

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Gorm K. Elikofer, Niels Henriksen)

J.nr.: 2008-0018451

10. juli 2009

K E N D E L S E

NCC Construction Danmark A/S
(advokat Holger Schöer, Århus)

mod

Billund Kommune
(advokat Andreas Christensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 86-116859 af 30. april 2008 udbød Billund Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en »totalentreprisekontrakt ... opdelt i to etaper« vedrørende opførelse af et »Idræts- og Kulturcenter i Grindsted (IKC)«. Udbuddet er i udbudsbetingelserne beskrevet som en »omvendt licitation med en økonomisk ramme til totalentreprisen på kr. mio. 72 ekskl. moms«.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 4. juni 2008 havde 12 virksomheder anmodet om prækvalifikation.

Den 19. juni 2008 besluttede indklagede at prækvalificere følgende virksomheder:

1. NCC Construction Danmark A/S (herefter kaldet »NCC«)
2. MT Højgaard A/S
3. K. G. Hansen & Sønner A/S
4. TL Byg A/S
5. E. Pihl & Søn A/S

Udbudsbetingelserne blev udsendt samme dato, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 6. oktober 2008 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 28. oktober 2008 forelå Billund Kommunes evaluering

nr. 1 af tilbuddene. Den 30. oktober 2008 besluttede Billund Kommune at indgå kontrakt med K. G. Hansen & Sønner A/S.

Den 7. november 2008 indgav NCC klage til Klagenævnet for Udbud over Billund Kommune. NCC's klageskrift af 7. november 2008 indeholdt følgende påstande:

»Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (det udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip) ved i forbindelse med evalueringen af det kvalitative delkriterium "arkitektur" først at udelukke to tilbud fra fuld evaluering og efterfølgende tildele point på grundlag af en sammenligning af de modtagne tilbud i forhold til hinanden.

Påstand 2:

Klagenævnet skal annullere Indklagedes beslutning af 30. oktober 2008 om at indgå kontrakt med K. G. Hansen & Sønner A/S.

Påstand 3:

Klagenævnet skal pålægge indklagede at lovliggøre udbudsforretningen, herunder ved at foretage en evaluering af de indkomne tilbuds opfyldelse af delkriteriet "arkitektur" i henhold til udbudsmaterialets underkriterier.

...

Der nedlægges endvidere påstand om, at klagen tillægges opsættende virkning i henhold § 6, stk. 2, i lov om Klagenævnet for udbud. ...«

Kommunens advokat, advokat Andreas Christensen, besvarede ved telefax af 26. november 2008 klagen således:

»Billund Kommune har på baggrund af klage fra NCC Construction Danmark A/S af 7. november 2008 besluttet at tage bekræftende til genmæle således, at der ikke indgås kontrakt på baggrund af den foretagne evaluering. Man vil i stedet i overensstemmelse med NCC's påstand lovliggøre udbuddet, således at der foretages en evaluering af underkriteriet arkitektur på baggrund af en ikke-relativ pointmodel. Endvidere vil der blive foretaget en fuld evaluering af samtlige tilbud. ...«

NCC tilbagekaldte herefter den 3. december 2008 klagen. Henset til oplysningerne om baggrunden for, at klageren havde tilbagekaldt klagen, besluttede Klagenævnet at undlade at behandle klagen.

Ved brev af 11. december 2008 meddelte advokat Andreas Christensen tilbudsgiverne, at Billund Kommunes bedømmelseskomite havde foretaget evaluering nr. 2 af tilbuddene i relation til underkriteriet B. »Arkitektur«, ligesom advokaten oplyste resultatet af den nye evaluering. I brevet står der bl.a.:

»Den nye vurdering medfører, at bedømmelseskomiteen indstiller til byrådet, at der bliver indgået kontrakt med K. G. Hansen & Sønner A/S, da dette tilbud fortsat er det økonomisk mest fordelagtige tilbud.«

Den 19. december 2008 indgav klageren, NCC Construction Danmark A/S, på ny klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Billund Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Ved telefax af 7. januar 2009 meddelte advokat Andreas Christensen, at indklagede havde besluttet »ikke at indgå kontrakt med den vindende tilbudsgiver, førend Klagenævnet har taget endelig stilling til klagen«. I telefaxen var endvidere anført: »Der synes således ikke at være behov for, at Klagenævnet træffer afgørelse om opsættende virkning«. Ved telefax af 13. januar 2009 fastholdt klageren anmodningen om opsættende virkning. Den 19. januar 2009 besluttede Klagenævnet, at klagen skal have opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på et møde den 12. marts 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1 (subsidiær i forhold til spørgsmål 5 og 6)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet A. »Mest for pengene« at tildele karakteren 6 på en karakterskala fra 0-10 til ethvert tilbud, der overholdt udbudsbetingelsernes bestemmelser om en økonomisk ramme på 72 mio. kr. eksklusiv moms, uagtet disse bestemmelser har karakter af mindstekrav, som tilbuddene skulle overholde for ikke at blive afvist som ukonditionsmæssige.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til spørgsmål 5 og 6)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved, at indklagede ved evalueringen af tilbuddene anvendte en pointmodel, der medførte anvendelse af en anden vægtning af underkriterierne end den vægtning, indklagede havde fastsat i udbudsbetingelserne.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til spørgsmål 5 og 6)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved under evalueringen af tilbuddene i relation til delkriteriet b) »Prisen for etape 1« til underkriteriet A. »Mest for pengene« at lægge vægt på tilbuddenes prisoplysninger vedrørende anlægsarbejder, uagtet det i udbudsbetingelserne var fastsat, at disse prisoplysninger skulle evalueres i relation til delkriteriet e) »Udenom-sanlæg omfattende anlægsarbejde, Campustorv og parkeringsarealer. (Uden for økonomirammen på kr. mio. 72 ekskl. moms).«

Påstand 4 (subsidiær i forhold til spørgsmål 7)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 11. december 2008 om at indgå kontrakt med K. G. Hansen & Sønner A/S.

Klageren har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 4 nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at påstanden ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 5

Spørgsmålet om, hvorvidt indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelsernes punkt 7.6 i relation til underkriteriet A. »Mest for pengene« at have

fastsat, at »tilbud, som kun indeholder basismodellen, vil blive givet karakteren 6«, uanset det i udbudsbetingelsernes punkt 7 er fastsat, at der er tale om et udbud i »omvendt licitation med en økonomisk ramme til totalentreprisen på kr. 72 mio. ekskl. moms«, og endvidere fastsat:

»Det er en betingelse at tilbuddets konditionsmæssighed overholder den økonomiske ramme på kr. mio. 72 omfattende som minimum den beskrevne basismodel. Hvis dette ikke er tilfældet, så vil tilbuddet blive forkastet og optages derfor ikke i bedømmelsen.«

Spørgsmål 6

Spørgsmålet om, hvorvidt indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i relation til underkriteriet A. »Mest for pengene« at fastsætte delkriteriet d) »Samlet pris. (Etape 2 udregnes på grundlag af gennemsnitsprisen fra 1. etape). (Uden for økonomirammen kr. mio. 72 ekskl. moms)«, uagtet delkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Spørgsmål 7

Spørgsmålet om, hvorvidt Klagenævnet skal annullere den udbudsprocedure, indklagede har iværksat ved udbudsbekendtgørelse af 30. april 2008.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen står der følgende om den udbudte totalentreprisekontrakt:

»Der er tale om en totalentreprisekontrakt, der er opdelt i to etaper. Der skal afgives tilbud efter principperne i en omvendt licitation på baggrund af en nærmere fastsat økonomisk ramme, der oplyses i udbudsbetingelserne. Håndværkerudgifterne til etape 1 anslås til ca. 70 – 100 000 000 DKK. Ved tildeling af totalentreprisekontrakten vil der blive lagt vægt på blandt andet arkitektur samt den samlede tilbudspris for etape 1 og 2. Der ønskes et spændende og varieret byggeri med fokus på arkitektur, oplevelser og udfoldelsesmuligheder for borgerne i Billund Kommune. Ordregiver forbeholder sig ret til at overdrage totalentreprisekontrakten til en fond oprettet med formål at opføre og drive IKC.«

I udbudsbetingelsernes punkt 7 står der bl.a.:

»Det er en betingelse at tilbuddets konditionsmæssighed overholder den økonomiske ramme på kr. mio. 72 omfattende som minimum den beskrevne basismodel. Hvis dette ikke er tilfældet, så vil tilbuddet blive forkastet og optages derfor ikke i bedømmelsen.

...

Det er en ufravigelig forudsætning, at den økonomiske ramme for byggeriet overholdes. Derfor udbydes opgaven i en omvendt licitation med en fast tilbudspris som angivet i udbudsmaterialet.

I udbudsmaterialet er anvendt betegnelserne Basismodel og Programmodel. Basismodellen omfatter de funktionsarealer, som tilbudet som minimum skal indeholde. Med Programmodel menes den model, som den samlede arealopgørelse i Programforslaget er baseret på.

Hertil kommer anlægsarbejderne omfattende:

- Anlægsarbejder ved nye bygninger
- Campustorvet
- P-pladser

Disse arbejder skal ikke indeholdes i den økonomiske ramme for totalentreprisen på kr. 72 mio.

...

Udover basismodellen ønsker bygherren at få flest mulige af nedenstående supplerende ydelser og kvadratmeter indeholdt i tilbuddene inden for den økonomiske ramme angivet i uprioriteret rækkefølge (Det præciseres at de supplerende ydelser/kvadratmeter er en væsentlig konkurrenceparameter for bygningen).«

I udbudsbetingelserne er herefter i et skema angivet 12 supplerende ydelser med samtidig angivelse af »Vejledende Bruttoareal m²«.

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

- A. »Mest for pengene« (50 %)
- B. »Arkitektur« (25 %)
- C. »Materialevalg og tekniske installationer« (15 %)
- D. »Evalueringsmøde« (10 %)

Udbudsbetingelserne indeholder følgende delkriterier til underkriteriet A. »Mest for pengene«:

- a) »Gennemsnitlighed i prissætning/tilbuddet. ...«
- b) »Prisen for etape 1.«
- c) »Gennemsnitspris pr. brutto-m² for etape 1.«
- d) »Samlet pris. (Etape 2 udregnes på grundlag af gennemsnitsprisen fra 1. etape). (Uden for økonomirammen på kr. 72 mio. ekskl. moms).«
- e) »Udenomsanlæg omfattende anlægsarbejde, Campustorv og parkeringsarealer. (Uden for økonomirammen på kr. 72 mio. ekskl. moms).«

I udbudsbetingelserne står bl.a. følgende om underkriteriet A. »Mest for Pengene«:

»Ad. 1 Mest for pengene, som vægtes 50 %

Opfyldelse af delkriteriet Mest for pengene består i ud over basismodellen at tilbyde bygherren flest mulige supplerende ydelser (specifikke kvadratmeter og funktioner) inden for den fastsatte økonomiske ramme.

Tilbuddet skal på en entydig måde vise omfanget af de supplerende ydelser, som er indeholdt i tilbuddet.

Tilbud, som kun indeholder basismodellen vil blive givet karakteren 6 under dette delkriterium. Tilbud, som indeholder hele programmodellen (eller flest mulige af de supplerende kvadratmeter og funktioner) vil blive givet højeste karakter.

...

Der ønskes et fuldt nøglefærdigt byggeri, som ikke overstiger den angivne økonomiske ramme på kr. mio. 72.

I tilbudslisten er denne opbygget således, at udgiften til den enkelte bygning og udenomsanlæg synliggøres.«

Af udbudsbetingelsernes punkt 7.6 fremgår, at tilbuddene i relation til underkriteriet D. »Evalueringsmøde« under evalueringen ville blive tildelt karaktererne 2 – 10 på en tilsvarende skala.

Udbudsbetingelsernes tilbudsliste er udformet således:

»...

Tilbud, i alt excl. moms

...

Fordelt som følger (Etape 1):

1. Rådgivning og byggeplads

kr.

2. Bygninger	-
3. VVS	-
4. Ventilation	-
5. El	-

I alt kr.

Det er en betingelse at tilbuddet overholder den økonomiske ramme på kr. mio. 72 omfattende som minimum den beskrevne basismodel. Hvis dette ikke er tilfældet, så vil tilbuddet blive forkastet og optages derfor ikke i bedømmelsen.

Herudover tilbydes følgende udført til:

6. Anlægsarbejde ved byggeriet	kr.
7. Campustorv	-
8. P-pladser	-

I alt kr.

Gennemsnitsprisen pr. brutto-m² for etape 1 (pkt. 1-5): kr./brutto-m²

9. Etape 2, i alt kr.«

I et dokument, der er dateret den 9. december 2008, og som er udarbejdet af indklagedes rådgiver Cowi A/S, findes på side 12 følgende evalueringsskema vedrørende delkriterierne til underkriteriet A. »Mest for pengene«:

»

	Priser - karakterer				
	NCC Construction A/S	MT Højgaard A/S - tilrettet	K G Hansen & Sønner	TL-Byg A/S	E. Pihl & Søn A/S
Etape 1	72.000.000	72.000.000	72.000.000	72.000.000	72.000.000
Anlæg	1.850.000	6.034.314	600.000	6.885.000	3.180.000
Korrektion	1.628.000	7.421.451	4.330.000	5.860.000	4.045.000
Korrigeret Etape 1 i alt	75.478.000	85.455.765	76.930.000	84.745.000	79.225.000
Bedømmelse	1	5	2	4	3
Karakter, etape 1 korrigeret	10,00	5,00	9,27	5,36	8,12

Etape 2	103.292.070	91.693.398	76.541.920	63.405.861	130.822.240
Korrigeret Etape 1 & 2 i alt	176.220.070	167.114.849	148.621.920	139.015.861	203.192.240
Bedømmelse	4	3	2	1	5
Karakter, etape 1 og 2 korrigeret	7,10	7,81	9,25	10,00	5,00
Kr/m² korrigeret	11.012	12.559	12.150	14.346	13.088
Bedømmelse	1	3	2	5	4
Karakter, Kr/m² korrigeret	10,00	7,68	8,29	5,00	6,89
Udenomsanlæg					
Campus	4.240.000	6.116.123	3.700.000	2.793.000	6.685.000
P-pladser	6.510.000	4.832.986	5.205.247	2.793.000	6.685.000
Samlet pris uden-omsanlæg	10.750.000	10.949.109	8.905.247	5.586.000	13.370.000
Bedømmelse	3	4	2	1	5
Karakter, uden-omsanlæg	6,68	6,56	7,87	10,00	5,00

Forudsætninger
P-pladser: K. G. Hansen prissat som gennemsnit af øvrige
Karakter gives i 10 skalaen, så 5 er acceptabel
Mindste karakter er 5, da alle overholder 72 mio
Billigste bud gives karakteren 10 -der interpoleres mellem øvrige

«

Der er mellem parterne tvist om, hvorvidt det citerede skema er indgået i grundlaget for bedømmelseskomiteens indstilling af 11. december 2008.

Ved evaluering nr. 2 blev tilbuddene tildelt følgende »vægte[de] karakter[er]«:

1. NCC	7,38
2. MT Højgaard A/S	5,69
3. K. G. Hansen & Sønner A/S	7,77
4. TL Byg A/S	5,39
5. E. Pihl & Søn A/S	5,81

Indklagede er under klagesagen blevet opmærksom på, at der i forbindelse med evaluering nr. 2 ved en fejl blev tildelt karakteren 5 for tilbud, der opfyldte den økonomiske ramme på 72 mio. kr., og ikke karakteren 6 som fastsat i udbudsbe-
tingelserne. Indklagede iværksatte herefter evaluering nr. 3, der forelå den 27.
januar 2009. I evalueringsnotatet vedrørende evaluering nr. 3 står der:

»

Idræts og Kulturcenter i Grindsted (IKC)	
Tildelingskriterier i henhold til byggeprogram	
Mest for pengene	Vægt
Gennemsigtighed	3,0%
Prisen for etape 1	15,0%
Gennemsnitspris pr. brutto m ² for etape 1	15,0%
Samlet pris	10,0%
Udenomsanlæg	7,0%
Sum	50,0%
Arkitektur	Vægt
Arkitektur/Funktionalitet/logistik	25,0%
Sum	25,0%
Materialevalg og tekniske installationer	Vægt
Materialevalg	5,0%
Akustik	3,0%
Tekniske installationer	4,0%
Drift og vedligehold	3,0%
Sum	15,0%
Evalueringsmøde	Vægt
Evaluering	10%
Sum	10%

Karaktergivning	Kriterie
Mest for pengene	Billigste pris: 10. Højeste pris: 6 –der interpoleres
Arkitektur	Skalaen 0 – 10
Materialevalg og tekniske installationer	Fra 0-10 –karakteren 6 er acceptabel
Evalueringsmøde	Skalaen side 56 i byggeprogram.

«

Resultatet af evaluering nr. 3 er bl.a. følgende:

	NCC Construction Danmark A/S			MT Højgaard A/S			K G Hansen & Sønner A/S			TL Byg A/S			E. Pihl & Søn A/S		
	Vægt	Karakter	Point	Vægt	Karakter	Point	Vægt	Karakter	Point	Vægt	Karakter	Point	Vægt	Karakter	Point
Underkriteriet A. »Mest for pengene«	50 %	9,08	4,54	50 %	6,95	3,48	50 %	8,48	4,24	50 %	7,68	3,84	50 %	7,27	3,64
»Vægtet karakter« i relation til samtlige underkriterier			7,44			5,94			7,69			5,80			6,42

Forklaringer

Hans Peter Hansen har forklaret, at han er ingeniør og sektionschef i NCC's afdeling i Syddanmark. Afdelingen havde ansvaret for tilbudsafgivelsen i forbindelse med IKC. NCC tilbød at udføre »Anlægsarbejde ved byggeriet« for 1.850.000 kr. Denne pris vedrørte konkret de anlægsarbejder, som skulle udføres i forbindelse med udenomsarealerne (Campustorv og P-pladser), mens anlægsarbejderne i forbindelse med bygningerne var indeholdt i prisen på 72 mio. kr. Det fremgår af K. G. Hansen & Sønner A/S' tilbud, at det samme gør sig gældende for dette tilbud. Klagerens regneark vedrørende evalueringen tager højde for, at »Anlægsarbejde ved byggeriet« efter udbudsbetingelserne skal evalueres under delkriterium e) »Udenomsanlæg omfattende anlægsarbejde, Campustorv og parkeringsarealer« og ikke under delkriterium b) »Prisen for etape 1«. Det tager også højde for, at delkriterium c) alene skal omfatte den gennemsnitlige pris pr. m² for etape 1, og ikke både etape 1 og 2 som sket ved indklagedes evaluering. Klagerens illustrationsbilag skal vise betydningen af at bruge forskellige karakterskalaer. Han var inden tilbudsafgivelsen opmærksom på udbudsbetingelsernes passus om, at tilbud, som kun indeholdt basismodel-len, ville blive givet karakteren 6. Han gik ud fra, at indklagedes karaktergivning ville sikre en korrekt vægtning af underkriterierne.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det i udbudsbetingelserne er fastsat som mindstekrav, at tilbuddene skal overholde en økonomisk ramme på 72 mio. kr. Det følger af et sådant mindstekrav, at tilbud, der ikke overholder den økonomiske ramme, skal afvises og dermed ikke indgå i evalueringen, og at indklagede ikke var berettiget til at anvende en evalueringsmodel, der indebar, at der blev tildelt karakterer, herunder karakteren 6 på en karakterskala fra 0-10, til et tilbud, blot fordi det pågældende tilbud overholdt mindstekravet. Indklagede anvendte imidlertid en evalueringsmodel svarende til den netop nævnte, hvorved indklagede tilsidesatte ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2. Det forhold, at udbudsbetingelserne i relation til underkriteriet A. »Mest for pengene« angav, at der under evalueringen ville blive givet karakteren 6 som mindste karakter, uden at udbudsbetingelserne samtidig oplyste højeste karakter, medførte, at udbudsbetingelserne var uigennemsigtige, hvilket også er en overtrædelse af artikel 2.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede som følge af indholdet af udbudsbetingelserne var forpligtet til at tildele karakteren 6 til tilbud, der opfyldte den økonomiske ramme på 72 mio. kr. Tilbudsgiverne kan ikke have været i tvivl om, at tilbud, som kun indeholdt basismodellen, ville blive tildelt karakteren 6. Indklagede har derfor ikke tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved evalueringen af tilbuddene anvendte en pointmodel, der medførte, at den i udbudsbetingelserne fastsatte vægtning af underkriterierne ikke blev overholdt. Indklagede anvendte således bl.a. en karakterskala fra 6 til 10 vedrørende underkriteriet A. »Mest for pengene«, mens øvrige underkriterier er evalueret med anvendelse af en karakterskala fra 0 til 10. Dette havde den uundgåelige konsekvens, at den vægtning af underkriterierne, der er fastsat i udbudsbetingelserne, ikke blev overholdt. Indklagede har herved overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 ved under evalueringen af tilbuddene at anvende den nævnte po-

intmodel. Tilbudsgiverne kunne ved at sætte sig ind i udbudsbetingelserne gøre sig bekendt med den del af pointmodellen, der indebar, at tilbud, der opfyldt den økonomiske ramme, mindst ville blive tildelt karakteren 6 i relation til underkriteriet A. »Mest for pengene«. Indklagede har ikke ved valget af pointmodel ændret den vægtning af underkriterierne, der er fastsat i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det i udbudsbetingelserne er fastsat, at tilbuddenes prisoplysninger vedrørende anlægsarbejder ved byggeriet skal indgå i evalueringen i relation til delkriteriet e) »Udenomsanlæg« til underkriteriet A. »Mest for pengene«. I stedet lod indklagede disse prisoplysninger indgå i evalueringen i relation til delkriteriet b) »Prisen for etape 1« til samme underkriterium. Indklagede har herved tilsidesat Udbudsdirektivets artikel 2.

Indklagede har gjort gældende, at de nævnte prisoplysninger i henhold til udbudsbetingelserne vedrører delkriteriet b) »Prisen for etape 1«, og at prisoplysningerne derfor også skal inddrages i evalueringen i relation til dette delkriterium. Indklagede har gennemført evalueringen i overensstemmelse hermed, hvorfor indklagede ikke har tilsidesat Udbudsdirektivets artikel 2.

Ad påstand 4

Klageren har ad indklagedes afvisningspåstand gjort gældende, at indklagede utvivlsomt har truffet en tildelingsbeslutning. Indklagede har på flere måder givet udtryk for, at en sådan beslutning er truffet, ligesom indklagede har handlet i overensstemmelse hermed. Afvisningspåstanden skal derfor ikke tages til følge. Klageren har til støtte for påstand 4 gjort gældende, at indklagedes evaluering og dermed også tildelingsbeslutningen er behæftet med væsentlige og grove fejl, der har haft konkret betydning for beslutningen. Klagenævnet skal derfor annullere tildelingsbeslutningen.

Indklagede har til støtte for sin principale påstand om afvisning gjort gældende, at indklagede ikke har truffet en tildelingsbeslutning. Kompetencen til at træffe afgørelse om tildeling af kontrakten er placeret hos indklagedes kommunalbestyrelse, der endnu ikke har truffet afgørelse herom. Klagenævnet skal derfor afvise påstanden. Indklagede har til støtte for sin subsidiære påstand

gjort gældende, at indklagede ikke har begået fejl under evalueringen af tilbuddene. Såfremt Klagenævnet måtte konstatere, at indklagede har overtrådt Udbudsdirektivet, vil det være uproportionalt at træffe afgørelse om annullation af tildelingsbeslutningen. Dette skyldes, at eventuelle fejl ikke kan betegnes som væsentlige og grove, og at annullation af tildelingsbeslutningen vil medføre, at projektet ikke vil blive gennemført.

Ad spørgsmål 5

Klageren har ikke fremført anbringender vedrørende dette spørgsmål.

Indklagede har gjort gældende, at en ordregiver ikke har pligt til at anvende et pointsystem under evalueringen af tilbuddene. En ordregiver har heller ikke pligt til i udbudsbetingelserne at oplyse, hvorvidt der vil blive anvendt en pointmodel og i givet fald hvilken. Indklagede har derfor heller ikke været forpligtet til at tildele tilbud, der overholdt den økonomiske ramme på 72 mio. kr., nul point. Ved i udbudsbetingelserne at oplyse, at tilbud, der overholdt den økonomiske ramme, ville blive tildelt 6 point, har indklagede givet tilbudsgiverne flere oplysninger om evalueringen, end indklagede var forpligtet til. Indklagede har herved handlet på en gennemsigtig måde, ligesom indklagede har iagttaget ligebehandlingsprincippet.

Ad spørgsmål 6

Klageren har ikke haft bemærkninger til spørgsmålet om, hvorvidt udbudsbetingelserne har et indhold, der strider mod Udbudsdirektivets artikel 2. Klageren har derimod anført, at indklagede under evalueringen af tilbuddene i relation til det udbudte projekt, der alene vedrørte etape 1 af »Idræts- og Kulturcenter i Grindsted (IKC)«, inddrog oplysninger, der vedrører både projektets etape 1 og projektets etape 2. Etape 1 og etape 2 er to vidt forskellige projekter med vidt forskellige elementer og af vidt forskellige størrelser. Ved at gennemføre evalueringen på denne måde har indklagede tilsidesat Udbudsdirektivets artikel 2.

Indklagede har gjort gældende, at det var afgørende for indklagede, at gennemførelsen af etape 1 ikke medførte, at etape 2 blev urealistisk dyr eller byggeteknisk vanskelig. Indklagede har derfor ikke tilsidesat Udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte det omhandlede delkriterium.

Ad spørgsmål 7

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge af de fejl, indklagede har begået, skal annullere udbudsproceduren, hvis Klagenævnet ikke finder det tilstrækkeligt at annullere tildelingsbeslutningen.

Indklagede har gjort gældende, indklagedes anbringender ad påstand 4 så meget desto mere fører til, at der ikke er grundlag for, at Klagenævnet annullerer udbudsproceduren.

Klagenævnet udtaler:

Spørgsmål 5

Det er i udbudsbetingelsernes punkt 7 fastsat, at tilbud, der ikke overholder den »økonomiske ramme på kr. mio. 72 omfattende som minimum den beskrevne basismodel«, ikke vil blive evalueret, men at sådanne tilbud derimod vil blive afvist. I overensstemmelse hermed er det i punkt 7 endvidere fastsat, at det er en »ufravigelig forudsætning, at den økonomiske ramme for byggeriet overholdes«.

Udbudsbetingelsernes bestemmelser om, at tilbuddene skal overholde den økonomiske ramme på 72 mio. kr. og som minimum indeholde basismodellen, er udformet som mindstekrav, som tilbuddene skulle opfylde for ikke at blive afvist som ukonditionsmæssige.

I udbudsbetingelsernes punkt 7.6 er under overskriften »Bedømmelseskriterier« fastsat underkriteriet A. »Mest for pengene«. Det er endvidere fastsat, at tilbud »som kun indeholder basismodellen vil blive givet karakteren 6« under evalueringen i relation dette underkriterium.

De anførte bestemmelser om mindstekrav til tilbuddene og den anførte bestemmelse i punkt 7.6 indebærer efter bestemmelsernes indhold, at der i udbudsbetingelserne er sket en sammenblanding af

- 1) mindstekrav, som tilbuddene skal opfylde for ikke at blive afvist som ukonditionsmæssige,
- 2) underkriteriet A. »Mest for pengene«, der indgår i grundlaget for evalueringen af tilbuddene og dermed i udvælgelsen af det vindende tilbud, og
- 3) evalueringen af tilbuddene, herunder tildelingen af point.

En sådan sammenblanding er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Spørgsmål 6

I udbudsbetingelserne er i relation til underkriteriet A. »Mest for pengene« fastsat delkriteriet d) »Samlet pris. (Etape 2 udregnes på grundlag af gennemsnitsprisen fra 1. etape). (Uden for økonomirammen kr. mio. 72 ekskl. moms)«.

Det lægges til grund, at udbudsbetingelserne alene giver grundlag for at gennemføre etape 1 af projektet »Idræts- og Kulturcenter i Grindsted (IKC)«, og at tilbudsgiverne således heller ikke har afgivet tilbud på gennemførelse af projektets etape 2. Derimod kræver gennemførelse af projektets etape 2 et nyt, selvstændigt udbud.

Herefter og efter en samlet vurdering finder Klagenævnet, at delkriteriet ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede har ved at fastsætte det nævnte delkriterium handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Spørgsmål 7

Henset til det, Klagenævnet har anført ad spørgsmål 5 og 6, er udbudsbetingelserne og dermed udbuddet som sådan behæftet med væsentlige fejl. Indklagede kan ikke lovliggøre udbuddet, da dette ville kræve, at udbudsbetingelserne ændres for så vidt angår underkriteriet A. »Mest for pengene« med dertil hørende delkriterier. Indklagede har oplyst, at indklagede ikke har truffet endelig beslutning om tildeling af kontrakten, men at der alene af bedømmelseskomiteen er afgivet en indstilling herom til indklagedes kommunalbestyrelse. Med henvisning hertil og til grovheden af de fejl, indklagede har begået, bestemmer Klagenævnet, at udbudsproceduren annulleres.

Herefter bestemmes:

Ad spørgsmål 5

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelsernes punkt 7.6 i relation til underkriteriet A. »Mest for pengene« at have fastsat, at »tilbud, som kun indeholder basismodellen, vil blive givet karakteren 6«, uanset at det i udbudsbetingelsernes punkt 7 er fastsat, at der er tale om et udbud i »omvendt licitation med en økonomisk ramme til totalentreprisen på kr. 72 mio. ekskl. moms«, og endvidere fastsat:

»Det er en betingelse at tilbuddets konditionsmæssighed overholder den økonomiske ramme på kr. mio. 72 omfattende som minimum den beskrevne basismodel. Hvis dette ikke er tilfældet, så vil tilbuddet blive forkastet og optages derfor ikke i bedømmelsen.«

Ad spørgsmål 6

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i relation til underkriteriet A. »Mest for pengene« at fastsætte delkriteriet d) »Samlet pris. (Etape 2 udregnes på grundlag af gennemsnitsprisen fra 1. etape). (Uden for økonomirammen kr. mio. 72 ekskl. moms)«, uagtet delkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Den udbudsprocedure, indklagede har iværksat ved udbudsbekendtgørelse af 30. april 2008, annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 - 4.

Indklagede, Billund Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, NCC Construction Danmark A/S, betale 75.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig