

K E N D E L S E

KPC Byg A/S
(advokat Miichael Nørregaard, Svendborg)

mod

Odense Tekniske Skole
(advokat Henning Biil, København)

Den 4. februar 2005 iværksatte indklagede, Odense Tekniske Skole, en indbudt/begrænset omvendt licitation efter Tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende totalentreprise og udarbejdelse af projekt til indretning af et transport- og autoundervisningscenter, Petermindevej 1/Risingvej 45-47, 5000 Odense C. Projektet er angivet som »Aabakke 1.« Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud, vurderet som angivet i Byggeprogram.« Udgiften måtte andrage maksimalt 44 mio. kr. ekskl. moms.

Projektet »Aabakke 1« var oprindeligt tænkt som et projekt, der indebar, at AMU Fyn skulle stå for at finde bygninger, der var egnede, og forestå indretningen af et fælles undervisningscenter. Hovedparten af undervisningscentret skulle AMU Fyn selv benytte, men en del heraf skulle udlejes til Odense Tekniske Skole. AMU Fyn havde indledt et samarbejde med KPC Byg A/S om bl.a. en række undersøgelser og projekteringsarbejder m.v. og havde desuden drøftet en eventuel løsning med KPC Byg A/S, hvorefter KPC Byg A/S selv skulle erhverve og indrette ejendommen og derefter sælge ejendommen til AMU Fyn. I juni 2004 meddelte AMU Fyn imidlertid, at man af økonomiske årsager ikke kunne gennemføre det planlagte projekt. Efter de drøftelser, der herefter fulgte mellem AMU Fyn og Odense Tekniske Skole, blev det besluttet, at det i stedet var Odense Tekniske Skole, der skulle finde egnede bygninger samt etablere og leje en del af bygningerne til AMU Fyn.

Imidlertid ønskede Odense Tekniske Skole at sende indretningsopgaven i licitation. AMU Fyn opfordrede Odense Tekniske skole til, om muligt, at prækvalificere KPC Byg A/S til at deltage. I efteråret 2004 erhvervede Odense Tekniske Skole den tidligere omtalte ejendom til etableringen af det fælles undervisningscenter.

Denne sag handler om licitationsproceduren, der som anført indledtes den 4. februar 2005.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 4. februar 2005 til følgende udpegede ansøgere:

1. Hansson & Knudsen A/S
2. J&B Entreprise A/S
3. KPC Byg A/S
4. NCC Construction Danmark A/S
5. Skanska Danmark A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 5. april 2005 havde alle virksomhederne afgivet tilbud. Den 19. april 2005 besluttede indklagede at kontrahere med Hansson & Knudsen A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 25. maj 2005.

Den 9. maj 2005 indgav klageren, KPC Byg A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Odense Tekniske Skole. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 25. maj 2005 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Mundtlig forhandling har fundet sted den 8. november 2005. Foranlediget af de skrivelser, parternes advokater som nedenfor omtalt har sendt til Klagenævnet for Udbud henholdsvis den 21. februar og den 10. marts 2006, har der endvidere fundet en supplerende mundtlig forhandling sted den 10. oktober 2006.

Der er afgivet forklaringer af afdelingsdirektør Per Jørgensen, arkitekt Søren Vestergaard, forstander Ove G. Dalby, uddannelseschef Erik Balshøj og direktør Niels-Henning Olsen.

Det er under det supplerende møde bl.a. oplyst, at centret er taget i brug i sommeren 2006, og at prisen som følge af uforudsete udgifter m.v. blev på knap 49 mio. kr.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 (Udbudsdirektivet) ved at udbyde totalentreprisen og udarbejdelsen af projekt til indretning af transport- og autoundervisningscenter i den eksisterende ejendom, som er beliggende Petersmindevej 1/Risingvej 45-47, 5000 Odense C, efter Tilbudsloven og ikke efter Udbudsdirektivet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbudet fra Hansson & Knudsen A/S i betragtning, uanset at tilbudet ikke opfylder minimumskravene i udbudsbetingelserne.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at ændre elementer i tilbudet fra Hansson & Knudsen A/S, uden at der er taget forbehold herom fra indklagedes side, og uden at dette er blevet forelagt for de øvrige tilbudsgivere.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes udbud af totalentreprisen og udarbejdelsen af projekt til indretning af transport- og autoundervisningscenter i den eksisterende ejendom, beliggende Petersmindevej 1/Risingvej 45-47, 5000 Odense C.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. maj 2005 om at indgå kontrakt med Hansson & Knudsen A/S.

Påstand 6

Klagenævnet skal påbyde indklagede, såfremt indklagede fastholder gennemførelse af arbejdet, at genudbyde og gennemføre nyt udbud i overensstemmelse med Udbudsdirektivet.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 6 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

I licitationsbetingelsernes »Udbudsbrev« af 4. februar 2005 er bl.a. fastsat:

»Odense Tekniske Skole opfordrer Dem til i indbudt/begrænset omvendt licitation, sammen med fire andre totalentreprenører, at afgive totalentreprisetilbud og udarbejde tilbudsprojekt til indretning af transport- og autoundervisningscenter i eksisterende ejendom, beliggende Petersmindevej 1/Risingvej 45-47, 5000 Odense C i henhold til vedlagte udbudsmateriale:

Udvælgelseskriterium: Det for bygherren økonomisk mest fordelagtige tilbud, vurderet som angivet i Byggeprogram.

Projektet udbydes til en maks. totalentreprisenum på kr. 44.000.000 ekskl. moms.

Arbejdet udbydes i henhold til:

.....

ABT 93 – Almindelige Betingelser for Totalentreprise

.....

Afgivelse af konditionsmæssige tilbud bliver honoreret med kr. 50.000 ekskl. moms under forudsætning af, at bygherren frit kan anvende det i tilbudene foreslåede eller dele deraf. Tilbudsgiver, der indgår totalentreprisekontrakt, honoreres ikke for afgivelse af tilbud. Honorar kan faktureres efter 20.04.2005.«

I licitationsbetingelsernes »Betingelser for totalentreprise« af 4. februar 2005 er bl.a. fastsat:

»12.0 Ændringer og tilføjelser til ABT 93

.....

Ad ABT 93 § 22, stk. 1 – ændring

Betaling sker 1 måned efter anmodning, når arbejdet er udført. Dokumentation og gennemførelse af kvalitetssikring er en del af arbejdet.

Ad ABT 93 § 22, stk. 2

Ønsker entreprenøren betaling for indkøbte materialer, som ikke er leveret på byggepladsen, skal entreprenøren dokumentere, at der er indgået en for ham bindende aftale om købet. Før udbetaling kan finde sted, skal entreprenøren til byggeledelsen udlevere en komplet fortegnelse over de indkøbte materialer. Desuden skal entreprenøren stille sikkerhed. Sikkerhedsstillelsen skal udformes i overensstemmelse med paradigma.

Ad ABT § 22, stk. 6 – tilføjelse

Prisen skal være fast i hele byggeperioden.

Indtræffer der indenfor aftaleperioden ændringer i merværdiafgift, er entreprenøren pligtig til på skæringsdagen at udarbejde en entrepriseopgørelse bilagt fornøden dokumentation, hvilket skal være byggeledelsen i hænde senest 14 dage efter skæringsdagen.

Ad ABT 93 § 22, stk. 10 – ændring

Betaling sker 1 måned efter modtagelse af slutregning.

Skal der i h.t. aftale udføres mangelfhjælpning efter fremsendelse af slutopgørelsen, fratrækkes værdien heraf i det udbetalte beløb.«

I det til licitationsbetingelserne knyttede »Byggeprogram« er bl.a. fastsat:

»14. Tilbudsvurdering

14.01 Krav til udbudsmaterialet

Tilbudet skal omfatte en projektbeskrivelse og tegninger, som tilsammen på en entydig måde gør det muligt at bedømme, om udbudsmaterialets krav er opfyldt. Desuden skal det klart fremgå, hvor mange delydelser, tilbudet evt. ikke indeholder i forhold til udbudsgrundlaget.

Tegninger og projektbeskrivelse skal være entydige, d.v.s. der må ikke være uoverensstemmelse mellem tekst og tegninger – og tegninger må ikke illustrere forhold, der ikke er indeholdt i tilbudet.

.....

14.02 Vurderingskriteriet

Økonomisk mest fordelagtige bud.

Vurdering af de tilbudte løsninger foretages på grundlag af følgende:

Den faste økonomiske ramme for den samlede tilbudte totalentreprise skal holdes på maksimum 44.000.000 kr. ekskl. moms.

14.03 Evalueringskriterier for tildeling af ordren

Det vægtes i efter 3 underkriterier:

- | | |
|-------------------------------------|-----|
| 1. Målopfyldelse | 60% |
| 2. Arkitektur | 20% |
| 3. Konstruktive og tekniske forhold | 20% |

Ad. 1 Målopfyldelse

Målopfyldelsen opnås med maks. point ved at tilbyde nøglefærdigt bygningsanlæg inkl. terrænanlæg i henholdt til udbudsgrundlaget.

Rumarealer vægtes mest, derefter rum-/funktionsopfyldelse og -disposition.

Ad. 2 Arkitektur

Det færdige byggeri skal være udformet i sammenhæng med omgivelserne, hvad angår byggestil, materialer, farvevalg o.s.v.

Der lægges mest vægt på, at bygningens udvendige og indvendige dele fremstår i gedigne, robuste og funktions-tilpassede materialer, og at der samtidig præsenteres et bygningsanlæg i en tidløs og tiltalende arkitektur, der passer til omgivelserne og indikerer bygningens funktion. Udearealerne vægtes mindre.

Ad. 3 Konstruktive og tekniske forhold

Løsningernes byggetekniske kvaliteter bedømmes efter bygningsdele og deres materialeopbygning.

Kvaliteten af bygningsdele i klimaskærm prioriteres højere end i øvrige bygningsdele.

Kvaliteten af tilbudte bygningsdele vurderes ud fra et kriterium om, at lang levetid og lille vedligeholdelsesindsats har høj prioritet.

Driftsforhold

Ved vurderingen prioriteres rengøringsvenlige overflader.

Indeklimaforhold

Styringsbehov for de valgte installationer.«

I »Rettelsesblad nr. 06« af 30. marts 2005 er bl.a. fastsat:

»Generelt:

Det i byggeprogrammet med tilhørende rumskemaer anførte er bygherrens ideale krav og ønsker. Det er tilbudsgivers opgave at belyse, i hvilket omfang disse krav kan opfyldes indenfor den afsatte økonomiske ramme på kr. 44.000.000 ekskl. moms.

Såfremt dele af det i udbudsmaterialet anførte ikke kan indeholdes i tilbud, skal disse prissættes separat.

.....

Byggeprogram:

Side 37, pkt. 14.03 Ad. 1 – tilføjelse:

Målopfyldelse prioriteres i følgende rækkefølge:

1. Indendørs teori-undervisningsområder.
2. Indendørs praktik-undervisningsområder.
3. Administrations-, edb- og lærerfunktioner.
4. Kantine- og pedelområder.
5. Kælderarealer.
6. Klimaskærm (facader og tag).
7. Værkstedbygning.
8. Terrænarbejder
9. Terrænarbejder
10. Levering og montering af køkkenmaskiner/-udstyr (inkl. demontering af nuværende).«

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 5. april 2005 havde som anført alle 5 ovennævnte virksomheder afgivet tilbud.

I tilbudet fra Hansson & Knudsen A/S er bl.a. anført følgende:

»Idet vi takker for Deres venlige henvendelse har vi hermed fornøjelsen at tilbyde at gennemføre ovennævnte ombygning i totalentreprise for

kr. 44.000.000,- excl. moms

.....

Nærværende tilbud er udarbejdet på grundlag af modtaget udbudsmateriale angivet i Deres udbudsbeskrivelse dateret 04.02.05 samt rettelsesbreve 1-7

Tilbudsgrundlag:

- Nærværende tilbudsskrivelse 11.04.05 med tilhørende bilag A og B
- Præsentationsmateriale på plancher dateret 11.04.05
- 3 stk. Powerpoint præsentation på CD

- 3 sæt A3 tegningsmapper med planer – snit – facader dateret 11.04.05
- 3 sæt A3 mapper med tekniske beskrivelser dateret 11.04.05

Det har været vores intention ved disponering af dette forslag til de nye faciliteter for OTS at skabe en helhed som tilgodeser alle de forskellige afdelinger mest muligt.

Totalentreprisegruppen vil gennem optimering af projektering, konstruktioner og byggeprocessen kunne tilbyde ombygningen af Aabakken 1 til OTS i den angivne kvalitet til en økonomisk fordelagtig pris, samtidig med at bygherrens overordnede værdigrundlag tilgodeses i størst muligt omfang, ved valg af løsninger og at den efterfølgende drift gives de bedst mulige vilkår.

For at give jer et helhedsindtryk af en fuldt funktionsdygtig skole der lever op til tidens krav i et godt og inspirerende uddannelsesmiljø, samt vise »den røde tråd« i den samlede plan og disponering, har vi været nødt til at medtage ydelser på tegninger som ikke er muligt at tilbyde indenfor den økonomiske ramme på 44.000.000 kr. som I har fastslagt i jeres udbudsgrundlag.

Vi er dog af den klare opfattelse at det er et vigtigt parameter at bygningen virker i dagligdagen til glæde for alle og at den også er tidssvarende med muligheder for nye tiltag fremover.

.....

Betaling

Betaling sker i månedlige rater i.h.t.

Det forudsættes, at betalingsplan drøftes til enighed i forbindelse med acceptunderskrivelse.«

I bilag A til tilbudet fra Hansson & Knudsen A/S er bl.a. anført:

»Forudsætninger for tilbud

Nærværende tilbud er givet ud fra et ydelsesomfang, svarende til den afsatte økonomiske ramme på kr. 44.000.000 excl. moms, og prioriteret som angivet i rettelsesblad nr. 6 under målopfyldelse.

Det skal bemærkes at tilbudet afviger i ydelsesomfang fra det i udbudsmaterialet angivne byggeprogram og funktioner.

Til belysning af økonomien for et funktionsdygtigt projekt i ydelsesomfang modsvarende udbudsmaterialet, henvises til bilag B – estimat for totaløkonomi dateret 11. april 2005 – hvori tilbud på ekstraydelser er oplyst.

Kantine og kantinekøkken:

I vores projektforslag er det nødvendigt for overholdelse af de i udbudstidsplanens angivne terminer og med aflevering den 31. maj 2006 at bygningskomplekset er frit tilgængeligt og alene står til rådighed for vores håndværkere, dog undtaget fremmedes brug af omklædnings- og bade faciliteterne i kælderen frem til efter afleveringen.

Vi forudsætter at såvel kantine som kantinekøkkenet er til vores frie disponering fra og med mandag den 1. august 2005.

Som kompensation herfor har vi indeholdt en midlertidig pavillon i størrelsesordenen 50 m², opstillet på planen til kantinebrug. Vi foreslår at kantinemøblementet kan flyttes hertil. Der disponeres med 35-40 siddepladser af gangen.

.....

..... . Det skal bemærkes at der i vores tilbud ikke er indeholdt udgifter til madleverance, dog gøres opmærksom på en mulig driftsbesparelse på fjernvarmens mængdebesparelse i størrelsesordenen 75.-90.000 kr. pr. år. Denne mulige besparelse kan kompenseres for øgede udgifter til mad i byggeperioden.

Vi deltager gerne i en forhandling til løsninger af ovennævnte forhold og om muligt et tilskud efter en nærmere forhandling.«

I bilag B til tilbudet fra Hansson & Knudsen A/S er anført »Prioriterede ekstraydelser (kr. excl. moms)«, som er inddelt i kategorierne »1. Funktionsnødvendige«, »2. Anbefalelsesværdig«, »3. Anbefalelsesværdig, driftsøko.« og »4. Muligt tilkøb«. På bilagets side 6 er videre anført:

»Pos.	Tekst		Kr. excl. moms
0.	Totalentreprise, jf. tilbudsliste		44.000.000
1.	Funktionsnødvendige omkostninger		4.070.000
	Samlet sum incl. 1		48.070.000
2.	Anbefalelsesværdige omkostninger	4.025.000	
3.	Anbefalelsesværdige driftsøkonomiske omk.	3.808.000	
4.	Muligt tilkøb	11.314.500	

Note: Der kan frit vælges blandt de oplyste tillægsydelser.

Ydelser, omfang og funktion foreslår vi drøftet i et åbent og tillidsfuldt samarbejde.«

I referat af 19. april 2005 af »Byggeudvalgsmøde« er bl.a. anført:

»Dagsorden:

.....

Referat:

1. Gennemgang og drøftelse af indkomne projektforslag/-tilbud:

Projektforslagenes arkitektur gennemgået og forklaret af.....:

Forslag fra NCC, J&B og Skanska er uinspirerende og uhensigtsmæssigt disponeret.

Forslag fra KPC indeholder gode dispositioner, specielt udearealer.

Forslag fra H&K er suverænt det bedste med god disponering i midtergang og rumklynger ved lysgårde.

Øvrige bedømmelseskriterier bearbejdet og pointsat af før mødet. Redegørelse i henhold til udleveret tilbudsoversigt og projektnotat.

2. Bedømmelse og pointgivning:

Projektforslag /-tilbud bedømt og pointgivet i henhold til kriterier, anført i udbudsmaterialet.

Samlet pointsum: H&K 4,54, KPC 4,09, NCC 3,01, Skanska 2,28 og J&B 0,4.

Årsag til J&Bs lave pointsum er, at det ikke af tilbudet fremgår, hvad der tilbydes for kr. 44.000.000 ekskl. moms.

Bedømmelseskema bekendtgøres ikke,

3. Valg af projekt/entreprenør:

Projekt/tilbud fra H&K valgt.

4. Drøftelse af det videre forløb:

.....

Indledende møde med H&K arrangeres hurtigst muligt af Projekt og tilbud skal tilpasses en kontraktsum på kr. 44.000.000 ekskl. moms.«

Ved brev af 21. april 2005 orienterede indklagede tilbudsgiverne om, at Hansson & Knudsen A/S var indstillet til accept med hensyn til totalentreprise. Ifølge brevet kan tilbudsgiverne, dog ikke Hansson & Knudsen A/S, hver fakturere 50.000 kr. ekskl. moms for afgivelse af tilbud/forslag under forudsætning af, at bygherren frit kan anvende det i tilbudene foreslåede eller dele deraf.

Klagerens advokat har i en skrivelse af 21. februar 2006 til Klagenævnet for Udbud anført:

»På vegne klageren skal jeg herved anmode om, at nævnet inddrager følgende nye væsentlige forhold i forbindelse med at der træffes afgørelse i sagen.

Det ene dokument er en skrivelse af 7. december 2005 fra indklagedes direktør, direktør Niels Henning Olsen til AMU-Fyn, med tilhørende beregningsnotat Det fremgår , at investeringen for så vidt angår Åbakke 1 - hvilken er genstanden for nærværende sag - foruden ombygningen på kr. 44.000.000,00 tillige omfatter yderligere 10 % samt videreombygning på kr. 24.000.000,00, dvs. den samlede entreprise for Åbakke 1 væsentligt overstiger den dagældende tærskelværdi i Udbudsdirektivet.

Det andet dokument er indklagedes udbudsbekendtgørelse af 20. januar 2006, hvilken er offentliggjort den 24. januar 2006 Det fremgår af side 1, nederst, at der er tale om udbud af »ombygning af tre eksisterende bygninger til praktik- og teoriundervisningslokaler, ombygningsarbejderne omfatter klimaskærm, indvendige bygningsdele, installationer og tilpasning af terrænbelægninger.«

Det er klagerens opfattelse, at ovennævnte forhold står i klar modsætning til de forklaringer, der blev afgivet af henholdsvis klageren ved direktør Niels Henning Olsen og klagerens rådgiver ved Viggo Johannsen.

.....«

Indklagedes advokat har i en skrivelse af 10. marts 2006 til Klagenævnet for Udbud anført bl.a.:

»Herved skal jeg meddele OTS' bemærkninger til KPC's skrivelse til klagenævnet af 21. februar 2006.

Indledning

Med skrivelsen fremsender KPC som kopi af OTS' skrivelse af 7. december 2005 til AMU-Fyn angående AMU-Fyns indgåelse af lejekontrakt om transportuddannelsescentret på Aabakke. Skrivelsen er

vedhæftet en beregning over den husleje, som AMU-Fyn i givet fald skulle betale til OTS.

KPC hæfter sig i den forbindelse ved, at huslejberegningens skøn over den samlede investering for Aabakke 1 opererer med et tillæg til den oprindelige ombygningsudgift på 10 % svarende til 4,4 mio. kr. samt et beløb til videreombygning på 24 mio. kr.

KPC anfører i den forbindelse, at den dagældende tærskelværdi for Aabakke 1 er overskredet, hvis beløbene på 4,4 mio. kr. og 24 mio. kr. lægges til kontraktsummen på 44 mio. kr. for den entreprise på Aabakke 1, der er genstanden for nærværende sag.

Dette anbringende relaterer sig således til KPC's påstand 1.

OTS fastholder sin frifindelsespåstand overfor KPC's påstand 1 og gør overfor det nu anførte gældende, at de nævnte beløb på 4,4 mio. kr. og 24 mio. kr. ikke skal tillægges entreprisesummen på 44 mio. kr. ved opgørelsen af tærskelværdien for det oprindelige udbud. Beløbet på 4,4 mio. kr. vedrører udgifter til uforudsete forhold, som imidlertid søges elimineret ved besparelser. Beløbet på 24 mio. kr. vedrører en ny byggesag, hvis tærskelværdi skal beregnes uafhængigt af det oprindelige udbud.

Herudover fremlægger KPC OTS' udbudsbekendtgørelse vedrørende ombygning af tre eksisterende bygninger i Aabakkekomplekset. KPC anfører ikke noget udtrykkeligt anbringende i forlængelse heraf, men forholdet kan efter sit indhold ligeledes kun vedrøre KPC's påstand 1 om anvendelse af det forkerte regelsæt på grund af overskridelse af tærskelværdien.

KPC hævder, at de fremlagte dokumenter skulle modsige de forklaringer, der blev afgivet af OTS' direktør Niels-Henning Olsen og OTS' rådgiver Viggo Johansen under den mundtlige forhandling. Det er ikke tilfældet, tværtimod. Det er imidlertid vigtigt for forståelsen af sagen at redegøre for den udvikling, der har fundet sted i forholdet mellem OTS og AMU-Fyn i tiden op til og efter den mundtlige forhandling, I det følgende redegør OTS nærmere herfor.

Supplerende sagsfremstilling

Som anført i skriftvekslingen og under den mundtlige forhandling var samarbejdet mellem OTS og AMU-Fyn oprindeligt planlagt således, at AMU-Fyn ville lade KPC indrette Aabakke 1 og derefter overdrage den til sig. Herefter skulle OTS leje sig ind i nogle af lokalerne. Da AMU-Fyn ikke kunne løfte denne konstruktion økonomisk, besluttede OTS at købe bygningen, stå for indretningen og herefter leje en del af den til

AMU-Fyn. Herefter blev den i nærværende sag omhandlede omvendte licitation gennemført og indretningsarbejderne iværksat.

Udover en hensigtserklæring fra AMU-Fyn om at ville leje sig ind i Aabakke 1 blev der ikke indgået nogen skriftlige aftaler om, hvor mange lokaler AMU-Fyn skulle leje, eller en egentlig lejekontrakt. Samarbejdet var baseret på de mundtlige aftaler, parterne havde indgået. AMU-Fyn blev dog involveret i byggeriets planlægning, projektering og udbud og deltog løbende under byggeriets udførelse i arbejdsgruppe-/totalentreprisemøder med OTS.

..... blev det samstemmende forklaret under den mundtlige forhandling af AMU-Fyns arkitekt Søren Vestergaard, Ove G. Dalby fra AMU-Fyn samt Niels-Henning Olsen og Viggo Johansen, at AMU-Fyns lokalebehov blev rimeligt tilgodeset i det valgte projekt. AMU-Fyn var dog i byggeriets forløb meget lidt fleksibel, idet AMU-Fyn til stadighed fastholdt at ville have alle sine indretningsønsker opfyldt.

.....
Sagen tog imidlertid en helt ny drejning, da AMU-Fyns sikkerhedsorganisation midt under byggeriet i sommeren 2005 indtog det standpunkt, at AMU-Fyns ansatte ikke ville bruge teorilokaler, som kun havde ovenlys og direkte udsigt, ikke udsigt til det fri, men til nogle store lysgårde, hvilket var tilfældet for en del af de projekterede lokaler. Dette uanset at byggetilladelsen alene stillede krav om, at kontorer uden udsyn til det fri ikke måtte bruges til faste arbejdspladser Da det alene var en del af de ansattes arbejdstid, der i givet fald skulle tilbringes i de pågældende teorilokaler, kunne disse ikke karakteriseres som faste arbejdspladser.

Som forklaret af Niels-Henning Olsen under den mundtlige forhandling valgte AMU-Fyns ledelse at bakke sin sikkerhedsorganisation op. Det skete ved, at AMU-Fyn udenom OTS overfor Odense kommune den 3. oktober 2005 erklærede, at AMU-Fyn ikke kunne acceptere lokaler med begrænset udsyn. Trods OTS' henstilling til AMU-Fyn om ikke at foretage sådanne ensidige henvendelser, gentog AMU-Fyn sit synspunkt skriftligt overfor Odense kommune den 11. oktober 2005.

Denne udmelding standsede de facto den endelige planlægning af byggeriet. OTS stod nu midt under byggeriet i den uforudsete situation, at AMU-Fyn tilsyneladende ikke ønskede at leje sig ind i Aabakke 1 eller kun at leje sig ind delvis. OTS risikerede dermed at stå med en række nyindrettede lokaler, som man ikke umiddelbart havde nogen anvendelse til.

For at undgå denne uhensigtsmæssighed og bevare det planlagte samarbejde med AMU-Fyn begyndte OTS' bestyrelse at overveje

muligheden af at anskaffe en anden bygning i nærheden, benævnt Aabakke 3, indrette teorilokaler med fri udsigt her og udleje disse til AMU-Fyn. De ledigblevne lokaler i Aabakke 1 kunne herefter anvendes til autoundervisningscenter. Som forklaret af Niels- Henning Olsen og Viggo Johansen pågik disse overvejelser på tidspunktet for den mundtlige forhandling den 8. november 2005, men endelig beslutning var ikke truffet.

Løsningen var således blevet præsenteret for AMU-Fyn på et møde den 26. oktober 2005. Den 1. november 2005 skrev AMU-Fyn til OTS, at man var meget tilfreds med den foreslåede løsningsmodel, men ønskede at se et overslag over de økonomiske forhold i modellen, inden man gav endeligt til sagn. OTS svarede på skrivelsen ved bilag L.

På den baggrund gik OTS videre med modellen og bestyrelsen traf som et led heri den 1. december 2005 beslutning om at erhverve to yderligere ejendomme på området benævnt Aabakke 2 og Aabakke 3. Endvidere påbegyndtes udarbejdelsen af et projekteringsgrundlag for modellen.

OTS ville i overensstemmelse med det oprindelige koncept anvende Aabakke 1 til transportuddannelse. AMU-Fyn skulle alene anvende en del af de lokaler i Aabakke 1, der oprindeligt var tiltænkt AMU-Fyn, samt herudover halvdelen af lokalerne i ejendommen benævnt Aabakke 3.

For at udnytte de tiloversblevne områder i Aabakke 1 ønskede OTS som nævnt at indrette disse til autoundervisningscenter. Henset til de nye omstændigheder besluttede OTS' bestyrelse i den forbindelse at bevillige de fornødne midler til at indrette et komplet auto-undervisningscenter med alle fornødne funktioner.

Dette indebar, at der i lokalerne i Aabakke 1 skulle etableres teorilokaler, værksteder og depoter til lærlingeuddannelsen, mens Aabakke 2 blev anskaffet til teori- og værkstedslokaler til efteruddannelse for autobranschen. Endelig skulle der i tilknytning til Aabakke 1 etableres servicestation, funktionsprøvestand og truckhal.

..... fremsendte OTS de oplysninger angående økonomien i det nye projekt, som AMU-Fyn havde efterlyst, OTS satte en frist for AMU-Fyns bekræftelse af at ville indgå lejekontrakt til den 16. december 2005. En sådan bekræftelse fremkom ikke. Tværtimod skrev AMU-Fyn den 15. december 2005 et afvisende svar til OTS, hvori AMU-Fyn rejste en lang række kritikpunkter af forløbet. OTS afviste kritikken den 20. december 2005 og opfordrede samtidig til at parterne afholdt et fælles bestyrelsesmøde mellem jul og nytår for at

afklare sagen, som nu hastede ganske meget af hensyn til at kunne nå at gennemføre byggeriet til det planlagte ibrugtagningstidspunkt.

Fællesmødet blev holdt den 28. december 2005, men uden resultat. Efter et nyt fællesmøde den 10. januar 2006, meddelte AMU-Fyn sin principielle tilslutning til en lejeaftale i e-mail af 11. januar 2006, men fremsatte samtidig nye betingelser. Den 12. januar svarede OTS på de nye forhold og anmodede om et endeligt, bindende tilsagn senest den 13. januar. Den 13. januar meddelte AMU-Fyn, at vilkårene for et endeligt, bindende tilsagn var utilfredsstillende for AMU-Fyn. Herpå måtte OTS den 13. januar konstatere, at AMU-Fyn ikke ønskede at fortsætte samarbejdet.

OTS stod herefter endnu engang i den situation, at forudsætningerne for de dispositioner, som OTS havde foretaget, på afgørende punkter var ændret væsentligt på grund af AMU-Fyns adfærd, og OTS var endnu engang nødt til at revurdere projektet. OTS' direktør Niels-Henning Olsen havde den 20. december 2005 udarbejdet en indstilling til bestyrelsen om denne revurdering, såfremt AMU-Fyn muligt ville trække sig. Indstillingen blev vedtaget af bestyrelsen den 23. december 2005

Det fremgår af indstillingen, at OTS besluttede fortsat at erhverve og indrette alle 3 bygninger. Motivationen for beslutningen var et ønske om at sikre tilstrækkelige fremtidsperspektiver for udvidelse,

Aabakke 1 vil blive anvendt til transportcenter som oprindeligt planlagt. Auto undervisningscenter vil blive etableret i Aabakke 1 og Aabakke 2. Der vil dog være lokaler i Aabakke 1, som OTS ikke aktuelt har behov for at benytte. Aabakke 3 vil blive indrettet til OTS' elektronik- og datauddannelser, som flyttes fra sine hidtidige lokaler på Risingsvej.

Det er dette projekt, som OTS udbød i EU-udbud ved udbudsbekendtgørelse offentliggjort den 24. januar 2006, Udbudsmaterialet blev udsendt til de fem prækvalificerede ansøgere den 21. februar 2006. KPC søgte ikke om prækvalifikation. De relevante dele af udbudsmaterialet fremlægges Materialets omfang fremgår af bilagets forside

Et overblik over projektets omfang fås enklest ved hjælp af de fem fremlagte projektegninger. Aabakke 1 er vist på tegning Det bemærkes, at tegningerne alene viser den del af bygningen, der ikke indrettes af Hansson & Knudsen under den af nærværende sag omhandlede entrepriise

Supplerende anbringender

KPC's nye anbringender vedrører som indledningsvis nævnt alene den nedlagte påstand I om, at OTS skulle have anvendt udbudsdirektivet i stedet for tilbudsloven, fordi tærskelværdien var overskredet. KPC forudsætter herved, at såvel de nævnte 10 % (4,4 mio. kr.) som de samme steds omtalte 24 mio. kr. skal lægges til entreprisesummen i den omvendte licitation på 44 mio. kr.

OTS bestrider, at en sådan sammenlægning skal finde sted.....
Supplerende bemærkes følgende.

Vedrørende beløbet på 4,4 mio. kr. bemærkes, at den opgørelse som beløbet figurerer i, ikke er en opgørelse af de faktiske byggeomkostninger, men derimod en opstilling udarbejdet til brug for OTS' forhandling med AMU-Fyn om fastsættelse af AMU-Fyns huslejebetaling for en periode på 10 år udarbejdet på et tidspunkt, hvor de endelige byggeomkostninger ikke var kendt.

OTS har stedse bestræbt sig på at overholde den bevilligede entreprisesum på 44 mio. kr. i kontrakten med Hansson & Knudsen i overensstemmelse med OTS' mundtlige og skriftlige erklæringer i nærværende sag.

Meromkostninger som følge af ændrede eller nye ønsker er neutraliseret ved besparelser andre steder.

Projektet er løbet ind i uforudsete forhold. Således viste gulvbetonen sig i langt dårligere stand end forventet, idet betonen var forvitret og armeringen tæret væk på grund af kemikaliepåvirkning. Herudover er man stødt på asbestholdig installationsisolering, som har måttet fjernes.

OTS gør gældende, at sådanne uforudsete udgifter kan afholdes udover de 44 mio. kr., uden at dette indebærer en overtrædelse af udbudsdirektivets regler om tærskelværdiberegning.

Uanset dette søger OTS dog også her så vidt muligt at eliminere merudgifter udover kontraktsummen ved besparelser for ikke at overskride bevillingen. Byggeriet er endnu ikke færdigt, og det kan derfor p.t. ikke fastslås, hvor stor en overskridelse, der eventuelt bliver tale om.

De anførte bestræbelser på at overholde entreprisesummen har ført til, at dele af det med Hansson & Knudsen kontraherede projekt ikke kommer til udførelse. Det gælder først og fremmest de teorilokaler, der skulle indrettes mellem modullinie 23 og 24 på 1. sal i Aabakke 1. Denne del af bygningen bliver afsluttet som råkonstruktion. I stedet vil

der under det igangværende udbud blive etableret en række nye teorilokaler på 1. sal

Sammenfattende dokumenterer angivelsen af de 4,4 mio. kr. således hverken et aktuelt forbrug udover tærskelværdien eller en hensigt til omgåelse af tærskelværdireglerne.

Tværtimod bekræfter det nye udbud OTS' udsagn og erklæringer om, at enterprisesummen på 44 mio. vil blive overholdt. De yderligere arbejder, som ifølge det nye projekt skal foretages i Aabakke 1 tildeles således ikke til Hansson & Knudsen som tillægsarbejder, men er omfattet af det nye udbud.

Vedrørende beløbet på 24 mio. kr. for videreombygning af Aabakke 1 bemærkes, at dette tal ligeledes er et skøn udarbejdet på et tidspunkt, hvor AMU-Fyn stadig indgik i planerne. Det faktiske beløb vil givet blive en hel del anderledes. Der vil dog under alle omstændigheder finde en del ombygninger sted i Aabakke 1.

OTS gør gældende, at enterprisesummen for disse ombygninger ikke skal sammenlægges med den oprindelige enterprisesum på 44 mio. kr. Den nye enterprisesum vedrører en ny byggesag, hvis tærskelværdi skal beregnes særskilt.

OTS' bestyrelse bevilligede oprindeligt et beløb på 44 mio. kr. til Aabakke 1. På baggrund af resultatet af den omvendte licitation blev det besluttet at benytte dette beløb til etablering af et transportuddannelsescenter til brug for OTS og AMU-Fyn. Det autoundervisningscenter, som var beskrevet i udbudsmaterialet, blev fravalgt, idet det bevilligede beløb ikke rakte til udførelse heraf. Under udførelsen har OTS til stadighed bestræbt sig på at holde det bevilligede beløb.

Som beskrevet ovenfor skiftede AMU-Fyn imidlertid holdning undervejs i byggeriet og ville ikke længere anvende lokalerne i Aabakke 1. På baggrund af denne begivenhed, som OTS ikke var og ikke kunne have været bekendt med på tidspunktet for udbudet omfattet af nærværende sag, udarbejdede OTS et nyt projekt og indhentede en ny bevilling hertil for at søge at bevare samarbejdet med AMU-Fyn. På tilsvarende vis kunne og burde OTS ikke have forudset, at AMU-Fyn også ville undsige det nye projekt, hvilket nødvendiggjorde yderligere væsentlige ændringer. Udarbejdelsen og udbudet af det nye projekt beror således på nye omstændigheder opstået lang tid efter det i nærværende sag omhandlede udbud.

Der er med andre ord ikke tale om, at OTS har søgt kunstigt at opdele et oprindeligt samlet projekt for at undgå direktivets anvendelse. Der

foreligger derimod to selvstændige byggeprojekter med hver sin bevilling udarbejdet og besluttet under hensyn til de skiftende samarbejdsvilkår, som OTS har været udsat for.

Hertil kommer, at såvel transportuddannelsescenteret i Aabakke 1 som autouddannelsescentret i Aabakke 1 og 2 hver for sig udgør tilstrækkelige fysiske rammer til at gennemføre OTS' uddannelsesaktiviteter på de to forskellige områder. Centrene udfylder således - uanset at de til dels ligger i samme bygning - hver for sig en teknisk og økonomisk funktion, jf. udbudsdirektivets art. 1, stk. 2, litra b).

De to projekter opfylder således både de tidsmæssige, økonomiske og tekniske betingelser for at holde dem adskilt ved tærskelværdiberegningen. Det fastholdes derfor, at anvendelsen af tilbudsloven på udbudet omhandlet i nærværende sag var berettiget.«

Som tidligere anført har de nævnte skrivelser af 21. februar og 10. marts 2006 givet anledning til afholdelse af en supplerende mundtlig forhandling i Klagenævnet den 10. oktober 2006.

Parterne har i øvrigt skriftligt og mundtligt redegjort for deres synspunkter vedrørende det projekt, klagen angår.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I licitationsbetingelsernes »Udbudsbrev« af 4. februar 2005 er fastsat, at licitationen gennemføres som en »indbudt/begrænset omvendt licitation«, og at projektet udbydes til en maksimal totalentreprisesum på 44 mio. kr. ekskl. moms. Det er endvidere fastsat, at afgivelse af konditionsmæssige tilbud bliver honoreret med 50.000 kr. ekskl. moms under forudsætning af, at bygherren frit kan anvende det i tilbudene foreslåede eller dele heraf. Den tilbudsgiver, med hvem der indgås totalentreprisekontrakt, honoreres ikke for afgivelse af tilbud.

I licitationsbetingelsernes »Byggeprogram« af 4. februar 2005 er fastsat, at tildelingskriteriet er det »Økonomisk mest fordelagtige bud, vurderet som angivet i »Byggeprogram««, og at vurderingen af de tilbudte løsninger

foretages på grundlag af, at den faste økonomiske ramme for den samlede tilbudte totalentreprise skal holdes på maksimalt 44 mio. kr. ekskl. moms.

I »Rettelsesblad nr. 06« af 30. marts 2005 er fastsat, at det i byggeprogrammet med tilhørende rumskemaer anførte er bygherrens ideale krav og ønsker, og at det er tilbudsgiverens opgave at belyse, i hvilket omfang disse krav kan opfyldes inden for den afsatte økonomiske ramme på 44 mio. kr. ekskl. moms. Såfremt dele af det i udbudsmaterialet anførte ikke kan indeholdes i tilbudet, skal disse prissættes separat.

Klagenævnet finder, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at undlade at udbyde kontrakten efter bestemmelserne i Udbudsdirektivet, da den anslåede værdi af kontrakten overstiger tærskelbeløbet for offentlige bygge- og anlægsarbejder.

Ifølge artikel 7, litra c, i Udbudsdirektivet gælder direktivet for offentlige kontrakter, der ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i artikel 10 og 11 og artikel 12-18, og hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger nedennævnte tærskelværdi.

Efter Udbudsdirektivets artikel 9, stk. 1, beregnes den anslåede værdi af en offentlig kontrakt på grundlag af det samlede beløb eksklusive moms, som den ordregivende myndighed kan komme til at betale. I denne beregning tages der hensyn til det anslåede samlede beløb, herunder enhver form for optioner og eventuelle forlængelser af kontrakten. Hvis den ordregivende myndighed forudser præmier eller betalinger til ansøgere eller tilbudsgivere, skal der tages hensyn hertil ved beregning af kontraktens værdi.

Ifølge artikel 2, stk. 1, litra c, i forordning nr. 1874/2004 af 28. oktober 2004 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter ændredes den for denne klagesag relevante tærskelværdi fra »6.242.000 EUR« i artikel 7, litra c, i direktiv 2004/18/EF til »5.923.000 EUR«.

Ved meddelelse C 266/3 af 29. oktober 2004 fra Kommissionen om modværdierne af tærskelbeløbene i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF, som ændret ved Kommissionens forordning

(EF) nr. 1874/2004, er modværdien i danske kroner (DKK) af tærskelbeløbet 5.923.000 EUR fastsat til 44.019.088.

Ved afgørelsen har Klagenævnet lagt vægt på, at indklagede på baggrund af licitationsbetingelserne måtte forudse, at op til 4 tilbudsgivere kan få ret til et honorar på 50.000 kr. ekskl. moms for afgivelse af konditionsmæssigt tilbud, og at disse honorarer skulle afholdes ud over den maksimale totalentreprisesum på 44 mio. kr. ekskl. moms. Klagenævnet finder således, at indklagede i medfør Udbudsdirektivets artikel 9, stk. 1, skulle have medregnet både totalentreprisesummen med 44 mio. kr. ekskl. moms og 4 honorarer á 50.000 kr. ekskl. moms ved tærskelværdiberegningen.

Påstanden tages allerede af denne grund til følge.

Klagenævnet anser det således for unødvendigt at tage stilling til det, klageren efterfølgende under anbringende af, at det projekt, klagen vedrører, reelt kun er en del af et langt større projekt, har anført om merudgifter på i alt knap 29 mio. kr.

Ad påstand 2 og 3

Klagenævnet finder efter det, der er oplyst under sagen, ikke grundlag for at fastslå, at tilbudet fra Hansson & Knudsen ikke opfyldte minimumskravene i udbudsbetingelserne, eller at der på ubehørig måde er ændret elementer i tilbudet.

Påstand 2 og 3 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Indklagedes beslutning om at gennemføre udbudet efter Tilbudsloven i stedet for efter Udbudsdirektivet indebærer en så væsentlig overtrædelse af Udbudsdirektivet, at der er grundlag for at annullere udbudet. Klagenævnet har navnlig lagt vægt på, at der efter Udbudsdirektivet skal ske offentliggørelse af udbudet i videre omfang end efter Tilbudsloven, hvorfor overtrædelsen indebærer en betydelig risiko for, at kredsen af virksomheder, der blev bekendt med udbudet og dermed faktisk kunne komme i betragtning, er blevet væsentligt indskrænket.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 5

Indklagedes beslutning af 25. maj 2005 om at indgå kontrakt med Hansson & Knudsen A/S uden forinden at have gennemført EU-udbud efter reglerne i Udbudsdirektivet indebærer en væsentlig overtrædelse af Udbudsdirektivet, og der er derfor grundlag for at annullere beslutningen.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 6

Ifølge § 6, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud kan Klagenævnet afvise en sag eller afgøre den i realiteten helt eller delvis, herunder annullere ulovlige beslutninger eller pålægge ordregiveren at lovliggøre udbudsforretningen.

Klagenævnet kan ikke tage stilling til, hvilke konsekvenser annullationen af udbudet og annullationen af beslutningen om at indgå kontrakt med Hansson & Knudsen A/S har for retsforholdet mellem indklagede og Hansson & Knudsen A/S. Dette må afgøres enten ved forhandling og aftale eller af domstolene.

Klagenævnet kan heller ikke pålægge indklagede at gennemføre et nyt udbud, idet det står indklagede – som ordregiver – frit for, om indklagede, hvis kontrakten med Hansson & Knudsen ophæves, vil kontrahere på ny eller ej, og dermed også, om der skal iværksættes et nyt udbud eller ej.

Efter en samlet vurdering af sagens omstændigheder finder Klagenævnet ikke anledning til at pålægge indklagede at gennemføre et eventuelt udbud på en bestemt måde.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at udbyde totalentreprisen og udarbejdelsen af projekt til indretning af transport- og autoundervisningscenter i den eksisterende ejendom, som er beliggende Petersmindevej 1/Risingvej 45-47, 5000 Odense C, efter Tilbudsloven og ikke efter Udbudsdirektivet.

Ad påstand 4

Indklagedes udbud af totalentreprisen og udarbejdelsen af projekt til indretning af transport- og autoundervisningscenter i en eksisterende ejendom, som er beliggende Petersmindevej 1/Risingvej 45-47, 5000 Odense C, annulleres.

Ad påstand 5

Indklagedes beslutning af 25. maj 2005 om at indgå kontrakt med Hansson og Knudsen A/S annulleres.

Indklagede, Odense Tekniske Skole, skal i sagsomkostninger til klageren, KPC Byg A/S, betale 150.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Erik Kjærgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig