

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Suzanne Helsteen, Erik Hammer)

J.nr.: 05-02.277/

2005-0002376

16. januar 2006

K E N D E L S E

MT Højgaard A/S

(advokat Christian Johansen, København)

mod

Danmarks Radio

(advokat Claus Berg, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 22. marts 2004 udbød Danmarks Radio som begrænset udbud efter direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved direktiv 97/52 (Bygge- og anlægsgdirektivet) en lukningsentreprise B på »Den Indre Gade« i DR-Byen, Ørestads Boulevard, København.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 3. maj 2004 havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Concover A/S
2. EK-Victoria A/S
3. G.V.L Entreprise A/S
4. Kai Andersen A/S
5. MT Højgaard A/S

Den 7. juni 2005 besluttede indklagede at prækvalificere de 5 virksomheder.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 7. juni 2004, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 8. juli 2004 havde virksomhederne nr. 2-5 afgivet tilbud. Den 25. august 2004 besluttede indklagede at indgå kontrakt med EK-Victoria A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 26. november 2004.

Den 22. februar 2005 indgav klageren, MT Højgaard A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Danmarks Radio. Klagen har været behandlet på møder den 22. august 2005 og den 11. november 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Danmarks Radio har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at afvise tilbudet fra EK-Viktoria A/S, uagtet dette tilbud indeholdt forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, idet tilbudet indeholdt følgende forbehold:

»Vort hovedtilbud indeholder TPS-spacere i termoruderne. Dog ikke i glastag og gavle hvor der forskrevet Schüco SG-spacere. Dette betyder at U-værdi kravet på $1,3 \text{ W/m}^2$ formodentlig vil kunne overholdes i facadeområderne – excl. gavle. Endelig afklaring kræver dog yderligere beregninger.«

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at Danmarks Radio har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, ved ikke at prissætte følgende forbehold i tilbudet fra EK-Viktoria A/S:

»Vort hovedtilbud indeholder TPS-spacere i termoruderne. Dog ikke i glastag og gavle hvor der foreskrevet Schüco SG-spacere. Dette betyder at U-værdi kravet på $1,3 \text{ W/m}^2$ formodentlig vil kunne overholdes i facadeområderne – excl. gavle. Endelig afklaring kræver dog yderligere beregninger.«

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Danmarks Radio har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at afvise tilbudet fra EK-Viktoria A/S, uagtet dette tilbud indeholdt forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, idet tilbudet indeholdt følgende forbehold:

»U-værdien for glastaget forventes at udgøre ca. $1,5 \text{ W/m}^2$. Dette forudsætter dog anvendelse af optimeringsforslag nr. A. 02 eller A. 03.«

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Danmarks Radio har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at afvise tilbudet fra EK-Viktoria A/S, uagtet dette tilbud indeholdt forbehold vedrørende grundlæggende elementer i ud-

budsbetingelserne, idet tilbudet indeholdt forbehold om, at »Standardforbehold af marts 2001 fra Dansk Byggeri« skulle være gældende for kontrakten.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Klagenævnet skal konstatere, at Danmarks Radio har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, ved ikke at prissætte forbeholdet om, at »Standardforbehold af marts 2001 fra Dansk Byggeri« skulle være gældende for kontrakten for så vidt angår standardforbeholdets bestemmelse om vinterforanstaltninger.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Klagenævnet skal konstatere, at Danmarks Radio har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, ved ikke at prissætte følgende forbehold i tilbudet fra EK-Viktorias A/S korrekt:

Standardforbehold af marts 2001 fra Dansk Byggeri § 3 om bygherrens sikkerhedsstillelse. Dette forbehold blev prissat til 52.000 kr., men skulle have været prissat til et højere beløb.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at Danmarks Radio har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at afvise tilbudet fra EK-Viktorias A/S, uagtet dette tilbud indeholdt forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, idet tilbudet indeholdt forbehold om, at »Respektive brancheorganisationers standardforbehold med tilhørende garantibestemmelser« skulle være gældende for kontrakten.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Klagenævnet skal konstatere, at Danmarks Radio har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, ved ikke at prissætte følgende forbehold i tilbudet fra EK-Viktorias A/S korrekt:

Brancheforbehold vedrørende tagdækningsarbejde, vand på uhensigtsmæssig taghældning. Dette forbehold blev prissat til 100.000 kr., men skulle have været prissat til et højere beløb.

Påstand 9

Klagenævnet skal annullere Danmarks Radios beslutning af 25. august 2004 at indgå kontrakt med EK-Viktorias A/S.

Påstand 10

Klagenævnet skal pålægge Danmarks Radio til MT Højgaard A/S at betale 5.396.802,50 kr. med procesrente fra den 23. februar 2005.

Påstand 11 (subsidiær i forhold til påstand 10)

Klagenævnet skal pålægge Danmarks Radio til MT Højgaard A/S at betale 160.222,50 kr. med procesrente fra den 23. februar 2005.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 9 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 10 og 11 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 10 og 11, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 9.

I udbudsbetingelserne af 7. juni 2004 er anført følgende:

»Projektet vil blive gennemført efter partneringprincippet, som beskrevet i BSB DIG (Byggesagsbeskrivelse for Den Inde Gade) og udkast til Partneringaftale for Den Indre Gade inkl. bilag. Dette betyder bl.a. at tilbudsgiver skal deltage i sidste del af udarbejdelsen af hovedprojektet«.

I bygningsbeskrivelsen afsnit 2.5. Projekteringen hedder det:

»Entreprenørerne medvirker under den sidste del af hovedprojekteringen for at få indarbejdet optimale løsninger i projektet set i forhold til funktionelle, arkitektoniske, tekniske, udførelsesmæssige, økonomiske og tidsmæssige hensyn.«

Tildelingskriteriet er i udbudsbetingelserne fastsat således:

» Tildelingskriterier

Tildeling af entreprisen vil ske på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ud fra en samlet vurdering af nedenstående kriterier idet der, ved bedømmelsen under hvert delkriterium, anvendes 13-skalaen (bilag b). Resultatet af evalueringen vil blive fremsendt til samtlige tilbudsgivere.

(A) Prisen – vægtes med 50 %

-
 (B) Projektoptimering (idékatalog) - vægtes med 25 %

 (C) Organisation og CV'er - vægtes med 10 %

 (D) Arbejdsmetoder - vægtes med 10 %

 (E) Arbejdsmiljø på byggepladsen - vægtes med 5 %
«

Ad påstand 1-3

Entreprisen består af følgende 5 bygningsdele/fagområder:

- A. Udvendige ståltrapper
- B. Facadepartier (herunder gavle)
- C. Udvendige lofter
- D. Glastage
- E. Tagdækning.

Påstand 1-3 vedrører bygningsdelene B og D.

I udbudsbetingelserne »Arbejdsbeskrivelse, 3. Generelle specifikationer. 3.2. Materialer og produkter afsnit 3.2.1.« side 13 er anført følgende gældende alle 5 bygningsdele:

»De i projekt materialet nævnte fabriksangivelser af produkter, angivet ved en type eller ved et fabrikat, er vejledende for nærværende entreprenørs valg, idet de anførte produkter er minimumskrav for produktets tekniske specifikationer, form, overflade og bearbejdning.

Ligestillede produkter kan hermed vælges under opfyldelse af ovennævnte samt godkendelse heraf af rådgiveren og bygherren.«

I Arbejdsbeskrivelsen, »Generelle specifikationer«, side 16 er anført følgende:

»Profilsystem:

Der skal overalt regnes med speciel ekstruderede kuldebrosisolerede aluprofiler med mindre andet er angivet under de enkelte bygningsdelsbeskrivelser.

Profilerne har funktionsbasis i standardsystemer som feks. Schüco FW 50+, men den synlige geometri af profildybde og –bredde, klem- og clipslister m.v. udformes som specialprofiler i profilydermål som angivet på arkitekt detailtegninger, d.v.s. afviger fra standard profilmål.

Ved LU (31) Glasfacade, type 2, udføres glasfacaden som tilsvarende facadeopbygning i segment 1, som Schüco FW 50+, DR-modellen, unit glazing med skjult opluk.

Ved LU (31) Glasfacade, type 3 og LU (37) Glastag, udføres facade- og glastagsystemet som Schüco FW 50+SG, type Royal S 102 SK, facade- og glastagsystem som en kombination med dels horisontale/vertikale glaslister i den ene retning og structural glazing fuge i den anden retning.«

I Arbejdsbeskrivelsen, 3. Generelle specifikationer, side 18 er anført følgende, der gælder for B. Facadepartier og D. Glastage:

»Samlet U-værdi:

Krav til samlet U-værdi for glasfacader og glastag: $1,3 \text{ W/m}^2\text{K}$.«

I Arbejdsbeskrivelsen afsnit 2.1.3. Entreprenørens projektansvar hedder det bl.a.:

»Det påhviler entreprenøren at dokumentere, at de stillede krav incl. brandkrav er opfyldt.

Det er ligeledes entreprenørens ansvar at udføre varmetabsberegning for facader og tag og eftervise at varmetabsrammen er overholdt.

Det er entreprenørens ansvar, at beregninger og tegninger samt dokumentation for opfyldt brandkrav, varmetabsramme, personsikkerhed (glas) m.v. kan godkendes af de kommunale myndigheder.«

EK-Viktoria A/S afgav den 6. august 2004 et hovedtilbud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne på 54.348.442 kr. excl. moms. EK-Viktoria A/S afgav endvidere 2 alternative tilbud, som ikke kunne antages begge, af følgende indhold:

» A.2 Ændring at SG-Systemløsning i tag/gavle	kr.-2.167.000,-
A.3 SG-fuge i glastag erstattes af traditionelle dækhætter	kr.-1.944.000,- .«

I tilbudene fra EK-Viktoria A/S blev der anvendt spacere således:

Hovedtilbudet:

B. Facadepartier:

Gavle: Schüco FW 50+

Resten af denne bygningsdel: TPS-spacere

D. Gavle: Schüco FW 50+

Optimeringsforslag A 2:

B. Facadepartier:

Gavle: TPS-spacere

Resten af denne bygningsdel: TPS-spacere

D. Gavle: TPS-spacere

I optimeringsforslag A 2 er bl.a. anført følgende:

»Ændring af SG-systemløsning for tag og gavle

Der er beskrevet en løsning med specielle Schüco-spacere i termoruderne. Dette er ændret til en 2-sidig fastholdt løsning med specielle TPS-spacere i system GEWE-tec.

2. Funktionelle egenskaber: Stor forbedring, hvilket skyldes at TPS spacere er gastætte og gassen forbliver dermed i ruden

.....

Uværdien for termorudernes kant- værdi er betydelig reduceret med TPS-spacere.

.....

Økonomisk vurdering: Dette giver en besparelse på 2.167.000 kr.«

EK-Viktoría A/S tog i det tilbud, som selskabet afgav den 6. august 2004, bl.a. følgende forbehold:

»Vort hovedtilbud indeholder TPS-spacere i termoruderne. Dog ikke i glastag og gavle hvor der [er] foreskrevet Schüco SG-spacere. Dette betyder at U-værdi kravet på $1,3 \text{ W/m}^2$ formodentlig vil kunne overholdes i facadeområderne – excl. gavle. Endelig afklaring kræver dog yderligere beregninger. U-værdien for glastaget forventes at udgøre ca. $1,5 \text{ W/m}^2$. Dette forudsætter dog anvendelse af optimeringsforslag nr. A. 02 eller A. 03.

I forbindelse med montering af vinduesbånd og facader imod segment 4, forudsættes segment 4's skærmduk at blive monteret efter at vore arbejder er afsluttet.

Det præciseres at profilsystem i glastag er som tegnet – Schüco FW50 – 1.-SG

Det forudsættes at termiske og optiske krav vil være opfyldt ved anvendelse af de foreskrevne glastyper.«

Ad påstand 4, 5, 6, 7 og 8

EK-Viktorias A/S tog endvidere i sit tilbud følgende forbehold:

»Leveringsbetingelser:

Standardforbehold af marts 2001 fra Dansk Byggeri

Respektive Brancheorganisationers standardforbehold med tilhørende garantibestemmelser«.

.....

Indklagede har i en evalueringsrapport af oktober 2004 anført følgende vedrørende EK-Viktorias A/S's forbehold:

»EK Viktoria og Kai Andersen havde i deres tilbud taget Dansk Byggeris standardforbehold af 2001 (DB2001).

Kai Andersen havde tilføjet at forbeholdet kun gælder hvor dette ikke strider mod udbudsmaterialet. Der er derfor alene tale om prissætning af standardforbeholdet hos EK Viktoria. Desuden har EK Viktoria også taget øvrige relevante branche standardforhold.

I det aktuelle projekt indgår kun en ubetydelig del tagdækning/inddækningsarbejde af glastaget og det er derfor tagpap standardforhold som skal vurderes og prissættes.

På broen over universitetskanel anvendes betonelementer, men dette arbejde er omfattet af DB 2001 (standardforbeholdet)

EK Viktoria har i tilbudet præciseret nogle forudsætninger for den kommende detailprojektering og som ikke strider med skitseprojektet/udbudsgrundlaget.

EK Viktoria har forudsat en forhandling om tidsplan, hvilket er i overensstemmelse med partneringaftalen, hvor der i fællesskab med de øvrige entreprenører skal udarbejdes en fælles hovedtidsplan.

Prissætning af EK Viktorias forbehold er sket ud fra en forsigtig og meget konservativ vurdering under hensyn til overholdelse af ligebehandlingsprincippet

Der er forsigtigt og muligvis forkert sket en prissætning af standardforbeholdet om bygherregarantien ved at indsætte præmiebeløbet for en sådan garanti. DRs jurister er af den opfattelse, at DR er en statslig virksomhed og at vi af den grund ikke skal prissætte forbeholdene, jvf. AB92.«

Ad påstand 5

Byggesagsbeskrivelsen indeholder bl.a. følgende:

»4.7.7. Vejrligsforanstaltninger på færdselsarealer

Udførelsen af vejrligsforanstaltninger i form af glatførebekæmpelse og snerydning på byggepladsens færdselsarealer i fællesområderne i terræn forestås af anden entreprise.

Tilsvarende gælder vejrligsforanstaltninger på færdselsarealer i bygninger.

Til glatførebekæmpelse må ikke anvendes natriumklorid.«

»4.9.4. Vejrligsforanstaltninger i

.....

Interimslukninger:

Under entreprise DIG.B.Lukningsentreprisen leveres, opsættes, vedligeholdes og fjernes midlertidig lukning af adgangsveje til bygning i form af krydsfinerdøre og -porte, inkl. dørgreb for aflåsning.

Snerydning mm:

Entreprenøren sørger for snerydning, afisning og grusning af egne arbejdsområder. Til glatførebekæmpelse må ikke anvendes natriumklorid.«

Tilbudet fra EK-Viktorias A/S indeholder - som foreskrevet i tilbudslisterne - priser på de anførte 19 ydelser i afsnit 8. Vejrligsforanstaltninger, og disse priser udgør samlet en tilbudssum på 380.750 kr.

»Standardforbehold af marts 2001 fra Danske Byggeri« indeholder følgende:

»Udgifter i forbindelse med gennemførelse af de overenskomstmæssige vinterforanstaltninger, bortset fra snerydning, er indeholdt i tilbudet. Snerydning og ikke overenskomstmæssige vinterforanstaltninger betales særskilt som ekstraarbejder.

.....

Er vinterforanstaltninger beskrevet i en vintertilbudsliste med enhedspriser og skønsmæssigt fastsatte mængder, jf. § 3 i vinterbekendtgørelsen, afregnes vinterforanstaltninger efter tilbudsprisens enhedspriser og ellers som regningsarbejde.«

Ad påstand 6

Byggesagsbeskrivelsen indeholder i afsnittet om AB 92 følgende ændring i forhold til AB 92 § 7, stk. 1:

»Bygherrens sikkerhedsstillelse

.....

Bygherren stiller ikke sikkerhed over for entreprenøren, og entreprenøren kan ikke kræve sådan sikkerhedsstillelse.«

Standardforbehold af marts 2001 fra Danske Byggeri indeholder følgende:

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

AB 92 § 7, stk. 1, 1. pkt., er sålydende:

»Hvis entreprenøren kræver det, skal bygherren ved private arbejder senest 8 arbejdsdage efter kravets fremsættelse stille sikkerhed for opfyldelse af sine betalingsforpligtelser overfor entreprenøren.«

Indklagede har oplyst, at prissætningen er sket på grundlag af størrelsen af den forsikringspræmie, der vil være forbundet med tegningen af en garanti til fordel for EK-Viktoria A/S til dækning af den sikkerhedsstillelse, som denne tilbudsgiver i strid med udbudsbetingelserne krævede. Der er anvendt en præmiesats på 0,25 % af entreprisesummen.

Ad påstand 7

De 8 brancheforbehold, som kunne tænkes at være af betydning ved den aktuelle entreprise, er følgende:

1. Faglige forbehold for tagdækningsarbejder.
2. Faglige forbehold for isoleringsarbejder.
3. Faglige forbehold for membranisoleringer.
4. Faglige forbehold for malerarbejder.
5. Faglige forbehold for murer-/betonarbejde.
6. Faglige forbehold for El-arbejde.
7. Faglige forbehold for tømrer-/snedkerarbejde.
8. Faglige forbehold for VVS-arbejde.

Ad påstand 8

I Arbejdsbeskrivelsen, 4. Bygningsdele, er der anført følgende:

»Tagdækning:

Tagfolie udlægges og svejses iht. leverandørens anvisninger og /TOR-anvisning 22.

Ved svejsning skal anvendes varmluftsvejsning. Antal fastgørelser iht. godkendte fastgørelsesberegninger. Tilslutning til tagbrønde udføres iht. godkendte leverandøranvisninger og TOR-anvisning 22.«

I Faglige forbehold for tagdækning er anført følgende:

»A. Hvis der uden for vinterperioden 1. oktober til 30. april på grund af uhensigtsmæssig taghældning står vand på taget, fjernes dette som ekstraarbejde for bygherrens regning.«

Parternes anbringender:

Ad påstand 1 og 2

Klageren har gjort gældende, at det pågældende forbehold i tilbudet fra EK-Viktoria A/S vedrører et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, idet forbeholdet indebærer, at dette tilbud ikke opfylder udbudsbetingelsernes krav om en U-værdi på $1,3 \text{ W/m}^2$. Klageren har videre gjort gældende, at det udtrykkeligt fremgår at EK-Viktoria A/S' tilbud, at der også efter denne tilbudsgivers opfattelse er usikkerhed med hensyn til, om tilbudet opfylder kravet på $1,3 \text{ W/m}^2$. Det følger således i det hele af tilbudet fra EK-Viktoria A/S, at dette tilbud muligt ikke opfylder udbudsbetingelsernes krav på dette punkt, som er et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, hvorfor indklagede har været forpligtet til at afvise tilbudet.

Indklagede har gjort gældende, at det første punktum i det omtvistede afsnit i tilbudet fra EK-Viktoria A/S »Vort tilbud indeholder TPS-spacere i termoruderne. Dog ikke i glastag og gavle hvor der er foreskrevet Schüco SG-spacere« må forstås således, at denne tilbudsgiver herved gør indklagede opmærksom på, at der i hovedtilbudet er anvendt TPS-spacere i termoruderne (bygningsdel B), mens der i gavlene (bygningsdel B) og i glastagene (bygningsdel D) er anvendt Schüco SG-spacere.

Indklagede har i den forbindelse anført, at det følger af udbudsbetingelserne, at både TPS-spacere og Schüco SG-spacere opfylder udbudsbetingelserne, da de tilbudte TPS-spacere efter indklagedes opfattelse fuldt ud kan ligestilles med Schüco SG-Spacere, der ifølge udbudsbetingelserne var angivet som referenceprodukt med tilføjelsen »som«, henholdsvis »eller dermed ligestillet«. TPS-spacerne opfyldte tilmed funktionskravene i udbudsbetingelserne bedre end referenceproduktet, idet PSI-værdien for TPS – spacere er 0,054, medens referenceproduktet ifølge udbudsbetingelserne Schüco-SG-spacere har en PSI-værdi på 0,108, hvilket er højere – og dermed ringere – end for TPS-spaceren.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at den følgende bemærkning i tilbudet fra EK-Viktorias A/S må forstås som en kommentar til udbudsbetingelserne gående ud på, at de tekniske specifikationer, som er foreskrevet udbudsbetingelserne, og som tilbudet fra EK-Viktorias A/S også med delvis anvendelse af TPS-spacere opfylder, efter EK-Viktorias A/S's vurdering vil medføre, at det yderligere krav i udbudsbetingelserne, nemlig kravet om at U-værdien skal være på højst $1,3 \text{ W/m}^2$ »formentlig« også vil være opfyldt, bortset fra ved gavlene, hvor dette yderligere krav således efter EK-Viktorias A/S's vurdering ikke vil være opfyldt. I fortsættelse af denne vurdering fra EK-Viktorias A/S til udbyderen, anfører EK-Viktorias A/S så herefter det selvfølgelige forhold, at kontrollen af, at kravet til U-værdien er overholdt, naturligvis kræver yderligere beregninger.

Indklagede har endelig nærmere anført, at oplysningerne i tilbudet om, at »U-værdi krav på $1,3 \text{ W/m}^2$ formodentlig vil kunne overholdes i facadeområderne – ekskl. gavle«, med rette af indklagede blev opfattet som EK-Viktorias A/S' blotte konstatering af, at referenceproduktet for facadesystemet (Schüco) vanskeligt ville kunne opfylde udbudsbetingelsernes funktionskrav til U-værdien i gavle. Det af EK-Viktorias A/S foreslåede »alternative« produkt til spacerne i termoruderne i facadeområderne kunne derimod i højere grad opfylde U-værdi kravet set i forhold til udbudsbetingelsernes referenceprodukt for facadesystemet.

Indklagede har på denne baggrund sammenfattende gjort gældende, at det anførte afsnit i tilbudet fra EK-Viktorias A/S ikke indeholder noget forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, og at påstand 1 derfor ikke skal tages til følge.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det pågældende forbehold vedrører et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, idet forbeholdet indebærer, at udbudsbetingelsernes krav om en U-værdi for glastaget på $1,3 \text{ W/m}^2$ ikke er opfyldt.

Indklagede har i første række gjort gældende, at angivelsen i tilbudet fra EK-Viktoria A/S om U-værdien for glastaget ikke er et forbehold, og indklagede har i anden række gjort gældende, at det i hvert fald ikke er et forbehold vedrørende et grundlæggende element i udbudsbetingelserne.

Indklagede har nærmere anført, at oplysningerne i tilbudet om U-værdien for glastaget efter en naturlig sproglig forståelse ikke er udtryk for, at optimeringsforslag nr. A.02 eller A.03 nødvendigvis skulle antages af indklagede. Indklagede har således bestridt, at det for EK-Viktoria A/S' tilbud var en betingelse, at tilbudet skulle antages under anvendelse af et af de foreslåede optimeringsforslag.

Indklagede har endvidere anført, at oplysningerne i tilbudet om glastaget derimod naturligt skal ses i lyset af bemærkningerne ovenfor om den ringere opfyldelse af U-værdi kravet (dvs. højere U-værdi), som udbudsbetingelsernes referenceprodukt for spacerne i termoruderne, nemlig Schüco, indebar set i forhold til TPS-spacere. Selv med EK-Viktoria A/S' optimeringsforslag måtte indklagede således konstatere, at kravet til U-værdien specifikt for glastaget ikke kunne opfyldes fuldt ud, og at der ved anvendelsen af referenceproduktet i udbudsbetingelserne tilmed måtte forventes en ringere opfyldelse af funktionskravet for U-værdien end ved anvendelsen af EK-Viktoria A/S' »alternative« produkt.

Ad påstand 4

Klageren har i første række gjort gældende, at »Dansk Byggeris Standardforbehold af marts 2001« har et sådant indhold, at de udgør et forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor var forpligtet til at afvise tilbudet fra EK-Viktoria A/S. Klageren har i anden række gjort gældende, at standardforbeholdet under alle omstændigheder er af en så økonomisk usikker rækkevidde, at det ikke kan

prissættes, og at indklagede således også af denne grund var forpligtet til at afvise tilbudet fra EK-Viktoria A/S.

Indklagede har gjort gældende, at »Dansk Byggeris Standardforbehold af marts 2001« ikke har et sådant indhold, at det ved det aktuelle udbud vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at det af udbudsbetingelserne, nemlig byggesagsbeskrivelsens punkt 4.7.7. og 4.9.4. fremgår, at bygherren ikke betaler særskilt for vejrligsforanstaltninger, herunder snerydning, at det af Dansk Byggeris Standardforbehold af marts 2001 punkt 5 fremgår, at snerydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger skal betales særskilt af bygherren som ekstraarbejder, samt at der således er tale om et forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, som indklagede skulle have prissat, hvad indklagede ikke har.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke følger af Byggesagsbeskrivelsen, at entreprenøren ikke får betaling for særskilte vinterforanstaltninger. Tværtimod fremgår det udtrykkeligt af udbudsbetingelsernes tilbudslister afsnit 8 om »Vejrligsforanstaltninger«, at tilbudsgivernes tilbud skal indeholde priser på 19 forskellige ydelser, herunder ekstraordinære vejrligsforanstaltninger og snerydning, og såvel tilbudet fra EK-Viktoria A/S som klagerens tilbud indeholdt da også priser på disse 19 ydelser, for EK-Viktoria A/S vedkommende for et samlet beløb på 380.750 kr. og for klagerens vedkommende for et samlet beløb på 298.000 kr. Det følger af det anførte, at entreprenøren vil modtage særskilt betaling for disse ydelser i overensstemmelse med de tilbudte enhedspriser, og forbeholdet i »Standardforbehold af marts 2001 fra Dansk Byggeri« vedrørende vinterforanstaltninger er derfor uden betydning.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at det i udbudsbetingelsernes AB 92 § 7, stk. 1, er fastsat, at bygherren ikke stiller sikkerhed, at Dansk Byggeris Standardforbehold af marts 2001 punkt 3 om sikkerhedsstillelse henviser til AB 92 § 7, hvor det er bestemt, at der ved »private arbejder« skal stilles sikkerhed, at den aktuelle entreprise er et privat arbejde, da offentlige arbejder

kun omfatter arbejder, der udføres af staten og kommunerne, men ikke arbejder, der udføres af selvstændige offentlige organisationer som Danmarks Radio, der ved lov nr. 506 af 20. juni 2004 om radio- og fjernsynsvirksomhed har overtaget alle rettigheder og forpligtelser fra staten, samt at forbeholdet således stiller krav om, at indklagede stiller sikkerhed. Dette forbehold i forhold til udbudsbetingelserne har indklagede nok prissat, men prissat det til et alt for lavt beløb.

Indklagede har i første række gjort gældende, at henvisningen til standardforbeholdets bestemmelse om sikkerhedsstillelse i tilbudet fra EK-Viktoria A/S ikke er et forbehold, og at det derfor er uberettiget i forhold til den pågældende tilbudsgiver, at indklagede har prissat denne bestemmelse i tilbudet. Indklagede har nærmere anført, at bestemmelsen i tilbudet henviser til »den i AB 92 § 7 nævnte sikkerhed«, at der efter § 7 alene kan kræves sikkerhedsstillelse af private bygherrer, men derimod ikke af offentlige bygherrer, og at bestemmelsen i tilbudet, da indklagede er en offentlig bygherre, derfor ikke er et forbehold.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at bestemmelsen – hvis Klagenævnet antager, at den udgør et forbehold – er korrekt prissat.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at »Respektive Brancheorganisationers Standardforbehold med tilhørende garantibestemmelser« dækker alle brancheforbehold, som kan være af betydning for entreprisen, herunder isoleringsarbejder, membranisolering og tagdækningsarbejder, at disse forbehold efter deres indhold vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor har været forpligtet til at afvise tilbudet fra EK-Viktoria A/S.

Indklagede har gjort gældende, at den eneste bestemmelse i de pågældende brancheorganisationers standardforbehold, som er af betydning for det aktuelle byggeprojekt, er forbeholdet vedrørende tagdækningsarbejder, og at dette forbehold ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, hvorfor indklagede ikke har haft nogen pligt til at afvise tilbudet fra EK-Viktoria A/S på grund af dette forbehold.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at prissætning af forbeholdet vedrørende tagdækningsarbejde og bortfjernelse af vand i byggeperioden fra tage med uhensigtsmæssig taghældning er for lav.

Indklagede har gjort gældende, at prissætningen af forbeholdet til 100.000 kr. er korrekt. Indklagede har nærmere anført, at der alene indgik et begrænset tagdækningsarbejde i lukningsentreprisen, at prissætningen er sket på grundlag af indklagedes erfaringer vedrørende udgifter til bortfjernelse af vand i sommerperioder, samt at indklagede i øvrigt har prissat forbeholdet til et højere beløb, end hvad der erfaringsmæssigt må regnes med.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at de overtrædelser, som indklagede har gjort sig skyldig i, hvor for sig eller samlet kan begrunde, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med EK-Viktorias A/S.

Indklagede har gjort gældende, at de eventuelle fejl, indklagede har begået, ikke kan begrunde, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med EK-Viktorias A/S.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet kan tiltræde indklagedes fortolkning af den passus i tilbudet fra EK-Viktorias A/S, som påstand 1 og 2 vedrører, og Klagenævnet kan herefter konstatere, at den pågældende passus ikke indeholde noget forbehold i forhold til udbudsbetingelserne. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Da der som anført ad påstand 1 ikke er tale om et forbehold, tages denne påstand ikke til følge.

Ad påstand 3

Indklagede har i udbudsbetingelserne fastsat et udførelseskrav vedrørende aluprofilerne, idet det er krævet, at der skal anvendes speciel ekstruderede kuldebroisolerede aluprofiler, og der er i udbudsbetingelserne henvist til f.eks. Schüco FW 50+.

Indklagede har imidlertid i udbudsbetingelserne suppleret dette udførelseskrav med et funktionskrav, idet det tillige er fastsat, at den samlede U-værdi for glasfacader (bygningsdel B) og glastag (bygningsdel D) skal være max. $1,3 \text{ W/m}^2\text{K}$.

Sammenholdes disse to krav i udbudsbetingelserne må udbudsbetingelserne forstås således, at et tilbud overholder udbudsbetingelserne i relation til spacere og varmetabet ved spacere, hvis der ved det tilbudte projekt anvendes spacere som de anførte Schüco FW 50+ eller spacere med en mindre varmeledningsevne end Schüco FW 50+, og udbudsbetingelserne må tillige forstås således, at funktionskravet i udbudsbetingelserne herefter i relation til spacerne ikke har nogen selvstændig betydning.

EK-Viktorias A/S har i den anførte passus i tilbudet udtrykkeligt anført, at U-værdien for glastaget (Bygningsdel D) må forventes at være ca. $1,5 \text{ W/m}^2$ - d.v.s. over det anførte i udbudsbetingelserne på $1,3 \text{ W/m}^2$ - men på baggrund af den anførte fortolkning af udbudsbetingelserne indeholder den pågældende passus i tilbudet fra EK-Viktorias A/S ikke noget forbehold i forhold til udbudsbetingelserne.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Da der ikke i »Standardforbehold af marts 2001 fra Dansk Byggeri« er bestemmelser, som under hensyn til beskaffenheden af den pågældende byggeentreprise vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne - hel-

ler ikke forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger, jf. nedenfor ad påstand 5 - tager Klagenævnet ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 5

Klagenævnet kan tiltræde indklagedes vurdering, hvorefter forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger på baggrund af udbudsbetingelsernes bestemmelser om vejrligsforanstaltninger og om tilbudsgivernes afgivelse af tilbud på særskilte vejrligsydelser ikke har betydning for den aktuelle entreprise. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6

Efter AB 92 § 7, stk. 1, 1. pkt., skal bygherren ved private arbejder stille sikkerhed for opfyldelsen af sine betalingsforpligtelser overfor entreprenøren. I Bygge- og Boligstyrelsens vejledning om AB 92 (januar 1994) er der i bemærkningerne til § 7, stk. 1 anført følgende: »Ved private arbejder« forstås alle arbejder, der udføres for andre end stat eller kommuner.....Der er dog fast praksis for, at almennyttige boligselskaber ikke stiller sikkerhed for deres statsstøttede byggerier.«.

Da opførelsen af DR Byen ikke er et statsligt eller kommunalt byggeri og heller ikke er et statsstøttet byggeri, og da staten ikke hæfter over for Danmarks Radios kreditorer vedrørende byggeriet, er byggeriet et »privat byggeri«. Det er i den forbindelse uden betydning, at staten over for Danmarks Radio her ydet en statslig finansieringsgaranti, da denne garanti alene er en garanti over for långiverne, men ikke indebærer, at staten kan komme til at hæfte direktivet over for Danmarks Radios kreditorer vedrørende byggeriet. Henvisningen til AB 92, stk. 7, 1. pkt., i tilbudet fra EK-Viktoria A/S' tilbud er således et forbehold i tilbudet, og det har derfor påhvilet indklagede at prissætte dette forbehold.

Efter det oplyste er det Klagenævnets vurdering, at indklagede med sin prissætning af forbeholdet til 52.000 kr. har sikret, at EK-Viktoria A/S ikke ved at tage dette forbehold har opnået en økonomisk fordel i forhold til andre tilbudsgivere. Ved bedømmelsen af den forsikringspræmie, som indklagede skal anvende ved prissætningen, kan det tages i betragtning, at staten som anført har ydet indklagede en finansieringsgaranti.

Klagenævnet tager således ikke påstanden til følge.

Ad påstand 7

Indklagede har oplyst, at det eneste brancheforbehold, der har betydning for entreprisen, er det faglige forbehold vedrørende tagdækningsarbejder, og de oplysninger, som klageren og indklagede har forelagt Klagenævnet, giver ikke grundlag for at fastslå, at andre faglige forbehold end dette forbehold har betydning for entreprisen - heller ikke det faglige forbehold vedrørende malerarbejder. Efter det oplyste om betydningen af det faglige forbehold vedrørende tagdækningsarbejder er der intet grundlag for at fastslå, at forbeholdet i tilbudet vedrørende »Respektive brancheorganisationers standardforbehold med tilhørende garantibestemmelser« vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 8

Klagenævnet har vurderet indklagedes prissætning af det faglige forbehold for tagdækningsarbejder anført i tilbudet fra EK-Viktoria A/S, og det er Klagenævnets resultat, at dette forbehold er prissat med et beløb, som sikrer, at EK-Viktoria A/S ikke ved vurderingen af tilbudene har opnået en uberettiget fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægti