fastholder vi at have afgivet det billigste konditionsmæssige tilbud og dermed, jf. udbud forhandlingsberettiget til at få overdraget entreprisen.

Med den i udbud angivne tidsplan kan bygherren uden problemer kapitalisere vort vejrligsforbehold til 0 kr.

Ved en forhandling vil vi være indstillet på at frafalde pkt. 3 og 5 i vort standardforbehold for både hovedtilbud og vort alternative tilbud.

For at udelukke enhver tvivl, kan bygherren antage vort alternative tilbud som er 750 t.kr. billigere – men som til fulde opfylder funktionskravene i udbudet«.

I perioden fra 11. august til 15. september 2004 var der yderligere skriftveksling mellem klageren og indklagedes tekniske rådgiver. I den forbindelse skrev indklagedes tekniske rådgiver den 18. august 2004 således til klageren:

»Vi takker for de indkomne tilbud.

Da nogle af tilbudene indeholdt forhold, som kunne have indflydelse på tilbudsprisen, har vi ladet foretage en juridisk vurdering.

Resultatet heraf er, at alle tilbud kan betragtes som konditionsmæssige, såfremt bygherren lader foretage en kapitalisering af forholdene og regulerer de respektive tilbud herefter.

Kapitaliseringen har ikke ændret ved rækkefølgen, hvorfor bygherren agter at indlede kontraktforhandlinger med NCC«.

Ved brev af 15. september 2004 meddelte indklagedes tekniske rådgiver klageren, at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 22. september 2004 på baggrund af hovedtilbudet fra NCC Construction Danmark A/S.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaring af produktionschef Henrik Petersen og projektchef Poul Rasmussen, begge HP Gruppen A/S af 1953, samt ingeniør Bo Essenbæk, indklagedes tekniske rådgiver.

Specielt ad påstand 1 – 3

I licitationsbetingelserne er i »Byggesagsbeskrivelsen« i afsnit »2. AB 92 med tilføjelser og fravigelser« som en bemærkning til § 7 i AB 92 anført følgende:

»Fravigelse
Bygherren opretter ikke sikkerhedsstillelse«.

I Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, der uden undtagelser er gældende for tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S, er i punkt 3 anført følgende:

»Det forudsættes, at bygherren stiller den i AB 92, § 7 nævnte sikkerhed. Dette skal ske senest 8 arbejdsdage efter entreprisens indgåelse«.

I en indstilling af 17. august 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver, hvori eventuelle forbehold i de indkomne tilbud er gennemgået og prissat, er der ikke vedrørende tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S sket prissætning som følge af forbehold vedrørende sikkerhedsstillelse.

Specielt ad påstand 4 – 6

I licitationsbetingelserne er i »Byggesagsbeskrivelsen« fastsat følgende:

»1.4.4 Vejrligsforanstaltninger

Vejrligsforanstaltninger gennemføres i henhold til Bygge- og Boligstyrelsens bekendtgørelse nr. 728 af 5. september 1995 »Bekendtgørelse om bygge- og anlægsarbejder i vinterperioden« samt Bygge- og Boligstyrelsens vejledning af oktober 1995 »Vejledning om vinterbyggeri«.

Udvidede vinterforanstaltninger vedrørende levering af varm beton samt afdækning af jord, betonfundamenter samt betonterrændæk honoreres efter faktisk leverede ydelser. Arbejdet må ikke påbegyndes før der er udarbejdet en af entreprenøren og bygherren underskrevet aftaleseddel.

Samtlige øvrige nødvendige vinterforanstaltninger - overenskomstmæssige såvel som udvidede – skal være indeholdt i tilbudssummen til fast pris«.

I licitationsbetingelserne er endvidere som en bemærkning til AB 92 § 7 anført følgende:

»Fravigelse
Bygherren opretter ikke sikkerhedsstillelse«.

Ombygningen og renoveringen skulle i henhold til tidsplanen ske fra uge 42 i 2004 til uge 38 i 2005.

I Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, der uden undtagelser er gældende for tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S, 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 indstillingen af 17. august 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver, hvori eventuelle forbehold i de indkomne tilbud er gennemgået og prissat, er »Ikke indregnet udvendige vinterforanst.« i tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S prissat til 175.000 kr. Beløbet fremkommer ifølge indstillingen således:

»Udendørs orienteringsbelysning		kr. 12.000
Indendørs orienteringsbelysning		kr. 40.000
Frostsikring byggherreinstallationer	anslået	kr. 5.000
Isolering + opvarmning container		kr. 10.000
Snerydning og saltning		kr. 51.000
Frostsikring/optøning	anslået	kr. 5.000
Varmt vand/varme sten	anslået	kr. 5.000
Interimistisk lukning facader		<u>kr. 20.000</u>
		kr. 148.000
Usikkerhed 25%		kr. 175.000«.

Indklagede har oplyst, at der ved prissætningen er taget højde for, at det stod entreprenøren frit for at planlægge bygge- og anlægsarbejdet således, at en væsentlig del af de arbejder, der kunne nødvendiggøre vinterforanstaltninger, kunne udføres uden for vinterperioden.

Klageren har i forbindelse med sagens behandling ved Klagenævnet oplyst, at klageren i sit tilbud havde indkalkuleret 425.000 kr. som prisen for vinterrisikoen. Beløbet fremgår ikke direkte af klagerens tilbud, men er fordelt ud over de enkelte fag efter et skøn.

Specielt ad påstand 7 – 8

I licitationsbetingelserne er i »Entreprisebeskrivelsen« i afsnit »2.300 Tømrer- og Snedkerarbejdet« bl.a. anført følgende:

»2.310.57 (33) Trægulve - Parket

Parketgulve udføres i stue/køkken i alle boliger.

Gulve udføres som Junkers 14 mm. bøjlesystem.

Gulve skal udføres nøje i henhold til fabrikantens anvisninger som angivet på tegninger og som følger.

Brædder 14 mm massiv bøg HARMONI, ultramat lak. Mellemlag af Junkers Polyfilt.

Inden parketgulvene nedlægges, må entreprenøren henvende sig til A/S Junckers Savværk for kontrolbesøg på stedet af firmaets konsulent af hensyn til bedømmelse af husets tørhedsgrad, parketbræddernes nedlægningsformål m.v. og der skal foreligge rapport fra JUNCKERS«.

I klagerens tilbud er i tilbudslisten i afsnit »2.300 Tømrer- og snedkerarbejdet« ud for position »7. Pkt. 2.300.57 Pris for trægulve - parket« med hånd-

skift skrevet »L.PARKET«. Prisen ud for denne position er angivet til 313.000 kr.

Den tilsvarende pris i tilbudet fra J & B Entreprise A/S, der for denne post havde afgivet det næstlaveste tilbud, er angivet til 570.000 kr.

I indstillingen af 17. august 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver, hvori eventuelle forbehold i de indkomne tilbud er gennemgået og prissat, er »Lamelparket - massiv bøgeparket« i tilbudet fra klageren prissat til 278.000 kr. Beløbet er ifølge indstillingen fremkommet ved, at indklagedes pris på 313.000 for »7. Pkt. 2.300.57 Pris for trægulve - parket« er fratrasket den gennemsnitlige pris herfor i de øvrige tre tilbud.

Specielt ad påstand 9 – 10

I licitationsbetingelserne er i »Entreprisebeskrivelsen« i afsnit »2.270 Murerarbejdet« bl.a. anført følgende:

»2.270.33 (21) Eksist. ydervægge – fugning mv.

.....

Eksist. fuger udkradses/udfræses til 20 mm's dybde. Beskadigede sten udskiftes. Fuger blæses rene for støv m.v. med trykluft inden fugning«.

I klagerens tilbud er i tilbudslisten i afsnit »2.200 Råhusarbejdet« under tilbudslistens faste poster af klageren tilføjet følgende:

»Indregnet:

Udskiftning 50 sten«.

I indstillingen af 17. august 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver, hvori eventuelle forbehold i de indkomne tilbud er gennemgået og prissat, er »Begrænsning på udskiftning af sten« i tilbudet fra klageren prissat til 26.250 kr. Beløbet er ifølge indstillingen fremkommet ved, at det er lagt til grund, at der skulle udskiftes 400 mursten, og at dette koster 75 kr. pr. stk. Til klagerens tilbud er således lagt prisen for udskiftning af yderligere 350 mursten til 75 kr., svarende til de 26.250 kr. Det er ikke oplyst, hvorledes antallet af mursten, der skulle udskiftes, er fundet.

Specielt ad påstand 11

Den 24. juni 2004 fremsendte indklagedes arkitekt, Arkitektfirmaet Finn Østergaard A/S, en revideret tilbudsliste for så vidt angår afsnit »2.220 Anlægsarbejdet« til tilbudsgiverne.

Med rettelsesblad nr. 1 af 30. juli 2004 blev til tilbudsgiverne fremsendt en ny side 4 til tilbudslisten samt en »tro og love-erklæring« vedrørende forfalden gæld til det offentlige

I klagerens tilbud var intet anført i tilbudslistens rubrik »Jeg anerkender, at have modtaget følgende rettelsesblade«. Klagerens tilbud var imidlertid vedlagt en udfyldt tilbudsliste med den nye side 4, der var fremsendt med rettelsesblad nr. 1, og med det reviderede afsnit af tilbudslisten for så vidt angår afsnit »2.220 Anlægsarbejdet«, der blev fremsendt til tilbudsgiverne den 24. juni 2004. Ved klagerens tilbud var endvidere lagt en udfyldt »tro og love-erklæring« vedrørende forfalden gæld til det offentlige.

I tilbudslisterne i tilbudene fra samtlige de øvrige tre tilbudsgivere var i rubrikken »Jeg anerkender, at have modtaget følgende rettelsesblade« anført, at rettelsesblad nr. 1 var modtaget.

I indstillingen af 17. august 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver, hvori eventuelle forbehold i de indkomne tilbud er gennemgået og prissat, er »Ikke medtaget rettelsesblad 1« i tilbudet fra klageren prissat til 360.400 kr. Beløbet fremkommer ifølge indstillingen således:

»Tilbud, som ikke kan anses for at have udsendelsens nr. 1 anførte forhold med i prisen.

Ingeniørarbejder iht. DPR	kr. 146.000
Arkitektarbejder	<u>kr. 214.400</u>
	<u>kr. 360.400«.</u>

Specielt ad spørgsmål 16

I licitationsbetingelserne er i »Entreprisebeskrivelsen« i afsnit »2.300 Tømrer- og Snedkerarbejdet« bl.a. anført følgende:

»2.310.57 (33) Trægulve - Parket

Parketgulve udføres i stue/køkken i alle boliger.

Gulve udføres som Junkers 14 mm. bøjlesystem.

Gulve skal udføres nøje i henhold til fabrikantens anvisninger som angivet på tegninger og som følger.

Brædder 14 mm massiv bøg HARMONI, ultramat lak. Mellemlag af Junkers Polyfilt.

Inden parketgulvene nedlægges, må entreprenøren henvende sig til A/S Junkers Savværk for kontrolbesøg på stedet af firmaets konsulent af hensyn til bedømmelse af husets tørhedsgrad, parketbræddernes nedlægningsformål m.v. og der skal foreligge rapport fra JUNKERS«.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det i licitationsbetingelsernes »Byggesagsbeskrivelse« i afsnit »2. AB 92 med tilføjelser og fravigelser« som en bemærkning til § 7 i AB 92 er anført, at indklagede ikke stiller sikkerhed, at det i punkt 3 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 er anført, at det forudsættes, at bygherren stiller den i AB 92, § 7 nævnte sikkerhed, at det nævnte punkt 3 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 var gældende for tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S, at disse tilbudsgivere derved har taget et forbehold over for licitationsbetingelserne, at dette forbehold vedrører grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, og at indklagede derfor havde pligt til at undlade at tage de pågældende tilbud i betragtning.

Indklagede har gjort gældende, at det i licitationsbetingelsernes »Byggesagsbeskrivelse« i afsnit »2. AB 92 med tilføjelser og fravigelser« som en bemærkning til § 7 i AB 92 er anført, at indklagede ikke stiller sikkerhed, at en entreprenør i medfør af § 7 i AB 92 alene over for en privat bygherre kan stille fremsætte krav om etablering af sikkerhed for bygherrens betalingsforpligtelse over for entreprenøren, at indklagede er en offentlig bygherre, og at punkt 3 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 om, at det forudsættes, at bygherren stiller den i AB 92, § 7, nævnte sikkerhed, således ikke udgør et forbehold.

Ad påstand 2

Klageren har - såfremt Klagenævnet finder, at det nævnte forbehold vedrørende sikkerhedsstillelse ikke vedrører grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne - gjort gældende, at forbeholdet var af så usikker økonomisk rækkevidde, at tilbudet ikke med tilstrækkelig sikkerhed kunne prissættes på objektivt grundlag, og at indklagede derfor af denne årsag havde pligt til at undlade at tage de pågældende tilbud i betragtning.

Indklagede har henvist til det anførte ad påstand 1.

Ad påstand 3

Klageren har - såfremt Klagenævnet finder, at indklagede ikke havde pligt til at afvise tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S som følge af det nævnte forbehold om sikkerhedsstillelse - gjort gældende, at indklagede havde pligt til at prisætte forbeholdet, hvilket ikke er sket, og at indklagede derfor har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingspeincippet.

Indklagede har henvist til det anførte ad påstand 1.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det i licitationsbetingelsernes »Byggesagsbeskrivelse« i afsnit »1.4.4 Vejrligsforanstaltninger« er fastsat, at hovedparten af alle nødvendige vinterforanstaltninger, herunder ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger, skal være indeholdt i tilbudssummen til fast pris, at det i punkt 5 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 er anført, at snerydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger betales særskilt som ekstraarbejder efter regning, idet der ellers er ret til tidsfristforlængelse og betaling af stilstandsomkostninger, at punkt 5 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 var gældende for tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S, at disse tilbudsgivere derved har taget et forbehold over for prisen og tidsplanen i relation til licitationsbetingelserne, at dette forbehold vedrører grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, idet pris og tidsplan er væsentlige parametre ved sammenligningen af tilbudene, og at indklage-

de derfor havde pligt til at undlade at tage de pågældende tilbud i betragtning.

Indklagede har gjort gældende, at NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S har taget Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, herunder punkt 5 om vinterforanstaltninger, således at disse tilbudsgivere vil kunne kræve snerydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger betalt særskilt som ekstraarbejder, idet der ellers er ret til tidsfristforlængelse og betaling af stilstandsomkostninger, at dette udgør et forbehold i forhold til licitationsbetingelserne, at et sådant forbehold vedrørende vinterforanstaltninger imidlertid ikke vedrører grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, herunder idet der alene ved den konkrete bygge- og anlægsopgave skal ske ombygning af en eksisterende bygning, og at indklagede derfor ikke af denne grund havde pligt til at afvise tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S.

Ad påstand 5

Klageren har - såfremt Klagenævnet finder, at det nævnte forbehold vedrørende vinterforanstaltninger ikke vedrører grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne - gjort gældende, at forbeholdet var af så usikker økonomisk rækkevidde, at tilbudet ikke med tilstrækkelig sikkerhed kunne prissættes på objektivt grundlag, idet behovet for vinterforanstaltninger ikke på forhånd entydigt kan fastlægges, og at indklagede derfor af denne årsag havde pligt til at undlade at tage de pågældende tilbud i betragtning.

Indklagede har gjort gældende, at det forbehold, der er nævnt ad påstand 4, har klare økonomiske konsekvenser, som på objektivt grundlag kan vurderes og prissættes på grundlag af licitationsbetingelserne og det almindelige erfaringsgrundlag vedrørende behovet for vinterforanstaltninger, at det således var muligt for indklagede med tilstrækkelig sikkerhed at prissætte dette forbehold med henblik på at gøre tilbudene sammenlignelige, at klageren således også selv har været i stand til at sætte en pris på vinterforanstaltninger i sit tilbud, og at indklagede derfor ikke af denne grund havde pligt til at afvise tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S.

Ad påstand 6

Klageren har - såfremt Klagenævnet finder, at indklagede ikke havde pligt til at afvise tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S, som følge af det forbehold, der er nævnt i påstand 4-5, - gjort gældende, at indklagede havde pligt til objektivt og korrekt at prisætte forbeholdet på en sådan måde, at der er sikkerhed for, at de tilbudsgivere, der har taget forbeholdet, ikke derved opnår nogen konkurrencemæssig fordel, at den prissætning af forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger, som indklagedes tekniske rådgiver foretog i indstillingen af 17. august 2004, ikke er objektiv og korrekt, idet der bl.a. ikke er taget hensyn til, at bygningens varmeinstallationer nedbrydes, og at indklagede derfor har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at den foretagne prissætning af forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger i tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S, der er sket i indstillingen af 17. august 2004, er objektiv og korrekt vurderet i forhold til den konkrete bygge- og anlægsopgave, og at de pågældende tilbudsgivere som følge heraf ikke opnår nogen fordel ved at have taget det pågældende forbehold. Det skal i den forbindelse tages i betragtning, at der ikke på den eksisterende bygning i forbindelse med arbejdet skulle ske samtidig udskiftning af vinduer, døre eller tag, således at indvendige arbejder derfor kunne udføres i en lukket bygning, og at arbejdet i henhold til tidsplanen skulle udføres fra uge 42 i 2004 til uge 38 i 2005, således at tilbudsgiverne i forbindelse med udarbejdelse af tidsplanen kunne tilrettelægge arbejdet således, at det begrænsede udvendige arbejde, der skulle udføres i forbindelse med tilbygningen, kunne foretages uden for vinterperioden.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at det ikke udgør et forbehold vedrørende parketgulve, at der i klagerens tilbud i tilbudslisten i afsnit »2.300 Tømrer- og snedkerarbejdet« ud for position »7. Pkt. 2.300.57 Pris for trægulve - parket« med håndskrift er skrevet »L.PARKET«, idet klageren med denne tilføjelse alene havde til hensigt at præcisere, at der – som krævet i licitationsbetingelserne - ville blive leveret et lakeret parketgulv og ikke et lamel-parketgulv. Tilføjelsen beror således alene på klagerens forglemmelse af, at det allerede i licitationsbetingelserne var angivet, hvilken overfladebehand-

ling parketgulvet skulle have, idet man ville præcisere, at parketgulvet ikke ville være olieret.

Indklagede har gjort gældende, at det i licitationsbetingelserne er fastsat, at parketgulve skulle udføres som Junkers 14 mm bøg HARMONI i ultramat lakering, at klageren i sit tilbud i tilbudslisten i afsnit »2.300 Tømrer- og snedkerarbejdet« ud for position »7. Pkt. 2.300.57 Pris for trægulve - parket« med håndskrift har skrevet »L.PARKET«, at klageren som tilbudsgiver bærer risikoen for, om bemærkninger i et tilbud, herunder ved tilføjelser til tilbudslisten, er uklare og derfor af udbyderen betragtes som et forbehold, at indklagede har pligt til at prissætte enhver bemærkning i et tilbud, der kan antages at udgøre et forbehold, med henblik på at sikre, at den pågældende tilbudsgiver ikke opnår en konkurrencemæssig fordel derved, at den pågældende bemærkning i klagerens tilbud er indholdsløs, hvis ikke den skal forstås således, at klageren agter at levere lamelparketgulv, og at indklagede således med rette har anset den håndskrevne bemærkning om »L.PARKET« i tilbudslisten til klagerens tilbud som et forbehold.

Ad påstand 8

Klageren har henvist til det anførte ad påstand 7.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes prissætning er sket på objektivt grundlag og er korrekt, idet prissætningen er foretaget på baggrund af prisen i tilbudene fra de øvrige tilbudsgivere og i forhold til det samlede gulvareal.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at klageren i sit tilbud har forudsat, at der skulle udskiftes maksimalt 50 mursten i forbindelse med reparationen af de eksisterende ydervægge, at klageren således alene i sit tilbud har indregnet prisen herfor og derfor har gjort en bemærkning herom i tilbudet, at indklagede ikke har dokumenteret, at der skulle udskiftes et større antal mursten, eller anført kriterier for, hvornår stenene skulle betragtes som så beskadigede, at de skulle skiftes, hvilket således beror på et skøn, og at klagerens tilbud derfor ikke indeholdt forbehold vedrørende udskiftning af sten.

Indklagede har gjort gældende, at det i licitationsbetingelsernes »Entreprisebeskrivelse« i afsnit »2.270 Murerarbejdet« er fastsat, at beskadigede sten på de eksisterende ydervægge skulle udskiftes, at antallet af sten, der skulle udskiftes, ikke ved modtagelsen af tilbudene var kendt, men entreprenøren havde pligt til at udskifte alle sten, der var beskadigede, at klageren imidlertid i sit tilbud har forudsat, at der alene skulle udskiftes maksimalt 50 mursten og således i sit tilbud alene har indregnet prisen herfor, at klageren tilbud på udførelse af en hovedentreprise skal omfatte alle de opgaver, der på baggrund af licitationsbetingelserne skal udføres, at klageren som tilbudsgiver bærer risikoen for, om bemærkninger i tilbudet af udbyderen betragtes som et forbehold, at indklagede har pligt til at prissætte enhver bemærkning i tilbudet, der kan antages at udgøre et forbehold, med henblik på at sikre, at den pågældende tilbudsgiver ikke opnår en konkurrencemæssig fordel derved, og at indklagede således med rette har anset den begrænsning i antallet af mursten, der skulle udskiftes, som fremgik af klagerens tilbud, som et forbehold.

Ad påstand 10

Klageren har henvist til det anførte ad påstand 7.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes prissætning er sket på objektivt grundlag og er korrekt, idet det er sket på baggrund af indklagedes rimelige skøn over det antal sten, der skulle skiftes, og en rimelig pris herfor på 75 kr. pr. sten.

Ad påstand 11

Klageren har erkendt, at det ved en fejl ikke i den dertil indrettede rubrik i tilbudslisten i klagerens tilbud var anført, at rettelsesblad nr. 1 var modtaget. Klageren har imidlertid gjort gældende, at det utvivlsomt fremgik af klagerens tilbud, at det var afgivet under hensyntagen til det, der fremkom med rettelsesblad nr. 1, idet den »tro og love-erklæring« vedrørende forfalden gæld til det offentlige, der var fremsendt med rettelsesblad nr. 1, var udfyldt og vedlagt klagerens tilbud, og idet de justeringer i tilbudslisten, der fremgik af rettelsesblad nr. 1, var indarbejdet i klagerens tilbud. Klageren har endvidere mundtligt i forbindelse med tilbudenens åbning og siden ved skrivelse af 13. august 2004 til indklagedes tekniske rådgiver tilkendegivet, at rettelsesblad nr. 1 var modtaget, og at tilbudslisten

var udfyldt på grundlag af bl.a. oplysningerne deri. Indklagede har på denne baggrund ikke været berettiget til at fastslå, at klagerens tilbud indeholdt forbehold vedrørende det i rettelsesblad nr. 1 anførte om ingeniørarbejder og arkitektarbejder og som følge heraf foretage en prissætning som sket i indstillingen af 17. august 2004 fra indklagedes tekniske rådgiver.

Indklagede har gjort gældende, at det i licitationsbetingelsernes »Byggesagsbeskrivelse« i afsnit »6.1 Tilbudet« er anført, at tilbudene som minimum skal omfatte udfyldte tilbudslistes, der skal være udfyldt, at klageren ikke i sit tilbud har anerkendt at have modtaget rettelsesblad nr. 1 med de deri indeholdte rettelser til tilbudslisten, at indklagede således med rette har været i tvivl om, hvorvidt der i klagerens tilbud var medregnet alle de ydelser, der fremgik af rettelsesblad nr. 1, at indklagede har været uberettiget til at rette henvendelse til klageren derom efter modtagelsen af tilbudene, og at indklagede som følge af denne uklarhed havde pligt til at anse klagerens tilbud som indeholdende et forbehold vedrørende de ydelser, der fremgik af rettelsesblad nr. 1.

Ad påstand 12

Klageren har gjort gældende, at tilbudene skulle bedømmes efter tildelingskriteriet »det laveste bud«, at såfremt indklagede ikke havde anset klagerens tilbud for indeholdende forbehold vedrørende parketgulve, udskiftning af sten og kravene i rettelsesblad nr. 1, eller – subsidiært - såfremt der var sket korrekt prissætning heraf, og såfremt indklagede havde efterlevet sin pligt til at afvise tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S som følge af forbeholdene vedrørende sikkerhedsstillelse og vinterforanstaltninger, eller - subsidiært - såfremt der var sket korrekt prissætning af forbeholdene i disse tilbud, havde indklagede ved evalueringen af tilbudene kunnet konstatere, at klageren var lavestbydende. Indklagede havde derfor pligt til at beslutte at indgå kontrakt med klageren og har derfor handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved i stedet at beslutte at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudene skulle bedømmes efter tildelingskriteriet »det laveste bud«, at indklagede efter bedømmelsen af tilbudene og prissætningen af alle forbehold i tilbudene kunne konstatere, at NCC Construction Danmark A/S havde afgivet det laveste tilbud, og at ind-

klagede, som besluttede ikke at afvise tilbudet på grund af forbehold, derfor var forpligtet til at beslutte at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver.

Ad spørgsmål 15

Indklagede har gjort gældende, at indklagede i licitationsbetingelserne har fastsat, at tildelingskriteriet er »billigste pris«, og at indklagede i den forbindelse har henvist til Tilbudsloven, at ingen af tilbudsgiverne derved konkret har kunnet være i tvivl om, at tildelingskriteriet var »det laveste bud«, og at indklagede således ikke har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 2, jf. stk. 1.

Ad spørgsmål 16

Indklagede har gjort gældende, at indklagede i licitationsbetingelserne i »Entreprisebeskrivelsen« i afsnit »2.300 Tømrer- og Snedkerarbejdet« har fastsat, at »Gulve udføres som Junkers 14 mm. bøjlesystem«, at indklagede således ved anvendelsen af ordet »som« har angivet, at der kan leveres produkter, som har samme egenskaber og opfylder samme specifikationer, som det nævnte produkt fra Junkers, og at indklagede således ikke har handlet i strid med EF-traktatens artikel 28.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1-3

I licitationsbetingelsernes »Byggesagsbeskrivelse« har indklagede i afsnit »2. AB 92 med tilføjelser og fravigelser« som en bemærkning til § 7 i AB 92 anført, at bygherren ikke opretter sikkerhedsstillelse. Af § 7 i AB 92, fremgår det imidlertid alene, at der ved private arbejder skal stilles sikkerhed af bygherren, såfremt entreprenøren kræver det. Punkt 3 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, som var gældende for tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S, refererer til § 7 i AB 92. Da indklagede er en offentlig bygherre, udgør standardforbeholdets punkt 3 derfor i den konkrete situation ikke noget forbehold. Påstandene tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Det er i licitationsbetingelsernes »Byggesagsbeskrivelse« i afsnit »1.4.4 Vejrligsforanstaltninger« fastsat, at vinterforanstaltninger, herunder ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger, med enkelte undtagelser skal være indeholdt i tilbudssummen til fast pris. I punkt 5 i Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, der var gældende for tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S, er anført, at snerydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger betales særskilt som ekstraarbejder, idet der ellers er ret til tidsfristforlængelse og betaling af stilstandsomkostninger. Disse tilbudsgivere har således taget forbehold i forhold til licitationsbetingelsernes bestemmelser om vinterforanstaltninger.

Efter Klagenævnets opfattelse vil et forbehold om vinterforanstaltninger som udgangspunkt ikke vedrøre grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, idet dette alene vil kunne være tilfældet som følge af helt særlige forhold ved den udbudte bygge- og anlægsopgave eller i licitationsbetingelserne. Sådanne særlige omstændigheder findes ikke at foreligge i den konkrete situation, idet det bemærkes, at den væsentligste del af arbejdet skal udføres i de eksisterende bygninger. Idet forbeholdet heller ikke i øvrigt er så uklart og med en så usikker rækkevidde, at det strider med grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, havde indklagede ikke som følge af dette forbehold pligt til at afvise tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Det er som nævnt ad påstand 4 Klagenævnets opfattelse, at forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger i tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Hvis et tilbud indeholder et forbehold, som ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, således at udbyderen ikke af den grund har pligt til at undlade at tage tilbudet i betragtning, kan udbyderen vælge enten at undlade at tage det pågældende tilbud i betragtning eller sagligt og korrekt at foretage en prissætning af forbeholdet, således at der er sikkerhed for, at den tilbudsgiver, der har taget det pågældende

forbehold, ikke opnår nogen konkurrencemæssig fordel herved. Det følger heraf, at såfremt forbeholdets økonomiske rækkevidde er så uklar, at det ikke kan prissættes, har udbyderen af denne grund pligt til at afvise tilbudet.

Klagenævnet finder, at et forbehold om vinterforanstaltninger som udgangspunkt ikke er af så uklar økonomisk rækkevidde, at det ikke med tilstrækkelig sikkerhed kunne prissættes. Der foreligger ikke særlige omstændigheder ved det konkrete bygge- og anlægsarbejde, der kan føre til, at dette udgangspunkt fraviges. Klagenævnet finder herefter, at indklagede ikke har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S i betragtning og prissætte forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger med henblik på at gøre tilbudene sammenlignelige med de øvrige tilbud. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6

Som anført ad påstand 4 – 5 har NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S taget et forbehold vedrørende vinterforanstaltninger, som hverken vedrører grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne eller er af så usikker økonomisk rækkevidde, at det ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan prissættes. Indklagede har besluttet at tage disse tilbud i betragtning og har således pligt til at prissætte forbeholdet, så der er sikkerhed for, at tilbudsgiverne ikke opnår nogen konkurrencemæssig fordel ved at have taget det pågældende forbehold.

Indklagede har i den konkrete sag prissat forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger til 175.000 kr., hvori er indeholdt udendørs og indendørs orienteringsbelysning, frostsikring af bygherreinstallationer, isolering og opvarmning af container, snerydning og saltning, frostsikring og optøning, varmt vand og varme sten, interimistisk lukning af facader og et tillæg for eventuel usikkerhed. Indklagede har oplyst, at der ved prissætningen er taget højde for, at det stod entreprenøren frit for at planlægge bygge- og anlægsarbejdet således, at en væsentlig del af de arbejder, der kunne nødvendiggøre vinterforanstaltninger, kunne udføres uden for vinterperioden, hvorved omkostningerne til vinterforanstaltninger begrænses videst muligt.

Af § 3, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 728 af 5. september 1995 om bygge- og anlægsarbejder i vinterperioden (Vinterbekendtgørelsen) fremgår, at byg-

herren til brug for entreprenørens prissætning, detailplanlægning og udførelse af arbejdet i udbudsbetingelserne skal angive, hvilke og hvor omfattende vinterforanstaltninger, der skønnes nødvendige for, at arbejder, der ikke er afsluttet inden vinterperioden, skal videreføres i denne med normal arbejdsindsats og således, at vintervejrlig ikke kan volde skade på materialer og konstruktioner før, under eller efter arbejdets udførelse, jf. Vinterbekendtgørelsens § 2. Hvis dele af et arbejde skal gennemføres i vinterperioden, omfatter Vinterbekendtgørelsens § 3 også afvanding af byggepladsens arbejdsområde, forsyningsledninger, der er nødvendige for arbejdets udførelse, tilstrækkelige, effektivt befæstede og afvandede færdselsarealer og oplagspladser, belysning af byggepladsen og dennes trafikarealer og en eventuel inddækning, uanset om disse vinterforanstaltninger skal udføres i eller uden for vinterperioden, jf. Vinterbekendtgørelsens § 4.

Det bemærkes, at entreprenøren ikke som følge af licitationsbetingelserne i den konkrete sag har været forpligtet til at planlægge byggeriet således, at de vinterfølsomme opgaver kunne udføres uden for vinterperioden, og indklagede har således ved kapitaliseringen af vinterforbeholdet ikke haft sagligt belæg for at lægge til grund, at entreprenøren – der netop ved forbeholdet ville sikre sig betaling af vinterforanstaltninger – ved sin arbejdsplanlægning særligt skulle have besparelse på vinterforanstaltninger for øje.

Klagenævnet finder på denne baggrund, at prissætningen af forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger i tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S ikke er foretaget sagligt og korrekt og med en sådan grundighed, at der er den fornødne sikkerhed for, at disse tilbudsgivere ikke opnår en konkurrencemæssig fordel ved at have taget det pågældende forbehold.

Det bemærkes i den forbindelse, at det i Bygge- og Boligstyrelsens vejledning nr. 4010 af 31. oktober 1995 om vinterbyggeri er anført, at udgifterne til vinterforanstaltninger bør budgetteres af bygherren sammen med byggeriets øvrige udgifter, og at erfaringer viser, at 3 % af de samlede håndværkerudgifter kan være tilstrækkelig ved sædvanligt byggeri, der strækker sig over store dele af vinterperioden.

Hertil kommer, at der ikke er sket prissætning af alle de foranstaltninger, der er opregnet i Vinterbekendtgørelsens § 4. Ingeniør Bo Essenbæk, indklagedes tekniske rådgiver, har i forbindelse med sagens behandling for

Klagenævnet oplyst, at det beror på en forglemmelse, at bygherrens forpligtelser efter vinterbekendtgørelsen ikke er efterlevet.

Klagenævnet finder derfor, at prissætningen af forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger i tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S til 175.000 kr. er for lav.

Klagenævnet er opmærksom på, at en prissætning af forbeholdet vedrørende vinterforanstaltningerne til 3 % af de samlede håndværkerudgifter i den konkrete sag antagelig vil være for højt, fordi der ikke er tale om nybyggeri, men om ombygning af en eksisterende bygning, også selvom de 3 % som følge heraf måtte skulle beregnes af lavere byggeomkostninger. Klagenævnet finder det imidlertid ikke sandsynliggjort, at forbeholdet i den konkrete sag vil kunne kapitaliseres til mindre end det halve af, hvad en beregning ud fra principperne ved sædvanligt nybyggeri vil føre til, det vil sige til mindre end 1½ % af de samlede håndværkerudgifter. Forbeholdet kan herefter med fornøden sikkerhed prissættes til mindst 380.000 kr.

På denne baggrund tages påstanden til følge.

Ad påstand 7

Gorm K. Elikofer og Niels Sørensen udtaler:

Indklagede har indrettet tilbudslisten således, at tilbudsgiverne på tilbudslistens forside skulle angive de forbehold, der var gældende for tilbudet. Dette udelukker ikke, at en tilbudsgiver et andet sted i tilbudet indsætter en bemærkning, der udgør et forbehold og således skal behandles som et forbehold, men angivelsen af, at forbehold skal anføres på tilbudslistens forside, indebærer efter vores opfattelse, at alene bemærkninger andre steder i tilbudet, der utvivlsomt udgør forbehold, kan behandles som forbehold af indklagede eller påberåbes af klageren. Er der således tvivl om, hvorvidt en bemærkning et andet sted i tilbudet skal forstås som et forbehold, kan indklagede henholde sig til, at forbeholdet ikke er anført på forsiden, og tilbudsgiveren vil ikke efterfølgende – såfremt tilbudsgiveren tildeles opgaven – kunne påberåbe sig det pågældende forbehold.

Klageren har i sit tilbud i tilbudslisten i afsnit »2.300 Tømrer- og snedkerarbejdet« ud for position »7. Pkt. 2.300.57 Pris for trægulve – parket« med

håndskrift alene skrevet »L.Parket«. Denne bemærkning er uden selvstændigt indhold, og idet det ikke tillige på tilbudslistens forside er angivet, at bemærkningen udgør et forbehold, finder vi det utvivlsomt, at klageren ikke efterfølgende ville kunne have påberåbt sig bemærkningen som et forbehold. På denne baggrund er indklagede heller ikke berettiget til at anse den pågældende bemærkninger som et forbehold, og vi stemmer derfor for at tage påstanden til følge.

Kirsten Thorup udtaler:

Tilbudsgiveren bærer risikoen for, at en bemærkning i et tilbud på grund af uklarhed af udbyderen behandles som et forbehold. Klageren har i sit tilbud i tilbudslisten i afsnit »2.300 Tømrer- og snedkerarbejdet« ud for position »7. Pkt. 2.300.57 Pris for trægulve – parket« med håndskrift skrevet »L.Parket«, en bemærkning, der er uden selvstændigt indhold, med mindre den betyder, at der skal anvendes lamelparket og ikke massivt parket som krævet i licitationsbetingelserne. Da også klagerens pris for parketgulve var betydelig lavere end prisen herfor i tilbudet fra den tilbudsgiver, der havde afgivet tilbudet med den næstlaveste pris vedrørende parketgulve, finder jeg, at indklagede med rette har anset klagerens tilbud for indeholdende et forbehold vedrørende parketgulve. Jeg stemmer derfor for ikke at tage påstanden til følge.

Efter stemmeflertallet tages påstanden herefter til følge.

Ad påstand 9

Indklagede havde i licitationsbetingelsernes »Entreprisebeskrivelse« i afsnit »2.270 Murerarbejdet« fastsat, at eksisterende fuger udkradses/udfræses til 20 mm's dybde og i den forbindelse tillige fastsat, at beskadigede sten udskiftes. Klageren har i sit tilbud anført, at der i tilbudet alene er indregnet prisen for udskiftning af maksimalt 50 mursten.

Allerede fordi Klagenævnet på baggrund af formuleringen i licitationsbetingelserne finder det uklart, om alene mursten, der beskadiges i forbindelse med udkradsningen/udfræsningen, eller beskadigede sten i almindelighed skal udskiftes, finder Klagenævnet, at bemærkningen i klagerens tilbud ikke udgør et forbehold. Påstanden tages således til følge.

Ad påstand 11

Uagtet klageren ikke i den dertil indrettede rubrik i tilbudslisten havde anført, at rettelsesblad nr. 1 var modtaget, finder Klagenævnet, at indklagede ikke med rette har kunnet lægge til grund, at klageren har taget forbehold for det anførte i rettelsesblad nr. 1 og som følge heraf foretage en prissætning. Indklagede har således ved en umiddelbar gennemgang af klagerens tilbud kunnet konstatere, at klageren utvivlsomt havde modtaget rettelsesblad nr. 1 og havde inddraget det deri anførte ved afgivelsen af tilbud. Det bemærkes i den forbindelse, at klagerens tilbud bl.a. var vedlagt den »tro og love-erklæring« vedrørende forfalden gæld til det offentlige, der var fremsendt med rettelsesblad nr. 1, og at klageren endvidere ved afgivelsen af tilbud havde taget højde for de justeringer i tilbudslisten, der fremgik af rettelsesblad nr. 1. Det bemærkes endvidere, at indklagede i forbindelse med sagens behandling i Klagenævnet har oplyst, at det ikke kan afvises, at klageren i forbindelse med åbningen af tilbudene mundtligt har svaret bekræftende på, at rettelsesblad nr. 1 var modtaget. Den manglende udfyldelse af rubrikken i tilbudslisten udgør således ikke i sig selv noget forbehold, der kan prissættes, og påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 12

Tilbudene skulle bedømmes efter tildelingskriteriet »det laveste bud«, og de to laveste tilbud var hovedtilbudet fra NCC Construction Danmark A/S på 25.550.000 kr og tilbudet fra klageren på 25.556.000 kr., der begge var konditionsmæssige.

Til tilbudssummen i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S skal lægges mindst 380.000 kr. som følge af prissætning af forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger, jf. det anførte ad påstand 6. Denne tilbudsgivers tilbud bliver herefter på mindst 25.930.000 kr.

Da klagerens tilbud således var det laveste tilbud, tages påstanden til følge.

Spørgsmål 15

Ifølge Tilbudslovens § 8, stk. 1, kan tildelingskriteriet for en licitation efter Tilbudsloven fastsættes til enten »det laveste bud« eller »det økonomisk

mest fordelagtige bud«. Efter Tilbudslovens § 8, stk. 2, skal det fastsætte tildelingskriterium anføres i licitationsbetingelserne.

Indklagede har alene i licitationsbetingelserne fastsat, at tilbudene ville blive vurderet ud fra »billigste pris«. Uanset at tilbudsgiverne konkret ikke kunne være i tvivl om, at tildelingskriteriet under licitationen var »det laveste bud«, finder Klagenævnet, at indklagede derved har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 2, jf. stk. 1.

Spørgsmål 16

EF-traktatens artikel 28 er til hinder for, at en ordregivende myndighed i licitationsbetingelserne vedrørende en offentlig bygge- og anlægsopgave indsætter en bestemmelse om, at der skal tilbydes anvendt et bestemt fabrikat, såfremt denne bestemmelse ikke ledsages af bemærkningen »eller dermed ligestillet« eller tilsvarende bemærkning.

Dette gælder også i tilfælde, hvor enterprisesummen for bygge- og anlægsarbejdet ikke når tærskelværdien i direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved direktiv 97/52 (Bygge- og anlægsgdirektivet).

Indklagede har i licitationsbetingelserne anvendt den formulering vedrørende parketgulve, at der skulle anvendes gulve »som Junkers 14 mm. bøjlesystem«, idet der hertil bemærkes følgende: Brædderne skal være »14 mm massiv bøg HARMONI, ultramat lak. Mellemlag af Junkers Polyfilt«. Der er ikke hertil føjet »eller dermed ligestillet« eller tilsvarende bemærkning. Hertil kommer, at tilbudsgiverne i licitationsbetingelserne er pålagt at henvende sig til A/S Junckers Savværk for kontrolbesøg på stedet af firmaets konsulent og at indhente rapport fra den pågældende producent. Indklagede har således ikke i licitationsbetingelserne angivet, at tilbudsgiverne kunne anvende et dermed ligestillet produkt eller lignende ved valg af parketgulv, og Klagenævnet finder derfor, at indklagede ved den nævnte formulering har handlet i strid med EF-traktatens artikel 28.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at foretage korrekt prissætning af forbeholdet om vinterforanstaltninger, som med vilkårene om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, var indeholdt i tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S.

Påstand 7

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved at anse klagerens tilbud for at indeholde et forbehold vedrørende parketgulve.

Påstand 9

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved at anse klagerens tilbud for at indeholde et forbehold vedrørende udskiftning af sten.

Ad påstand 11

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved at anse klagerens tilbud for ikke at opfylde kravene i rettelssesblad 1 og foretage prissætning vedrørende ingeniørarbejder og arkitektarbejder af de forbehold, der måtte følge heraf.

Ad påstand 12

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved at have besluttet at indgå kontrakt med NCC Constructions Danmark A/S og ikke med klageren, uagtet klageren havde afgivet det laveste konditionsmæssige tilbud.

Ad spørgsmål 15

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 2, jf. stk. 1, ved i licitationsbetingelserne at anføre, at tildelingskriteriet er »billigste pris«.

Ad spørgsmål 16

Indklagede har handlet i strid med EF-traktatens artikel 28 ved i licitationsbetingelsernes »entreprisebeskrivelse« pkt. 2.310.57 at anføre »Gulve udføres som Junckers 14 mm bøjlesystem«.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1-5.

Indklagede, Hjørring Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, HP Gruppen A/S af 1953, betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig