

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Helle Bøjen Larsen, Niels Henriksen)

J.nr.: 2006-0008074

26. april 2007

K E N D E L S E

MT Højgaard A/S
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Aalborg Lufthavn a.m.b.a.
(advokat Hans Lykke Hansen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 10. februar 2006 udbød Aalborg Lufthavn a.m.b.a. som begrænset udbud efter direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester en ombygning af eksisterende ankomsthal, om - og udbygning af eksisterende terminalbygning og belægning af ca. 350 nye p-pladser.

5 virksomheder blev prækvalificerede.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 9. maj 2006, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 20. juni 2006 havde 3 af de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud, heriblandt TL Byg A/S og MT Højgaard A/S. Den 28. juni 2006 besluttede Aalborg Lufthavn a.m.b.a. at indgå kontrakt med TL Byg A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 4. oktober 2006.

Den 6. oktober 2006 indgav klageren, MT Højgaard A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Aalborg Lufthavn a.m.b.a.

Efter at klageren havde indbragt sagen for Klagenævnet, fremsendte indklagede svarskrift af 3. november 2006, men ikke sagens dokumenter. Ved skrivelse af 24. november 2006 fremsendte indklagede efter fornyet anmodning dokumenterne til Klagenævnet, men gjorde gældende, at blandt andet tilbudet fra TL Byg A/S og den endelige entreprisekontrakt skulle undrages klagerens partsaktindsigt. Ved beslutning meddelt parterne pr.

telefax den 11. december 2006 traf Klagenævnet afgørelse om, at ingen del af dokumenterne var unddraget klagerens aktindsigt, og at dokumenterne omgående skulle stilles til klagerens dokumentation. Den 13. december 2006 forespurgte indklagede TL Byg A/S, om der var dokumenter, der efter TL Byg A/S' opfattelse ikke burde udleveres til klageren. Klageren modtog herefter den 4. januar 2007 de omhandlede dokumenter.

Klagen har været behandlet på møder den 16. januar 2007 og den 16. marts 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, idet følgende forudsætning i klagerens tilbud »Vi forudsætter, at diverse myndighedsbehandling ikke har nogen indflydelse på vores vedlagte hovedtidsplan« ikke er og ikke kan betragtes som et forbehold over for udbudsbetingelserne, herunder den udbudte rammetidsplan.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og EU-udbudsrettens gennemsigtighedsprincip ved dels først at besvare de af klageren rettidigt skriftligt stillede spørgsmål dagen før tilbudsfristens udløb og således efter den i udbudsbrevet fastlagte frist for besvarelse af spørgsmål, dels at besvare spørgsmålene mundtligt og uden samtidig orientering af de øvrige tilbudsgivere.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at tage tilbudet fra TL Byg A/S i betragtning uanset, at dette tilbud ikke opfylder kravene til tilbudet i konkurrencebetingelsernes punkt 2.3, idet det af TL Byg A/S afgivne tilbud ikke indeholder »redegørelse og principskitser for installationers disponering, dimensionering, virkemåde, standard m.v.«

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at tage tilbudet fra TL Byg A/S i betragtning uanset, at TL Byg A/S har taget »Byg's standardforbehold af marts 2001 samt UE's standardforbehold« og dermed taget forbehold overfor udbudsbetingelsernes bestemmelser om:

- a. at grundlaget for entrepriseaftalen skal være ABT 93 med de i konkurrencebetingelserne angivne ændringer og tilføjelser,
- b. at totalentreprenøren tegner og betaler kombineret entreprisforsikring inkl. brand og stormskadeforsikring, og
- c. at vejrlig og vinterforanstaltninger såvel overenskomstmæssige som ikke- overenskomstmæssige skal være indeholdt i entreprisensummen, og at vejrlig ikke giver totalentreprenøren ret til at kræve tidsfristforlængelse.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele den udbudte totalentreprisekontrakt til TL Byg A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

Udbudsbetingelserne af 9. maj 2006 omfatter udbudsbrev, konkurrencebetingelser, byggeprogram med bilag og tilbudslistes.

Tildelingskriteriet er fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« med følgende underkriterier:

» *	Tilbudssum	35%
*	Arkitektonisk værdi	25%
*	Opfyldelse af værdier for hoveddisponering og arealudnyttelse	25%
*	Opfyldelse af lokale- og funktionskrav	
	Opfyldelse af konstruktions-, installations- og materialekrav	15%
*	Vedligeholdelse og drift	
		«

I konkurrencebetingelserne anføres, at grundlaget for entrepriseaftalen er ABT 93 med angivne ændringer og tilføjelser. Endvidere er i punkt 8.3 anført:

»Der optages kun tilbud til bedømmelse, der er rettidigt indleveret, og der er i overensstemmelse med nærværende betingelser.«

Nærmere ad påstand 1 og 2:

Det anføres i udbudsbrevet, at eventuelle spørgsmål til udbudsmaterialet kunne stilles skriftligt til Viggo Dalager, Kuben Byggeplandata A/S, der fungerede som bygherrerådgiver. Det anføres tillige, at fremsendte spørgsmål ville blive besvaret løbende til alle deltagerne med angivelse af spørgsmål og svar. Spørgefristen udløb den 11. juni 2006, og afsluttende besvarelse ville ske senest den 15. juni 2006.

Ifølge Konkurrencebetingelsernes punkt 2.3 skulle tilbudene indeholde en »Tidsplan for hovedaktiviteter«. Herom anføres yderligere i Konkurrencebetingelsernes punkt 4.1 under overskriften »Ved aftaleindgåelsen«:

»Den overordnede rammeplan for projektet fremgår af byggeprogramets kapitel 15.

I forbindelse med afgivelse af tilbud skal der udarbejdes en tidsplan, der vedlægges tilbudet.

Tidsplanen skal indeholde en oversigt over alle væsentlige aktiviteter med start og slut for såvel projektering som udførelse.«

I konkurrencebetingelserne er under punkt 6.6 anført en række ændringer og tilføjelser til ABT 93. Det anføres her ad ABT 93 § 24, stk. 1, litra 6:

»Forsinkelse, der skyldes de i litra 6 anførte forhold, giver ikke totalentreprenøren ret til at kræve tidsfristforlængelse«.

(Efter ABT 93 § 24, stk. 1, litra 6, har entreprenøren ret til forlængelse af tidsfrister ved forsinkelse af arbejdet, der er en følge af, at nødvendige tilladelser fra myndighederne til byggesagens gennemførelse ikke foreligger senest 30 arbejdsdage efter, at fyldestgørende projektmateriale er blevet indsendt til myndighederne, medmindre anden frist er aftalt.)

I Byggeprogrammet er under punkt 4. »Planmæssige forhold« oplyst:

» 4.1 Eksisterende forhold

4.2 Lokalplan

Lokalplan 12-057 af marts 1999 er gældende for området. Se bilag 1.

Idet der bygges uden for byggefeltet, angivet i nuværende lokalplan, forventes byggefeltet udvidet når endelig projekt er valgt og der på baggrund heraf udarbejdes ny lokalplan.

En del af det nye område for SAFE P ligger ligeledes uden for oprindeligt lokalplanområde men forventes indarbejdet i en ny lokalplan iht. Ovenstående.«

I Byggeprogrammet er under punkt 16, »Tidsplan«, anført:

» 16.1 Rammetidsplan

- * Udsendelse af konkurrencemateriale medio maj 2006.
- * Modtagelse af konkurrenceforslag 20. juni 2006.
- * Resultat af bedømmelse ultimo uge 26 2006.
- * Kontraktskrivning afsluttet 14. juli 2006.

Med udgangspunkt i en underskrevet kontrakt senest 14. juli 2006, skal nedenstående overordnede tidspunkter overholdes af totalentreprenøren:

- * Nedbrydningsarbejde kan igangsættes primo august 2006
- * 1. spadestik ultimo august 2006
- * Detailprojektering afsluttes senest 1. november 2006
- * Mangelgennemgang afsluttes 14. maj 2007
- * Mangelafhjælpning afsluttes 28. maj 2007
- * Samlet aflevering og indvielse 29. maj 2007.

16.2 Detailtidsplan

I forbindelse med indgåelse af totalentreprisekontrakt skal entreprenøren fremlægge en handlingsplan, der redegør for de væsentligste aktiviteter i byggeforløbet.

Denne plan skal i forbindelse med projekteringen afløses af en detaljeret arbejdsplan, der angiver start, slut og varighed for de enkelte aktiviteter.«

Afleveringsfristen er i henhold til Konkurrencebetingelserne punkt 6.6 – som en ændring til ABT 93 § 25, stk. 2, – dagbodsbelagt med 1 promille af kontaktsummen pr. arbejdsdag.

Den 8. juni 2006 sendte klageren pr. e-mail en række spørgsmål til indklagedes bygherrerådgiver, Viggo Dalager, Kuben, herunder bl.a. følgende:

»Kan diverse grave-/støbetilladelser mv. forventes udstedt inden byggestart den 29. august«.

Da klageren ikke inden udløbet af fristen for bevarelse af spørgsmål den 15. juni 2006 havde modtaget svar på de stillede spørgsmål, rykkede klageren ved e-mail af 16. juni 2006, og da dette ikke gav resultat, rettede klageren den 19. juni 2006 telefonisk henvendelse til Viggo Dalager og genfremsendte desuden efter aftale de stillede spørgsmål.

Indholdet af telefonsamtalen er omstridt. Klageren har fremlagt sit referat af samtalen.

Klageren – som forinden havde ansøgt om de nødvendige grave-støbetilladelser og byggetilladelse – afgav herefter den 20. juni 2006 tilbud med en tilbudssum på 47 mio. kr. ekskl. moms. Som forudsætning for tilbudet anføres bl.a.:

»Vi forudsætter, at diverse myndighedsbehandlinger ikke har nogen indflydelse på vores vedlagte hovedtidsplan.«

Indklagede modtog desuden tilbud fra TL Byg A/S med en tilbudssum på 45.700.000 kr. samt tilbud fra en tredje tilbudsgiver.

Indklagede har fremlagt »Dommerkomitéens betænkning«, dateret den 28. juni 2006. Af betænkningen fremgår, at 2 af de modtagne 3 tilbud indeholdt »forbehold omkring væsentlige elementer«, hvorfor dommerkomitéen så bort fra disse tilbud. Betænkningen indeholder herefter – på godt en side – en gennemgang af det vindende tilbud fra TL Byg A/S. Afslutningsvis anføres i betænkningen, at projektet »i det hele taget har...en række mangler i forhold til byggeprogrammets rumkrav, som bør tilgodeses ved den kommende projektering.«

Den 28. juni 2006 meddelte indklagede telefonisk klageren, at indklagede havde besluttet at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, da tilbudet indeholdt forbehold over for udbudsbetingelserne med hensyn til forsinket myndighedsbehandling.

Ved brev af 29. juni 2006 protesterede klageren og redegjorde for sin samtale med Viggo Dalager.

Ved brev af 7. juli 2006 meddelte indklagede klageren, at beslutningen om at afvise klagerens tilbud blev fastholdt. Indklagede vedlagde dommerkommittéens betænkning af 28. juni 2006.

Den 6. oktober 2006 indgik indklagede kontrakt med TL Byg A/S med en reguleret tilbudssum på 55.600.000 kr.

Casper Mikkelsen, MT Højgaard A/S, har ad påstand 1 og 2 forklaret, at han havde ansvaret for udarbejdelsen af klagerens tilbud. Det fremgik af udbudsmaterialet, at lokalplanen fra 1999 ikke omfattede hele byggefeltet. En ny lokalplan ville først kunne foreligge efter kontraktindgåelsen. Hvis indklagede ikke på sin side sørgede for dispensation, ville tilbudsgiverne ikke kunne opnå de gravetilladelser m.v., som de skulle sørge for, og som han allerede havde indgivet ansøgning om. Han fik ikke svar på sine skriftlige spørgsmål og rykkere. Derfor ringede han Viggo Dalager op den 19. juni 2006, dagen før tilbudsafgivelsen. De blev enige om, at han skulle gennemsende sine spørgsmål. Viggo Dalager besvarede dog også mundtligt hans forskellige spørgsmål, sådan som det fremgår af det notat om telefonsamtalen, som han havde udarbejdet. Han forklarede Viggo Dalager problematikken i forbindelse med grave – og byggetilladelser m.v., når lokalplanen ikke var på plads, og Viggo Dalager foreslog ham – ordret citeret – at tage forbehold. Han indarbejdede tid til byggesagsbehandling i sin hovedtidsplan. Han lagde vægt på, at der ikke var tale om et forbehold for tidsplanen – det ville være halsløs gerning – men netop kun en forudsætning. Den eventuelle manglende opfyldelse af forudsætningen afhang af indklagede og kunne medføre forskydning i byggeriets delfaser, hvis man ikke kom rettidigt i gang, men ikke i den endelige afleveringsfrist. Efter at klageren telefonisk havde fået oplyst, at klagerens tilbud var forkastet, blev der den 11. august 2006 holdt et møde med indklagedes byggerådgivere, bl.a. Jørgen Lang, der godt kunne se, at der ikke var tale om et forbehold. Indklagede fastholdt imidlertid sit standpunkt. Casper Mikkelsen er enig i,

at det ville være indklagedes risiko, hvis byggeriet blev forsinket som følge af den manglende lokalplan.

Viggo Dalager, Kuben, har forklaret, at han den 30. juni 2006 blev indlagt med en blodprop i hjernen, der bl.a. har medført hukommelsessvigt.

William Blume, der er indklagedes direktør, har på mødet den 16. januar 2007 forklaret, at der blev ansøgt om dispensation fra lokalplanen med henblik på oprettelse af p-pladser på det ikke lokalplanbelagte område. Han kan ikke huske, hvornår der blev søgt om dispensation, eller datoerne i det hele taget. Indklagede må have fået dispensationen, for der var ikke stop i byggeriet på grund af manglende dispensation.

Indklagede har under skriftvekslingen mellem de 2 møder i Klagenævnet oplyst, at indklagede henholdsvis den 7. og den 14. december 2005 havde indsendt ansøgninger til Aalborg Kommune om dispensation fra lokalplanen. Mellem indklagede og Aalborg Kommune blev det herefter aftalt, at arbejdet med lokalplanen kunne indstilles, indtil der var tilvejebragt et konkret byggeprojekt. Den 24. januar 2006 fremsendte indklagede på ny ansøgning om dispensation, og den 16. februar 2006 meddelte kommunen indklagede følgende:

»...

De anfører i deres ansøgning at lufthavnen planlægger at forlænge den nuværende terminalbygning med ca. 50 m mod nord, og derved overskride byggefeltet med ca. 30 m.

Det skal herved meddeles, at den ansøgte dispensation fra lokalplan 12-057 kan forventes meddelt i forbindelse med en konkret ansøgning om byggetilladelse til udvidelse af terminalbygningen.«

Parternes anbringender ad påstand 1 og 2

Klageren har gjort gældende, at klageren ikke har taget forbehold for tidsplanen. Også efter forudsættningens formulering vedrører den alene klagerens egen hovedtidsplan og ikke afleveringstidspunktet. Forudsættningen, der skal ses i sammenhæng med hele forløbet, er udelukkende en orientering om, at klageren forudsætter lokalplansproblemet løst. Byggeprogrammets punkt 4.1 om lokalplanen er uklart sammenholdt med punkt 16 om tidsplanen, og der er ikke i udbudsmaterialet nogen som helst

indikation af, at der var søgt om dispensation fra lokalplanen. Tilbudsgiverne var derfor bragt i tvivl om, hvorvidt udbyderen havde foretaget det nødvendige. Bygherrerådgiveren svarede ikke på de spørgsmål, som klageren stillede bl.a. herom, uanset at klageren rykkede. Klageren medgiver, at det efter ordlyden af forudsætningen måske er tvivlsomt, hvilken myndighedsbehandling forudsætningen sigter til (den, som indklagede har ansvaret for, eller den, som klageren skal iværksætte), men når en tilbudsgiver rettidigt har stillet skriftlige spørgsmål, som han ikke har fået besvaret, er indklagede forpligtet til at stille opklarende spørgsmål til tilbudsgiveren, før tilbudet forkastes. Forløbet af mødet den 11. august 2006 viser netop betydningen heraf. Endelig har klageren gjort gældende, at spørgsmålet skal vurderes på grundlag af de oplysninger, som klageren havde til rådighed, da tilbudet blev afgivet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede utvivlsomt havde sikret sig dispensation fra lokalplanen. Ellers ville tidsplanerne ikke kunne holde. Det fremgår da også af de oplysninger, som indklagede er fremkommet med mellem de 2 møder i Klagenævnet, at der var ansøgt om de nødvendige dispensationer. Efter konkurrencebetingelserne bærer indklagede selv risikoen for forsinket myndighedsbehandling. Det giver ikke mening at tage forbehold for noget, der ganske åbenbart er en bygherrerisiko. Der er ikke i udbudsbetingelserne nogen konsekvens af forsinkelse med delterminerne, og det er ikke anført, at forudsætningen ikke gjaldt for byggeriets færdiggørelse. Efter indklagedes opfattelse er klagerens forudsætning et forbehold, både for afleveringsterminen og for Konkurrencebetingelserne, hvorefter totalentreprenøren ikke har ret til at kræve tidsfristforlængelse ved myndighedsbehandling, der varer ud over 30 dage, for klageren har kun indregnet 2 uger til myndighedsbehandling i sin hovedtidsplan. Indklagede er ikke ansvarlig for, hvad Viggo Dalager fejlagtigt måtte have gjort og sagt, og det burde klageren have indset. Indklagede bestrider i øvrigt, at indholdet af telefonsamtalen mellem Viggo Dalager og Casper Mikkelsen har været som forklaret af Casper Mikkelsen.

Klagenævnet udtaler ad påstand 1 og 2:

Som udgangspunkt bærer en tilbudsgiver risikoen for, at bemærkninger i tilbudet opfattes som forbehold.

Det er ubestridt, at klageren, der så det som et problem, at lokalplanforholdene som oplyst i udbudsmaterialet var uafklarede, rettidigt havde stillet indklagede skriftlige spørgsmål bl.a. i relation hertil. Det er ligeledes ubestridt, at spørgsmålet ikke blev besvaret skriftligt inden for fristen. Der er ikke grundlag for at tilsidesætte Carsten Mikkelsens forklaring om, at han ringede til Viggo Dalager, der – konfronteret med spørgsmålet dagen før tilbudsafgivelsen – henviste klageren til at tage forbehold og således ikke oplyste, om/at der var taget skridt til at søge dispensation fra lokalplanen. Indklagede hæfter for sin bygherrerådgivers udtalelser i forhold til tilbudsgiverne. Det lægges endelig til grund, at klageren ikke ønskede at tage forbehold og derfor formulerede sin forudsætning således, at den alene angik hovedtidsplanen. Det bemærkes, at forudsætningen ikke efter sit indhold er et forbehold for overholdelse af noget, som klageren var ansvarlig for.

På denne baggrund tages påstand 1 til følge.

Påstand 2 tages ligeledes til følge.

Nærmere ad påstand 3

I konkurrencebetingelsernes punkt 2.3 er fastsat, at tilbud bl.a. skal indeholde »redegørelse og principskitser for installationers disponering, dimensionering, virkemåde, standard m.v.«.

Tilbudet fra TL Byg A/S indeholder et afsnit under overskriften »Redegørelse for installationer«.

Under overskriften »Installationer« anføres herefter:

»Generelt vil der blive installeret intelligente installationer, hvor styringen af disse kan foretages via et nyt CTS-anlæg, som tillige har en kapacitet til evt. senere indkobling af de eksisterende. Dette gælder for lys, varme og ventilation, herunder også den naturlige ventilation i form af højtsiddende vinduer, som kan åbnes automatisk efter forvalgte temperaturer. De indbyggede tagvinduer og udsugningventilatorer kan styres separat.

CTS-anlægget indeholder det krævede drift- og vedligeholdelsesprogram og kan opsættes efter brugerønsker med hensyn til intervaller, erfaringspriser mv.

Inden for sanitet og armaturer for vandinstallationer vælges generelt udstyr med vandsparefunktion af hensyn til miljø- og ressourceforbrug. Vedrørende føringsveje benyttes samme principper, som der er anvendt i den eksisterende bygning.

Vi vil forsøge, at få ophævet sikringsrumspligten for de nuværende kælderrum således disse kan benyttes til teknikrum og depoter mv.«

Tilbudet indeholdt ligeledes en »specifikation ventilation – VVS og sprinkler«, hvori bla. anføres:

»Automatik:

Der etableres Honeywell automatik til styring af ventilationsanlægget ifølge beskrivelsen. Dog forudsætter vi, at der kobles på den eksisterende hovedtavle. Det skal gøres opmærksom på, at automatikken leveres direkte af Honeywell, og ikke af et af deres systemhuse.

Med denne løsning sikres den bedste funktion, og den billigste mulige ændring af den eksisterende automatik.

Det er dog ikke indeholdt automatik til styring af eksisterende komponenter, da vi skønner, der skal foretages end grundig gennemgang af eksisterende automatik sammen med brugerne, før der kan foreligge en løsning som kan opfylde brugernes ønsker.

Automatikken fra de eksisterende ventilationsanlæg genanvendes.

Der etableres 50 ekstra ind/ud signaler til anden styring end ventilation.

Incl. al intern el-fortrådning i forbindelse med CTS.«

Det er ubestridt, at tilbudet ikke indeholder en egentlig principskitse.

Parternes anbringender ad påstand 3

Klageren har i første række gjort gældende, at tilbudet fra TL Byg A/S ikke indeholder den krævede redegørelse og de krævede principskitser. Beskrivelsen af installationerne er begrænset til beskrivelsen i tilbudets bygningsdelsbeskrivelse og indeholder ikke oplysninger om installationernes disponering og dimensionering. Tilbudet er derfor ukonditionsmæssigt og skulle have været afvist. Klageren har herved henvist til konkurrencebetingelsernes punkt 8.3, hvorefter kun tilbud, der er i overensstemmelse med »nærværende betingelser«, optages til bedømmelse. I anden række har klageren gjort gældende, at en generel henvisning til de installationer og principper, der benyttes i den eksisterende bygning, ikke lever op til de stillede krav, allerede fordi der er tale om en ny bygning. Tilbudet fra TL Byg A/S har derfor ikke kunnet vurderes i forhold til

underkriterierne om opfyldelse af funktions – og installationskrav og har derfor skullet forkastes.

Indklagede har gjort gældende, at TL byg A/S' tilbud opfylder de stillede krav. I tilbudet redegøres således for disponeringen af installationerne opdelt i CTS, ventilation, VVS og el. Redegørelsen er ganske vist ikke ledsaget af principskitser, men det fremgår af teksten, hvor installationerne skal placeres, ligesom installationernes virkemåde er beskrevet i teksten. Det er samtidig anført, at der for ventilation og varme anvendes samme princip som i den eksisterende bygning. Endelig er der redegjort for installationernes standard, idet det er anført, at VVS-installationer, installationskanaler, lysinstallationer og belysning udføres som eksisterende standard, mens ventilationsanlægget er af fabrikat Honeywell og hovedtavler i fabrikat Tabula. Konkurrencebetingelsernes punkt 8.3. indebærer naturligvis ikke, at indklagede under alle omstændigheder har haft pligt til at forkaste de tilbud, der indeholdt forbehold. Det fremgår forudsætningsvis af tilbudslisten, der giver mulighed for at angive »forudsætninger« og alternative tilbud.

Klagenævnet udtaler ad påstand 3:

Det er ubestridt, at tilbudet fra TL Byg A/S ikke indeholder egentlige principskitser som fastsat.

Der er således taget forbehold i tilbudet, men ikke for et grundlæggende element.

Om konkurrencebetingelsernes punkt 8.3, som klageren i første række har gjort gældende, henvises til det anførte ad påstand 4a, 4b og 4c, hvorefter indklagede alene har været forpligtet til at afvise tilbud med forbehold for grundlæggende elementer eller tilbud, hvis forbehold ikke kunne prissættes.

Klagenævnet lægger efter de fremkomne oplysninger og efter sædvanlig praksis til grund, at en principskitse viser føringsveje for installationer i en bygning. En udførlig og præcis beskrivelse af føringsveje kan antagelig erstatte principskitser som hævdet af indklagede, men Klagenævnet finder, at den kortfattede og generelt holdte beskrivelse i tilbudet fra TL Byg A/S ikke opfylder dette. Tilbudet fra TL Byg A/S var det eneste, som indklagede anså for konditionsmæssigt, og indklagede har derfor i sagens natur ikke foretaget prissætning af eventuelle forbehold. Det bemærkes

imidlertid, at undladelsen af at vedlægge principskitsen ikke kunne have været prissat. Tilbudet var således ikke konditionsmæssigt.

Påstanden tages derfor til følge.

Nærmere ad påstand 4 a

Tilbudslisten indeholder under overskriften »Eventuelle forbehold« følgende bestemmelse:

»De ovenfor anførte priser skal være i overensstemmelse med udbudsgrundlaget. Såfremt tilbudet på nogen måde afviger fra udbudsgrundlaget, skal dette klart og tydeligt angives herunder, eller på et vedlagt bilag...«

I tilbudet fra TL Byg A/S er herefter anført:

»Byg's standardforbehold af marts 2001 samt UE's standardforbehold.«

Tilbudet fra TL Byg A/S var vedlagt Standardforbehold af marts 2001 inklusiv faglige forbehold. Af punkt 1 i Standardforbehold af marts 2001 fremgår:

»For tilbudet gælder »Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed« af 10. december 1992 (AB 92). Udbudsmaterialets fravigelse af betingelserne gælder kun, når det tydeligt og udtrykkeligt angives, på hvilke punkter fravigelse skal ske, og disse ikke er i strid med § 6 i Bygge- og Boligstyrelsens cirkulære om pris og tid. Tilbudsgiverens forbehold er en del af tilbudet og tilsidesættes således ikke af udbudsmaterialet.«

Parternes anbringender ad påstand 4 a

Klageren har gjort gældende, at indklagede i Konkurrencebetingelsernes punkt 8.3 har fastsat, at kun tilbud, der er i overensstemmelse med betingelserne, vil blive bedømt. Dersom tilbudet fra TL Byg A/S indeholder forbehold for betingelserne, har indklagede derfor været forpligtet til at afvise tilbudet.

Klageren har nærmere gjort gældende, at TL Byg A/S i sit tilbud har anført »Byg's standardforbehold af marts 2001«. Byg's standardforbehold er

imidlertid ikke standardforbeholdet for totalentreprise, men for hoved- og fagentreprise, og henviser i punkt 1 til AB 92. AB 92 afviger fra ABT 93 på en række væsentlige punkter, særligt i relation til opgavens omfang, til risikofordelingen mellem bygherren og entreprenøren, til afsætning og med hensyn til tilsynsforpligtelsen. Indklagede har således været forpligtet til at afvise tilbudet.

Såfremt indklagede ikke var forpligtet til at afvise til tilbudet fra TB BYG A/S allerede som følge af Konkurrencebetingelsernes punkt 8.3, skulle indklagede alligevel afvise tilbudet, fordi afvigelserne mellem AB 92 og ABT 93 er så mange og i øvrigt af en sådan karakter, at det ikke var muligt i stedet at prissætte forbeholdene.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er tvivl om, at TL Byg A/S har afgivet et totalentreprisetilbud, uanset at denne tilbudsgiver i sit tilbud har anført, at Byg's standardforbehold af marts 2001 – og dermed AB 92 – er gældende. Der er klart tale om en fejlskrift. Der er i øvrigt ikke forskelle af betydning mellem AB 92 og ABT 93.

Nærmere ad påstand 4 b

I konkurrencebetingelserne er – som nævnt – under punkt 6.6 anført en række ændringer og tilføjelser til ABT 93. Det anføres her som tilføjelse ad ABT 93 § 8, stk 1:

»Uden at totalentreprenørens ansvar og forpligtelser derved begrænses, påhviler det ham at tegne og betale kombineret entrepriseforsikring med følgende dækningsomfang.

All-risk forsikring af alle af entreprisen omfattende arbejder, herunder bygherreleverancer ...

Den i ABT § 8, stk.1, nævnte brand- og stormskadeforsikring er indeholdt i forsikringens dækningsomfang, og bygherrens forpligtelse til at tegne brand- og stormskadeforsikring bortfalder hermed.«

(Efter ABT 93 § 8, stk.1, tegner og betaler bygherren sædvanlig brand- og stormskadeforsikring.)

I Standardforbehold af marts 2001, som var gældende for tilbudet fra TL Byg A/S, anføres som punkt 4:

»Det forudsættes, at entreprenøren og dennes underentreprenører medtages som sikrede i den af bygherren i henhold til AB 92, § 8 tegnede brand- og stormskadeforsikring.«

Parternes anbringender ad påstand 4 b

Klageren har gjort gældende, at det standardforbehold, som tilbudet fra TL Byg A/S indeholder, indebærer, at bygherren tegner brand- og stormskadeforsikring, og at TL Byg A/S og dennes underentreprenører medtages som sikrede på forsikringen. Dette er i strid med konkurrencebetingelsernes punkt 6.6, hvorefter brand- og stormskadeforsikringen er totalentreprenørens ansvar. Klageren har i første række herefter henvist til konkurrencebetingelsernes punkt 8.3, hvorefter kun tilbud, der er i overensstemmelse med konkurrencebetingelserne, tages i betragtning. Tilbudet fra TL Byg A/S skulle derfor have været afvist. I anden række har klageren henvist til, at forbeholdet i givet fald ville skulle prissættes.

Indklagede har gentaget det anførte ad påstand 4 a og har desuden gjort gældende, at forbehold for brand- og stormskadeforsikring nemt kan prissættes. Indklagede – der med rette alene havde anset tilbudet fra TL Byg A/S for konditionsmæssigt – har imidlertid ikke haft anledning til at prissætte et eventuelt forbehold.

Nærmere ad påstand 4 c

Konkurrencebetingelsernes punkt 3 har overskriften »Betingelser«. Efter konkurrencebetingelsernes punkt 3.1.3. skal vejrligs- og vinterforanstaltninger, såvel overenskomstmæssige som udvidede, være indeholdt i entreprisesummen.

Efter konkurrencebetingelsernes punkt 7 (Fast pris og tid) er Bygge- og Boligstyrelsens cirkulære af 10. oktober 1991 gældende med bl.a. den ændring ad § 10, at såvel overenskomstmæssige som udvidede vinterforanstaltninger skal være indeholdt i den aftalte pris.

Efter konkurrencebetingelsernes punkt 6.6 – ændringer og tilføjelser i forhold til ABT 93 – giver forsinkelser, der skyldes vejrliget, ikke totalentreprenøren ret til at kræve tidsfristforlængelse.

I Standardforbehold af marts 2001, som var gældende for tilbudet fra TL Byg A/S, anføres som punkt 5:

»Udgifter i forbindelse med gennemførelse af de overenskomstmæssige vinterforanstaltninger bortset fra snerydning, er indeholdt i tilbuddet. Snerydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger betales særskilt som ekstraarbejder. Afviser bygherren at betale disse merudgifter, har entreprenøren ret til tidsfristforlængelse...«

I konkurrencebetingelsernes punkt 6.6 er – som en ændring til ABT 93, § 24, stk.1, litra 4, – anført:

»Forsinkelse, der skyldes [nedbør, lav temperatur, stærk vind eller andet vejrlig...] giver ikke totalentreprenøren ret til at kræve tidsfristforlængelse.«

(Efter ABT 93, § 24, stk.1, litra 4, har entreprenøren ret til forlængelse ved forsinkelse som følge af nedbør, lav temperatur, stærk vind eller andet vejrlig).

Parternes anbringender ad påstand 4 c

Klageren har gjort gældende, at tilbudet fra TL Byg A/S afviger fra konkurrencebetingelsernes punkt 3.1.3. og punkt 6.6 ad ABT § 24, stk. 1, hvorefter de ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger skal være indeholdt i tilbudet. Klageren har henvist til konkurrencebetingelsernes punkt 8.3, hvorefter kun tilbud, der er i overensstemmelse med konkurrencebetingelserne, tages i betragtning. Der er tale om et grundlæggende element. Desuden kan afvigelsen fra ABT § 24, stk. 1, ikke prissættes.

Indklagede har gentaget det anførte ad påstand 4 a og har desuden gjort gældende, at et eventuelt forbehold nemt ville kunne prissættes.

Klagenævnet udtaler ad påstand 4 a, 4 b og 4 c:

Konkurrencebetingelsernes punkt 8.3 – i hvert fald set i sammenhæng med tilbudslistens mulighed for at angive forudsætninger og fremkomme med alternativt tilbud – indebærer ikke, at ethvert tilbud med forbehold skulle forkastes. Indklagede har alene været forpligtet til at afvise tilbud med for-

behold for grundlæggende elementer eller tilbud, hvis forbehold ikke kunne prissættes.

I tilbudet fra TL Byg A/S var der taget forbehold om et »Byg's standardforbehold af marts 2001 samt UE's standardforbehold«. Som anført ovenfor indebar dette, at AB 92 gjaldt for tilbudet, og denne tilbudsgiver har dermed taget forbehold i det omfang, AB 92 afviger fra ABT 93.

Indklagede har muligvis ret i, at forbeholdet beror på en fejlskrift. En tilbudsgiver er imidlertid bundet af det, der fremgår af tilbudet, og Klagenævnet er ikke enig i indklagedes anbringende om, at de forskelle mellem AB 92 og ABT 93, som klageren har opregnet, er uden betydning for vurderingen af tilbudet.

Som anført af klageren er de forskelle mellem AB 92 og ABT 93, som klageren har opregnet ad påstand 4a, så mange og af en sådan karakter, at indklagede havde været forpligtet til at afvise tilbudet som ukonditionsmæssigt.

Påstand 4 a tages således til følge.

Klageren har i påstand 4 b og påstand 4 c peget på yderligere 2 konkrete eksempler på afvigelser mellem udbudsbetingelserne og tilbudet fra TL Byg A/S som følge af forbeholdet om anvendelse af Byg's standardforbehold og dermed AB 92, nemlig forbeholdet for brand – og stormskadeforsikring og forbeholdet for vejrligsforanstaltninger.

Som anført ovenfor har indklagede ikke været forpligtet til at afvise ethvert tilbud med forbehold. Som klageren har medgivet, er forbeholdet over for brand- og stormskadeforsikring ikke er grundlæggende, og forbeholdet har kunnet prissættes. Efter som indklagede fejlagtigt havde undladt at tage klagerens tilbud i betragtning, er der ikke sket prissætning.

Påstand 4 b tages på denne baggrund til følge.

Heller ikke forbeholdet vedrørende vejrligsforanstaltninger er i det konkrete udbud af grundlæggende karakter, således at tilbudet af den grund skulle have været afvist, og forbeholdet har kunnet prissættes. Klageren har netop selv kunnet indregne vejrligsforanstaltninger. Efter som indklagede fejlagt-

tigt har undladt at tage klagerens tilbud i betragtning, er der imidlertid ikke sket prissætning.

Påstand 4 c tages på denne baggrund til følge.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge af de konstaterede overtrædelser skal annullerede indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med TL Byg A/S.

Indklagede har gjort gældende, at de mulige overtrædelser ikke kan medføre annullation af beslutningen.

Klagenævnet udtaler ad påstand 5:

Da de overtrædelser, der er konstateret ad påstand 1 og 4 a, har haft væsentlig betydning for udbudets udfald, tager Klagenævnet påstanden om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, idet følgende forudsætning i klagerens tilbud »Vi forudsætter, at diverse myndighedsbehandling ikke har nogen indflydelse på vores vedlagte hovedtidsplan« ikke er og ikke kan betragtes som et forbehold over for udbudsbetingelserne, herunder den udbudte rammetidsplan.

Påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og EU-udbudsrettens gennemsigtighedsprincip ved dels først at besvare de af klageren rettidigt skriftligt stillede spørgsmål dagen før tilbudsfristens udløb og således efter den i udbudsbrevet fastlagte frist for besvarelse af spørgsmål, dels at besvare spørgsmålene mundtligt og uden samtidig orientering af de øvrige tilbudsgivere.

Påstand 3

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at tage tilbudet fra TL Byg A/S i betragtning uanset, at dette tilbud ikke opfylder kravene til tilbudet i konkurrencebetingelsernes punkt 2.3, idet det af TL Byg A/S afgivne tilbud ikke indeholder »redegørelse og principskitser for installationers disponering, dimensionering, virkemåde, standard m.v.«

Påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at tage tilbudet fra TL Byg A/S i betragtning uanset, at TL Byg A/S har taget »Byg's standardforbehold af marts 2001 samt UE's standardforbehold« og dermed taget forbehold overfor udbudsbetingelsernes bestemmelser om:

- a. at grundlaget for entrepriseaftalen skal være ABT 93 med de i konkurrencebetingelserne angivne ændringer og tilføjelser,
- b. at totalentreprenøren tegner og betaler kombineret entrepriseforsikring inkl. brand og stormskadeforsikring, og
- c. at vejrlig og vinterforanstaltninger såvel overenskomstmæssige som ikke- overenskomstmæssige skal være indeholdt i entreprisensummen, og at vejrlig ikke giver totalentreprenøren ret til at kræve tidsfristforlængelse.

Påstand 5

Indklagedes beslutning om at tildele den udbudte totalentreprisekontrakt til TL Byg A/S annulleres.

Indklagede, Aalborg Lufthavn a.m.b.a., skal i sagsomkostninger til klageren, M.T. Højgaard A/S, betale 100.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig