

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Thomas Grønkær,
Niels Henriksen)

J.nr.: 2010-0021254

12. november 2010

K E N D E L S E

Icopal Entreprise A/S
(advokat Jeppe Svenning, Århus)

mod

Næstved Kommune
(advokat Hans Lykke Hansen, København)

Ved udbudsbrev af 13. november 2009 opfordrede Næstved Kommune efter gennemførelsen af en forudgående prækvalifikationsrunde de 5 virksomheder, der er nævnt nedenfor, til at deltage i en begrænset licitation efter tilbudslovens afsnit I. Licitationen vedrørte en totalentreprise på renovering af Herlufmagleafdelingen på Capionskolen på grund af skimmelsvamp og omfattede projektering og udførelse af ca. 4.500 m² tag, et varme/ventilationsprojekt i gymnastiksalen samt et gulvprojekt i billedkunstlokalet.

Licitationsbetingelserne blev samme dag udsendt til virksomhederne.

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 20. januar 2010 havde de 5 virksomheder alle afgivet tilbud. Det drejede sig om:

1. Enemærke & Petersen A/S
2. Icopal Entreprise A/S
3. Hoffmann A/S
4. C.C. Bruun Entreprise A/S
5. Hansen & Andersen A/S Næstved.

Den 1. februar 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Enemærke & Petersen A/S.

Den 24. februar 2010 indgav klageren, Icopal Entreprise A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Næstved Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af den dagældede lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

Den 22. marts 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens 2, stk. 3, ved i licitationen vedrørende Capionskolen, Herlufmagle, at have anvendt en anden formel for omregning af de karakterer, som de enkelte tilbud havde fået ved evalueringen i relation til underkriteriet »pris«, til points end den, der var angivet i licitationsbetingelsernes pkt. 3.5.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved efter udsendelse af licitationsbetingelserne og kun 13 dage før fristen for afgivelse af tilbud at foretage en væsentlig ændring i betingelserne, herunder ændre på den fastsatte beregningsmodel for tildelingskriteriet »pris«, således at konkurrencen på pris blev væsentlig mindre, og uden at begrunde eller henlede tilbudsgivernes opmærksomhed på forholdet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 1, ved i licitationsbetingelserne at forbeholde sig ret til at annullere licitationen.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, idet indklagede har tildelt tilbuddene point på grundlag af en vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 1. februar 2010 om at indgå kontrakt med Enemærke & Petersen A/S.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 6

Har indklagede handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise tilbuddet fra Enemærke & Petersen A/S, skønt prospektmappen i dette tilbud ikke levede op til kravet i licitationsbetingelsernes pkt. 3.4.5 om, at prospektmapperne skulle være anonymiserede?

Spørgsmål 7

Har indklagede handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise klagerens tilbud, skønt dette tilbud ikke levede op til kravet i licitationsbetingelsernes pkt. 3.4.4, tilbudslistens pkt. 1.9, og byggeprogrammets pkt. 4.2, om dokumentation i form af beregninger for, at der ikke er risiko for fremtidige skimmelsvampsangreb?

Påstand 8 (såfremt spørgsmål 7 besvares bekræftende)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om ligebehandling og gennemsigtighed i tilbudslovens § 2, stk. 3, idet der i byggeprogrammets pkt. 4.2 er stillet krav om, at tilbuddet skal indeholde en beregning om risiko for fremtidig skimmelangreb, uagtet at en sådan risiko ikke kan beregnes.

Klageren har anført, at spørgsmål 6 bør besvares bekræftende, mens spørgsmål 7 skal besvares benægtende.

Klageren har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1-5 og 8 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har endvidere anført, at spørgsmål 6 og 7 skal besvares bekræftende.

Sagens faktiske omstændigheder

Bygge- og anlægsarbejdet er i licitationsbetingelserne (kaldet »udbuds-betingelser«) af 13. november 2010 beskrevet således:

- » Næstved kommune har besluttet at lave en tagrenovering m.v. af Capionskolen, Herlufmagle afdelingen, grundet skimmelsvamp.
...
Projektet omfatter projektering og udførelse af ca. 4.500 m² tag. Samt Ventilations/varmeanlægsprojekt for gymnastiksal og grundprojekt, grundet skimmelsvamp i billedkunstlokalet.
...«

Særligt vedrørende påstandene 1-3

Det fremgår videre af licitationsbetingelserne, at der var valgt følgende underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«: 1) Prisen, der vægtes 50 %, 2) Energibesparelser, herunder belysning og lysstyring, der vægtes med 20 %, 3) Teknisk /arkitektonisk løsning, der vægtes med 15 %, 4) Logistik, etapedeling, tidsplan og genhusningsløsning, der vægtes med 15 %.

Det fremgår videre, at

»der ved hver af de 4 bedømmelser anvendes en karakterskala fra 1-10, hvor 10 er det højeste man kan opnå. Opnåede karakterer transformeres til points ved brug af parabelformelen:

Points = (»vægtes«-procenten X karakteren kvadreret):2.

På bilag 15 er illustreret, hvorledes pointudregningen er.

Det tilbud, der samlet opnår det højeste antal points, vinder

Næstved kommune forbeholder sig ret til at annullere udbudsforretningen.«

Af licitationsbetingelsernes bilag 15, der er dateret den 13. november 2009, fremgår det, at der er følgende sammenhæng mellem de tildelte karakterer og point for så vidt angår tilbudspriser:

Karakter	Points
10	50
9	40,5
8	32
7	24,5
6	18
5	12,5
4	8
3	4,5
2	2
1	0,5
0	0

Af bilaget fremgår endvidere, at den nævnte sammenhæng fulgte af den formel, der er angivet i licitationsbetingelsernes pkt. 3.5 og tillige angivet på bilaget. Dette er imidlertid ikke korrekt, idet den formel, der rettelig er anvendt, ser således ud:

$$\text{Points} = \text{»vægtes«-procenten} \times \text{karakteren kvadreret.}$$

Forskellen er således, at produktet af »vægtes«-procenten og kvadratet på karakteren - i modsætning til, hvad der fremgår af formelen i licitationsbetingelsernes pkt. 3,5 og formelen på bilag 15 – ikke er blevet divideret med 2. Ved en gennemregning af de tilsvarende skemaer i relation til de øvrige underkriterier fremgår det, at samme formel også blev anvendt ved beregning af sammenhæng mellem karakter og point i relation til de øvrige underkriterier.

Der var ikke i bilag 15 anført noget om, hvordan en given tilbudspris ville blive bedømt karaktemæssigt.

Det fremgår af dokumentet *»Rettelsesblade samt svar på stillede spørgsmål«* af 13. januar 2010, at licitationsbetingelsernes bilag 15 blev ændret, idet der blev udsendt en korrigeret udgave af 6. januar 2010. Det fremgår ikke, at der skulle være sket en ændring af licitationsbetingelsernes afsnit 3.5.

Ændringen var omtalt i dokumentet under besvarelsen af følgende spørgsmål (nr. 64):

»Ad udbudsbetingelser. Pos 3.5 Kriterier for tildeling af opgaven. Kan det venligst oplyses, hvorledes der afgives karakterer på de indkomne priser. Skal udbuddets bilag 15 forstås således, at laveste pris tildeles karakteren 10 / 50 points – og højeste tildeles karakteren 0 / 0 points?«

Indklagede anførte i besvarelsen af dette spørgsmål:

»Tak for spørgsmålet, som foranledigede, at graverende fejl i de på bilag 15 skrevne parabelformler blev opdaget i tide. Et korrigeret bilag 15 uploades sammen med nærværende. Det ses, at udgangspunktet for karakter- / pointsgivning for priskriteriet entydigt er billigste konditionsmæssige tilbud, som gives karakteren 10/ ti. Tilbud, der måtte ligge fra 3 mio. kr. højere end dette, vil blive tildelt karakteren 0/ nul.

...«

Den omtalte korrigerede udgave af licitationsbetingelsernes bilag 15 er dateret 6. januar 2010. Heraf fremgår blandt andet:

»1. pris vægter 50 % Der interpoleres retlinet mellem de angivne BST + Nx0,3 mio og tilhørende karakterværdier. Karakterer angives med 1 decimal før udregning af points efter parabelformlen: $\text{points} = 0,5x (\text{karakter})^2$.

...

BST=billigste konditionsmæssige tilbudsgivers Samlede Tilbudssum, excl. moms...«

Herudover var blandt andet anført følgende sammenhæng mellem pris, karakter og points:

Sam. tilbudssum	Karakter	Points
BST	10	50
BST + 0,3 mio kr	9,8	48
BST + 0,6 mio kr	9,5	45,1
BST + 0,9 mio kr	9,0	40,5
BST + 1,2 mio kr	8,4	35,3
BST + 1,5 mio kr	7,5	28,1
BST + 1,8 mio kr	6,4	20,5
BST + 2,1 mio kr	5,1	13
BST + 2,4 mio kr	3,6	6,5
BST + 2,7 mio kr	1,9	1,8
BST + 3,0 mio kr	0	0

Det fremgår af ovenstående, at indklagede ved det korrigerede bilag 15 til licitationsbetingelserne som noget nyt tilføjede oplysninger om, hvorledes karakterbedømmelsen af tilbudspriser ville blive foretaget.

For det andet blev det udtrykkeligt anført, at sammenhængen mellem den tildelte karakter blev opgjort som produktet af »vægtes«-procenten og kvadratet af karakteren – dvs. i overensstemmelse med den parabelformel, der som anført ovenfor reelt var anvendt i det oprindelige bilag 15.

Særligt vedrørende påstand 4

Af indklagedes processkrift af 11. marts 2010 vedrørende klagerens begæring om opsættende virkning fremgår blandt andet, at CASA arkitekter, der gennemførte den begrænsede licitation på vegne af indklagede, anvendte

»et pointskema...Kommaerne/prikkerne i skemaet er udtryk for en sammenlignende vurdering mellem de fem projekter af ”kvalitet, stikord for stikord”. Fem er et højeste og nul det laveste. Inden for de fleste kategorier er der dog kun givet op til 3 kommaer.«

Særligt vedrørende spørgsmål 6

Af licitationsbetingelsernes pkt. 3.4 »Tilbud« fremgår, under pkt. 3.4.1, »Krav til tilbud«, blandt andet følgende:

»Tilbud skal afleveres analogt og anonymt, individualiseret ved anvendelse af et 4-cifret mærke efter eget valg. Samtlige dokumenter skal være påført dette 4-cifrede mærke.

...

Der optages kun tilbud til bedømmelse, der...er i overensstemmelse med nærværende betingelser.

...

Det samlede tilbud skal indeholde omfatte som angivet under følgende punkter 3.4.2, 3.4.3 og 3.4.4...«

Af licitationsbetingelsernes pkt. 3.4.5 »Prospektmappe til bedømmelseskommitteen« fremgår:

»Der skal vedlægges tilbuddet i alt stk. 10 anonymiserede prospektmapper i format A3 til belysning af det tilbudte - struktureret efter den bydendes eget valg.«

I prospektmappen fra Enemærke & Petersen A/S var der flere steder med små bogstaver med lodret skrift i venstre side af margin anført: »E & P«.

Særligt vedrørende spørgsmål 7 og påstand 8

Af licitationsbetingelsernes pkt. 3.4.4, der bærer overskriften »Tilbudsprojekt«, fremgår blandt andet:

»Tilbudsprojektet skal indeholde en skriftlig redegørelse og et tegningsmateriale, der tilsammen belyser projektet, en tidsplan samt en beskrivelse af totalentreprenørens organisation. Endvidere prospektmapper struktureret efter den bydendes eget valg.

Den skriftlige redegørelse skal som minimum redegøre for (og i nævnte rækkefølge):

...

Dokumentation vedr. risiko for fremtidige skimmelangreb - såfremt der anvendes organiske materialer i den kommende tagkonstruktion. ...«

Af Byggeprogrammets pkt. 4.2 »Tagrenovering« fremgår blandt andet:

»Der skal i projektet redegøres for den tilbudte tagkonstruktions opbygning.

...

Såfremt der anvendes organiske materialer i den kommende tagkonstruktion, skal det med beregninger vedlagt tilbud dokumenteres, at der ikke er risiko for fremtidige skimmelangreb...«

I tilbudslisten er der ud for overskriften til pkt. 1.9 »tagrenoveringsarbejder« anført følgende:

»Husk i den skriftlige redegørelse at gøre rede for konstruktive principper, tagkonstruktionens opbygning efter renovering med oplysning om U-værdier for tag og facade mv., dokumentere vedr. risiko for fremtidige skimmelangreb....«

I klagerens prospektmappe er der blandt andet anført:

»Vi har gennem årene renoveret rigtig mange skoler med varme, utætte tage, der var fyldt med skimmelsvamp...

..Vi mener ud fra erfaring at kunne fastslå, at man ikke på ét planskoler kan have varme tage. Den type tag er ikke robust nok til en skole...

Der står da også i byggeprogrammet. *”at det ved beregning skal dokumenteres, at der ikke fremover vil kunne forekomme fugt-/temperaturbetingelser for skimmelvækst”* i tagkonstruktionen. Når der er tale om en skole kan en sådan dokumentation kun udføres troværdigt på et velventileret ”koldt tag”, hvor tagpappen har et fast underlag.

Nedenfor redegøres for principperne for et koldt og et varmt tag.

Et varmt tag...

...

Et koldt tag kan være opbygget som et traditionel træspærkonstruktion med spær og spærfod, hvor der på undersiden af spærfoden opsættes en forskalling med en helt damptæt membran. Oven på forskallingen lægges et tykt lag isolering. Oven på spærerne fastgøres en robust x-finérplade, hvorpå tagpappen fastgøres. Der skal som minimum være 5 cm luft, således at man via naturlig ventilation (overtryk/undertryk) fra tagfod til tagkip eller fra tagfod til tagfod får ventileret tagrummet. tagbelægningen er ventileret og derfor kold. Dette tag er et mere robust tag, fordi der er etableret et fast underlag for tagpappen, således at man kan gå på taget, når der skal fjernes blade m.m. uden risiko for at synke ned i isoleringen og belaste tagpappen unødigt. Evt. fugt som måtte komme ind på den ene eller anden måde kan blive ventileret væk.

...

7. Genopbygning

7.1 En robust tagflade som kan tåle ”normal trafik for en skole”

Som gennemført ved tidligere tagrenoveringer på andre skoler vil vi opbygge de nye tage som ventilerede tage bestående af gitterspær med en robust krydsfiner som underlag for en 2-lags SBS tagdækning...

7.2 De nye tages opbygning

Tagkonstruktionen opbygges af gitterspær vinkelret på limtræsdragerne...

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 3.5, at der skal anvendes følgende parabelformel: $\text{point} = (\text{"Vægtes"} - \text{procenten} \times \text{karakteren} \text{ kvadreret}) : 2$. Det fremgår ikke af rettelsesbladet af 13. januar 2010, at der ændres på denne beregningsmodel, men det er anført, at karakteren 10 opnår 50 points, og karakteren 0 opnår 0 points. Indklagede var derfor forpligtet til at anvende denne formel. Fastsættelsen af intervaller på 300.000 kr. indebærer, at konkurrencen på pris er blevet væsentligt mindre, end det der fremgik af licitationsbetingelsernes pkt. 3.5.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at ændringen af bilag 15 ikke vedrørte vægtningen af underkriteriet pris, som fortsat var 50 %, at baggrunden for, at kommunen 13 dage inden fristens udløb ændrede dette bilag, var, at den beregningsmetode, der var lagt op til i det oprindelige bilag, ved en fejl var upræcis og reelt intetsigende. Det fremgår tydeligt af licitationsbetingelserne, at den nærmere udregning af points fremgår af bilag 15. Tilbudsgiverne kan ikke have været i tvivl om, at pointberegningen ville ske efter formelen i det reviderede bilag 15, og ændringen medførte ikke en forrykkelse af forholdet mellem tilbudsgiverne. Konkurrencen på pris er ikke blevet ændret. Kommunen har således ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Ad påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klageren har gjort gældende, at indklagede på grundlæggende punkter kort tid før udløbet af fristen for afgivelse af tilbud har foretaget en væsentlig ændring af licitationsbetingelserne vedrørende udregning af point i relation til den tilbudte pris, der vægtede med 50 %. Den metode, der er anført i bilag 15 til udregning af point, jf. bilag 8, indebærer, at konkurrencen på pris er væsentligt mindre end den konkurrence, som der var lagt op til i licitationsbetingelserns punkt 3.5. Da ændringen skete kun 13 dage inden udløbet af tilbudsfristen, uden begrundelse og uden at tilbudsgivernes opmærksomhed udtrykkeligt blev henledt på det, har indklagede handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at ligebehandlingsprincippet ikke er tilsidesat ved den foretagne ændring af bilag 15, der som nævnt vedrørende påstand 1 havde karakter af berigtigelse af en fejl.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede i licitationsbetingelsernes pkt. 3.5 har anført, at kommunen »forbeholder sig ret til at annullere udbudsforretningen«. Indklagede har således anset sig for berettiget til at annullere udbuddet, uden indklagede har en saglig grund til dette, selv om indklagede kun lovligt kan annullere et udbud, hvis der foreligger en saglig grund til at annullere. Indklagede har således handlet i strid med tilbudsloven ved at formulere den pågældende bestemmelse som anført.

Indklagede har gjort gældende, at det anførte i licitationsbetingelserne i sagens natur skal forstås i overensstemmelse med tilbudslovens § 8, stk. 1. Indklagede har således ikke på noget tidspunkt haft til hensigt at annullere udbudsforretningen, hvis det var usagligt.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved vurderingen af underkriterium 2 og 3 gav maksimumpoint til det bedste tilbud og point til de øvrige tilbud i forhold hertil. Den model for tildeling af »kommaer« og point, som indklagede anvendte, gik med hensyn til alle underkriterier ud fra tilbudenes forhold til hinanden, hvilket er en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling.

Indklagede har gjort gældende, at kommunen har vurderet hvert enkelt tilbud i forhold til licitationsbetingelserne, og ikke i forhold til de øvrige tilbud, og at den beskrivelse af fremgangsmåden, som blev anført i indklagedes processkrift af 11. marts 2010, ved en fejl var misvisende.

Ad påstand 5

Klageren har anført, at indklagede som anført af klageren i relation til påstandene 1-4 og af såvel indklagede som klageren vedrørende spørgsmål 6 har tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i tilbudslovens § 2, stk. 3, og at disse overtrædelser er af en sådan karakter, at klagenævnet skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har under henvisning til det, som kommunen har anført vedrørende påstand 1-4, gjort gældende, at kommunen ikke har tilsidesat tilbudsloven som anført af klageren. Subsidiært har indklagede gjort gældende, at

de eventuelle overtrædelser ikke er tilstrækkelig kvalificerede til at føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

Ad spørgsmål 6

Indklagede har gjort gældende, at det fulgte af licitationsbetingelsernes pkt. 3.4.5, at prospektmappen skulle være anonymiseret, at prospektmappen fra Enemærke & Petersen A/S var angivet »E & P«, hvilket er en kendt forkortelse for Enemærke & Petersen A/S, hvorfor tilbuddet fra denne tilbudsgiver ikke var konditionsmæssigt, og at tilbuddet derfor skulle have været forkastet.

Klageren har tilsluttet sig indklagedes anbringender vedrørende dette spørgsmål.

Ad spørgsmål 7

Indklagede har gjort gældende, at der fulgte af licitationsbetingelsernes pkt. 3.4.5, byggeprogrammets pkt. 4.2 og tilbudslistens pkt. 1.9, at der var fastsat et krav om, at tilbuddene skulle indeholde en dokumentation i form af en beregning vedrørende risikoen for fremtidig skimmelvækst i tagkonstruktionen, hvis denne indeholdt organiske materialer, at den af klageren tilbudte tagkonstruktion indeholdt organiske materialer, men at klageren ikke i tilbuddet fremkommer med en beregning vedrørende den fremtidige risiko for skimmelvækst i produktionen, og at klagerens tilbud dermed var ukonditionsmæssigt.

Klageren har gjort gældende, at det hverken af licitationsbetingelsernes pkt. 3.4.4, tilbudslistens pkt. 1.9 fremgår, at der skal vedlægges tilbuddet en beregning. Tilbudsgiverne skal alene vedlægge tilbuddet en skriftlig redegørelse, der dokumenterer, at der ikke er risiko for fremtidig skimmelsvamp. Dette krav er opfyldt ved fremlæggelse af klagers prospektmappe. Kravet i byggeprogrammets pkt. 3.4 om, at tilbuddet skal vedlægges en beregning er uklart. Det fremgår ikke, hvilken beregning der skal vedlægges, og at tilbuddet vil blive forkastet, hvis beregningen ikke er vedlagt. Det kan ikke beregnes, at der ikke er risiko for skimmelangreb.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at det ikke kan beregnes, at der ikke er risiko for fremtidig skimmelangreb, og at indklagede dermed - såfremt spørgsmål 7 besvares bekræftende - har overtrådt ligebehandlingsprincippet og gennemsigthedsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at opstille et sådant krav.

Indklagede har gjort gældende, at det er muligt at beregne risikoen for fremtidige skimmelangreb. Dette kan f.eks. ske ved at udføre en dugpunktsberegning for konstruktionen. En dugpunktsberegning er en sammenstilling af temperatur og vanddamp, der kan påvise, i hvilke lag af konstruktionen kondens vil kunne forekomme. En forudsætning for skimmelvækst er bl.a. forhøjet koncentration af fugt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I licitationsbetingelsernes pkt. 3.5 og i den oprindelige udgave af bilag 15 til disse betingelser er det anført, at points beregnes efter formen: »vægtes«-procenten X kvadratet på karakteren divideret med 2.

Det fremgår imidlertid af den oprindelige udgave af bilag 15, der i henhold til det nævnte afsnit i licitationsbetingelserne skulle illustrere pointudregningen, at den formel, der blev anvendt i bilaget rettelig var: »vægtes«-procenten X kvadratet på karakteren, således at det nævnte produkt – i modsætning til hvad der fremgik af licitationsbetingelserne – ikke blev divideret med 2.

I den korrigerede udgave af bilag 15 fremgår denne formel udtrykkeligt.

Om baggrunden for korrektionen fremgår det i besvarelsen af spørgsmål 64, der blev udsendt (uploaded på Byggeweb) samtidig med den korrigerede udgave af det nævnte bilag, udtrykkeligt, at der var blevet opdaget »*grave-
rende fejl i de på bilag 15 skrevne parabelformler*«. De nævnte formler var matematisk identiske med formlerne i licitationsbetingelsernes pkt. 3.5.

Uanset at der ikke med udsendelsen af rettelsesblade samt svar på spørgsmål samtidig skete en ændring af formen i licitationsbetingelsernes pkt.

3.5, kan tilbudsgiverne ikke have været i tvivl om, at pointberegningen ville ske efter den formel, der var anført i den korrigerede udgave af bilag 15.

Den formel, der blev anvendt i licitationsbetingelsernes bilag 15, indebærer alene, at tilbudsgiverne får dobbelt så mange points, som de ville have fået ved anvendelsen af den formel, der blev angivet i licitationsbetingelsernes pkt. 3.5. Korrektionen har således ikke ført til en forrykkelse af forholdet mellem tilbudsgiverne eller mellem vægten af underkriteriet »pris« og vægten af de øvrige underkriterier i forhold til det fastsatte i licitationsbetingelserne.

Anvendelsen af den formel, der er nævnt i bilag 15, i stedet for den, der er nævnt i licitationsbetingelsernes pkt. 3.5, indebærer dermed ikke en tilside-sættelse af gennemsigtighedsprincippet eller ligebehandlingsprincippet.

Det forhold, at indklagede samtidig som noget nyt gav de potentielle tilbudsgivere oplysning om, hvorledes karaktervurderingen ville blive foretaget i relation til underkriteriet pris, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagede udsendte (uploadede på Byggeweb) de ovennævnte ændringer af licitationsbetingelserne 13 dage før udløbet af fristen for at afgive tilbud. De potentielle tilbudsgivere havde således alle den samme tid til at tage de nævnte forhold i betragtning.

På den baggrund og henset til, at der dels var tale om rettelse af konstaterede fejl, dels om supplerende oplysninger om, hvordan forskelle i priserne for tilbuddene ville blive omsat til karakterer, har indklagede ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet ved at foretage ændringerne.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

En udbyder kan kun annullere licitationen, hvis det ikke er usagligt.

Et forbehold i licitationsbetingelserne om ret til at forkaste alle tilbud eller til at annullere licitationen er derfor i det omfang det ikke er helt uden selvstændigt indhold i strid med tilbudslovens § 8, jf. klagenævnets kendelse af 23. februar 2007 i sagen Rebo A/S mod A/B Damparken. På den baggrund, og da der ikke er holdepunkter for den opfattelse, at indsættelsen af det nævnte forbehold i licitationsbetingelserne skulle være sket, uden at indklagede dermed tilsigede at opnå en anden retsstilling end, hvad der ville følge uden forbeholdet, tages påstanden til følge.

Ad påstand 4

Efter det, der er anført af indklagede, om, at beskrivelsen i processkriftet af 11. marts 2010 vedrørende evalueringen ved en fejl ikke var korrekt, kan det ikke lægges til grund, at indklagede har tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at foretage en sammenlignende evaluering i relation til underkriterierne 2 og 3.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad spørgsmål 6

Af de grunde, der er anført af indklagede, og som klageren har tilsluttet sig, besvares spørgsmålet bekræftende.

Ad spørgsmål 7 og påstand 8

Tilbudslstens pkt. 1.9 indeholder ikke et selvstændigt krav om dokumentation.

Det følger af licitationsbetingelsernes pkt. 3.4.4, at tilbudsprojektet skal indeholde en skriftlig redegørelse, der som minimum skal indeholde dokumentation vedrørende risiko for fremtidige skimmelangreb, såfremt der anvendes organiske materialer i den kommende tagkonstruktion. Dette krav er i byggeprogrammets pkt. 4.2 uddybet, således, at der, såfremt der anvendes organiske materialer i den kommende tagkonstruktion, »med beregninger vedlagt tilbud [skal] dokumenteres, at der ikke er risiko for fremtidige skimmelangreb.« Opfyldelsen af det anførte krav i byggeprogrammet må, således som det er formuleret, anses for en betingelse for tilbuddets

konditionsmæssighed, såfremt tilbuddet omfattede en tagkonstruktion, der – som tagkonstruktionen i klagerens tilbud – indeholdt organiske materialer.

Indklagede har imidlertid ikke angivet, hvilke beregninger der kræves til opfyldelse af det nævnte krav. Det fremgik endvidere ikke, hvilke forudsætninger vedrørende blandt andet temperatur og luftfugtighed der i givet fald ville skulle lægges til grund ved en sådan beregning. Heller ikke indklagedes oplysninger om en såkaldt dugpunktsanalyse, der ikke fremgik af licitationsbetingelserne, angiver, hvorledes kravet efter indklagedes opfattelse kunne opfyldes. Klagenævnet finder på den baggrund, at det var uklart, hvordan det anførte krav kunne opfyldes.

Klagenævnet tager derfor påstand 8 til følge som nedenfor anført.

Der er herefter ikke anledning til at besvare den resterende del af spørgsmål 7.

Ad påstand 5

Under hensyn til, at klagenævnet ved besvarelsen af spørgsmål 6 har konstateret, at tilbuddet fra Enemærke og Petersen A/S, der vandt den samlede licitation, var ukonditionsmæssigt, og til, at klagenævnet under spørgsmål 7 og påstand 8 har konstateret, at indklagede havde stillet et mindstekrav til tilbuddene, som var i strid med gennemsigtighedsprincippet, tager klagenævnet påstanden om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 1, ved i licitationsbetingelserne at forbeholde sig ret til at annullere licitationen.

Ad spørgsmål 6

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise tilbuddet fra Enemærke & Petersen A/S, skønt prospektmappen i dette tilbud ikke levede op til kravet i udbudsbetingelsernes pkt. 3.4.5 om, at prospektmapperne skulle være anonymiserede.

Ad spørgsmål 7 og påstand 8

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved i licitationsbetingelsernes pkt. 3.4.4 sammenholdt med byggeprogrammets pkt. 4.2 at have fastsat et krav om, at tilbuddet skulle indeholde dokumentation ved beregninger for, at der ikke var risiko for fremtidige skimmelsvampangreb, uagtet at det var uklart, hvilke beregninger indklagede herved stillede krav om.

Indklagedes beslutning af 1. februar 2010 om at indgå kontrakt med Ene-mærke & Petersen A/S annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstandene 1, 2 og 4.

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

Klagegebyret tilbagetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Lillian Sivertsen
kontorfuldmægtig