

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Suzanne Helsteen, Niels Henriksen)

J.nr.: 03-200.125

11. marts 2005

K E N D E L S E

MT Højgaard A/S

(advokat Hans Lykke Hansen, København)

mod

Frederiksberg Boligfond

(advokat Peter Lund Meyer, Allerød)

Ved udbudsbekendtgørelse af 16. maj 2003 udbød Frederiksberg Boligfond 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 anlægsdirektivet) en bygge- og anlægsopgave bestående af ombygning og modernisering af ejendommen Malthe Bruuns Gård, Dalgas Boulevard 114 m.m., Frederiksberg, i hovedentreprise. Udbudet blev foretaget som hasteprocedure. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ved tilbudsfristens udløb den 24. juni 2003 var der indkommet tilbud fra følgende prækvalificerede tilbudsgivere:

1. NCC Construction Danmark A/S
2. MT Højgaard A/S
3. Skanska Danmark A/S
4. Enemærke og Pedersen A/S

Indklagede afviste tilbudene fra tilbudsgiverne 3. og 4. som ukonditionsmæssige og besluttede den 17. juli 2003 at indgå kontrakt med 1. NCC Construction Danmark A/S (NCC).

Den 17. september 2003 indgav klageren, MT Højgaard A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Frederiksberg Boligfond. Klagen har været behandlet på møder den 30. april, 16. december og 17. december 2004.

Indklagede er et offentligretligt organ i henhold til Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, b) og er derfor undergivet direktivets udbudspligt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved under sin evaluering af tilbudene kun at tillægge underkriteriet byggesagens samlede økonomi en vægt på 25 %, hvilket bevirkede at evalueringen ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at oplyse, at underkriteriet byggesagens samlede økonomi ved indklagedes evaluering af tilbudene kun ville blive tillagt en vægt på 25 %.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at anvende funktionalitet og æstetik som underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, selvom udbudsbetingelserne var så detaljerede, at der reelt ikke var mulighed for konkurrence på funktionalitet og æstetik.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved under sin evaluering af tilbudene at tillægge underkriterierne funktionalitet og æstetik en vægt på 22 %, selvom der reelt ikke var mulighed for konkurrence på funktionalitet og æstetik.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved under sin evaluering af tilbudene at tillægge underkriteriet

planlægnings- og styringsværktøjer en vægt på 20 %, selvom der efter udbudsbetingelsernes angivelser om delterminer kun var ringe mulighed for konkurrence med hensyn til planlægnings- og styringsværktøjer.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at evaluere tilbudene usagligt med hensyn til underkriteriet planlægnings- og styringsværktøjer, idet indklagede tillagde tilbudet fra NCC Danmark A/S pointtallet 5 og klagerens tilbud pointtallet 3 med hensyn til dette underkriterium, selvom den eneste forskel mellem de to tilbud på dette punkt var, at tilbudet fra NCC Danmark A/S indeholdt præcise detailtidsplaner, uanset at detailtidsplan efter udbudsbetingelserne først skulle udfærdiges efter indgåelsen af entreprisekontrakten.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at anvende projektorganisation som underkriterium til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, selvom projektorganisation er et udvælgelseskriterium, der skulle anvendes ved prækvalifikationen.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved under sin evaluering af tilbudene at tillægge underkriteriet projektorganisation en vægt på 15%, uanset at kriteriet kun giver ringe mulighed for konkurrence.

Påstand 9 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at evaluere tilbudene usagligt med hensyn til underkriteriet projektorganisation, idet indklagede tillagde tilbudet fra NCC Danmark A/S pointtallet 5 og klagerens tilbud pointtallet 3,5 med hensyn til dette underkriterium, selvom der var tale om hovedentreprise med deraf følgende pligt for entreprenøren til selvstændigt at styre byggeriet.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved under sin evaluering af tilbudene at tillægge underkriteriet procedure for mangelsafhjælpning en vægt på 10 %, selvom der reelt ikke var mulighed for konkurrence med hensyn til procedure for mangelsafhjælpning.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at evaluere tilbudene usagligt med hensyn til underkriteriet procedure for mangelsafhjælpning, idet indklagede tillagde tilbudet fra NCC Danmark A/S pointtallet 5 og klagerens tilbud pointtallet 3 med hensyn til dette underkriterium, selvom der ikke var nogen reel forskel mellem de to tilbud på dette punkt.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved under sin evaluering af tilbudene at tillægge underkriteriet beboerhåndtering en vægt på 8 %, selvom der reelt ikke var særlig mulighed for konkurrence med hensyn til beboerhåndtering.

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at evaluere tilbudene usagligt med hensyn til underkriteriet beboerhåndtering, idet indklagede tillagde tilbudet fra NCC Danmark A/S pointtallet 4 og klagerens tilbud pointtallet 3 med hensyn til dette underkriterium, selvom der ikke var nogen reel forskel mellem de to tilbud på dette punkt.

Påstand 14

Klagenævnet skal konstatere, at den af indklagede benyttede matematiske pointmodel ikke nødvendigvis fører til, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud får tildelt kontrakten, uanset af modellen benyttes sagligt.

Påstand 15

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved først væsentligt efter tilbudsfristens udløb at beslutte vægtningen af de fastsatte evalueringskriterier.

Påstand 16

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved efter tilbudsfristens udløb at opfordre tilbudsgiverne til at frafalde forbehold.

Påstand 17

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at tage NCC's tilbud i betragtning, selvom dette tilbud afveg fra udbudsbetingelserne med hensyn til de tilbudte radiatorers dimensioner, uanset at der ifølge udbudsbetingelserne ikke kunne tages forbehold på dette punkt.

Påstand 18

Klagenævnet skal pålægge indklagede at betale 7.200.000 kr. til klageren.

Påstand 19 (subsidiær i forhold til påstand 18)

Klagenævnet skal pålægge indklagede at betale 250.000 kr. til klageren.

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 1-17 ikke tages til følge, og har nedlagt påstand om frifindelse over for påstand 18-19.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 18-19, indtil Klagenævnet har afgjort de øvrige spørgsmål i sagen.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 20

Om indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 14, stk. 1, ved at iværksætte det udbud, som sagen angår, i form af hasteprocedure, selvom bestemmelsens betingelser herfor ikke var opfyldt.

Indklagede udbød det arbejde, som sagen angår, i april 2003 i form af en licitation efter Tilbudsloven. Tildelingskriteriet var laveste pris. Den 12. maj 2003 annullerede indklagede licitationen og iværksatte ved udbudsbekendtgørelse af 16. maj 2003 det EU-udbud, som sagen angår.

Den udbudte opgave gik ud på udførelse af omfattende arbejder på et eksisterende bygningskompleks fra 1920'erne med 239 lejligheder, bl.a. udskiftning af tag, renovering af vinduer, etablering af lejligheder i loftsarealer og etablering af elevatorer, altaner, nye badeværelser og nye køkkener. Arbejdet skulle udføres i hovedentreprise.

Udbudsbetingelserne var omfattende og yderst detaljerede, og projektbeskrivelsen i udbudsbetingelserne havde karakter af et egentligt detailprojekt med en nøje

og detaljeret beskrivelse af, hvad der skulle udføres på hvert enkelt punkt med angivelse af specificerede materialekrav. Der indgik således i udbudsbetingelserne arkitekt- og ingeniørbeskrivelser på tilsammen ca. 260 sider samt ca. 470 tegninger i formater ned til 1:5. Udbudsbetingelserne indeholdt desuden en beskrivelse af forskellige krav til byggeledelse, udførelse og mangelsafhjælpning m.m. samt krav med hensyn til, hvorledes entreprenøren skulle tage hensyn til beboerne.

Udbudsbetingelserne indeholdt en detaljeret tidsplan med angivelse af begyndelses- og sluttidspunkter for godt 60 nærmere angivne etaper af arbejdet. I udbudsbetingelserne var endvidere angivet 14 forskellige tidspunkter, på hvilke nærmere angivne arbejder skulle være afleveret. Det var videre angivet, at der ved overskridelse af disse tidspunkter udløstes dagbøder på 2 0/00 af enterprisesummen, således at dagbøder for overskridelse af mellemterminer var endeligt forfaldne. Det var endvidere bl.a. angivet, at entreprenøren senest 14 dage efter indgåelse af entrepriseaftale skulle aflevere en detailtidsplan, der skulle godkendes af bygherretilsynet.

Af udbudsbetingelserne fremgik bl.a., at tilbudsgiverne kunne tage forbehold over for arkitektbeskrivelsen, dog ikke med hensyn til nogle nærmere angivne krav. Desuden var bl.a. anført, at forbehold skulle anføres samlet i en forbeholdsliste, og at forbehold, der ikke var anført i denne forbeholdsliste, ikke ville blive tillagt betydning.

AB 92 indgik med visse fravigelser i udbudsbetingelserne.

I udbudsbetingelserne var i prioriteret orden angivet følgende underkriterier til tildelingskriteriet:

1. Byggesagens samlede økonomi
2. Funktionalitet (sideordnet med 3)
3. Æstetik (sideordnet med 2)
3. Planlægnings- og styringsværktøjer
4. Projektorganisation
5. Procedure for mangelsafhjælpning
6. Beboerhåndtering

På et spørgsmål fra en tilbudsgiver blev i et rettelsesblad af 3. juli 2003 angivet, at indklagede ikke var forpligtet til at oplyse den indbyrdes vægtning mellem underkriterierne, og en vægtning blev således ikke oplyst.

Tilbudsprisen i klagerens tilbud var ca. 72 mio. kr., og tilbudsprisen i NCC's tilbud var ca. 75 mio. kr.

I en e-mail af 16. juli 2003 til tilbudsgiverne henviste indklagedes advokat til, at flere tilbudsgivere havde taget forbehold, der ikke var angivet i tilbudsgiverens forbeholdsliste, selvom det i udbudsbetingelserne var anført, at der ikke ville blive taget hensyn til forbehold, der ikke var angivet i forbeholdslisten. Advokaten bad samtidig tilbudsgiverne om at bekræfte, at de var indforstået med, at forbehold, der ikke var angivet i forbeholdslisten, bortfaldt.

Både klageren og NCC meddelte den omtalte bekræftelse samme dag.

Efter at indklagede havde meddelt klageren, at man havde besluttet at indgå kontrakt med NCC, bad klageren om en nærmere begrundelse herfor. Indklagede sendte i den anledning den 20. august 2003 til klageren en evalueringsrapport af 15. juli 2003 fra indklagedes arkitekt, Karsten Pålsson A/S.

I evalueringsrapporten blev angivet, at der tildeltes points vedrørende underkriterierne til tildelingskriteriet i henhold til følgende model:

Væsentligt under middel:	1 point
Lidt under middel:	2 points
Middel:	3 points
Lidt over middel:	4 points
Væsentligt over middel:	5 points

Desuden var angivet en særlig skala, efter hvilken der blev givet points for underkriteriet byggesagens samlede økonomi. Dette underkriterium blev i evalueringsrapporten behandlet som sigtende til tilbudsprisen.

I evalueringsrapporten tildeltes følgende points til klagerens og NCC's tilbud:

	Klageren	NCC
Byggesagens samlede økonomi	5	3,5
Funktionalitet	4	4
Æstetik	4	4
Planlægnings- og styringsværktøjer	3	5
Projektorganisation	3,5	5
Procedure for mangelsafhjælpning	3	5
Beboerhåndtering	3	4

Der blev i evalueringsrapporten endvidere foretaget en vægtning på grundlag af følgende vægte for underkriterierne:

Underkriterium	Vægt
Byggesagens samlede økonomi	25 %
Funktionalitet	11 %
Æstetik	11 %
Planlægnings- og styringsværktøjer	20 %
Projektorganisation	15 %
Procedure for mangelsafhjælpning	10 %
Beboerhåndtering	8 %

På baggrund heraf udregnedes i evalueringsrapporten klagerens samlede vægtede score til 3,8 og NCC's samlede vægtede score til 4,33.

Der er afgivet forklaringer af Søren Holck-Christiansen og Hanne Nørgaard.

Søren Holck-Christiansen har bl.a. forklaret: Han er ansat hos indklagedes arkitekt, Karsten Pålsson A/S, og er projektleder vedrørende arbejdet. Vægtningen af underkriterierne blev fastlagt før tilbudssammenligningen. Allerede før tilbudsfristens udløb regnede man med, at prisen skulle vægtes 25 %. Vægtningen af de øvrige underkriterier blev fastlagt efter tilbudsåbningen, men man så ikke på tilbudenens indhold, da man udformede vægtningen. Kravene til komponenter og udformning var detaljerede, men der var stadig mulighed for konkurrence, og klagerens og NCC's tilbud angik ikke de samme komponenter på alle punkter, om end der var mange gengangere. Søren Holck-Christiansen har desuden forklaret om en lang række enkeltheder.

Hanne Nørgaard har bl.a. forklaret: Hun er arkitekt og er teknisk chef i administrationsselskabet Privatbo, der bl.a. administrerer indklagedes boliger, og hun har som sådan det overordnede ansvar for den ombygning, som sagen angår. Ved den oprindelige licitation henviste man til produktnavne. Man fik at vide, at man ikke måtte gøre dette. Man annullerede licitationen den 12. maj 2003 og iværksatte EU-udbudet i løbet af 4 dage. Det kunne ikke gøres hurtigere. Man gennemførte EU-udbudet som hasteprocedure, fordi man ellers ikke kunne overholde nogle tidsfrister, der var afgørende for et tilsagn fra kommunen om genhusning af beboerne under ombygningen og for et tilsagn om støtte til ombygningen. Hvis udbudet ikke var blevet foretaget som hasteprocedure, ville man have ekstraudgifter til genhusning på ca. 200.000 kr. og have mistet et tilsagn om støtte på ca. 6 mio. kr.

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende:

Ad påstand 1-15:

Udbudsbetingelserne er så detaljerede, at der kun er mulighed for konkurrence på prisen, dvs. underkriteriet byggesagens samlede økonomi. De øvrige underkriterier er reelt indholdsløse og dermed uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Endvidere skal underkriteriet pris altid vægtes med betydelig vægt, formentlig mindst 50 %. I hvert fald har det været i strid med gennemsigtighedsprincippet kun at vægte prisen med 25 % og de øvrige underkriterier med 75 %. Hertil kommer, at indklagede har vægtet klagerens tilbud usagligt i forhold til NCC's tilbud, idet der ikke var reel forskel mellem de to tilbud på de punkter, hvor indklagede tildelte NCC's tilbud et højere pointtal end klagerens. Den anvendte vægtningsmodel er generelt ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da prisen kun vægtes med 25 %, og da modellen kan føre til urimelige resultater. Hertil kommer, at det er i strid med ligebehandlingsprincippet først at fastlægge en vægtningsmodel efter tilbudenes åbning.

Ad påstand 16:

Indklagedes advokats opfordring til tilbudsgiverne om at bekræfte, at forbehold, der ikke var anført på forbeholdslisten, var bortfaldet, var en opfordring til at frafalde forbehold, hvilket strider mod ligebehandlingsprincippet. Et forbehold gælder, uanset om det er anført i en forbeholdsliste, også selvom udbyderen har til-

kendegivet, at man ikke vil tage forbehold i betragtning, hvis de ikke er angivet i forbeholdslisten.

Ad påstand 17:

De radiatorer, der var indeholdt i NCC's tilbud, var ikke i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav, og da det fremgik af udbudsbetingelserne, at der ikke kunne tages forbehold på dette punkt, havde indklagede pligt til ikke at tage NCC's tilbud i betragtning.

Indklagede har gjort gældende:

Ad påstand 1, 2 og 15:

EU-retten indeholder ikke forbud mod vægtning af de kvalitative underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud højere end prisen. En ordregiver har ikke pligt til at fastsætte og oplyse vægtningen af underkriterierne på forhånd.

Ad påstand 3 og 4:

Der var efter udbudsbetingelserne mulighed for konkurrence på funktionalitet og æstetik, og der var da også spredning med hensyn til de tilbudte komponenter. Subsidiært har indklagede henvist til, at klageren og NCC fik tildelt samme pointtal på disse punkter.

Ad påstand 5-13:

Der var mulighed for konkurrence på de pågældende punkter, og angivelserne i NCC's tilbud med hensyn til disse punkter var af bedre kvalitet end de tilsvarende angivelser i klagerens tilbud. Det er ordregiver, der har skønskompetencen med hensyn til tilbudsvurderingen.

Ad påstand 14:

Den anvendte vægtningsmodel var saglig.

Ad påstand 16 og 17:

Indklagede opfordrede ikke tilbudsgiverne til at frafalde forbehold, men indhentede alene for en ordens skyld tilbudsgivernes bekræftelse på, at der ikke var taget forbehold. Som følge af udbudsbetingelsernes angivelser om forbehold ville retsstillingen have været den samme, selvom indklagede ikke havde indhentet den omtalte bekræftelse. At angivelsen i NCC's tilbud om radiatorer ikke var i

overensstemmelse med udbudsbetingelserne, var herefter uden betydning, idet NCC var forpligtet til at opfylde udbudsbetingelsernes krav.

Ad spørgsmål 20:

Indklagede var berettiget til at iværksætte en hasteprocedure i medfør af Bygge- og anlægsgesetnings artikel 14, stk. 1, idet indklagede ellers ville have mistet betydelige offentlige tilskud.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet lægger til grund, at underkriteriet byggesagens samlede økonomi skal forstås som sigtende til tilbudsprisen, jf. herved bl.a., at dette underkriterium er behandlet sådan i evalueringsrapporten fra indklagedes arkitekt.

Påstanden sigter til, at når tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige bud«, skal et underkriterium om pris efter klagerens opfattelse altid vægtes med en vægt, der er betydelig, dvs. i hvert fald med mere end 25 %. Efter klagerens opfattelse var det derfor i sig selv i strid med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, at indklagede ved sin vurdering af tilbudene kun vægtede underkriteriet byggesagens samlede økonomi med 25 %.

Klagenævnet finder imidlertid ikke grundlag for at forstå begrebet det økonomisk mest fordelagtige bud i udbudsdirektiverne på denne måde, og påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 2

Udbudsbetingelsernes projektbeskrivelse var yderst detaljeret og bærer præg af at være udformet med henblik på et udbud med tildelingskriteriet laveste pris. Klagenævnet henviser i denne forbindelse til sagens oplysninger om, at det EU-udbud, som sagen angår, blev iværksat 4 dage efter annullationen af den oprindelige licitation. Det kan ikke have været muligt at foretage væsentlige ændringer i projektbeskrivelsen på så kort tid, og projektbeskrivelsen ved EU-udbudet må derfor i alt væsentligt svare til projektbeskrivelsen ved den annullerede licitation, hvis tildelingskriterium var laveste pris. Klagenævnet henviser videre til, at un-

derkriteriet byggesagens samlede økonomi i udbudsbetingelserne var angivet som det højest prioriterede underkriterium.

På denne baggrund har tilbudsgiverne været berettiget til at gå ud fra, at prisen ville spille den væsentligste rolle ved indklagedes vurdering af tilbudene, og det er derfor i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip, at indklagede kun vægtede tilbudspriserne, dvs. underkriteriet byggesagens samlede økonomi, med 25 % uden at oplyse herom i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.

Påstanden tages herefter til følge.

Ad påstand 3

Uanset projektbeskrivelsens høje detaljeringsniveau var der en vis, om end yderst begrænset, mulighed for tilbudsgiverne for at konkurrere med hensyn til funktionalitet og æstetik. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 4

Som følge af projektbeskrivelsens høje detaljeringsniveau var der som nævnt ad påstand 3 kun yderst begrænset mulighed for tilbudsgiverne for at konkurrere med hensyn til funktionalitet og æstetik.

På denne baggrund har tilbudsgiverne været berettiget til at gå ud fra, at underkriterierne funktionalitet og æstetik ville blive vurderet med en lav vægt, og det var derfor i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip, at indklagede til lagde disse underkriterier vægte på tilsammen 22 % uden at oplyse herom i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.

Påstand 4 tages herefter til følge med formulering som i konklusionen nedenfor.

Ad påstand 5-6

Kriteriet planlægnings-og styringsværktøjer er reelt et udvælgelseskriterium, men kan efter omstændighederne også anvendes som et underkriterium til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. I den foreliggende sag var tilbudsgivernes mulighed for konkurrence med hensyn til dette underkriterium dog yderst begrænset som følge af udbudsbetingelsernes detaljerede angivelser af

tidsplaner og dagbodsudløsende tidsterminer. Kriteriet planlægnings- og styrværktøjer var derfor uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Påstand 5 tages herefter til følge med formulering som i konklusionen nedenfor. Klagenævnet finder ikke anledning til derudover at tage stilling til påstand 6.

Ad påstand 7-9

En tilbudsgivers projektorganisation er som almindelig regel et udvælgelseskriterium, og der er ikke oplyst omstændigheder, der har kunnet berettige brugen af projektorganisation som underkriterium til tildelingskriteriet. Påstand 7 tages herefter til følge, og påstand 8 og 9 bortfalder.

Ad påstandene 10-11

Kriteriet procedure for mangelsafhjælpning er reelt et udvælgelseskriterium, men kan efter sin karakter også anvendes som underkriterium til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. I den foreliggende sag var tilbudsgivernes mulighed for konkurrence med hensyn til dette underkriterium dog yderst begrænset som følge af, at AB 92 og de deri indeholdte regler om mangelsafhjælpning var gældende for udbudet. Kriteriet procedure for mangelsafhjælpning var derfor uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Påstand 10 tages herefter til følge med formulering som i konklusionen nedenfor. Klagenævnet finder ikke anledning til derudover at tage stilling til påstand 11.

Ad påstand 12

Selvom udbudsbetingelsernes angivelser om beboerhåndtering var detaljerede, havde tilbudsgiverne efter Klagenævnets vurdering reel mulighed for konkurrence med hensyn til dette underkriterium. Det var derfor ikke usagligt, at indklagede ved sin vurdering af tilbudene tillagde underkriteriet beboerhåndtering en vægt på 8 %. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 13

Indklagedes vurdering af klagerens og NCC's tilbud med hensyn til underkriteriet beboerhåndtering lå inden for rammerne af det skøn, som en udbyder har ret til at

udøve, når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 14

Klagenævnet har ovenfor konstateret, at indklagede på en række punkter har overtrådt udbudsreglerne ved sin vurdering af tilbudene, og Klagenævnet finder herefter ikke anledning til at tage stilling påstand 14.

Ad påstand 15

Der kan ikke antages at foreligge en pligt for ordregivere i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet til at beslutte den indbyrdes vægtning af underkriterierne til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud senest kort efter tilbudsfristens udløb. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 16

Udbudsbetingelserne angav, at forbehold, der ikke var angivet i en forbeholdsliste, ikke ville blive tillagt betydning, og det var derfor indklagedes opfattelse, at forbehold og afvigelser, der ikke var angivet i forbeholdslisten, var uden retsvirkning. Indklagedes advokats henvendelse til tilbudsgiverne om bortfald af forbehold, der ikke var angivet i forbeholdslisten, havde tydeligvis blot til formål før kontraktsindgåelsen at få afklaret, om tilbudsgiverne var enige i indklagedes opfattelse af, at disse forbehold var uden retsvirkning. Advokatens henvendelse kan derfor ikke opfattes som en opfordring til tilbudsgiverne om at frafalde forbehold, hvorfor påstand 16 ikke tages til følge.

Ad påstand 17

Denne påstand er nedlagt i klagerens replik under den afsluttende mundtlige forhandling for Klagenævnet. Indklagede har derfor ikke haft tilstrækkelig lejlighed til at forholde sig til påstanden, og Klagenævnet har ikke fundet anledning til at udsætte sagen for at søge påstanden nærmere belyst.

På denne baggrund ønsker Klagenævnet ikke at tage stilling til påstand 17.

Ad spørgsmål 20

Indklagedes iværksættelse af udbudet i form af hasteprocedure var begrundet med, at indklagede ellers ikke kunne overholde nogle tidsterminer, der skulle overholdes for at opnå forskellige offentlige tilskud. Klagenævnet forstår indklagedes angivelser sådan, at de offentlige tilskud var en forudsætning for arbejdets udførelse, og at det derfor ikke var muligt at overholde Bygge- og anlægsdirektivets almindelige tidsfrister for udbud, hvorfor hasteprocedure var nødvendig,

Grunden til, at indklagede ikke iværksatte udbudet tidligere under overholdelse af direktivets almindelige tidsfrister, var efter sagens oplysninger, at indklagede først blev opmærksom på pligten til EU-udbud så sent, at man ikke kunne nå at iværksætte et udbud under overholdelse af de almindelige tidsfrister. Det skyldtes således indklagede selv, at hasteproceduren var en nødvendig forudsætning for arbejdets udførelse.

Efter Bygge- og anlægsdirektivets artikel 14, stk. 1, er det en betingelse for hasteprocedure, at det ikke er muligt at overholde de almindelige tidsfrister for udbud. Dette kan ikke forstås som sigtende til tilfælde, hvor det som i den foreliggende sag skyldes ordregiveren selv, at de almindelige tidsfrister ikke kan overholdes. I modsat fald kunne enhver ordregiver bevidst bringe sig i en situation, hvor betingelserne for hasteprocedure efter artikel 14, stk. 1, (nu artikel 38, stk. 8 i direktiv 2004/18) er opfyldt, hvilket ville stride mod direktivets formål og bestemmelsens karakter af en undtagelsesbestemmelse. Denne forståelse af bestemmelsen bekræftes af, at det tydeligvis er EF-domstolens holdning, at undtagelsesbestemmelser i udbudsdirektiverne skal fortolkes snævert, jf. fx EF-domstolens domme af 14. september 2004 i sag C-385/02, Kommissionen mod Italien, og 14. oktober 2004 i sag C-340/02, Kommissionen mod Frankrig.

Klagenævnet konstaterer herefter, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 14, stk. 1, som angivet i spørgsmål 20.

Herefter bestemmes:

Påstand 1 tages ikke til følge.

Påstand 2:

Indklagede, Frederiksberg Boligfond, har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at oplyse, at underkriteriet byggesagens samlede økonomi ved indklagedes evaluering af tilbudene kun ville blive tillagt en vægt på 25 %.

Påstand 3 tages ikke til følge.

Påstand 4:

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at oplyse, at underkriterierne funktionalitet og æstetik ville blive tillagt vægte på tilsammen 22 %.

Påstand 5:

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsgdirektivet ved at fastsætte planlægnings- og styringsværktøjer som underkriterium til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, da dette underkriterium var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 6.

Påstand 7:

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsgdirektivet ved at fastsætte projektorganisation som underkriterium til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, selvom projektorganisation er et udvælgelseskriterium, der skulle anvendes ved prækvalifikationen.

Påstand 8 og 9 bortfalder.

Påstand 10:

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsgdirektivet ved at fastsætte procedure for mangelsafhjælpning som underkriterium til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, da dette underkriterium var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 11.

Påstand 12 og 13 tages ikke til følge.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 14.

Påstand 15 og 16 tages ikke til følge.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 17.

Spørgsmål 20:

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 14, stk.1, ved at i værksætte det udbud, som sagen angår, i form af hasteprocedure, selvom bestemmelsens betingelser herfor ikke var opfyldt.

Klagegebyret tilbagebetales.

Indklagede, Frederiksberg Boligfond, skal i sagsomkostninger til klageren, MT Højgaard A/S, betale 75.000 kr., der skal betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig