

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Niels Henriksen, Niels Sørensen)

J.nr.: 04-135.177

26. august 2004

K E N D E L S E

Per Aarsleff A/S

(advokat Hans-Peter Jørgensen, Århus)

mod

Amager Strandpark I/S

(advokat Thomas Ryhl, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 1. august 2003 udbød indklagede, Amager Strandpark I/S, som begrænset udbud efter direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved direktiv 97/52 (Bygge- og anlægsdirektivet) en hovedentreprise vedrørende etablering af Amager Strandpark. Tildelingskriteriet var fastsat som »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 15. september 2003 havde 8 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Den 26. november 2003 besluttede indklagede at prækvalificere følgende 6 virksomheder:

1. Ballast Ham Dredging bv.
2. Hoffmann/Boskalis JV.
3. Joint Venture M.J. Eriksson A/S og Van Oord ACZ Marine Contractors B.V.
4. Joint Venture MT Højgaard A/S, Dredging International og Züblin Scandinavia A/S.
5. Pihl-Jan De Nul Joint Venture.
6. Per Aarsleff A/S.

Udbudsbetingelserne af december 2003 blev udsendt den 19. december 2003, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 8. marts 2004 havde alle de prækvalificerede virksomheder bortset fra nr. 1 afgivet tilbud. Tilbudene fra nr. 3 og nr. 5 blev afvist på grund af forbehold i tilbudene, således at indklagede skulle foretage en vurdering af tilbud fra nr. 2, 4 og 6. Den 23. april 2004 besluttede indklagede at indgå kontrakt med nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, og kontrakt blev herefter indgået den 18. maj 2004.

Den 6. maj 2004 indgav klageren, Per Aarsleff A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Amager Strandpark I/S. 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. Den 28. maj 2004 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde 1. juli 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, uagtet dette tilbud indeholdt vilkår om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, idet Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 indeholder forbehold vedrørende vinterforanstaltninger, som vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og hvis økonomiske rækkevidde er så usikker, at forbeholdet ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan prissættes.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, uagtet dette tilbud indeholdt vilkår om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, idet Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 indeholder forbehold vedrørende vinterforanstaltninger, som er et væsentligt forbehold, der efter udbudsbetingelserne (1) »Særlige betingelser (SB)«, afsnit 3.2.2 »Forbehold«, skal medføre, at indklagede afviser dette tilbud.

Påstand 3 (mere subsidier i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at foretage korrekt prissætning af forbeholdet om vinterforanstaltninger, som med vilkårene om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, var indeholdt i tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, uagtet dette tilbud indeholdt vilkår om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, idet Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 indeholder forbehold vedrørende indeksregulering, godtgørelse for udgiftsførøgelser samt godtgørelse for ekstraordinære prisstigninger, som vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og hvis økonomiske rækkevidde er så usikker, at forbeholdet ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan prissættes.

Påstand 5 (subsidier i forhold til påstand 4)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, uagtet dette tilbud indeholdt vilkår om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, idet Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 indeholder forbehold vedrørende indeksregulering, godtgørelse for udgiftsførøgelser samt godtgørelse for ekstraordinære prisstigninger, som er et væsentligt forbehold, der efter udbudsbetingelserne (1) »Særlige betingelser (SB)«, afsnit 3.2.2 »Forbehold«, skal medføre, at indklagede afviser dette tilbud.

Påstand 6 (mere subsidier i forhold til påstand 4)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at foretage korrekt prissætning af forbeholdet om indeksregulering, godtgørelse for udgiftsførøgelser samt godtgørelse for ekstraordinære prisstigninger, som med vilkårene om, at Danske Entreprenø-

rers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, var indeholdt i tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved forud for beslutningen af 23. april 2004 om at indgå kontrakt med nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV at have forhandlet med denne tilbudsgiver med henblik på at opnå, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 ikke skulle være gældende for kontrakten mellem parterne.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra b, ved i udbudsbetingelserne som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat underkriterierne (2) »Hovedtidsplan særligt med hensyn til forholdene for badegæster«, (3) »Organisationsplan for opgaven«, (4) »Byggeriets gennemførelse« og (5) »Kvalitetsstyring af opgaven«, uagtet disse underkriterier var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra b, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at have vurderet tilbudene på grundlag af de 4 andre fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, men alene på grundlag af underkriteriet (1) »Pris«.

Påstand 10

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 23. april 2004 om at indgå kontrakt med nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV.

Klageren har oplyst senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 10 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Udbudsbekendtgørelsen af 1. august 2003 indeholder følgende vedrørende prækvalifikationen:

»2) Betingelser for deltagelse

2.1)

.....

Virksomheder, der ikke afgiver samtlige i det følgende krævede oplysninger, vil ikke blive opfordret til at afgive bud. Ved konsortier og lignende sammenslutninger af entreprenører skal oplysningerne gives for hver enkelt deltager.

.....

2.1.2) Økonomisk og finansiell kapacitet – krævet dokumentation:

- Kopi af virksomhedens regnskaber for de sidste tre regnskabsår indeholdende oplysninger om omsætning, egenkapital og nettooverskud.

.....

2.1.3) Teknisk kapacitet – krævet dokumentation:

- En liste over de betydeligste arbejder, der er udført gennem de seneste fem år.

- En liste over maksimalt fem arbejder, som vurderes at være mest relevante i forhold til nærværende entreprise. Om arbejderne skal oplyses byggesagens navn, bygherre, udførelsesperiode, entreprisens økonomiske omfang, entreprenørens rolle i byggesagen samt det af entreprenøren udførte arbejde på den pågældende byggesag.

- Oplysninger om virksomhedens generelle kvalitetssikringssystem.

- Oplysninger om virksomhedens generelle miljøledelsessystem, herunder arbejdsmiljø«.

I udbudsbetingelserne af december 2003 er under (1) »Særlige betingelser (SB)« bl.a. anført følgende:

»1. Orientering om opgaven

.....

Den fremtidige strandpark beliggende i København mod Øresund består af tre hovedelementer:

- En ø (ca. 34 ha) med badestrand langs den østlige afgrænsning.
- En lagune og i tilknytning hertil åbne forbindelser til Øresund mod nord og mod syd, sidstnævnte via en kanal/anløbshavn.
- Den eksisterende Amager Strandpark.

Hovedentreprisen udføres i tidsrummet april 2004 – juli 2005.

.....

3. Bestemmelser om udbud og tilbud

3.1 Udbud

.....

Kriteriet for tildeling af kontrakt er det økonomisk mest fordelagtige bud ud fra følgende underkriterier:

- (1) Pris
- (2) Tidsplan
- (3) Organisation/ressourcer
- (4) Udstyr/kapacitet
- (5) Kvalitetsstyring

Ovennævnte kriterier er nævnt i prioriteret rækkefølge.

Arbejdet udbydes i en samlet entreprise

.....

3.2 Tilbud

.....

3.2.2 Forbehold

Hvis tilbudet indeholder væsentlige forbehold herunder forudsætninger og bestemmelser i øvrigt, som strider mod udbudsmaterialet, vil dette medføre, at bygherren erklærer et sådant tilbud for ukonditionsmæssigt, hvorved tilbudet ikke optages til bedømmelse. Bygherren afgør, hvorvidt der foreligger et forbehold og om det er væsentligt.

Eventuelle ikke væsentlige forbehold vil blive prissat af bygherren, og prisen vil blive tillagt tilbudet. Ved denne prissætning vil en eventuel usikkerhed om forbeholdets indhold som udgangspunkt øge dette tillæg, som gives. Tilbudsgiveren kan pga. EU-regler ikke spørges om eventuelle forbeholds prissætning. Tilbudsgiveren anmodes derfor nøje om at overveje karakteren og omfanget af eventuelle forbehold og søge alle usikkerheder afklaret i tilbudsfasen inden tilbudsafgivelsen.

.....

4. Supplerende bestemmelser, undtagelser eller fravigelser til AB 92

4.1 A. Aftalegrundlaget

4.1.1 § 1. Almindelige bestemmelser

ad. § 1, stk. 1

Disse særlige betingelser (SB) supplerer, undtager eller fraviger de i AB 92 og TAB 92 angivne betingelser og har gyldighed for hovedentreprisen i forbindelse med etablering af Amager Strandpark, Kontrakt nr. 003 – Hovedentreprise og er gældende forud for det i AB 92 og TAB 92 anførte.

Nummereringen svarer til den i AB 92 anvendte.

.....

4.1.3 § 3. Entreprenørens tilbud

.....

ad. § 3, stk. 3

Teksten udgår og erstattes af følgende:

Prisen skal være fast og omfatte alt der ikke specifikt er angivet som bygherreleverance, jf. TAG pkt. 7.4.1. Ved bedømmelsen af tilbuds indbyrdes rækkefølge gælder alene, det samlede tilbud.

.....

4.3 C Entreprensens udførelse

.....

4.3.2 § 10. Entreprenørens ydelse

ad. § 10, stk. 1

Entreprenøren har ansvaret for alle arbejder og ydelser relateret til nærværende hovedentreprise, dog undtaget det der specifikt er beskevet som bygherrens ansvar.

Alle for hovedentreprensens gennemførelse nødvendige vejrligsforanstaltninger inklusive udvidede vinterforanstaltninger skal være indeholdt i tilbudet.

.....

4.4 D. Bygherrens betalingsforpligtelse

4.4.1 § 22. Betaling

.....

ad. § 22, stk. 6

Entreprensen skal udføres til fast pris og tid. Prisen skal være fast i hele anlægsperioden.

.....

4.5 E. Tidsfristforlængelse og forsinkelse

4.5.1 § 24. Entreprenørens ret til tidsfristforlængelse

ad. § 24, stk. 1

En vejrligsdag defineres som en arbejdsdag, hvor

- et eller flere af nedenstående vejrligskriterier er opfyldt, og
- den aktivitet, som belastes af vejrligsdagen, ligger på den kritiske vej, og
- aktiviteten skulle finde sted i henhold til arbejdsplanen, og
- aktiviteten faktisk ikke kan udføres.

Alle ovenfor angivne betingelser skal samtidigt være opfyldt.

Der vil ikke blive regnet med mindre tidsenheder end hele arbejdsdage.

Som grundlag for en bedømmelse af, hvorvidt en tidsfristforlængelse på grund af unormalt vejrlig er berettiget, vil bygherren benytte følgende vejrforhold: vind, tåge, temperatur, strøm og is, og kun disse.

Definitioner for vejrlige parametre er beskrevet i Vejrforhold, december 2003, kapitel 5 »reference vejrforhold«.

Flere samtidige unormale vejrlig i samme måned kan ikke summeres.

Entreprenøren skal selv indhente dokumentation fra DMI's målestation Kastrup«.

I udbudsbetingelserne under (2) »Tilbudshæfte (TBH)« hedder det bl.a.:

»7. Tilbuds- og afregningsgrundlag

.....

7.3 Priser

.....

Udgifter til overenskomstmæssige samt udvidede vinterforanstaltninger skal være indeholdt i tilbudslistens enhedspriser og summer.

Foranstaltninger, der kan være nødvendige udenfor vinterperioden, eksempelvis tørholdelse af udgravninger, bortledning af overfladevand, udskiftning af opblødt jord, sikring mod pløredannelse etc. skal ligeledes være indeholdt i tilbudslistens enhedspriser og summer«.

I udbudsbetingelserne under (3) »Særlige arbejdsbeskrivelser (SAB)« er bl.a. fastsat følgende:

»1. Arbejdsplads m.v. (SAB 1)

.....

1.3 Arbejdsområde og adgangsveje

.....

1.3.2 Adgangsveje

Entreprenøren skal planlægge placering og udformning af samt etablere, vedligeholde, snerydde og fjerne arbejdsveje, jordtransportveje mv. indenfor arbejdspladsen.

Adgang til arbejdsområdet skal ske ad følgende adgangsveje.

- Adgang til den nordlige arbejdsplads (arbejder i forbindelse med vestlige bro 1 landfæste) skal ske fra Amager Strandvej og via den eksisterende vej til Helgoland.
- Adgang til bro 2 (arbejder i forbindelse med den vestlige bro 2 landfæste) skal ske fra Amager Strandvej og i forlængelse af Italiensvej. De eksisterende træer på begge sider må ikke fjernes eller beskadiges. Entreprenøren er ansvarlig for evt. forstærkning samt for vedligeholdelse, ryddelighed og snerydning af vejen.
- Adgang til den sydlige arbejdsplads skal ske fra Amager Strandvej og i forlængelse af Svend Vonveds Vej. De eksisterende træer på begge sider må ikke fjernes eller beskadiges. Entreprenøren er ansvarlig for evt. forstærkning samt for vedligeholdelse, ryddelighed og snerydning af vejen«.

I bilag til udbudsbetingelserne er bl.a. anført følgende:

»5.5.7. Snerydning og grusning

.....

Snerydningsmateriel skal være velegnet til brug på den pågældende byggeplads og til stede i tilstrækkelig mængde ved vinterperiodens start.«

Ved »Tillæg til Udbudsbrev (TUB)« nr. 3 af 4. februar 2004 blev underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, der var fastsat i udbudsbetingelserne af december 2003, ændret til følgende underkriterier: (1) »Pris« (2) »Hovedtidsplan særligt med hensyn til forholdene for badegæster«, (3) »Organisationsplan for opgaven«, (4) »Byggeriets gennemførelse« og (5) »Kvalitetsstyring af opgaven«

I »Tillæg til Udbudsbrev (TUB)« nr. 5 af 19. februar 2004 er der på et konkret spørgsmål om, hvordan indklagede i praksis vil lade underkriterierne (4) »Byggeriets gennemførelse« og (5) »Kvalitetsstyring af opgaven« indgå i bedømmelsen af tilbudene, svaret følgende:

»Bygherren vil vurdere den enkelte tilbudsgivers beskrivelse af sit udstyr til rådighed for opgaven, sine arbejdsmetoder samt rækkefølge af hovedaktiviteterne. I tilfælde af forskelle vil værdien af disse forskelle blive prissat og indregnet i vurderingen.

Bygherren vil vurdere den enkelte tilbudsgivers beskrivelse af entreprisespecifik kvalitets- og miljøledelsessystem. I tilfælde af forskelle fx i form af behov for omfang af bygherreindsat vil værdien af disse forskelle blive prissat og indregnet i vurderingen«.

I tilbudene fra nr. 3 Joint Venture M.J. Eriksson A/S og Van Oord ACZ Marine Contractors B.V. og nr. 5 Pihl-Jan De Nul Joint Venture var der taget forbehold for opnåelse tilladelse efter råstofindvindingslovens § 19, hvilket var et krav i udbudsbetingelserne. Indklagede vurderede forbeholdene for opnåelse af tilladelse efter råstofindvindingslovens § 19 som væsentlige, hvorfor tilbudene blev afvist som ukonditionsmæssige.

Tilbudssummen i de 3 tilbud, der blev vurderet, var således:

2. Hoffmann/Boskalis JV	178.650.000 kr.
4. Joint Venture MT Højgaard A/S, Dredging International og Züblin Scandinavia A/S	203.395.000 kr.

6. Per Aarsleff A/S

188.188.188 kr.

I tilbudene fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV og nr. 5 Pihl-Jan De Nul Joint Venture var anført, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten. I Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 hedder det blandt andet:

»1)

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

.....

5)

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

Afviser bygherren at betale disse merudgifter, har entreprenøren ret til tidsfristforlængelse og ved arbejder omfattet af vinterbekendtgørelsen samt alle bygge- og broarbejder o.lign. tillige ret til betaling af stillandsomkostninger.

Er vinterforanstaltningerne beskrevet i en vintertilbudsliste med enhedspriser og skønsmæssige fastsatte mængder, jf. § 3 i vinterbekendtgørelsen, afregnes vinterforanstaltninger efter tilbudslistens enhedspriser og de forbrugte mængder og ellers som regningsarbejde.

6)

Tilbudssummen indeksreguleres. Er intet indeks fastsat i udbudsmaterialet eller i tilbudet, anvendes det af Danmarks Statistik offentliggjorte indeks (eller del-/fagindeks), som i sin opbygning bedst muligt svarer til entreprisen.

Er der i udbudsmaterialet stillet krav om fast pris, reguleres prisen for den del af arbejdet, der udføres efter 12 måneder fra tilbudsdagen. For såvel bygge- som anlægsarbejder skal regulering ske som angivet i bilag 1 til Bygge- og Boligstyrelsens cirkulære af 10. oktober 1991 om pris og tid. For anlægsarbejder fastsættes indeks, dog til indeks pr. den 1. i den pågældende måned, når dette er bestemt i udbudsmaterialet.

Udover den faste pris skal der ydes entreprenøren godtgørelse for udgiftsforøgelse, forårsaget af pålæg fra staten og ekstraordinære prisstigninger, jvf. Bygge- og Boligstyrelsens cirkulære af 10. oktober 1991 om pris og tid § 8 og § 9.

Er der i udbudsmaterialet ikke stillet krav om fast pris, reguleres tilbudssummen med tilbudsagens indeks som begyndelsesindeks«.

Indklagedes evaluering af tilbudene og beslutning om at indgå kontrakt med den af tilbudsgiverne, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, blev som følge af en verserende sag om projektet ved Naturfredningsnævnet på et bestyrelsesmøde hos indklagede den 17. marts 2004 udsat til ultimo april 2004. Efter at Naturfredningsnævnet den 21. april 2004 traf afgørelse, og indklagede som følge heraf fik tilvejebragt en ny finansiering af projektet, besluttede indklagede den 23. april 2004 at indgå kontrakt med nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV.

Indklagedes evaluering af tilbudene er beskrevet i et notat af 21. april 2004 med betegnelsen »Tilbudsvurdering«, som er udarbejdet af indklagede og indklagedes tekniske rådgiver, Niras Rådgivende Ingeniører og Planlæggere A/S. I notatet hedder det bl.a.:

»Forbehold

Der var taget to typer forbehold.

To tilbudsgivere [nemlig nr. 2 og nr. 5] havde taget Dansk Byggeri's Standardforbehold af marts 2001. En af disse tilbudsgiver [nemlig nr. 5] har desuden taget forbehold med hensyn til opnåelse af § 19 tilladelse til indvindingsfartøjer. En tredje tilbudsgiver [nemlig nr. 3] havde udelukkende taget et tilsvarende forbehold om § 19 tilladelse, medens de to sidste tilbudsgivere [nemlig nr. 4 og nr. 6] ikke havde taget forbehold.

.....

I tilbudsvurderingen skal bygherren derfor først afgøre, om et forbehold er væsentligt. Et kriterium for denne afgørelse er, om det er muligt at prissætte forbeholdet efter en reel og objektiv målestok. Forbehold vedrørende byggetid vil som hovedregel gøre et tilbud ukonditionsmæssigt.

.....

I Dansk Byggeri's Standardforbehold af marts 2001 rummer tre afsnit (afsnit 5, 6 og 9), som i givet fald kan medføre ekstrabetaling. Afsnit 5 drejer sig om særskilt betaling af snerydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger. Afsnit 6 drejer sig om indeksregulering af prisen for den del af arbejdet, der udføres efter 12 måneder efter tilbudsagen. Udover den faste pris skal der ydes entreprenøren godtgørelse for udgiftsforøgelse forårsaget af pålæg fra staten og ekstraordinære prisstigninger. Afsnit 9 siger, at ydelser til

opfyldelse af myndighedskrav ved opgravning og flytning af forurenede jord ikke er indeholdt i tilbuddet.

I bilag 5 [til notatet] er disse forbehold prissat efter en reel og objektiv målestok. De beragtes derfor ikke som væsentlige, og prisen tillægges tilbuddet i tilbudsvurderingen.

Vurderet værdi af supplerende oplysninger

For hvert af de efterfølgende punkter er det vurderet, om tilbuddet opfylder kravene i udbudsmaterialet. I tilfælde af mangler er disse prissat og tillagt tilbudene.

.....

De efterfølgende fire punkter er alle behandlet i bilag 7 [til notatet].

Hovedtidsplan særligt med hensyn til forholdene for de badende
Alle tre tilbudsgivere opfylder de specificerede krav i udbudsmaterialet, og der er derfor ikke tillagt ekstraudgifter.

Organisationsplan for opgaven
Alle tre tilbudsgivere opfylder de specificerede krav i udbudsmaterialet, og der er derfor ikke tillagt ekstraudgifter.

Byggeriets gennemførelse
Alle tre tilbudsgivere opfylder de specificerede krav i udbudsmaterialet, og der er derfor ikke tillagt ekstraudgifter.

Kvalitetsstyring af opgaven
Alle tre tilbudsgivere opfylder de specificerede krav i udbudsmaterialet, og der er derfor ikke tillagt ekstraudgifter.

Evalueret samlet tilbudssum incl. option 1

Den samlede tilbudsvurdering fremgår af bilag 8 [til notatet].

Resultatet fremkommer på følgende måde:

Der startes med den samlede tilbudssum, som den fremgik af licitationen.

Herefter tillægges værdien af option 1 (Tillægspris såfremt entreprisens start rykkes til 1. juli 2004 og afleveringstermin fastholdes).
Derefter tillægges de prissatte forbehold som beskrevet ovenfor.

Endelig tillægges den vurderede værdi af de supplerende oplysninger, ligeledes beskrevet ovenfor.

Den evaluerede samlede tilbudssum, incl. option 1 bliver herefter:

[Nr. 2] Hoffmann/Boskalis JV: DKK 183.517.000

[Nr. 6] Per Aarsleff A/S: DKK 191.057.188

[Nr. 4] Joint Venture MT Højgaard a/s/Dredging
International/Züblin Scandinavia A/S: DKK 212.295.000

.....

Konklusion

Tilbudet fra Hoffmann/Boskalis JV er vurderet som det økonomisk mest fordelagtige jf. bilag 8«.

Indklagedes notat af 21. april 2004 var vedlagt bilag 5: »Prissætning af standardforbehold«, der er udarbejdet af indklagedes tekniske rådgiver. I dette bilag 5 hedder det bl.a.:

»1. Standardforbehold

To af de bydende har knyttet Dansk Byggeris Standardforbehold af marts 2001 til deres tilbud.

Standardforbeholdets enkelte punkter indeholder forbehold, der kan have økonomisk indflydelse på bygherrens udgift til entreprisens gennemførelse og denne udgift skal tages i betragtning i tilbudsvurderingens registrering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Til brug herfor er der i nærværende notat gennemført en prissætning af forbeholdene.

Den økonomiske indflydelse af de enkelte forbehold kan være knyttet til forhold i udførelsesperioden. Disse forholds økonomiske indflydelse er søgt fastlagt ved en objektiv vurdering af den mest sandsynlige forekomst af de aktuelle forhold i relation til entreprisens udførelsestidsplan, lokale forhold mv.

2. Vinterforanstaltninger

Standardforbeholdets punkt 5.

Beregningen af den økonomiske indflydelse af forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger fremgår af Bilag 1 [underbilag til bilag 5 til notatet].

Beregningen omfatter traditionelt niveau for prissætningen af vinterforanstaltninger til snerydning, afdækning af materialer, saltning og grusning mv. i de 4 måneder, hvor der er sandsynlighed for betydende sne og frost.

Belysning af arbejdsplads og elforbrug hertil og til opvarmning af skurby i vintermånederne er ligeledes prissat traditionelt.

Vinteromkostninger ved betonstøbning er indregnet i forhold til de betonarbejder, der indgår i tidsplanen i perioder med sandsynlighed for frost.

Nedbør i form af regn er ikke særlig relateret til vintermånederne og indflydelsen af regn på arbejdernes udførelse anses derfor ikke som grundlag for vinterforanstaltninger.

Jordarbejder under entreprisen er i udførelsestidsplanen forudsat gennemført umiddelbart efter årsskiftet 2004/2005 og inden sandsynligheden for sne eller kuldedage bliver betydende. Der er derfor ikke indregnet vinteromkostninger for indflydelse af sne og frost på jordarbejderne.

3. Prisregulering efter fastpriscirkulæret Standardforbeholdets punkt 6.

Den økonomiske indflydelse af prisregulering efter fastpriscirkulæret er beregnet i Bilag 2 [underbilag til bilag 5 til notatet] ud fra tilbudet fra Hoffman Boskalis bv. Beregningen er gennemført i overensstemmelse med ydelseernes prissætning og udførelse i henhold til entreprenørens tidsplan.

Beregningen er baseret på en fremskrivning af entreprisereguleringsindeks for jordarbejder med 2,5 %.

4. Forurennet jord Standardforbeholdets punkt 9.

.....

5. Andet Bygherrens sikkerhedsstillelse. Standardforbeholdets punkt 3.

.....

Pålæg fra staten og ekstraordinære prisstigninger Standardforbeholdets pkt 6.

Der er ikke, så vidt det er bygherren bekendt, planer om nye pålæg fra staten eller fremsat forslag om sådanne pålæg, der kan forventes at få virkning på udgifterne til entreprisens gennemførelse indenfor den fastlagte tidsplan. Ligeledes giver bygherrens vurdering af den økonomiske udvikling ikke anledning til at forvente ekstraordinære prisstigninger i entrepriseperioden. Denne del af forbeholdet er derfor prissat til 0 kr.

Usikker og skæv risikofordeling
Sandsynligheden for omfanget af de forhold, der har indflydelse på prissætningen er ikke altid normalt fordelt, men kan være knyttet til en

usikker eller skæv risiko fordeling. Som kompensation herfor er prissætningen af forbeholdene afrundet opad med 5 – 10 %.

6. Samlet prissætning af Standardforbeholdet

Den samlede prissætning af Standardforbeholdet bliver herefter:

1. Prisregulering efter fastpriscirkulæret	kr. 570.000
2. Vinterforanstaltninger	kr. 1.690.000
3. Forurennet jord	kr. 50.000
4. Tillæg for usikkerhed og skæv risikofordeling	kr. 190.000
Samlet prissætning af Standardforbeholdet	kr. 2.500.000«.

Indklagedes notat af 21. april 2004 var desuden vedlagt bilag 7: »Vurdering af øvrige supplerende oplysninger«, der er udarbejdet af indklagedes tekniske rådgiver. Dette bilag 7 indeholder en redegørelse for vurderingen af tilbudene fra tilbudsgiverne nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV, nr. 4. Joint Venture MT Højgaard A/S, Dredging International og Züblin Scandinavia A/S og nr. 6. klageren i forhold til underkriterierne (2) »Hovedtidsplan særligt med hensyn til forholdene for badegæster«, (3) »Organisationsplan for opgaven«, (4) »Byggeriets gennemførelse« og (5) »Kvalitetsstyring af opgaven«. Notatet indeholder bl.a. følgende konklusioner:

»1. Hovedtidsplan særligt med hensyn til forholdene for badegæster

.....

Konklusion

De tre tilbud anses alle at opfylde de stillede krav til hovedtidsplan og hensyn til forholdene for badegæster.

2. Organisationsplan for opgaven

.....

Konklusion

De tre tilbud anses alle at imødekomme kravene til specifikation af organisationsplan for opgaven. I alle tre tilbud indgår tilsynsfunktionen som del af den specificerede kvalitetsstyring og egenkontrol uden etablering af særskilt tilsynsfunktion i organisationen.

3. Byggeriets gennemførelse

.....

Konklusion

De tre tilbud omfatter alle den krævede kortfattede beskrivelse af byggeriets gennemførelse for de mest betydende hovedaktiviteter.

4. Kvalitetsstyring af opgaven

.....

Konklusion

De tre tilbuds opfyldelse af kravene til kortfattet beskrivelse af kvalitetsstyring af opgaven er acceptabel«.

Indklagede indkaldte efter beslutningen af 23. april 2004 om at indgå kontrakt med nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV denne tilbudsgiver til et møde for at drøfte kontraktsindgåelsen. Mødet blev afholdt den 28. april 2004. I referatet fra mødet udarbejdet af indklagedes tekniske rådgiver er bl.a. anført følgende:

»2. Tilbudsvurdering og hermed forbundne afklarende spørgsmål [Leif Sjøgren, indklagede] informerede om status for tilbudsvurderingen herunder vurderingen af forbehold. Bygherren har først undersøgt, om Dansk Byggeri's Standardforbehold må betragtes som et væsentligt forbehold. I den forbindelse er forbeholdet søgt prissat på en reel, objektiv og sikker måde. Dette har efter bygherrens opfattelse kunnet lade sig gøre, hvorefter forbeholdet betragtes som ikke væsentligt og tilbudet som konditions-mæssigt. Prisen (på 2,5 mio kr.) er blevet lagt til tilbudet, og den samlede tilbudsvurdering har vist, at Hoffmann har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Hoffmann bekræftede prissætningen. Bygherren konstaterede, at man herefter kan gå i gang med at forberede kontrakt. Ved kontraktindgåelsen vil der blive indarbejdet en option med to alternativer:

Alternativ 1: Standardforbeholdet indgår i kontrakten og afregnes efter de principper, der er beskrevet i forbeholdet.

Alternativ 2: Bygherren betaler 2,5 mio kr. og standardforbeholdet indgår ikke i kontrakten.«

Der blev herefter den 10., 12. og 14. maj 2004 afholdt yderligere møder mellem indklagede og nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV, inden kontrakten blev indgået den 18. maj 2004. Kontrakten indeholdt bl.a. et bilag 9 med overskriften »Optioner«, hvori bl.a. er anført følgende:

»Nedenfor angives tillægs- eller fradragspriser for de specificerede arbejder, som bygherren frit kan til- eller fravælge for de angivne priser indtil 3 måneder efter tildelingen af entreprisen:

.....

Nr. 18.

I betragtning af den sandsynlighedsvurdering der specielt knytter sig til behov for snerydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger, til reguleringen af prisen for den del af arbejdet, der udføres efter 12 måneder efter tilbuds-dagen samt godtgørelse for udgiftsforøgelser forårsaget af pålæg fra staten og ekstraordinære prisstigninger, ydelser

til opfyldelse af myndighedskrav til opgravning og flytning af forurenede jord mm, har parterne identificeret følgende to alternativer:

Alternativ 1

Standardforbeholdet af marts 2001 (Dansk Byggeri) indgår som en del af kontrakten, og entreprenøren kompenseres i henhold hertil. 0,00.

Alternativ 2

Standardforbeholdet af marts 2001 (Dansk Byggeri) indgår ikke i kontrakten.

I overensstemmelse med bygherrens prissætning af forbeholdet er parterne enige om, at anvendelse af alternativ 2 skal medføre en forøgelse af kontraktsummen på 2.500.000 DKK (ekskl. moms). Dette beløb er en fast pris, som betales, når optionen indgås«.

Indklagede har oplyst, at indklagede har valgt alternativ 2 til option nr. 18.

Under forhandlingerne mellem indklagede og nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV meddelte denne tilbudsgiver, at man kunne godkende indklagedes prissætning af forbeholdene. Indklagede har under sagens behandling ved Klagenævnet oplyst, at indklagede, hvis nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV ikke havde godkendt indklagedes prissætning, ville have afvist tilbudet fra denne tilbudsgiver som ukonditionsmæssigt.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaring af ingeniør Ole Rask, klageren, projektleder Leif Sjøgreen, indklagede og ingeniør Mogens Larsen, indklagedes tekniske rådgiver.

Kalkulationsingeniør Ole Rask, Per Aarsleff A/S, har forklaret, at indklagede ved sin prissætning af forbeholdet i tilbudet fra Hoffmann/Boskalis JV har taget udgangspunkt i helt traditionelle vejrligsforanstaltninger. Der er imidlertid ved det aktuelle udbud tale om et unikt og usædvanligt projekt med meget større berøringsflader til naturen end traditionelle opgaver. Vinterperioden er endvidere 1. oktober – 30. april, altså 7 måneder, mens indklagede ved sin prissætning af forbeholdet kun har kalkuleret med 4 måneder, og indklagede har ikke ved prissætningen medtaget meromkostninger vedrørende eksempelvis jordarbejder. Det er ikke muligt at beregne de reelle udgifter. Det, som klageren har foretaget, er et kvalificeret gæt med hensyn til omkostningerne på baggrund af erfaringer fra andre projekter, som

har haft elementer af de problemstillinger, som forekommer ved det aktuelle projekt.

Civilingeniør Leif Sjøgren, Amager Strandpark I/S, har forklaret, at tidsplanen i udbudsbetingelserne er kort og med en klar ansvarsfordeling, der ikke nødvendigvis er rimelig. Men det er i udbudsbetingelserne fastsat, at alt er entreprenørens ansvar, medmindre det specielt er undtaget. Nedbør giver ikke efter udbudsbetingelserne mulighed for fristforlængelse, hvilket er usædvanligt i Danmark i modsætning til i f.eks. Sverige.

Ingeniør Mogens Larsen, Niras Rådgivende Ingeniører og Planlæggere A/S, har forklaret, at foranstaltninger mod følgerne af nedbør i vinterperioden ikke er vejrligsforanstaltninger efter vinterbekendtgørelsen.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har vedrørende udbudsbetingelserne gjort gældende, at indklagede i udbudsbetingelserne under (1) »Særlige Betingelser (SB)« i punkt 4.3.2 har bestemt, at alle for hovedentreprisens gennemførelse nødvendige vejrligsforanstaltninger inklusive udvidede vinterforanstaltninger skulle være indeholdt i tilbudene og i punkt 4.4.1 har bestemt, at entreprisen udføres til fast pris og tid, at indklagede i udbudsbetingelserne under (2) »Tilbudshæfte (TBH)« i punkt 7.3 har bestemt, at udgifter til overenskomstmæssige samt udvidede vinterforanstaltninger skal være indeholdt i tilbudslistens enhedspriser og summer, at indklagede i udbudsbetingelserne under (3) »Særlige arbejdsbeskrivelser (SAB)« i punkt 1.3.2 har bestemt, at entreprenøren er ansvarlig for snerydning, og at udbudsbetingelserne under (1) »Særlige Betingelser (SB)« i punkt 4.5.1 indeholder særlige definitioner for vejrligsdage og mulighed for tidsfristforlængelse på grund af dette særligt definerede vejrlig, som betyder, at tidsfristforlængelse alene i helt særlige tilfælde er berettiget ved unormalt vejrlig som følge af vind, tåge, temperaturer strøm og is.

Klageren har endvidere vedrørende tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV gjort gældende, at denne tilbudsgiver ved i tilbudet at have anført, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, har pålagt indklagede såvel den økonomiske som den tids-

mæssige risiko for vejrligets indvirkninger, herunder for så vidt angår sne-rydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger, såfremt der skulle blive indgået kontrakt på baggrund af dette tilbud, jf. standardforbeholdets punkt 5, at denne tilbudsgiver derfor under henvisning til standardforbeholdet ville kunne kræve tidsfristforlængelse eller ekstraudgifter til snerydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger betalt som ekstraarbejder, såfremt der skulle blive indgået kontrakt på baggrund af dette tilbud, at dette tilbud af denne årsag indeholder et forbehold vedrørende udbudsbetingelsernes (1) »Særlige Betingelser (SB)« punkt 4.3.2 og 4.4.1, (2) »Tilbudshæfte (TBH)« punkt 7.3 og (3) »Særlige arbejdsbeskrivelser (SAB)« punkt 1.3.2, som ikke objektivt og korrekt kan prissættes som følge af dets usikre rækkevidde, at forbeholdet på denne baggrund vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og at indklagede af denne grund havde pligt til at afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV.

Indklagede har gjort gældende, at det i udbudsbetingelsernes punkt 3.2.2 udtrykkeligt var anført, at tilbudsgiverne kunne tage forbehold for et eller flere krav i udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne derved samtidigt blev gjort opmærksomme på, at forbehold for væsentlige elementer i udbudsbetingelserne ville kunne umuliggøre en sammenligning mellem tilbudene, hvorved indklagede ville være forpligtet til at afvise tilbud med sådanne væsentlige forbehold, at forbeholdet vedrørende udbudsbetingelsernes (1) »Særlige Betingelser (SB)« punkt 4.3.2 og 4.4.1, (2) »Tilbudshæfte (TBH)« punkt 7.3 og (3) »Særlige arbejdsbeskrivelser (SAB)« punkt 1.3.2 i tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV – bl.a. henset til forbeholdets beskedne økonomiske rækkevidde - ikke vedrørte grundlæggende elementer og derved ikke var væsentligt, at det var muligt objektivt og korrekt at prissætte dette forbehold på baggrund af statistiske oplysninger mv., at indklagede såvel ved vurderingen af, hvilke forbehold, der gør tilbud ukonditionsmæssige, som ved prissætningen af forbehold, er overladt et betydeligt skøn med henblik på at sikre, at tilbudene kan gøres sammenlignelige, uden at det kommer en tilbudsgiver væsentligt til skade, at denne har taget et forbehold, og at indklagede således ikke af denne grund havde pligt til at afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede, såfremt Klagenævnet finder, at forbeholdet i tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV i forhold til udbuds-

betingelsernes (1) »Særlige Betingelser (SB)« punkt 4.3.2 og 4.4.1, (2) »Tilbudshæfte (TBH)« punkt 7.3 og (3) »Særlige arbejdsbeskrivelser (SAB)« punkt 1.3.2, ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, havde pligt til at afvise dette tilbud, fordi forbeholdet var væsentligt, idet indklagede i udbudsbetingelsernes punkt 3.2.2 havde forpligtet sig til at afvise tilbud, der indeholder et væsentligt forbehold. Indklagede må i den forbindelse have pligt til på sagligt grundlag at vurdere og træffe afgørelse om, hvorvidt et forbehold er væsentligt. Indklagede har imidlertid ikke ved evalueringen af tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV taget stilling, om dette forbehold er væsentligt, men blot vurderet, om forbeholdet kan prissættes, og derefter foretaget prissætning af forbeholdet. Indklagede har derfor handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at det anførte i udbudsbetingelsernes punkt 3.2.2 udvider indklagedes pligt til at afvise tilbud, som indeholder forbehold til i forhold til de almindelige EU-udbudsretlige regler herom, til også at omfatte tilfælde, hvor forbehold er væsentlige, men at indklagede i dette tilfælde er overladt en endnu videre skøn end ved vurderingen af, om forbehold vedrører grundlæggende elementer, og at der ikke er grundlag for at tilsidesætte indklagedes konkrete skøn i den aktuelle sag vedrørende forbeholdet i tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV i forhold til udbudsbetingelsernes (1) »Særlige Betingelser (SB)« punkt 4.3.2 og 4.4.1, (2) »Tilbudshæfte (TBH)« punkt 7.3 og (3) »Særlige arbejdsbeskrivelser (SAB)« punkt 1.3.2.

Ad påstand 3

Klageren har i første række gjort gældende, at indklagede, såfremt det vurderes, at forbeholdet vedrørende udbudsbetingelsernes (1) »Særlige Betingelser (SB)« punkt 4.3.2 og 4.4.1, (2) »Tilbudshæfte (TBH)« punkt 7.3 og (3) »Særlige arbejdsbeskrivelser (SAB)« punkt 1.3.2 i tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV ikke vedrører grundlæggende elementer og ikke var væsentligt, ikke har opfyldt sin pligt til objektivt og korrekt at prissætte dette forbehold for at sikre en ligelig behandling af tilbudsgiverne, idet det ikke er muligt at foretage en objektivt og korrekt prissætning af forbeholdet, fordi dets økonomiske rækkevidde ikke på forhånd kan fastsættes. Klageren har i anden række gjort gældende, at indklagede ikke har prissat det nævnte forbehold i tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV med en sådan sikker-

hedsmargin, at der er tilstrækkelig vished for, at nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV ikke opnår en konkurrencemæssig fordel ved at have taget dette forbehold, men alene har prissat forbeholdet ud fra et skøn baseret på erfaringer fra forudgående år over sandsynligheden for omfanget af behovet for vinterforanstaltninger.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ved prissætningen af forbehold er overladt et betydeligt skøn med henblik på at sikre, at tilbudene kan gøres sammenlignelige, uden at det kommer en tilbudsgiver væsentligt til skade, at denne har taget et forbehold, at indklagedes prissætning af forbeholdet vedrørende udbudsbetingelsernes (1) »Særlige Betingelser (SB)« punkt 4.3.2 og 4.4.1, (2) »Tilbudshæfte (TBH)« punkt 7.3 og (3) »Særlige arbejdsbeskrivelser (SAB)« punkt 1.3.2 i tilbudet fra nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV er sket på objektivt og korrekt grundlag med tilstrækkelig sikkerhedsmargin, således at det arbejde, som forbeholdet vedrører, kan udføres for det beløb, som forbeholdet ansættes til ved prissætningen, og at selv en væsentlig højere prissætning af forbeholdet ikke ville have ført til, at tilbudet fra nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV ikke var blevet vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede i udbudsbetingelserne under (1) »Særlige Betingelser (SB)« i punkt 4.1.3 og 4.4.1 har bestemt, at de tilbudte priser skulle være faste i hele anlægsperioden, at nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV ved i tilbudet at have anført, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, har pålagt indklagede at acceptere, at tilbudssummen reguleres for den del af arbejdet, der udføres efter 12 måneder fra tilbudsdagen, og at der til denne tilbudsgiver ydes godtgørelse for udgiftsforøgelser forårsaget af pålæg fra staten og for ekstraordinære prisstigninger, såfremt der skulle blive indgået kontrakt på baggrund af et af disse tilbud, jf. standardforbeholdets punkt 6, at der vil skulle udføres arbejder på entreprisen mere end 12 måneder efter tilbudsdagen, at tilbudet af denne årsag indeholdt et forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, som ikke objektivt og korrekt kan prissættes, at opgaven er udbudt efter fast tid og pris, og at forbeholdet på denne baggrund vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og at indklagede af denne grund havde pligt til at afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV.

Indklagede har gjort gældende, at det i udbudsbetingelsernes punkt 3.2.2 udtrykkeligt var anført, at tilbudsgiverne kunne tage forbehold for et eller flere krav i udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne derved samtidigt blev gjort opmærksomme på, at forbehold for væsentlige elementer i udbudsbetingelserne ville kunne umuliggøre en sammenligning mellem tilbudene, hvorved indklagede ville være forpligtet til at afvise tilbud med sådanne væsentlige forbehold, at forbeholdet vedrørende udbudsbetingelsernes (1) »Særlige Betingelser (SB)« punkt 4.1.3 og 4.4.1 i tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV – bl.a. henset til forbeholdets beskedne rækkevidde - ikke vedrørte grundlæggende elementer og derved ikke var væsentligt, at indklagede såvel ved vurderingen af, hvilke forbehold der gør tilbud ukonditionsmæssige, som ved prissætningen af forbehold, er overladt et betydeligt skøn med henblik på at sikre, at tilbudene kan gøres sammenlignelige, uden at det kommer en tilbudsgiver væsentligt til skade, at denne har taget et forbehold, og at indklagede således ikke af denne grund havde pligt til at afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede, såfremt Klagenævnet finder, at det forbehold i tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV vedrørende udbudsbetingelsernes punkt 4.1.3 og 4.4.1, der er nævnt ad påstand 4, ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, havde pligt til at afvise dette tilbud, fordi forbeholdet var væsentligt, idet indklagede i udbudsbetingelsernes punkt 3.2.2 har forpligtet sig til at afvise tilbud, der indeholder væsentligt forbehold. Indklagede må i den forbindelse have pligt til på sagligt grundlag at vurdere og træffe afgørelse om, hvorvidt et forbehold er væsentligt. Indklagede har imidlertid end ikke ved evalueringen af tilbudet taget stilling, om dette forbehold er væsentligt, men blot vurderet, om forbeholdet kan prissættes, og derefter foretaget prissætning af forbeholdet. Indklagede har derfor handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at det anførte i udbudsbetingelsernes punkt 3.2.2 udvider indklagedes pligt til at afvise tilbud, som indeholder forbehold til i forhold til de almindelige EU-udbudsretlige regler herom, til også at omfatte tilfælde, hvor forbehold er væsentlige, men at indklagede i dette tilfælde er overladt en endnu videre skøn end ved vurderingen af, om forbehold vedrører grundlæggende elementer, og at der ikke er grundlag for

at tilsidesætte indklagede konkrete skøn i den aktuelle sag vedrørende det forbehold i tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV i forhold til udbudsbetingelsernes punkt 4.1.3 og 4.4.1, der er nævnt ad påstand 4.

Ad påstand 6

Klageren har i første række gjort gældende, at indklagede, såfremt det vurderes, at forbeholdet vedrørende udbudsbetingelsernes (1) »Særlige Betingelser (SB)« punkt 4.1.3 og 4.4.1 i tilbudet fra nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV ikke vedrører grundlæggende elementer og ikke var væsentligt, ikke har opfyldt sin pligt til objektivt og korrekt at prissætte dette forbehold for at sikre en ligelig behandling af tilbudsgiverne, idet det ikke er muligt at foretage en objektivt og korrekt prissætning af forbeholdet, fordi dets økonomiske rækkevidde ikke på forhånd kan fastsættes. Klageren har i anden række gjort gældende, at indklagede ikke har prissat det nævnte forbehold i tilbudet fra nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV med en sådan sikkerhedsmargin, at der er tilstrækkelig vished for, at nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV ikke opnår en konkurrencemæssig fordel ved at have taget dette forbehold.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ved prissætningen af forbehold er overladt et betydeligt skøn med henblik på at sikre, at tilbudene kan gøres sammenlignelige, uden at det kommer en tilbudsgiver væsentligt til skade, at denne har taget et forbehold, at indklagedes prissætning af forbeholdet vedrørende udbudsbetingelsernes (1) »Særlige Betingelser (SB)« punkt 4.1.3 og 4.4.1 i tilbudet fra nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV er sket på objektivt og korrekt grundlag og med tilstrækkelig sikkerhedsmargin, således at det arbejde, som forbeholdet vedrører, kan udføres for det beløb, som forbeholdet ansættes til ved prissætningen, og at selv en væsentlig højere prissætning af forbeholdet ikke ville have ført til, at tilbudet fra nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV ikke var blevet vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagede efter modtagelsen af tilbudene har forhandlet med tilbudsgiver nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV om frafald af Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 mod et beløb på 2.500.000 kr. og om ændringer af retsvirkninger af forbeholdet, at disse forhandlinger ikke alene vedrører en afklaring, præcisering og tilpasning af til-

budet fra denne tilbudsgiver, men væsentlige og grundlæggende elementer i det afgivne tilbud, og at indklagede derved har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede først efter at have besluttet at indgå kontrakt med nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV tog kontakt til denne tilbudsgiver, at denne kontakt førte til det første møde mellem parterne den 28. april 2004, hvor der i øvrigt ikke blev forhandlet om prissætningen af forbeholdene i tilbudet fra nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV, idet det alene – med udgangspunkt i indklagedes prissætning heraf, som blev meddelt nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV som det endelige resultat af prissætningen - blev drøftet, hvorledes der skulle forholdes med disse forbehold ved indgåelsen af kontrakten, at indklagede således ikke forud for beslutningen om at indgå kontrakt med nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV eller forud for indgåelsen af kontrakt med denne tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, har ført forhandlinger med nogen tilbudsgiver vedrørende pris eller prispåvirkende faktorer, og at indklagede derfor ikke har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at de fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« skal være egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af de fastsatte underkriterier, at underkriterierne (2) »Hovedtidsplan særligt med hensyn til forholdene for badegæster«, (3) »Organisationsplan for opgaven«, (4) »Byggeriets gennemførelse« og (5) »Kvalitetsstyring af opgaven« ikke opfylder denne betingelse, fordi de angår forhold, der er relevante for prækvalifikationen, eller forhold, der er detaljeret og entydigt beskrevet i udbudsbetingelserne, at indklagede ej heller ved evalueringen af tilbudene har anvendt disse underkriterier, og at indklagede derfor ved at fastsætte disse underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra b

Indklagede har gjort gældende, at hvis en tilbudsgiver ikke overholdt de fastsatte underkriterier (2) »Hovedtidsplan særligt med hensyn til forholdene for badegæster«, (3) »Organisationsplan for opgaven«, (4) »Byggeriets

gennemførelse« og (5) »Kvalitetsstyring af opgaven« til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, ville det være nødvendigt med ekstraforanstaltninger fra indklagedes side, hvilket ville være fordyrende og ved evalueringen af tilbudene nødvendiggøre et tillæg i tilbudssummen i tilbudet fra den pågældende tilbudsgiver. De pågældende underkriterier var således egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud under det aktuelle udbud, hvilket klart fremgår af indklagedes notat af 21. april 2004, herunder navnlig notatets bilag 7.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved evalueringen af tilbudene, jf. herved indklagedes notat af 21. april 2004 med bilag, alene har vurderet tilbudene ud fra underkriteriet »pris« og prissat de forbehold, der var indeholdt i tilbudene, idet det ud over denne vurdering alene konkluderes, at tilbudene for så vidt angår underkriterierne (2) »Hovedtidsplan særligt med hensyn til forholdene for badegæster«, (3) »Organisationsplan for opgaven«, (4) »Byggeriets gennemførelse« og (5) »Kvalitetsstyring af opgaven« lever op til kravene i udbudsbetingelserne og i forhold til sidstnævnte parameter, at tilbudene er acceptable, jf. navnlig bilag 7 til notatet af 21. april 2004 »Tilbudsvurdering«. Klageren har videre gjort gældende, at indklagede således har tilsidesat sin forpligtelse til tillige at foretage en egentlig vurdering af tilbudene ud fra underkriterierne (2) »Hovedtidsplan særligt med hensyn til forholdene for badegæster«, (3) »Organisationsplan for opgaven«, (4) »Byggeriets gennemførelse« og (5) »Kvalitetsstyring af opgaven«, at det således ikke er godtgjort, at tilbudet fra nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV, som indklagede besluttede at indgå kontrakt på baggrund af, er det økonomisk mest fordelagtige vurderet på baggrund af de fastsatte underkriterier, og at indklagede derved har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra b, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Indklagede har henvist til det anførte ad påstand 8 og supplerende gjort gældende, at indklagede rent faktisk - som det fremgår af indklagedes notat af 21. april 2004 »Tilbudsvurdering«, herunder navnlig notatets bilag 7 - anvendte underkriterierne (2) »Hovedtidsplan særligt med hensyn til forholdene for badegæster«, (3) »Organisationsplan for opgaven«, (4) »Byggeriets gennemførelse« og (5) »Kvalitetsstyring af opgaven«, og at det ikke er i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra b, og det EU-

udbudsretlige ligebehandlingsprincip, at alle tilbudsgivere konkret blev vurderet lige i relation til disse underkriterier.

Ad påstand 10

Klageren har i første række under henvisning til påstand 1, subsidært påstand 2, og påstand 4, subsidært påstand 5, gjort gældende, at indklagede var forpligtet til afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, hvorfor Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver. Klageren har i anden række under henvisning til påstand 3 og påstand 6 gjort gældende, at indklagede ikke har godtgjort, at nr. 2. Hoffmann/Boskalis JV afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvis alle forbehold var blevet prissat korrekt, og at Klagenævnet på dette grundlag skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke var forpligtet til at afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, som derimod efter saglig korrekt prissætning af forbehold viste sig at have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagede var således forpligtet til at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver, og beslutningen herom skal derfor ikke annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I udbudsbetingelsernes »Særlige Betingelser (SB)« er det bestemt, at alle for hovedentreprisens gennemførelse nødvendige vejrligsforanstaltninger inklusive snerydning og ikke overenskomstmæssige vinterforanstaltninger skal være indeholdt i tilbuddet. AB 92 § 24, stk. 1, nr. 4, om fristforlængelse til entreprenøren ved forsinkelse som følge af nedbør, lav temperatur, stærk vind eller andet vejrlig, som forhindrer eller forsinker arbejdet, når sådant vejrlig forekommer i væsentligt større omfang, end det er sædvanligt for den pågældende årstid og egn, er suppleret i udbudsbetingelserne, hvorefter entreprenøren ikke indrømmes fristforlængelse som følge af forsinkelser forårsaget af nedbør (sne og regn).

Efter bekendtgørelse nr. 728 af 5. september 1995 om byggeri i vinterperioden (Vinterbekendtgørelsen) skal et bygge- og anlægsarbejde omfattet af bekendtgørelsen ikke nødvendigvis videreføres, »hvis arbejdet trods indsats af vinterforanstaltninger af sædvanlig type i normalt omfang ikke kan holdes i gang« – ulempegrænsen, jf. § 5, sammenholdt med § 2. Indklagede har ikke i udbudsbetingelserne givet entreprenørerne denne mulighed for at påberåbe sig »ulempegrænsen« og undlade at videreføre arbejdet, men har pålagt entreprenøren at videreføre arbejdet, selvom vejrligsforanstaltninger ved dele af arbejdet vil vise sig at overskride ulempegrænsen betydeligt. Den tidsmæssige og økonomiske risiko for nedbør er således i det hele pålagt entreprenøren og er teoretisk alene begrænset af den maksimale dagbod på 10 % af enterprisesummen med tillæg af entreprenørens egne udgifter ved forsinkelsen.

Klagenævnet anser denne betydelige skærpelse af entreprenørens tidsmæssige risiko og kravet om, at alle vejrligsforanstaltninger skal være indeholdt i tilbuddet, som er indeholdt i udbudsbetingelserne, for et klar, gennemtænkt og bevidst krav fra indklagedes side, hvorfor disse krav i udbudsmaterialet må anses som grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Efter Dansk Byggeri's standardforbehold af marts 2001, punkt 5 skal alle snerydningsudgifter og ikke overenskomstmæssige vinterforanstaltninger betales som ekstraarbejde, og hvis bygherren afviser at betale disse merudgifter, har entreprenøren ret til tidsfristforlængelse og ved bygge- og broarbejder tillige krav på betaling af stilstandsomkostninger. Forbeholdet er ganske entydig i den foreliggende situation, hvor der ikke er nogen vinter-tilbudsliste, og forbeholdet strider entydigt mod de nævnte grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Det er på baggrund af det anførte Klagenævnets opfattelse, at indklagede var forpligtet til at se bort fra tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, idet dette tilbud var afgivet med et forbehold, der efter sit indhold er i strid med grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og som ikke kan prissættes med rimelig sikkerhed i et tilfælde som det foreliggende, hvor der ikke er nogen »ulempegrænse«.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Klagenævnet finder i øvrigt anledning til at kommentere indklagedes prissætning af forbeholdet i tilbudet fra Hoffmann/Boskalis JV vedrørende vinterforanstaltninger:

Prissætningen er uanset entreprisens ganske særlige beskaffenhed foretaget, så den alene omfatter »traditionelt niveau for prissætning af vinterforanstaltninger til snerydning, afdækning af materialer, saltning og grusning m.v. i de 4 måneder, hvor der er sandsynlighed for betydende sne og frost.« Endvidere er der ved prissætningen ikke taget hensyn til »nedbør i form af regn«, da regn ikke er »særligt relateret til vintermånederne«, og da »indflydelsen af regn på arbejdernes udførelse...derfor ikke (anses) som grundlag for vinterforanstaltninger.« Der er endelig ikke »indregnet vinteromkostninger for indflydelse af sne og frost på jordarbejderne«. Prissætningen førte som anført til et beløb på 1.690.000 kr.

I forbindelse med udarbejdelsen af klagerens tilbud blev der hos klageren foretaget en kalkulation over udgifterne til udførelse af snerydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger med udgangspunkt i en udførelsesperiode på 5 måneder uden behov for vinterforanstaltninger og på 7 måneder med behov for vinterforanstaltninger. Indklagede har fremlagt en detaljeret oversigt over indklagedes beregninger, som samlet førte til et beløb på 12.408.287 kr., ligesom indklagede over for Klagenævnet mundtligt har redegjort for principperne for disse beregninger. Der er herunder oplyst, at klageren ikke turde tage forbehold vedrørende vinterforanstaltninger for ikke at risikere, at klagerens tilbud som følge af dette forbehold skulle blive afvist.

Det er på baggrund af entreprisens ganske særlige beskaffenhed og de foreliggende oplysninger om indklagedes prissætning Klagenævnets vurdering, at indklagede ikke ved en prissætning af forbeholdet til 1.690.000 kr. har foretaget en prissætning af dette forbehold, som giver den nødvendige sikkerhed for, at tilbudet fra Hoffmann/Boskalis JV er sammenligneligt med tilbudet fra klageren, og dermed sikkerhed for, at Hoffmann/Boskalis JV ikke ved at tage dette forbehold har opnået en økonomisk fordel i forhold til klageren, som ikke tog dette forbehold.

Ad påstand 4

I udbudsbetingelserne er under (1) »Særlige Betingelser (SB)« i punkt 4.1.3 og 4.4.1 fastsat, at de tilbudte priser skulle være faste i hele anlægsperioden. Tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV indeholdt vilkår om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten. I Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001, punkt 6, er det bestemt, at tilbudssummen reguleres for den del af arbejdet, der udføres efter 12 måneder fra tilbudsdagen, og at entreprenøren ydes godtgørelse for udgiftsforøgelser forårsaget af pålæg fra staten og for ekstraordinære prisstigninger. Det nævnte vilkår i tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV udgør således et forbehold i forhold til udbudsbetingelsernes bestemmelser om, at de tilbudte priser skulle være faste i hele anlægsperioden

Efter Klagenævnets vurdering strider dette forbehold imidlertid ikke mod grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, ligesom forbeholdet ikke i øvrigt er så uklart og med en så usikker rækkevidde, at de sandsynlige konsekvenser af det ikke på forhånd med en tilstrækkelig stor sikkerhed kan fastlægges. Indklagede havde således ikke som følge af dette forbehold pligt til at afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, og påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

En udbyder kan i udbudsbetingelserne fastsætte, at ethvert forbehold i et tilbud i forhold til udbudsbetingelserne medfører, at det pågældende tilbud vil blive afvist. I denne situation er udbyderen herefter forpligtet til at afvise alle tilbud, der indeholder forbehold. En udbyder kan endvidere i udbudsbetingelserne fastsætte, at også forbehold, som vel ikke efter EU-udbudsreglerne vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, men som udbyderen desuagtet ikke vil acceptere, skal medføre, at også tilbud med sådanne forbehold vil blive afvist. I denne situation er udbyderen herefter forpligtet til at afvise tilbud med forbehold, som er omfattet af den pågældende bestemmelse i udbudsbetingelserne.

I den sidstnævnte af de 2 situationer er det imidlertid af hensyn til overholdelsen af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip nødvendigt, at der i udbuds-

betingelserne er anført en præcis beskrivelse af beskaffenheden af de forbehold, som skal medføre afvisning af et tilbud med sådanne forbehold.

Punkt 3.2.2. i udbudsbetingelserne af december 2003 (1) »Særlige betingelser (SB)« indeholder imidlertid ikke en sådan præcis beskrivelse af beskaffenheden af de forbehold, som – selvom de pågældende forbehold ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og derfor ikke allerede efter EU-udbudsreglerne skal afvises – alligevel under det konkrete udbud skal medføre afvisning af tilbudet. Som følge heraf tager Klagenævnet ikke påstand 5 til følge.

Ad påstand 6

Det er som anført ad påstand 4 Klagenævnets opfattelse, at forbeholdet vedrørende udbudsbetingelsernes bestemmelser at de tilbudte priser skulle være faste i hele anlægsperioden, ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne og ikke i øvrigt er så uklart og med en så usikker rækkevidde, at de sandsynlige konsekvenser af det ikke på forhånd med en tilstrækkelig stor sikkerhed kan fastlægges. Hvis et tilbud indeholder et sådant forbehold, har udbyderen ikke pligt til at afvise tilbudet, men kan vælge enten at undlade at tage det pågældende tilbud i betragtning, eller sagligt og korrekt at foretage en prissætning af forbeholdet, således at der derved er sikkerhed for, at tilbudet er sammenligneligt med tilbudene fra den eller de tilbudsgivere, der ikke har taget det pågældende forbehold.

Indklagede har i notatet af 21. april 2004 med bilag foretaget en velbegrundet vurdering af det omhandlede forbehold og prissat dette. Klagenævnet finder ikke grundlag for at konstatere, at indklagede ikke i den forbindelse sagligt og korrekt har prissat forbeholdet. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 7

Indklagede traf den 23. april 2004 beslutning om at indgå kontrakt med nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, efter at indklagede ved evalueringen af tilbudene var nået til den konklusion, at denne tilbudsgiver havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. herved indklagedes notat af 21. april 2004 med bilag. I forlængelse heraf tog indklagede kontakt til nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV og meddelte, at indklagede havde besluttet at indgå kon-

trakt med denne tilbudsgiver. Først herefter blev der indledt forhandlinger mellem indklagede og nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV med henblik på den endelige kontraktsindgåelse. Der blev herunder forhandlet om, hvorvidt Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, eller på hvilke vilkår nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV ville give afkald på dette vilkår. Der blev ikke forhandlet om indklagedes prissætning af forbeholdet.

Indklagede findes herefter ikke at have handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved på denne måde - efter at beslutningen om at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, som indklagede vurderede havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og truffet og var meddelt denne tilbudsgiver - at have forhandlet om de endelige kontraktsvilkår med denne tilbudsgiver.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 8

Klagenævnet finder efter en gennemgang af udbudsbetingelserne og en vurdering af den udbudte bygge- og anlægsarbejde, at underkriterierne (2) »Hovedtidsplan særligt med hensyn til forholdene for badegæster« og (4) »Byggeriets gennemførelse« var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagenævnet finder det derimod – navnlig da tilbudsgiverne i henhold til udbudsbekendtgørelsen forud for prækvalifikationen skulle give indklagede en række detaljerede oplysninger om økonomisk, finansiel og teknisk kapacitet, herunder om tilbudsgivernes generelle kvalitetssikringssystem - uklart, hvilke dele af tilbudene, der skulle vurderes ud fra underkriterierne (3) »Organisationsplan for opgaven«, og (5) »Kvalitetsstyring af opgaven«. Da disse kriterier på denne baggrund fremstår som udvælgelseskriterier, tages påstanden til følge for så vidt angår disse underkriterier.

Ad påstand 9

Under henvisning til det, der anført ad påstand 8, har Klagenævnet ikke fundet anledning til at tage stilling til denne påstand.

Ad påstand 10

Allerede fordi indklagede den 23. april 2004 besluttede at indgå kontrakt med nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, hvis tilbud indklagede skulle have afvist, jf. det anførte ad påstand 1, tager Klagensævnet denne påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, uagtet dette tilbud indeholdt vilkår om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, idet Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 indeholder forbehold vedrørende vinterforanstaltninger, som vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og hvis økonomiske rækkevidde er så usikker, at forbeholdet ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan prissættes.

Påstand 8

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra b, ved i udbudsbetingelserne som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat underkriterierne (3) »Organisationsplan for opgaven« og (5) »Kvalitetsstyring af opgaven«, uagtet disse underkriterier var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Påstand 10

Klagensævnet annullerer indklagedes beslutning af 23. april 2004 om at indgå kontrakt med nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 4 – 7.

Indklagede, Amager Strandpark I/S, skal i sagsomkostninger til klageren, Per Aarsleff A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig