

Klagenævnet for Udbud

(Michael Kistrup, Kaj Kjærsgaard, Niels Henriksen)

J.nr.: 2006-0007135

10. august 2007

K E N D E L S E

M.T. Højgaard A/S
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Lejerbo Herning, afdeling 86-0
(advokat Peter Schäfer, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 4. november 2005 udbød indklagede, Lejerbo Herning, afdeling 86-0, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbs-kontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en hovedentreprise om renovering/ombygning af 8 boligblokke og 41 rækkehuse med i alt 265 boliger, samt renovering og ombygning af institution, vaskeri og fællesstue inkl. udearealer i afdeling 86-0.

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

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 6. december 2005 havde bl.a. følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Jorton A/S
2. Pihl & Søn A/S (herefter benævnt Pihl & Søn)
3. M.T. Højgaard A/S (herefter benævnt klageren)

Den 12. december 2005 besluttede indklagede at prækvalificere de nævnte virksomheder.

Udbudsbetingelserne blev udsendt samme dato, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 1. februar 2006 havde de nævnte prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 7. marts 2006 besluttede indklagede at

indgå kontrakt med Pihl & Søn, og kontrakt blev herefter indgået den 27. marts 2006.

Sagsbehandlingsforløbet juli 2006 - april 2007.

Ved skrivelse af 6. juli 2006 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Ved skrivelse af 12. juli 2006 til parterne fastsatte Klagenævnet en frist af 14 dage for indklagede til at afgive svarskrift og fremsende sagens dokumenter. Samtidig fastsatte Klagenævnet frist for afgivelse af replik og duplik. Samme dag begærede indklagedes advokat 14-dagesfristen forlænget med 2 uger.

Den 13. juli 2006 forlængede Klagenævnet fristerne for afgivelse af proceskrifter bl.a. således, at svarskrift skulle afgives senest den 21. august 2006. Indklagedes advokatkontor meddelte derpå ved skrivelse af 21. august 2006, at indklagedes advokat havde været syg, men at svarskrift forventedes den 23. august 2006.

Den 22. august 2006 meddelte Klagenævnet parterne, at den mundtlige forhandling i sagen var berammet til den 10. november 2006.

Efter telefonisk rykker og senere skriftlig erindringsskrivelse af 14. september 2006 fra Klagenævnet fremsendte indklagedes advokat den 18. september 2006 svarskrift med bilag A-E. Den 25. september 2006 fastsatte Klagenævnet frister for replik og duplik til hhv. den 12. oktober 2006 og 1. november 2006. I en skrivelse af 27. september 2006 oplyste klagerens advokat, at hun ikke fra indklagede havde modtaget sagens dokumenter. Indklagede modtog derpå nogle, men ikke alle sagens bilag. I en skrivelse af 17. oktober 2006 anmodede Klagenævnet indklagedes advokat om hurtigst muligt at indsende de af sagens dokumenter, der ikke tidligere havde været fremlagt. Som svar herpå meddelte indklagedes advokat, at han ville vende tilbage med materialet formentlig i uge 43 (23.-27. oktober 2006). I en skrivelse af 23. oktober 2006 til indklagedes advokat udtalte Klagenævnet, at det var stærk utilfredsstillende, at nævnet modtog materiale på et sent tidspunkt under sagens forberedelse, og anmodede om, at det ønske materiale var Klagenævnet og modparten i hænde senest den 25. oktober 2006.

Ved skrivelse af 26. oktober 2006 meddelte indklagedes advokat, at efter hans opfattelse var samtlige relevante dokumenter fremlagt. Samtidig med-

deltes, at materiale ville blive eftersendt til Klagenævnet, men ikke til klageren, idet man gjorde indsigelse mod adgangen til aktindsigt. Ved skrivelse af samme dato fastholdt klagers advokat ønsket om aktindsigt. Ved skrivelse af 6. november 2006 meddelte klagers advokat, at indklagede fortsat ikke havde fremlagt sagens dokumenter, herunder Pihl & Søns tilbud og entreprisekontrakten med Pihl & Søn. Klager anmodede derfor om, at den mundtlige forhandling den 10. november 2006 blev udsat. Klagenævnet meddelte derpå parterne i en skrivelse af 8. november 2006, at tidspunktet for forhandlingen blev fastholdt. Indklagedes advokat redegjorde derpå i en skrivelse af samme dato for nogle personlige omstændigheder, der umuliggjorde, at han gav møde i Klagenævnet den 10. november 2006. Klagenævnet udsatte derpå forhandlingen.

Med skrivelse af 9. november 2006 overbragtes til Klagenævnet tilbud og hovedentreprisekontrakt med bilag fra og med Pihl & Søn, idet der protesterede mod aktindsigt for klager i materialet. Ved skrivelse af 17. november 2006 fastholdt klagers advokat sit ønske om aktindsigt. Ved skrivelse af 20. november 2006, der blev sendt pr. telefax, men efter det oplyste først fremkom til indklagede på et senere tidspunkt, udbad Klagenævnet sig alle sagens dokumenter fra indklagede, og som svar herpå meddelte indklagedes advokat ved skrivelse af 19. december 2006, at anmodningen samme dag var sendt til indklagede. I en skrivelse af 21. december 2006 meddelte indklagedes advokat, at materialet først kunne skaffes i uge 2 i 2007, og ved skrivelse af 19. januar 2007 meddelte indklagedes advokat, at materialet ville fremkomme i uge 4 (22.-26. januar).

Klagenævnet traf afgørelse om aktindsigt i tilbud og hovedentreprisekontrakt ved skrivelse af 23. januar 2007. Samme dag udbad Klagenævnet sig de resterende bilag med frist i samme uge, idet Klagenævnet ville overveje at træffe bestemmelse om tvangsbøder, hvis fristen ikke blev overholdt. Materialet blev overbragt i uge 4.

Indklagede udleverede ikke materiale i overensstemmelse med Klagenævnets afgørelse om aktindsigt af 23. januar 2007, og efter telefonisk forespørgsel fra Klagenævnet erklærede indklagedes advokat i en skrivelse af 26. januar 2007, at han ikke forstod, at Klagenævnet afventede ham. Klagenævnet meddelte derfor ved skrivelse af 1. februar 2007, hvorledes indklagede skulle opfylde afgørelsen. Ved skrivelse af 27. februar 2007 traf Klagenævnet afgørelse om aktindsigt i det senest modtagne materiale, idet man

antog, at klageren havde modtaget de bilag, hvori, der tidligere var truffet afgørelse om aktindsigt. Samtidig fastsatte Klagenævnet frister for replik og duplik Ved skrivelse af samme dag, meddelte klagerens advokat, at de omhandlede bilag ikke var modtaget, og at hun ikke så sig i stand til at afgive replik, før bilagene var modtaget. Den 5. marts 2007 effektuerede Klagenævnet aktindsigtsafgørelsen af 23. januar 2007. Den 8. marts 2007 berammedes forhandling i sagen på ny. I en telefaxskrivelse til Klagenævnet af 28. marts 2007 meddelte klagerens advokat, at hun på grund af it-problemer, ikke som forudsat ville kunne afgive replik i uge 13, men formentlig først umiddelbart efter påske, dvs. i uge 15. Ved skrivelse af 12. april 2007 fremsendte klagerens advokat replik. Indklagedes advokat anmodede derpå i en e-mail af samme dato om udsættelse af forhandlingen, under hensyn til nye påstande i replikken. Ved skrivelse af samme dato meddelte Klagenævnet, at forhandlingen ikke ville blive udsat. Indklagede anmodede samme dag om omgørelse af denne afgørelse og efter, at Klagenævnet telefonisk havde fastholdt afgørelsen, og indklagedes advokat på ny havde anmodet om udsættelse, meddelte Klagenævnet ved en ny skrivelse af 12. april 2007, at tidspunktet for forhandlingen fastholdtes. Efter en fornyet henvendelse blev afgørelsen fastholdt ved skrivelse af 13. april 2007. Indklagede afgav duplik den 16. april 2007

Klagen har herefter været behandlet på et møde den 16. april 2007. Ved afslutningen af mødet meddeltes parterne en frist til den 1. maj 2007 til at fremkomme med et supplerende processkrift. Indklagedes processkrift er modtaget denne dato, nedens klagerens advokat har afgivet et processkrift af 2. maj 2007.

Påstande.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbudet fra Pihl & Søn i betragtning, uagtet at dette tilbud var ukonditionsmæssigt

- A) da bestemmelsen i tilbudets punkt 8 »spilddage grundet vejrlig forudsættes tillagt tidsplanen« udgør et forbehold over for byggesags-

beskrivelsens punkt 8.3, hvorefter der kun gives tidsfristforlængelse som følge af usædvanligt vejrlig, i det omfang arbejdet ligger på den kritiske vej i tidsplanen, der ikke kan prissættes og

- B) da tilbudet ikke i overensstemmelse med kravene i byggesagsbeskrivelsens pkt. 3 ad AB 92 § 2, stk. 6, og tilbudslisten pkt. 2 var vedlagt referencer og CV'er for underentreprenører.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbud fra Pihl & Søn i betragtning, uagtet at dette tilbud oversteg den i henhold til byggesagsbeskrivelsens pkt. 3 kap.-side 3.-4/2 fastsatte økonomiske ramme på 68.000.000 kr. eksklusiv moms og derfor var ukonditionsmæssigt

- A) da bestemmelsen i tilbudet fra Pihl & Søn, punkt 8, hvorefter »*spilddage grundet vejrlig forudsættes tillagt tidsplanen*« udgør et forbehold over for byggesagsbeskrivelsens punkt 8.3, hvorefter der kun gives tidsfristforlængelse for usædvanligt vejrlig, i det omfang det samlede antal spilddage inden for 1 måned overstiger det påregnelige antal spilddage, der kan prissættes til 3.079.148 ekskl. moms kr., og
- B) da den af Pihl & Søn tilbudte reduktion, post 25.22 »altaner ændres til Windoor system 1000« udgør et forbehold over byggesagsbeskrivelsens punkt 3 og den oprindelige tilbudslistes post 25.22, hvor der er anmodet om en reduktion for »altaner ændres til BALCO«, der kan prissættes til 2.645.920 kr. ekskl. moms.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne, jf. byggesagsbeskrivelsens punkt 3, ad § 2, samt tilbudslistens punkt 2, at have angivet tildelingskriteriet og kravene til tilbudene på en sådan måde, at det blev uklart for tilbudsgiverne, om indklagede i forbindelse med vurderingen af de afgivne tilbud ville lægge vægt på andre og/eller yderligere forhold end de i udbudsbekendtgørelsen, punkt IV.2.1, anførte kriterier.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i forbindelse med vurderingen af tilbudene i henhold til underkriterium »1. pris i relation til omfang og kvalitet« ikke - i overensstemmelse med angivelsen af underkriteriet i udbudsbekendtgørelsens punkt IV.2.1 og den i byggesagsbeskrivelsens punkt 3 oplyste evalueringsmodel - at have foretaget en samlet vurdering af den tilbudte pris i relation til omfang og kvalitet, men derimod at have foretaget henholdsvis en separat vurdering af de tilbudte priser og en separat vurdering af det tilbudte ydelsesomfang, og i den forbindelse for så vidt angår den tilbudte pris at have vurderet tilbudsgiverne på et forskelligt ydelsesomfang.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, ved i forbindelse med vurderingen af underkriteriet »2. projektororganisation, herunder UE'er, CV'er på ledende medarbejdere, KS/færdiggørelse« at have lagt vægt på underentreprenørernes tekniske kompetencer samt indklagedes generelle erfaringer med underentreprenørerne, uanset at et sådant forhold udgør et udvælgelseskriterium og ikke var egnet til at fastlægge det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, ved i forbindelse med vurderingen af underkriterium »4. sikkerhed og sundhed« at have lagt vægt på tilbudsgiverens ulykkesstatistik, uanset at et sådant forhold udgør et udvælgelseskriterium og ikke var egnet til at fastlægge det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincippet ved i forbindelse med evalueringen af de afgivne tilbud i henhold til

- A) underkriterium »2. projektorganisation, herunder UE'er, CV'er på ledende medarbejdere, KS/færdiggørelse« at have anvendt »bonusaftaler« som et delkriterium, og
- B) underkriterium »3. projektoptimering, tidsplan, færdigt arbejde, minimering af beboergener« at have anvendt »beskrivelser og produkttilbud« som et delkriterium,

uanset at disse delkriterier ikke var anført i udbudsbekendtgørelsens punkt IV.2.1.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 24, ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i forbindelse med vurderingen af tilbudene i henhold til underkriterium »3. projektoptimering, tidsplan, færdigt arbejde, minimering af beboergener« at have lagt vægt på de tilbudte projektoptimeringer, uagtet at disse projektoptimeringer i udbudsretlig forstand er at betragte som alternative tilbud, og at der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat præcise mindstekrav, som alternative tilbud skulle opfylde.

Påstand 9 (subsidiær til påstand 8)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evalueringen af tilbudet fra Pihl & Søn i henhold til underkriterium »3. projektoptimering, tidsplan, færdigt arbejde, minimering af beboergener« at have lagt vægt på Pihl & Søns projektoptimeringsforslag, post 25.36 »flisebelægning - retablering rækkehuse« og post 25.39 »omforkromning håndlister - ændret metode«, uagtet at disse projektoptimeringsforslag knyttede sig henholdsvis til reduktionslisten post 25.3 »flisebelægning« og post 25.31 »håndlister i trappeopgange. Boligblokke«, som er ydelser, der er udgået af entreprisen, og som Pihl & Søns tilbud således var reduceret med, med det formål at gøre tilbudet konditionsmæssigt.

Påstand 10

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 7. marts 2006 om at tildele den udbudte hovedentreprisekontrakt til Pihl & Søn.

Indklagede nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Udbudsbekendtgørelsen af 4. november 2005 indeholder følgende:

»

IV.2.1) Tildelingskriterier:

Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de nedenfor anførte kriterier:

1. Pris i relation til omfang og kvalitet. Vægtning: 50.
2. Projektorganisation, herunder UE'er, CV'er på ledende medarbejdere, KS/færdiggørelse. Vægtning: 25.
3. Projektoptimering, tidsplan, færdigt arbejde, minimering af beboergener. Vægtning: 15.
4. Sikkerhed og sundhed. Vægtning: 10.

.....

VI.3) YDERLIGERE OPLYSNINGER:

Projekt vil blive udbudt elektronisk. Alle dokumenter og tegninger vil kunne hentes elektronisk på www.byggeweb.dk af registrerede brugere. Tilbudsgivere betaler for brugere udover 1 pr. tilbudsgiver. Generel orientering om projektet kan ses på hjemmesiden: www.valdemarsvej.dk.

.....«

I udbudsbetingelserne (Byggesagsbeskrivelsen) er bl.a. anført følgende vedrørende AB 92 § 2 om bygherrens udbud:

».....

Der kræves tilbud på det udbudte projekt, også når der afgives alternative tilbud.

Tilbud afgives ved at aflevere følgende:

1. Udfyldt tilbudsliste og reduktionsliste
2. Projektorganisation
Beskrivelse af projektorganisation og CV på ledende medarbejdere, underentreprenører og deres referencer. CV på UE'r og CV'er på faglige ansvarlige.

Beskrivelse af kvalitetssikringsprocedure, herunder specielt tiltag, som sikrer at de enkelte lejligheder færdiggøres/afleveres uden mangler.
Bonusaftaler med UE'er.

3. Forslag til produktoptimering.
Forslag til projektløsninger.

Beskrivelse af metoder til minimering af gener for beboerne i byggeperioden.
Stillingtagen til udbudstidsplan.

4. Sikkerhed og sundhed.
Aflevering af ulykkesstatistik.
Plan for at reducere ulykkesfrekvens.
Uddannelsesprogram for Sikkerhed & Sundhed.

Lejerbo's økonomiske ramme for projektet er en håndværkerudgift på DDK 68,0 mio. excl. moms.

Ved vurdering af tildelingskarakterer for ovennævnte pos i (den udfyldte tilbudsliste og reduktionsliste) anvendes følgende nøgle:

Der gives 100 point til den/de tilbudsgivere som tilbyder det samlede projekt (alle ydelser på tilbudslisten position 1-24) for en pris lig med DDK 68,0 mio. For hver DDK 1,0 mio. prisen er lavere end DDK 68,0 mio. gives 2 point.

Er den tilbudte pris for alle ydelser (tilbudslisten position 1-24) over kr. 68,0 mio. excl. moms, fradrages ydelser fra reduktionslisten. Ydelserne fradrages i en på forhånd fastlagt rækkefølge. Ydelserne på reduktionslisten er således nummeret, og først fradrages det laveste nummer, så det næstlaveste etc. Ydelserne på reduktionslisten skal prissættes enkeltvis jfr. listen, og der fradrages i overensstemmelse med ovenstående princip så mange ydelser fra listen, at den tilbudte pris bliver præcis eller under kr. 68,0 mio. excl. moms. Så snart tilbuddet på denne led kan beregnes til at være præcis eller under kr. 68,0 mio. excl. moms, fradrages ikke flere ydelser fra reduktionslisten. For hver af reduktionslistens positioner det er nødvendigt at fradrage for at nå ned til en entreprisesum på DDK 68,0 mio. excl. moms (eller lavere) fradrages i pointtildelingen med de point som er anført nedenfor udfor hver enkelt ydelse. Den nedenstående liste er således identisk med reduktionslisten.

Reduktionslisten er prioriteret således at lavere positions nummer aktiveres før et højere nummer jfr. ovenfor.

Position	Ydelse	Point
1	Byggepladskontor	0,5
2	Beboerpavillon	0,5
3	Flisebelægning	0,5
4	Solafskærrning. Fæl-	0,5
5	Indv. beklædning på	1
6	Beklædningsplader	1
7	Ventilation. Fælleshus	1
8	Tagisolering	1
9	Rejsttag på vaskeri-	0,5
10	Rejsttag på vuggestue	1
11	Udsugningsanlæg på	0,5
12	Vinduer i nordfacade.	0,5
13	Vinduer i vaskeribyg-	0,5
14	Vinduer i vuggestue	0,5
15	Kældervinduer boligblokke	0,5
16	Fliser i badeværelser	1
17	Fliser over køkkenbord	1
18	Emhætter	1
19	Vandarmaturer	1
20	Tagbeklædning på rækkehuse	1
21	Terrassedøre fra lejligheder i stueetage	2
22	Altaner ændres til BALCO standard	6
23	Udskiftning af altandør	1
24	Sidelys på rækkehustag	2
25	Flytning af dør i 3-vær. lejligheder	3
26	Færre køkkenskabe	2
27	Omfugning boligblokke	4
28	Persienner på altaner	3
29	Sidelys på rækkehustag, alternativ	5
30	Vægge og lofter i trappeopgange. Boligblokke	1
31	Håndlister i trappeopgange. Boligblokke	1
32	Indvendige kælderøre i boligblokke	1
33	Nøglesystem	1
34	Entredøre til lejligheder i boligblokke	3
35	Gulve i trappeopgange. Boligblokke	3

Såfremt den bydende fremsætter yderligere reduktionsforslag, skal disse af den bydende beskrives og prissættes. Fradrag i pointtildelingen vil herefter ske efter en vurdering af brugsværdi, byggeteknisk kvalitet og visuel kvalitet.

For at et tilbud er konditionsmæssigt skal der kunne opnås en entreprisum lig med eller lavere end den økonomiske ramme på kr. 68,0 mio. excl. moms.

...«

Den prioriterede reduktionsliste var tilgængelig på www.byggeweb.dk og om position 22, Altaner ændres til BALCO standard, var bl.a. anført:

»...

Beton elementer udgår.

Ophugning altanslidlag udgår.

Bæresystem som BALCO eller tilsvarende

Altanlukning, brystning og vinduer, som BALCO eller tilsvarende.

...«

I udbudsbrev af 12. december 2005 var bl.a. anført følgende:

»Tildelingskriteriet er økonomisk mest fordelagtige. Det økonomisk mest fordelagtige tilbud findes ved anvendes af en evalueringsmodel, hvor tilbuddets enkelte bestanddele vurderes og gives delkarakterer. Karaktererne sammenregnes afslutningsvist til en samlet vinder.

I karaktergivningen indgår PRIS som en selvstændig bestanddel. Budget for licitationsresultatet er kr. 68.0 mio. excl. moms. Udbyder håber, at de bydende kan holde tilbuddet indenfor denne ramme, men såfremt dette ikke er muligt, har udbyder udarbejdet en såkaldt "Reduktionsliste", der indeholder arbejder, der - om nødvendigt - må udgå, for at bringe håndværkerudgifterne ned på kr. 68,0 mio. excl. moms. Vinder af delkriteriet PRIS er den billigste entreprenør under kr. 68,0 mio. excl. moms og hvis ingen er på eller under dette niveau, den entreprenør hvis tilbud (<kr. 68.0 mio. excl. moms) inkluderer færrest mulige reduktioner, dvs. nødvendiggør mindst mulig brug af reduktionslisten[s] positioner.

Reduktionslisten er prioriteret, således at listen skal udfyldes med priser hvorefter der sker reduktion fra laveste positionsnummer på listen, dernæst næstlaveste og videre op, indtil 68,0 mio. excl. moms nås.«

I Byggesagsbeskrivelsen er anført følgende vedrørende AB 92 § 3 om entreprenørens tilbud:

» Entreprenørens tilbud

§ 3. Der kan fremsættes tilbud om alternative løsninger. Sådanne alternative tilbud skal ledsages af:

- Beskrivelse og tegninger, der tydeligt gør rede for forslagene og deres tekniske og økonomiske indvirkning på de arbejder, der ikke er indeholdt i den udbudte entreprise
- En separat tilbudsliste opdelt i de samme hovedposter som den til det udbudte projekt hørende.

Alternative tilbud er underkastet samtlige for det udbudte projekt gældende betingelser og krav til kvalitet.

Bygherren forbeholder sig ret til at antage et alternativt tilbud.«

I Byggesagsbeskrivelsen er anført følgende vedrørende AB 92 § 25 om forsinkelse:

»Entreprenørens hæftelse ved forsinkelse

§25. Entreprenøren vil blive pålagt en dagbod på 1‰ af enterprisesummen, dog minimum kr. 5.000,- pr kalenderdag.«

Indklagedes bemærkninger til vejrligsdage er i byggesagsbeskrivelsen anført således:

»8.3. Vejrligsdage

Der gives tidsfristsforlængelse for usædvanligt vejrlig, hvis følgende betingelser alle er opfyldt:

- Vejrliget skal have medført, at arbejdet har ligget stille - eller at der været nedsat drift svarende til - minimum en halv dag.
- Arbejdet skal ligge på den kritiske vej i

»8.3. Vejrligsdage

Det påregnelige antal spild dage pr uge eksklusive lørdage, søndage og søgnehellig dage er som følger:

Aktiviteter	Okt.- april	Maj- sept.
Udendørs	1 dag	1/2dag
Indvendigt	0 dage	0 dage
Vejrligsspild dage	registreres	ved

tidsplanen for det byggemøderne.«
 pågældende sankti-
 onsbærende tids-
 punkt.

- Det samlede antal spilddage for det pågældende arbejde skal inden for en måned overstige det påregnelige antal spilddage.«

I tilbudslisten er bl.a. anført følgende:

»2 Supplerende materiale

Entreprenøren skal, jf. BSB § 2, stk. 6, aflevere følgende materiale, som indgår i den samlede vurdering af tilbudet. Dokumenter anføres under 3. Detaljeret specifikation af tilbud.

2.1 Organisation

- Beskrivelse af projektorganisation inklusive projektleders CV samt fagligt ansvarlige medarbejderes CV'er
- Underentreprenører og relevante referencer. CV'er for underentreprenørs fagligt ansvarlige
- Beskrivelse af kvalitetssikringsprocedure, herunder specielt tiltag, som sikrer at de enkelte lejligheder færdiggøres/afleveres uden mangler
- Bonusaftaler med UE'er.

2.2 Produktoptimering

- Forslag til produktoptimering og projektoptimering
- Teknisk input til løsninger og produkttilbud
- Beskrivelse af foreslåede metoder til minimering af gener for beboerne i byggeperioden
- Stillingtagen til udbudstidsplan.

2.3 Sikkerhed og sundhed

- Aflevering af ulykkesstatistik
- Plan for at reducere ulykkesfrekvens
- Uddannelsesprogram for sikkerhed og sundhed.«

Ved tilbudsfristens udløb den 1. februar 2006 var der indkommet tilbud fra de prækvalificerede virksomheder således:

Jorton A/S: 71.456.000 kr.

Klagerens: 67.824.433 kr. efter reduktion i henhold til reduktionslistens position 1-34.

Pihl & Søn: 66.938.000 kr. efter reduktion i henhold til reduktionslistens position 1-35.

Tilbuddet fra Jorton A/S blev afvist som ukonditionsmæssigt, da det oversteg den økonomiske ramme på 68 mio. kr.

I Pihl & Søns tilbud var bl.a. anført følgende:

»Endeligt valg af underentreprenører er ikke foretaget på tidspunktet for tilbudsafgivelsen, men vi kan nævne vore tilbudsgivere på de enkelte fagentrepriser:

Cv og referencer for underentreprenører kan fremsendes efterfølgende.

...

8. Stillingtagen til tidsplan

...

Spilddage grundet vejrlig forudsættes tillagt tidsplanen«

Videre var i Pihl & Søns detaljerede specifikation af tilbud om Reduktioner anført:

»Altaner ændres til Windoor system 1000«

Videre var i tilbuddets afsnit om produkt- og projektoptimering bl.a. anført følgende:

»1. Altanlukninger

Ved at vælge en løsning fra firmaet Windoor Danmark A/S kan der spares kr.

6.804.000,- i forhold til den oprindelig projekterede løsning på altanlukninger.

...

2. Altanlukninger

Ved at vælge en løsning fra firmaet BALCO ApS Danmark, som er den danske afdeling af moder-firmaet BALCO AB i Sverige kan der spares

ca. kr. 4.775.980,- i forhold til den projekterede løsning på altanlukningen.«

I et såkaldt memo fra Cowi A/S af 2. februar 2006, revideret 15. februar 2006 er bl.a. anført om vurderingen af klagers og Pihl & Søns tilbud:

»...

2.2.2 MTH organisation

...

Underentreprenører

Underentreprenørlisten er fyldestgørende. Vi har ikke negative erfaringer med de anførte underentreprenører.

...

2.2.4 MTH Sikkerhed og sundhed

Ulykkesstatistik

Vedlagt ulykkesstatistik der viser fordelingen på ulykker i henhold til skadelidtes ansættelsessted i MTH.

Den siger intet om ulykkesfrekvens og udviklingen i denne fra år til år.

2.3 Pihl & Søn

...

Underentreprenører

Underentreprenørlisten omfatter 2-3 firmaer pr. arbejde/leverance. Mange gode UE'er. Ingen vi kender for noget dårligt.

...

2.3.4 Pihl, sikkerhed og sundhed

Ulykkesstatistik

Ulykkesstatistikken viser faldende tendens år for år.

...«

Den vægtede bedømmelse af klagerens og Pihl & Søns tilbud er af Cowi A/S opgjort således:

Klageren

Pris	Tilbud	Karakter	Vægtning	Vægtet karakter
Tilbud	67.824.433	4,99	50%	2,49

Organisation	Delkarakter	Karakter	Vægtning	Vægtet karakter
Projektorganisation	11			
Underentreprenører	9			
KS/færdiggørelse	9			
Bonusaftaler	8			
		9,25	25%	2,31

Projektoptimering	Delkarakter	Karakter	Vægtning	Vægtet karakter
Projektoptimering				
Forslag til projektoptimering	6			
Tekn. input produkttilbud	7			
Metoder til minimering af gener	10			
Udbudstidsplan	10			
		8,25	15%	1,24

Sikkerhed og sundhed	Delkarakter	Karakter	Vægtning	Vægtet karakter
Ulykkesstatistik	7			
Plan for at reducere ulykkesfrekvens	10			
Uddannelsessprog	10			
		9	10%	0,90

Samlet bedømmelse for klageren 6,94

Pihl

Pris	Tilbud	Karakter	Vægtning	Vægtet karakter
Tilbud	66.938.000	4,86	50%	2,43

Organisation	Delkarakter	Karakter	Vægtning	Vægtet karakter
Projektorganisation	10			
Underentreprenører	9			
KS/færdiggørelse	9			
Bonusaftaler	8			
		9	25%	2,25

Projektoptimering	Delkarakter	Karakter	Vægtning	Vægtet karakter
Projektoptimering				
Forslag til projektoptimering	11			
Tekn. input produkttilbud	10			
Metoder til minimering af gener	9			
Udbudstidsplan	8			
		9,5	15%	1,43

Sikkerhed og sundhed	Delkarakter	Karakter	Vægtning	Vægtet karakter
Ulykkesstatistik	10			
Plan for at reducere ulykkesfrekvens	10			
Uddannelsessprog	10			
		10	10%	1,00

Samlet bedømmelse for Pihl

7,11

Meddelelse om evalueringen af de indkomne tilbud skete til klageren i en e-mail af 10. februar 2006, hvorefter Pihl & Søn var vinder af udbuddet. Klageren gjorde indsigelse ved en skrivelse af 11. februar 2006. Det materiale, der lå til grund for e-mailen var fejlbehæftet, og i en skrivelse af 1. marts 2006 til klageren har COWI nærmere redegjort for den skete evaluering. I skrivelsen anføres bl.a. vedrørende reduktionslisten følgende:

»Det betyder at der gives point både for omfang og for pris. I dette tilfælde opnår MTH flere point end Pihl, fordi MTH har trukket færrest ydelser ud. Pihl får point for billigere pris; disse point lægges sammen, og alt i alt fra MTH lidt højere karakter end Pihl.«

Under sagen er der afgivet forklaringer af daværende afdelingschef hos klageren Ernst Vestrup, projektleder hos indklagede Henning Rønslev Nielsen og seniorprojektleder hos COWI, bygningsingeniør Lars Rosholm.

Forklaringer

Ernst Vestrup har forklaret bl.a., at han var ansvarlig for klagerens sag vedrørende det omtvistede projekt. Han forstod udbudsmaterialet således, at der kun ville blive givet point for ydelser, og han blev overrasket over forskellen i karaktergivningen. Klageren fik oprindelig karakteren 10 for sin ulykkesstatistik, men den karakter blev ændret. Problemet var, om de fornødne oplysninger var vedlagt. Klageren havde vedlagt en CD-rom omhandlende sin ulykkesstatistik, men CD-rommen var behæftet med en fejl, således at den ikke kunne åbnes. Klageren vedlagde produktstandarder for Windoor, men havde også BALCO. Produkterne fra Windoor og BALCO er ikke ens. Der er bl.a. forskel på drænsystemet.

Henning Rønslev Nielsen har forklaret bl.a., at han har været projektleder i 11 år i Lejerbo, Byggeafdelingen, der virker som konsulent for Lejerbos enkelte afdelinger. Han var projektleder på det aktuelle projekt, men han var ikke inde på karaktergivningen, som blev varetaget af COWI. Han fandt, at ideen med en reduktionsliste var en god model, som han i øvrigt har set anvendt tidligere.

Lars Rosholm har forklaret bl.a., at han var projektleder på indklagedes projekt. Han har forestået det administrative og styringsmæssige ved projektet. Efter licitationen blev sagen gennemgået på et styregruppemøde og tilbudene evalueret. På et tidspunkt, da han var bortrejst, blev han ringet op af Ernst Vestrup, der ønskede evalueringsmaterialet. Vidnet sendte derfor det ønskede til Vestrup som en tjeneste, men uden fornøden kvalitetssikring. I det materiale, som blev sendt til Vestrup var der uheldigvis nogle fejl, som ikke var blevet rettet på grund af den manglende kvalitetssikring. Han eftersendte derfor Vestrup det rettede og korrekte materiale. Den første karaktergivning, som blev sendt til Vestrup er ikke korrekt. I vidt omfang var karaktergivningen en subjektiv vurdering af det, der er anført i tilbuddet. Bedømmelsen af pris i relation til ydelse og omfang skete efter en matematisk model. Der er altid værdiforskel ved forskellige priser. Angivelserne i byggesagsbeskrivelsen om reduktionslisten kan ikke læses således, at der

ikke tildeles point, hvis tilbudsprisen er under 68 mio. kr. En pris på 68 mio. kr. med mange ydelser er selvsagt et bedre tilbud end et, der har færre ydelser for samme pris. Der fremkommer nemt et uretfærdigt resultat, hvis man ser bort fra prisen. Prisen er både af betydning, når der tilbydes de samme ydelser, som når der tilbydes forskellige. Både klageren og Pihl & Søn har fået point, fordi prisen kom under 68 mio. kr. Pointene fremkom som en interpolering af differencerne til 68 mio. kr., og man kunne overveje, om klageren måske rettelig burde være tildelt 0 point og ikke 0,35 point, mens Pihl & Søn måske burde være blevet tildelt 2 point i stedet 2,12 point. Han ville ikke i dag omgøre den tildelte delkarakter for prisen i relation til ydelse og omfang. Pihl & Søn point er baseret på en løsning med Windoor. Af byggemødereferat nr. 11 af 9. august 2006 ses, at udbudsmaterialet regel om spilddage anvendes. Der godskrives kun Pihl & Søn ½ dag, skønt der faktisk var en hel spilddag. Hverken indklagede eller Pihl & Søn har opfattet Pihl & Søns angivelser om spilddage som et forbehold. Der var ingen kritisk vej i dette projekt. Udtrykket »BALCO-standard« er udtryk for den standard, som man ønskede. BALCO og Windoor er tilsvarende produkter. Tilbudslisten er en præcisering af udbudsbeskrivelsen. Referencelisten vedrørende underentreprenører er af betydning for bedømmelsen, fordi disses håndværkere skal ind i beboede lejemål, og det var helt afgørende, at håndværkerne havde prøvet dette før. Man kunne ikke af tilbuddene se, hvilke navngivne personer, der skulle sendes ind i boligerne, men man kunne konstatere, om der på lister over underentreprenører var nogle, der var kendt for noget dårligt. Sikkerhed og sundhed var prioriteret højt i projektet, og en vurdering af disse forhold kræver, at man ser på de bydendes historik. Den CD-rom om sikkerhed, som klageren havde vedlagt tilbuddet, svarede til det skriftlige materiale. CD-rommen kunne åbnes, men man kunne ikke se udviklingen over de tidligere år. Ingen tilbudsgiver havde anført noget om bonusaftaler, og dette spørgsmål er ikke indgået i bedømmelsen. Produktoptimering og projektoptimering er udtryk for det samme forhold. Med produktoptimering menes f.eks., at der kan tilbydes et produkt, der er bedre eller billigere end angivet i udbuddet. Der indkom ikke alternative tilbud. Derimod indkom forslag til produktoptimering, som indklagede kunne acceptere eller lade være, f.eks. Pihl & Søns forslag til porttelefoner. Et alternativ fra Pihl & Søn vedrørende forkromede håndlister var blot en anden teknisk løsning. Indklagede fik ved løsningen det ønskede produkt. Han ved ikke, om vinyl er et alternativ til klinker. Dette spørgsmål blev ikke tillagt betydning ved bedømmelsen. Pihl & Søn fik point for produktoptimering

for det billigere porttelefonanlæg og for håndlisterne. Andre forslag fra Pihl & Søn har ikke givet point.

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2:

Klageren har vedrørende spørgsmålet om spilddage gjort gældende, at Pihl & Søns forbehold, hvorefter »spilddage grundet vejrlig forudsættes tillagt tidsplanen« udgør et forbehold over for byggesagsbeskrivelsens punkt 8.3 dels derved, at forbeholdet ikke er begrænset til vejrligsdage/spilddage på den kritiske vej, dels derved at forbeholdet ikke er begrænset til upåregnelige spilddage. Forbeholdet kan ikke opfattes som en gentagelse af udbudsmaterialets forudsætninger om, at upåregnelige spilddage på den kritiske vej i tidsplanen giver ret til tidsfristforlængelse. Klageren har endvidere gjort gældende, at den del af forbeholdet, der relaterer sig til vejrligsdage/spilddage på den kritiske vej i tidsplanen, ikke kan prissættes.

Endelig har klageren angående den del af Pihl & Søns forbehold, der relaterer sig til de beregnelige spilddage, gjort gældende, at forbeholdet må prissættes på baggrund af oplysninger om beregnelige spilddage i byggesagsbeskrivelsens punkt 8.3 sammenholdt med udbudstidspunktet svarende til i alt 46 spilddage. Eftersom det ikke af udbudstidsplanen fremgår, at der er perioder, hvor der ikke skal udføres udendørs aktiviteter, må det ved prissætningen endvidere lægges til grund, at der vil skulle udføres udendørs aktiviteter i hele byggeperioden. Tilbudet fra Pihl & Søn lød på 66.338.000. kr. Med en dagbod på 1 promille pr. kalenderdag kan Pihl & Søns forbehold herefter prissættes til 3.079.148 kr. ekskl. moms svarende til en samlet tilbudssum på 70.017.148 kr. ekskl. moms. Pihl & Søns tilbud overstiger herefter den bindende økonomiske ramme for hovedentreprisen og er derfor ukonditionsmæssigt

Klageren har vedrørende dokumentation fra underentreprenører gjort gældende, at, at Pihl & Søn i kraft af den manglende vedlæggelse af dokumentation for underentreprenører ikke har overholdt formkravene i byggesagsbeskrivelsens punkt 3 ad § 2 stk. 6 og tilbudslistens punkt 2 hvorfor tilbudet er ukonditionsmæssig. De pågældende informationer var væsentlige og nødvendige for at indklagede kunne foretage en fuldstændig vurdering af de

modtagne tilbud i henhold til underkriteriet »2. Projektorganisation, herunder UE'er, Cv'er på ledende medarbejdere, KS/færdiggørelse. Vægtning: 25«, og at tilbudet derfor også af denne grund var ukonditionsmæssigt.

Klageren har angående spørgsmålet om altanlukninger gjort gældende, at indklagedes angivelse af altanlukningsproduktet til »BALCO standard« er en ulovlig teknisk specifikation i strid med udbudsdirektivets artikel 23, og at indklagede ikke i forbindelse med angivelsen af BALCO standard som referenceprodukt har angivet, med hensyn til hvilke karakteristika BALCO standarden er referenceprodukt. Ligebehandlingsprincippet fordrer, at indklagede ved vurdering af tilbudene må sammenligne tilbudsgivernes tilbud på baggrund af en BALCO løsning, idet der ellers er risiko for, at indklagede ikke sammenligner tilbudsgiverne på samme grundlag.

Det er i øvrigt klagerens opfattelse, at Pihl & Søn ved ikke at anføre BALCO løsningen i reduktionslisten, har forsøgt at maskere overholdelse af budgetrammen ved at anføre Windoor løsningen i stedet for og derfor i realiteten har overskrevet budgetrammen.

Klageren har gjort gældende, at indklagedes krav til produktet, herunder den udbudte BALCO standard var at betragte som et absolut produktkrav. Denne opfattelse bestyrkes af Lars Rosholms forklaring for Klagenævnet for Udbud vedrørende vurdering af den tilbudte produktoptimering, hvorefter indklagede ved vurdering af underkriterium »3. Projektoptimering, tidsplan, færdigt arbejde, minimering af beboergener« har ønsket at vurdere tilbudsgiverens tilbud i form af alternative eller billigere produkter samt i øvrigt af indklagedes evalueringsrapport (bilag A), hvor den af Pihl & Sønns tilbudte Windoor løsning vurderes i forbindelse med dette underkriterium.

Særligt for så vidt angår klagers tilbud har klageren fremhævet, at klagerens tilbud var baseret på den foreskrevne BALCO standard, men at indklagede som et alternativ havde mulighed for i stedet for at vælge en Windoor løsning.

Indklagede har for så vidt angår spørgsmålet om ukonditionsmæssighed bestridt, at tilbudet fra Pihl har været ukonditionsmæssigt, da dette tilbud ikke indeholder et forbehold. Formuleringen i tilbudets punkt 8 »Spilddage grundet vejrlig forudsættes tillagt tidsplanen« er alene ment som en generel bekræftelse og accept af Byggesagsbeskrivelsens punkt 8.3. Pihl har aldrig

opfattet bekræftelsen som andet end en accept, og det har aldrig mellem Pihl og indklagede været drøftet, om bemærkningen skulle opfattes som et forbehold. Pihl har således til fulde accepteret indklagedes udbudsbeskrivelse. Byggesagsbeskrivelsens ordlyd har aldrig efterfølgende været anfægtet af Pihl, endside været genstand for forhandling. Pihl og indklagede har endvidere gennem hele byggeperioden ageret i henhold til Byggesagsbeskrivelsens punkt 8.3, hvortil kommer, antallet af spilddage og tidsfristforlængelse alene er udregnet på baggrund af systemet fra Byggesagsbeskrivelsen.

For det tilfælde at Klagenævnet for Udbud måtte nå til, at tilbuddet har været ukonditionsmæssigt, har indklagede gjort gældende, at selv, hvis der skulle være tale om et forbehold, er der ikke tale om et forbehold, der kræver afvisning. Indklagede har, såfremt Klagenævnet for Udbud måtte finde, at formuleringen i tilbudets punkt 8 er et forbehold, bestridt, at forbeholdet skal prissættes, som anført af klageren. Efter indklagedes opfattelse skal det, som så må opfattes som et forbehold, prissættes til 0 kr. Det samlede byggeprojekt er beskrevet i Byggesagsbeskrivelsens punkt 2.2., hvoraf det fremgår, at langt størstedelen af arbejdet er indvendigt arbejde, som ikke er påvirkeligt af vejrlig og derfor ikke resulterer i spilddage. Det fremgår ligeledes af Byggesagsbeskrivelsens punkt 8.3., at der ikke påregnes spilddage ved indvendigt arbejde. Endvidere fremgår det af tidsplanen for projektet, at det udvendige arbejde er placeret i sommerhalvåret med den konsekvens, at antallet af spilddage som følge af vejrlig er meget begrænset. Forbeholdet er derfor helt uden nogen reel økonomisk betydning det konkrete byggeri taget i betragtning,

For så vidt angår spørgsmålet om altanlukninger har indklagede gjort gældende, at det er forkert, når klageren har gjort gældende, at en reduktion af altaner kun kunne ske via en ændring til BALCO standard. Klageren har udelukkende refereret til tilbudslisten, men har ikke inddraget anførslerne i den prioriterede reduktionsliste, der på lige fod med tilbudslisten er en del af udbudsbetingelserne. Det fremgår af denne liste, at tilbudsgiver er berettiget til blandt andet at anvende »Bæresystem som BALCO eller tilsvarende« samt »BALCO sandwichelement eller tilsvarende«. Pihl har herefter været berettiget til at anføre en tilsvarende ydelse i reduktionslisten, uden at dette skulle karakteriseres som et forbehold/et uoverensstemmende tilbud. Windoor system 1000 adskiller sig ikke fra BALCO standarden, hvorfor den foreslåede løsning må karakteriseres som en tilsvarende ydelse, som så-

ledes har været i fuld overensstemmelse med kravene opstillet i udbudsmaterialet.

Såfremt Klagenævnet måtte finde, at Windoor System 1000 ikke er en »tilsvarende ydelse« til BALCO standarden, er det indklagedes opfattelse, at en sådan vurdering alligevel ikke medfører, at Pihls tilbud skal betragtes som ikke-konditionsmæssigt/indeholdende et forbehold. Windoor System 1000 kan betragtes som indeholdt i BALCO standarden. Der er ingen tekniske, kvalitetsmæssige, æstetiske eller prismæssige forskelle på BALCO standarden og den valgte løsning.

For det tilfælde, at Klagenævnet måtte finde, at tilbuddet ikke har indeholdt en »tilsvarende ydelse«, og at Windoor System 1000 ikke kan betragtes som indeholdt i BALCO standarden, har indklagede gjort gældende, at en sådan vurdering heller ikke medfører, at Pihls tilbud skal betragtes som ikke-konditionsmæssigt/indeholdende et forbehold. Efter opregningen i reduktionslisten af de 35 foreslåede potentielle reduktioner er anført følgende pas-sus: »Såfremt den bydende fremsætter yderligere reduktionsforslag, skal disse af den bydende beskrives og prissættes. Fradrag i pointtildelingen vil herefter ske efter en vurdering af brugsværdi, byggeteknisk kvalitet og visuel kvalitet.« Reduktionen vedrørende Windoor System 1000 kan således i den mest subsidiære opfattelse betragtes som et »yderligere reduktionsfor-slag«. Heraf følger, at dette stadig skal indgå i vurderingen og indgå i den af Pihl & Søn angivne pris, hvorefter Pihl og Søns tilbud vil være konditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at der er forskellige angivelser af kravene til tilbudets indhold i byggesagsbeskrivelsen og tilbudslisten, samt i øvrigt at den uklare angivelse af tildelingskriteriet i udbudsmaterialet har været egnet til at skabe tvivl om, hvilke forhold indklagede ved vurdering af tilbudene ville lægge vægt på. Indklagede har herved tilsidesat det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip. Angivelse af underkriterier til tildelingskriteriet »økonomisk mest fordelagtige tilbud« i udbudsbekendtgørelsen må betragtes som grundlæggende elementer, der efterfølgende ikke kan ændres i udbudsvilkårene eller i forbindelse med vurdering af tilbudene.

De forhold, som indklagede lovligt har kunnet tillægge vægt i forbindelse med vurdering af de afgivne tilbud, er de elementer, der fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt 4.2.1 og ikke andre elementer. Klageren kan dog tiltræde, at den uklare angivelse af tildelingskriterierne og kravene til tilbudets indhold ikke har givet anledning til tvivl hos klageren i den konkrete sag. Den upræcise eller uigennemsigtige angivelse af tildelingskriterierne og kravene til indholdet af tilbudet har i den konkrete sag derfor været mindre relevant, fordi det eneste tilbud, der lovligt kunne accepteres, var tilbudet fra klageren jf. de ovenfor anførte bemærkninger vedrørende påstand 1 og 2.

Indklagede har gjort gældende, at det i såvel udbudsbekendtgørelsen som i udbudsbetingelserne - nemlig i udbudsbrevet af 12. december 2005 - anføres, at tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud. En udbudsgiver er forpligtet til at offentliggøre alle oplysninger af betydning for vurderingen af de indkomne tilbud. Udbudsbekendtgørelsen indeholder alle nødvendige oplysninger. Supplerende oplysninger til udbudsbekendtgørelsen vil som den alt overvejende hovedregel blive udsendt af ordregiver og heri er intet problem, så længe samtlige potentielle tilbudsgivere modtager disse oplysninger. En udbudsbekendtgørelse vil kun undtagelsesvist udgøre et fuldt ud tilstrækkeligt grundlag for tilbudsgiverne. Formålet med bekendtgørelsen er primært at sikre gennemsigtighed i proceduren for tildeling af kontrakten, samt at gøre potentielle tilbudsgivere opmærksom på udbuddet – ikke specifikt at opregne alle krav til kontrakten eller specifikt at opregne samtlige under- og deltildelingskriterier. En potentiel tilbudsgiver vil efter udbudsbekendtgørelsen rette henvendelse til ordregiver og anmode om det fulde udbudsmateriale og hermed få fuldt indsigt i samtlige under- og deltildelingskriterier, hvilket også var tilfældet i nærværende sag.

Indklagede har med de valgte tildelingskriterier formålet at angive disse med en stor grad af præcision. I udbudsbekendtgørelsen er alle disse kriteriers underkriterier naturligvis ikke fuldt opregnet, men dette er gjort i udbudsbetingelserne. Såfremt en ordregiver vælger at anvende kriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, skal ordregiver angive, hvilke underkriterier der vil blive anvendt. Dette kan dog ske såvel i udbudsbekendtgørelsen eller i de øvrige udbudsbetingelser, hvilket er tilfældet i nærværende sag.

Til det af klageren anførte om, at indklagede har angivet kravene til tilbuddenes indhold forskelligt i Byggesagsbeskrivelsens § 2, stk. 6 og i tilbudsli-

stens punkt, har indklagede gjort gældende, at indklagede hverken før eller efter tilbuden indgivelse har ændret tildelingskriterierne eller de anvendte underkriterier. Der har blot været tale om præcisering af de i udbudsbekendtgørelsen opregnede tildelingskriterier, hvilket er helt sædvanligt og naturligt i en udbudsproces.

Indklagede har bestridt, at det samlede udbudsmateriale har været egnet til at skabe tvivl om, hvilke forhold indklagede ville tillægge vægt. Indklagede har herved gjort gældende, at kriterierne, der fremgår af udbudsmaterialet, fuldt ud har været egnede til at ordregiveren på en objektiv og saglig måde har kunnet vurdere de indkomne tilbud på en forsvarlig og for tilbudsgiverne forudberegnelig måde.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at angivelsen af vurderingsmodellen for underkriterium »1. pris i relation til omfang og kvalitet« i byggesagsbeskrivelsens punkt 3, AB 92, ad § 2, stk. 6, mest naturligt må opfattes således, at tilbud, der omfattede det samlede udbudte projekt inden for den gældende økonomiske ramme på 68.000.000 kr. ekskl. moms, blev tildelt 100 point med tillæg af yderligere point svarende til det beløb, som prisen var lavere end den økonomiske ramme på 68.000.000 kr. ekskl. moms, og at tilbud, der ikke indeholdt det samlede projekt (tilbudslistens position 1-24) inden for den økonomiske ramme på 68.000.000 kr. ekskl. moms, ville blive tildelt 100 point med fradrag af det samlede antal point, der var tilknyttet de ydelser, som det var nødvendigt at reducere projektet med, for at bringe tilbudsprisen i overensstemmelse med den økonomiske ramme på 68.000.000 kr. ekskl. moms. Klageren har i den forbindelse henvist til Ernst Vestrups forklaring for Klagenævnet for Udbud.

Klageren har således gjort gældende, at hverken formuleringen af underkriteriet i udbudsbekendtgørelsen eller den anvendte evalueringsmodel giver belæg for en antagelse af, at der vil blive foretaget separate vurderinger af hhv. pris og ydelsesomfanget. Ved den separate vurdering af prisen har indklagede desuden, som det også fremgår af bilag A og B, vurderet tilbudsgivernes tilbud på forskelligt ydelsesomfang, nemlig det ydelsesomfang, som det var muligt at tilbyde, hvis tilbudsgiverne skulle holde sig inden for den økonomiske ramme. Klageren har i den forbindelse gjort gældende, at indklagedes anvendelse af priselement i forbindelse med

tilbudsevalueringen ikke er egnet til at fastlægge det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Vurderingen af den af indklagede anvendte model er således ikke egnet til at sige, hvor meget indklagede skal betale ekstra for at få et yderligere ydelsesomfang og i øvrigt helt i strid med indklagedes forudsætninger for udbuddet om, at indklagede ønskede at indkøbe flest mulige af de udbudte ydelser inden for den økonomiske ramme, som indklagede havde til rådighed. Hvis det skal give mening at foretage en prismæssig sammenligning af de indkomne tilbud ud over den sammenligning, der følger den point model, der er tilknyttet reduktionslisten, skal en sådan sammenligning efter ligebehandlingsprincippet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ske på grundlag af det samme ydelsesomfang eller mere konkret, det ydelsesomfang, der er den højeste fællesnævner inden for den til rådighed værende økonomiske ramme.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er tale om en overtrædelse af det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, endsige udbudsdirektivets artikel 2. Indklagede har bestridt, at der ikke er foretaget en samlet vurdering af pris i relation til omfang og kvalitet i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsens punkt IV.2. Beskrivelsen af delkriterium 1 er uddybet i Byggesagsbeskrivelsen kapitel 3, hvoraf det meget nøje fremgår, hvordan forholdet er mellem pris og tilbudt omfang. Indklagede har anvendt evalueringsmodellen fuldstændig korrekt. Evalueringsmodellen er ganske entydig og gennemsigtig samt egnet til at medvirke til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagedes evaluering af første delkriterium er foretaget nøje i overensstemmelse med den evalueringsmodel, der fremgår af Byggesagsbeskrivelsen. Kernen i problemstillingen er det forhold, at klageren i sit tilbud havde én ydelse mere med, end Pihl & Søn, nemlig en ydelse, der kan benævnes position 25.35. Nævnte ydelse har efter Byggesagsbeskrivelsen et pointtal på 3. Det er derfor, indklagede i beregningen af pointtildeling har givet klageren et fradrag for ydelser på 50,50 point, medens Pihl & Søn fik et fradrag for ydelser på 3 point mere, eller i alt 53,50 point.

Klagerens beregninger fører til en ukorrekt pointtildeling på grund af det urimelige faktum, at klageren har givet sig selv mange point for den lave pris, men fastholdt, at de ikke skulle have et fradrag for den ydelse (position 25.35), der ville udgå ved den korrigerende beregning af den lave pris.

En sproglig udlægning af Byggesagsbeskrivelsens punkt IV.2 giver heller ikke indikation for, at der rettelig skulle have været foretaget en bedømmelse i overensstemmelse med, hvad klageren opfatter som den korrekte bedømmelse.

Selv hvis klageren havde ret i, at der er sket en overtrædelse af de udbudsmæssige regler i relation til pointgivning, ville klagerens opfattelse af modellen ikke føre til, at klageren ville vinde udbuddet. Dette skyldes, at klager i så fald ikke kunne opnå point for den ekstra ydelse, som klageren har med. Der ville i dette tilfælde netop alene skulle foretages en evaluering på baggrund af prisen »renset« for denne ydelse.

For så vidt angår den foretagne vægtning - point for pris - har indklagede bemærket, at det under forhandling i Klagenævnet den 16. april 2007 har været anført, at de point som opnås for delkriterium 1 »Pris i relation til omfang og kvalitet« kan medføre, at den fastsatte vægtning på 50 % for dette delkriterium vanskeligt opnås – eller synes illusorisk. Indklagede har til dette forhold gjort gældende, at såfremt alle ydelser havde været med i tilbuddet, ville der ikke være sket fradrag herfra i pointsummen, men i stedet opnået karakter herefter, hvilket nødvendigvis ville have medført et forholds-mæssigt højere pointtal end de konkret opnåede. Til eksempel kan nævnes, at der i en situation med et tilbud på 68,00 mio. kr. og alle ydelser indeholdt heri, ville der være blevet givet et samlet pointtal på 100, der kunne omskrives til karakteren 11, i stedet for karakteren 4,99, som klageren opnåede. Havde tilbuddet enddog været lavere end de 68,00 mio. kr., ville den samlede karakter også været tilsvarende højere. Omstændighederne i nærværende sag har dog været, at ingen af tilbudsgiverne havde alle ydelser med. Faktisk have klageren alene en ydelse med fra reduktionslisten. Dette har medført en samlet lavere pointsum for delkriteriet pris i relation til ydelse og omfang. Der har således ikke været tale om, at vægtningen har været forkert eller medført et urimeligt resultat, men derimod, at ydelsesomfanget selvsagt har haft en betydning for karaktergivningen. Dette følger blandt andet af, at der har skullet foretages en bedømmelse af prisen i relation til omfang og kvalitet. Der synes videre ikke at være begået en regnefejl i forbindelse med den af Cowi udførte beregning af de vægtede point. Klageren har haft fuld lejlighed til på forhånd at beregne sine point, herunder konsekvensen af, at der måtte ske betydelige fradrag i pointene på baggrund af det konkrete tilbud. Det er således ikke modellen, der uundgåeligt har ført

til de lave karakterer, men derimod det begrænsede ydelsesomfang de bydende havde med. Dette er ikke et forhold, indklagede bærer ansvaret for.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagedes erfaringer og kendskab til de pågældende underentreprenører og de pågældende underentreprenørers kompetencer generelt ikke siger noget om indholdet af eller værdien af de afgivne tilbud og dermed ikke er egnede til at fastlægge det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det skal i den forbindelse fremhæves, at indklagede slet ikke har været i stand til at vurdere et tilbud fra Pihl & Søn i henhold til dette delkriterium, da Pihl & Søns tilbud jf. det ovenfor ad påstand 1 og 2 anførte, ikke er vedlagt referencer eller CV'er for underentreprenører og i øvrigt ikke indeholder en stillingtagen til, hvilke underentreprenører Pihl & Søn konkret vil benytte i forbindelse med løsning af den udbudte opgave.

Indklagede har gjort gældende, at underkriteriet »Projektorganisation, herunder UE'er, CV'er på ledende medarbejdere, KS/færdiggørelse [...]« ikke har været anvendt som udvælgelseskriterium. Det nævnte kriterium har alene været anvendt som underkriterium til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. At kriteriet skulle være uegnet som underkriterium bestrides. Der har helt konkret været tale om, at dette kriterium har været egnet til medvirke til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. For indklagede har det haft væsentlig betydning for vurderingen af, hvilket af buddene der var det økonomisk mest fordelagtige, hvilke egenskaber de pågældende tilbudsgivere har haft i dette kriterium, herunder hvilke underentreprenører, der skulle anvendes. Dette skyldes blandt andet, at der er tale om et byggeri, der involverer beboere, som på trods af renoveringen befinder sig i de lejligheder, der er renoveres.

Om den konkrete karaktergivning har indklagede anført, at indklagede i relation til karaktergivningen for projektorganisation for så vidt angår underentreprenører korrekt har givet såvel Pihl og Søn som klageren 9 point for denne del. Der var i begge tilbudsgiveres tilbud sammenfald i valg af underentreprenører på væsentlige arbejder, herunder jord- kloak og belægning, betonelementer, køkkener, malerarbejde og altaner. Vurderingen af, hvilket point tilbudsgiverne skulle have for dette underkriterium, henhører i øvrigt under den skønsbeføjelse, som indklagede har haft.

Såfremt Klagenævnet mod forventning skulle foretage en prøvelse af indklagedes skøn vedrørende underentreprenørerne, har indklagede gjort gældende, at en samlet prøvelse af indklagedes skøn vil medføre, at Pihl & Søn stadig er vinder af udbuddet.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at virksomhedens ulykkesstatistik og i den forbindelse den historiske udvikling i ulykkesfrekvens fra år til år ikke siger noget om indholdet eller værdien af det afgivne tilbud i forhold til den selvstændige vurdering af tilbudsgiverens plan for at reducere ulykkesomfanget, og derfor ikke er egnet til at fastlægge det økonomisk mest fordelagtige tilbud. En ulykkesstatistik siger således af naturlige årsager ikke noget om risikoen for ulykker i fremtiden i konkrete byggerier, ligesom ulykkesstatistikken ikke tager højde for brugen af underentreprenører.

Indklagede har gjort gældende, at det har haft væsentlig betydning for indklagede, at vinderen af udbuddet prioriterer sikkerhed og sundhed højt. Dette skyldes dels den mere abstrakte signalværdi, hvor indklagede som en af landets største bygherreorganisationer ser det som en opgave at tage del i en øget fokus på sikkerhed og sundhed, dels det forhold, at høj sikkerhed og sundhed minimerer risikoen for skader på byggepladsen, sygefravær m.v. med deraf følgende risiko for tidsfristoverskridelser, gener for beboerne m.v., der kunne have økonomiske konsekvenser for indklagede. Indklagede har således ikke handlet i strid med hverken det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip eller udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra. 9.5

Indklagede har endvidere gjort gældende, at en sikkerhedsstatistik betyder i hvor høj grad en tilbudsgiver evner at efterleve sikkerhedsprocedurer, og at også sikkerhedsstatistikker er egnede til at indgå som underkriterium. Det bemærkes, at klagerens repræsentant for Klagenævnet for Udbud bekræftede, at klageren som følge af en intern fejl hos klageren havde forsømt at lade klagerens tilbud være ledsaget af en ulykkesstatistik. Klageren bærer selvsagt selv ansvaret herfor, og det forekommer urimeligt, at klageren forsøger at modvirke effekten af fejl i sit tilbud ved at søge at kritisere dette underkriterium.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at beskrivelsen af underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« i udbudsbekendtgørelsen må anses for udtømmende, og at hverken »bonusaftaler« eller »beskrivelser af produkttilbud« kan rummes inden for en naturlig fortolkning af beskrivelsen af underkriterierne i udbudsbekendtgørelsen.

Særligt for så vidt angår indklagedes vurdering af »beskrivelse af produkttilbud« har klageren supplerende gjort gældende, at der er tale om et element, som ikke lovligt kan tillægges betydning i forbindelse med vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det er i strid med udbudsdirektivets artikel 23 at stille krav om, at tilbudsgiveren anvender bestemte produkter. Det er derfor heller ikke relevant at anvende produktoptimering som tildelingskriterium og i den forbindelse foretage en sammenligning af tilbudsgiverens forslag til alternative produkter i forhold til de i udbudsbetingelserne foreskrevne produkter.

Indklagede har gjort gældende, at de omtvistede kriterier såvel ud fra en sproglig betragtning som fra en udbudsretlig vurdering naturligt vil kunne indeholdes i de anførte kriterier. Under det forholdsvis brede underkriterium »projektorganisation« vil et delkriterium vedrørende forhold om »bonusaftaler« umiddelbart kunne indpasses, da spørgsmålet om hvorledes tilbudsgiver agter at tilrettelægge organisationen tillige kan indbefatte spørgsmålet om anvendelsen af diverse incitamentsordninger. Bonusaftaler har hverken i klagerens tilbud eller i Pihls tilbud har været anført, hvorfor bonusaftaler ikke har haft indflydelse på udpegningen af vinderen, og problematikken er derfor ikke relevant for bedømmelsen af nærværende sag.

For så vidt angår forholdet mellem »beskrivelse af produkttilbud« og »produktoptimering« vil dette delkriterium ligeledes kunne indpasses naturligt i underkriteriet. Kravet om en beskrivelse af det tilbudte produkt er blot et udtryk for, at indklagede naturligvis ønsker en beskrivelse af de tilbudte produktoptimeringer, hvilket ikke bør kunne danne baggrund for kritik. Både Pihl og klageren har i øvrigt vedlagt en hel eller delvis beskrivelse af produkttilbudene.

Ad påstand 8 og 9

Klageren har endeligt gjort gældende, at angivelsen af, at »alternative tilbud er underkastet samtlige for det udbudte projekt gældende betingelser og krav til kvalitet« ikke er en lovlig angivelse af mindstekravene i henhold til udbudsdirektivets artikel 24, og at indklagede derfor ikke, uanset at der var adgang til at afgive alternative tilbud, lovligt kunne tage et alternativt tilbud i betragtning under udbuddet.

Særligt for så vidt angår den subsidiære påstand 9 har klageren gjort gældende, at post 25.36 i tilbudet fra Pihl & Søn er et alternativ til post 25.3 i samme tilbud, og at position 25.39 er et alternativ til post 25.31 i tilbudet fra Pihl & Søn.

Klageren har gjort gældende, at eftersom Pihl & Søns tilbud udelukkende er konditionsmæssigt, hvis tilbudet reduceres med blandt andet post 25.3 og post 25.31, har indklagede handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at vurdere Pihl & Søns forslag til projektoptimeringer, som knytter sig til ydelser, der er udgået af entreprisen.

Indklagede har bestridt at have handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretslige gennemsigtighedsprincip, da underkriterium nummer 3 »projektoptimering« ikke er at betragte som et alternativt bud. Ved projektoptimeringer forstås, at indklagede opfordrer de bydende til og belønner dem for at optimere tilbudene indenfor de faste rammer og krav, som beskrives. Konkret indeholdt Pihl og Søns tilbud otte forslag til optimeringer, hvoraf de to efterfølgende anvendtes. For disse to tildeltes Pihl & Søn 6 point, mens klagers tilbud til sammenligning indeholdt to optimeringer, som ikke tildeltes point, da de ikke blev betragtet som optimeringer, men derimod som rene besparelser, der ville forringe byggeriet. De to optimeringer, som udløste point, er en porttelefon, som fungerer lige så hensigtsmæssigt, som den udbuddet beskriver, men som er væsentligt billigere. Den anden er en optimering af omformkromning af håndlister. Projektoptimeringerne er således ikke at betragte som egentlige alternative bud i udbudsretlig forstand, men alene som en optimering, hvor indklagede for færre penge opnår præcis samme funktionalitet og kvalitet. Optimeringerne gør derfor ikke tilbudene til egentlige alternative tilbud, hvilket heller ikke har været hensigten. Indklagede har endvidere bestridt, at dette skulle have været opfattelsen hos de bydende.

Indklagede har, såfremt Klagenævnet på trods af det anførte måtte finde, at optimeringerne er alternative tilbud, bestridt, at indklagede ikke lovligt kan tage alternative tilbud i betragtning som følge af den manglende angivelse af mindstekravene. Tilstedeværelsen af mindstekravene har ikke betydning for, om tilbudet er konditionsmæssigt, så længe tilbudet overholder udbudsbetingelserne, hvilket er tilfældet.

Indklagede har ligeledes bestridt at have handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 24, stk. 3. Udbudsmaterialets mindstekrav svarer til samtlige gældende betingelser for udbuddet, hvilket fremgår af Byggesagsbeskrivelsens punkt 3. Skulle Klagenævnet på trods af ovenstående finde, at indklagede har handlet i strid med artikel 24, stk. 3, har indklagede gjort gældende, at overtrædelsen ikke har haft nogen betydning for hverken klager eller Pihl, idet ingen af de to tilbudsgivere afgav et egentligt alternativ bud.

Indklagede har særligt ad påstand 9 bestridt at have handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2. Indklagede har ikke lagt vægt på post 25.36 »flise- belægning« som anført af klageren. Pihls projektoptimeringsforslag udgøres - som tidligere nævnt - af otte poster, hvoraf alene de to (omformkromning af håndlister og porttelefon) er indgået i vurderingen (og i entreprisen).

Ad påstand 10

Klageren har gjort gældende, at afgørende for, om indklagedes beslutning skal annulleres, er, om indklagede i forbindelse med udbuddet har begået fejl, der har haft betydning for indklagedes tildelingsbeslutning.

Klageren har i den forbindelse gjort gældende, at allerede fordi tilbudet fra Pihl & Søn var ukonditionsmæssigt, jf. de ovenfor anførte bemærkninger vedrørende påstand 1 og 2, skal indklagedes beslutning om at tildele den udbudte hovedentrepriseaftale til Pihl & Søn annulleres.

Klageren har endvidere gjort gældende, at det, når indklagedes tilbudsevaluering korrigeres for de fejl og mangler, som fremgår af klagers påstand 3-9, kan konstateres, at tilbudet fra klageren er det økonomisk mest fordelagtige.

tige tilbud, hvilket ligeledes taler for, at indklagedes beslutning om at tildele den udbudte hovedentrepriseraftale til Pihl & Søn skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med det EU- udbudsretslige gennemsigtighedsprincip, ligebehandlingsprincip i udbudsdirektivets artikel 2 eller udbudsdirektivets artikel 53, da Pihl & Søns tilbud ikke er ukonditionsmæssigt, da udbudsmaterialet er udformet i henhold til udbudsdirektivet, og da indklagede har anvendt tildelingskriterierne korrekt og som følge heraf foretaget en korrekt tildeling af hovedentreprisekontrakten til Pihl.

Såfremt Klagenævnet på trods af ovenstående måtte finde, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet, skal Klagenævnet ikke annullere indklagedes beslutning af marts 2006 om at tildele den udbudte hovedentreprisekontakt til Pihl & Søn, da eventuelle overtrædelser af udbudsdirektivet er af uvæsentlig betydning for tildelingen. Klagenævnets eventuelle konstatering af handlinger i strid med udbudsdirektivet bør derfor tillægges en væsentlig mindre sanktion end påstået af klager. Arbejdet er videre så fremskredet, at det vil være forbundet med uforholdsmæssigt store tidsmæssige, økonomiske og ikke mindst praktiske konsekvenser for indklagede at annullere den tildelte kontrakt. På baggrund heraf bør eventuelle overtrædelser af udbudsdirektivet ikke medføre annulation, men derimod at klageren henvises til efterfølgende at søge erstatning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Ad: A

Pihl & Søns angivelse om, at spilddage grundet vejrlig forudsættes tillagt tidsplanen kan ikke forenes med byggesagsbeskrivelsen og er en unødvendig angivelse, såfremt den skulle forstås som en bekræftelse af det i udbudsmaterialet anførte. Angivelsen må derfor anses for et forbehold overfor byggesagsbeskrivelsens angivelser om vejrligsdage.

Ad: B

Oplysningerne i Pihl & Søns tilbud om tilbudsgivere på de enkelte fag-entrepriser opfylder ikke kravene i udbudsbetingelserne om referencer og CV'er for underentreprenører, som findes at angå de valgte underentreprenører.

Påstand 1 tages derfor til følge.

Ad påstand 3:

I udbudsbekendtgørelsen er tildelingskriterierne angivet som »Pris i relation til omfang og kvalitet«, »Projektorganisation, herunder UE'er, CV'er på ledende medarbejdere, KS/færdiggørelse«, »Projektoptimering, tidsplan, færdigt arbejde, minimering af beboergener« og »Sikkerhed og sundhed« med angivelse af de indbyrdes vægtforhold.

I byggesagsbeskrivelsens pkt. 3 til § 2 er anført, at tilbud afgives ved at aflevere bl.a. forslag til produktoptimering og i tilbudslistens pkt. 2 skulle i vurderingen bl.a. indgå Produktoptimering, der nærmere var angivet som

- Forslag til produktoptimering og projektoptimering
- Teknisk input til løsninger og produkttilbud
- Beskrivelse af foreslåede metoder til minimering af gener for beboerne i byggeperioden
- Stillingtagen til udbudstidsplan.

Udtrykket »produktoptimering« er således i byggesagsbeskrivelsen udsondret i 2 udtryk: »produktoptimering« og »projektoptimering«, hvor førstnævnte udtryk synes at sigte til muligheden for alternative tilbud, i hvilket tilfælde der er stillet krav om bud på det udbudte projekt. Af Lars Rosholms forklaring fremgår, at indklagede med »produktoptimering« siger til, at der kan tilbydes et produkt, der er bedre eller billigere end angivet i udbuddet.

Herefter fremgår det ikke klart, om indklagede med udtrykket »produktoptimering« henviser til tildelingskriteriet »projektoptimering«.

Påstand 3 tages derfor til følge.

Ad påstand 4

Af udbudsbetingelserne fremgår, at et tilbud kun er konditionsmæssigt, hvis der om nødvendig ved brug af reduktionslisten kan opnås en entreprisum 68,0 mio. kr.excl. moms eller mindre. I udbudsbetingelserne er om anvendelsen af reduktionslisten bl.a. anført, at der gives 100 point til den/de tilbudsgivere som tilbyder det samlede projekt (alle ydelser på listen) for en pris lig med 68,0 mio. kr. Videre er for de tilfælde, at den tilbudte pris for alle ydelser er større end 68,0 mio. kr. excl. moms anført, at der fradrages ydelser fra reduktionslisten således, at der først fradrages det laveste nummer, derpå det næstlaveste osv. Det er videre anført, at der fradrages så mange ydelser fra listen, at den tilbudte pris bliver præcis eller under 68,0 mio. kr. excl. moms, og at der så snart tilbuddet på denne led kan beregnes til at være præcis eller under 68,0 mio. kr. excl. moms, ikke fradrages flere ydelser fra reduktionslisten.

Anvendelse af en sådan model til udfindelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud forudsætter, at tilbuddene efter prøvelse i modellen er sammenlignelige.

Indklagede har for at opnå en konditionsmæssig pris fra Pihl & Søn fradraget 35 positioner fra reduktionslisten, mens der blot er fradraget 34 positioner fra listen fra klagerens tilbud. Selv om tilbuddet fra Pihl & Søn er billigst ved her foretagne reduktion, er prisen usammenlignelig med klagerens, hvis tilbud således har en højere opfyldelsesgrad ifølge reduktionslisten.

Indklagede har derfor i strid med udbudsbetingelserne tildelt Pihl & Søn point for laveste pris, uanset de underliggende ydelser ikke var sammelignelige.

Påstand 4 tages derfor til følge.

Ad påstand 5.

Af de af klageren anførte grunde tages påstand 5 til følge.

Ad påstand 10

Under hensyn til de ovenfor konstaterede overtrædelser af de udbudsretlige regler, tages påstand 10 til følge.

Klagenævnet finder ikke anledning til at tage stilling til påstandene 2 samt 6-9.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbudet fra Pihl & Søn i betragtning, uagtet at dette tilbud var ukonditionsmæssigt

- A) da bestemmelsen i tilbudets punkt 8 »spilddage grundet vejrlig forudsættes tillagt tidsplanen« udgør et forbehold over for byggesagsbeskrivelsens punkt 8.3, hvorefter der kun gives tidsfristforlængelse som følge af usædvanligt vejrlig, i det omfang arbejdet ligger på den kritiske vej i tidsplanen, der ikke kan prissættes og
- B) da tilbudet ikke i overensstemmelse med kravene i byggesagsbeskrivelsens pkt. 3 ad AB 92 § 2, stk. 6, og tilbudslisten pkt. 2 var vedlagt referencer og CV'er for underentreprenører.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne, jf. byggesagsbeskrivelsens punkt 3, ad § 2, samt tilbudslistens punkt 2 at have angivet tildelingskriteriet og kravene til tilbudene på en sådan måde, at det blev uklart for tilbudsgiverne, om indklagede i forbindelse med vurderingen af de afgivne tilbud ville lægge vægt på andre og/eller yderligere forhold end de i udbudsbekendtgørelsen, punkt IV.2.1, anførte kriterier.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i forbindelse med vurderingen af tilbudene i henhold til underkriterium »1. pris i relation til omfang og kvalitet« ikke - i overensstemmelse med angivelsen af underkriteriet i udbudsbekendtgørelsens punkt IV.2.1 og den i byggesagsbeskrivelsens punkt 3 oplyste evalueringsmodel - at have foretaget en samlet vurdering af den tilbudte pris i relation til omfang og kvalitet, men derimod at have foretaget henholdsvis en separat vurdering af de tilbudte priser og en separat vurdering af det tilbudte ydelsesomfang, og i den forbindelse for så vidt angår den tilbudte pris at have vurderet tilbudsgiverne på et forskelligt ydelsesomfang.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, ved i forbindelse med vurderingen af underkriteriet »2. projektorganisation, herunder UE'er, CV'er på ledende medarbejdere, KS/færdiggørelse« at have lagt vægt på underentreprenørernes tekniske kompetencer samt indklagedes generelle erfaringer med underentreprenørerne, uanset at et sådant forhold udgør et udvælgelseskriterium og ikke var egnet til at fastlægge det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagedes beslutning af 7. marts 2006 om at indgå kontrakt med Pihl & Søn annulleres.

Indklagede, Lejerbo Herning, afdeling 86-0, skal i sagsomkostninger til klageren, M.T. Højgaard A/S, betale 150.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig