

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Thomas Jensen, Gorm Kildahl Elikofer)

J.nr.: 2006-0004904

30. juni 2006

K E N D E L S E

Raunstrup Gruppen A/S
(advokat Mette Langborg Christiansen, Viborg)

mod

Dragør Kommune
(advokat Bjarne Becher Jensen, København)

Ved bekendtgørelse af 15. december 2004 iværksatte Dragør Kommune en begrænset licitation med prækvalifikation efter Tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001) (1. licitation) i forbindelse med etableringen af en svømmehal i Dragør Kommune ved »Hollænderhallen«. Entreprisen var i udbudsbekendtgørelsen betegnet som »Partneringssamarbejde og totalentreprise«, og licitationen var betegnet som »en kvalitetskonkurrence«. Entreprisen omfattede tillige driften af de tekniske anlæg og udvendig og indvendig vedligeholdelse i en efterfølgende 3-5 årig periode. Den maksimale entreprisum var i licitationsbekendtgørelsen angivet til 35 mio. kr. excl. moms. Indklagede annoncerede licitationen på forskellige måder, ligesom indklagede telefonisk kontaktede en række virksomheder for at orientere dem om licitationen. Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 14. januar 2005 havde 4 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Den 17. januar 2005 annullerede kommunen licitationen, fordi der ikke var modtaget anmodning om prækvalifikation fra tilstrækkeligt kvalificerede virksomheder.

Ved bekendtgørelse af 19. januar 2005 iværksatte kommunen en ny begrænset licitation med prækvalifikation efter Tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001) (2. licitation) vedrørende det samme byggeri, dog at driften af de tekniske anlæg og udvendig og indvendig vedligeholdelse i en

efterfølgende 3-5 årig periode denne gang ikke var med i entreprisen, men den maksimale entreprisum var fortsat angivet til 35 mio. kr. excl. moms. Entreprisen var denne gang betegnet som »Totalentreprise i partnering«, og licitationen betegnet som »kvalitetskonkurrence«. Også ved denne licitation indrykkede indklagede annoncer forskellige steder, ligesom indklagede telefonisk kontaktede virksomheder for at orientere dem om licitationen.

Ved udløbet af fristen for modtagelse af anmodninger om prækvalifikation den 8. februar 2005, havde følgende 5 virksomheder anmodet om prækvalifikation, og den 10. februar 2005 blev disse virksomheder prækvalificeret:

1. NNC Construction Danmark A/S
2. Erling Jensen A/S
3. Raunstrup Gruppen A/S
4. MT Højgaard A/S
5. J og B Entreprise A/S

Licitationsbetingelserne blev udsendt til de 5 prækvalificerede virksomheder den 15. februar 2005. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 25. april 2005, der imidlertid efter anmodning fra klageren blev forlænget til den 28. april 2005, havde 4 af de 5 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud med følgende tilbudssummer excl. moms:

- | | |
|---------------------------------|-----------------|
| 1. NNC Construction Danmark A/S | ca. 41 mio. kr. |
| 2. Erling Jensen A/S | ca. 35 mio. kr. |
| 3. Raunstrup Gruppen A/S | ca. 35 mio. kr. |
| 5. J og B Entreprise A/S | ca. 50 mio. kr. |

Indklagede har oplyst, at Raunstrup Gruppen A/S tilbud af 27. april 2005 modtaget hos indklagede samme dag ikke indeholdt materialet vedrørende de åbne kalkulationer, og at dette materiale først blev modtaget hos indklagede den 29. april 2005 – d.v.s. efter udløbet af fristen den 28. april 2005 efter at indklagede telefonisk havde gjort Raunstrup Gruppen A/S opmærksom på det manglede materiale.

Den 24. maj 2005 besluttede indklagede at annullere denne licitation, fordi alle de 4 tilbud var ukonditionsmæssige. Tilbudene fra nr. 1 og nr. 5 opfyldte ikke kravet om en maksimal entreprisum på 35 mio. kr., og for alle 4 tilbuds vedkommende var licitationsbetingelsernes krav bl.a. vedrørende »åbne kalkulationer« ikke opfyldt. I fortsættelse heraf anmodede Dragør Kommune de 4 tilbudsgivere om at vedstå deres tilbud under licitationen

som underhåndsbud, jf. bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 § 13, stk. 4, nr. 4. Alle 4 tilbudsgivere vedstod deres tilbud som underhåndsbud og accepterede at deltage i forhandlinger. Indklagede gennemførte herefter forhandlinger med de 4 tilbudsgivere fra den 1. juni 2005 og frem til 17. juni 2005.

I en skrivelse af 3. juni 2005 fra NCC Danmark A/S til indklagede hedder det:

»Med henvisning til behageligt møde på Dragør Rådhus onsdag d. 1. juni 2005 skal vi hermed for i henhold til aftale for god ordens skyld skriftlige gengive vor opfattelse af at byggeprogrammets samlede krav til den nye svømmehal i et acceptabelt arkitektonisk og kvalitetsniveau ikke vil kunne gennemføres indenfor den økonomiske beløbsramme på 35 mill. kr. excl. moms.

Partneringteamet valgte i tilbudsfasen den strategi at udarbejde og tilbyde et tilbudsprojekt, der til fulde opfylder byggeprogrammets krav til disponering, arkitektur, kvalitet mm., selvom vi på forhånd vurderede at det ville være tvivlsomt om et sådant projekt ville kunne realiseres indenfor den oplyste beløbsramme. Den udarbejdede kalkulation af omkostningerne ved gennemførelsen af projektet bekræftede denne tvivl. Det er derfor fortsat Partneringteamets opfattelse at byggeprogrammets krav til den nye svømmehal i et acceptabelt arkitektonisk og kvalitetsniveau ikke vil kunne gennemføres indenfor udbuddets beløbsramme.

Det er dog stadig Partneringteamet overbevisning, at et tilpasset reduceret projekt i et åbent og konstruktivt partnersamarbejde mellem Dragør Kommune, A/S Hifab Bygherreombud og Partneringteamet med målsætningen – mest mulig byggeri for pengene – efter en prioriteringsproces vil kunne gennemføres indenfor den oplyste økonomiramme på DKK 35 mill. excl. moms.

Vi håber, at nærværende skrivelse svarer til Deres forventninger, og at denne om muligt fører til et samarbejde om opgavens gennemførelse«.

Indklagede skrev herefter samme dag – den 3. juni 2005 – således til NCC Danmark A/S:

»Vi takker for modtagelsen af Deres brev af dags dato (modtaget per mail).

Vi skal meddele Dem, at De ikke inviteres til 2. forhandlingsrunde, da De på forhandlingsmøde nr. 1 og i ovennævnte brev har oplyst, at Deres team har den opfattelse at byggeprogrammets samlede krav til den nye

svømmehal i et acceptabelt arkitektonisk og kvalitets niveau ikke vil kunne gennemføres indenfor en maksimal entreprisenum på kr. 35. millioner«.

Ved skrivelse af 17. juni 2005 meddelte Dragør Kommune de 4 tilbudsgivere, at ingen af de 4 tilbud trods forhandlingerne var acceptable for Dragør Kommune.

Ved bekendtgørelse af 28. juli 2005 iværksatte Dragør Kommune en ny begrænset licitation med prækvalifikation efter Tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001) (3. licitation). Entreprisen var denne gang betegnet som »Totalentreprise« og licitationen som en »kvalitetskonkurrence« på ny uden drift og vedligeholdelse, men denne gang med en maksimal entreprisenum på 42 mio. kr. excl. moms. Indklagede overvejede at anmode følgende virksomheder om at afgive tilbud:

- a. NNC Construction Danmark A/S
- b. MT Højgaard A/S
- c. Hoffmann A/S
- d. Ejner Kornerup A/S
- e. E. Pihl og Søn A/S
- f. Skanska Danmark A/S

Da indklagede imidlertid ved henvendelse til litra b – f fik oplyst, at disse virksomheder ikke ønskede at afgive tilbud, anmode indklagede alene NCC Construction Danmark A/S om at afgive tilbud. Indklagede har oplyst, at kommunen således ikke anmodede 3 af de 4 tidligere tilbudsgivere – nemlig nr. 2, 3 og 5 – om at afgive tilbud.

Ved udløbet af fristen for modtagelse af anmodning om prækvalifikation den 22. august 2005 havde kun NCC Construction Danmark A/S anmodet om prækvalifikation. Den 25. august 2005 annullerede kommunen licitationen, fordi der kun var fremkommet anmodning om prækvalifikation fra én virksomhed. I fortsættelse heraf besluttede kommunen den 25. august 2005 at anmode NCC Construction Danmark A/S om at afgive et underhåndsbud.

I indklagedes skrivelser af 26. august 2005 til NCC Danmark A/S hedder det bl.a.:

»Tak for Deres anmodning om prækvalifikation til ovennævnte opgave.

Der er ikke andre totalentreprisekonstellationer, som har søgt prækvalifikation. Deres firma er således eneste tilbudsgiver, hvilket naturligt giver et noget anderledes kontraheringsforløb efter modtagelsen af Deres tilbud, men indtil modtagelsen af Deres tilbud vil udbuddet foregå med uændret procedure.

Totalentrepriseudbud

Dragør Kommune ønsker at indgå en totalentrepriseaftale vedrørende etableringen af den nye svømmehal under forudsætning af at der kan opnås enighed om en acceptabel aftale herom med Deres firma. Dragør Kommunes krav og ønsker til den nye svømmehal er beskrevet i vedlagte Byggeprogram med tilhørende bilag.

Udbuddet sker som underhåndsbud efter Tilbudsloven. Udbuddet sker med en fastsat maksimal tilbudssum på DKK 42 mio. ekskl. moms.

Dragør Kommune ser gerne at svømmehallen etableres via et partnersamarbejde med Deres firma, jf. Krav til tilbud, pkt. 3.1.5.«

NCC Danmark A/S afgav herefter et underhåndsbud, hvori tilbudssummen var væsentlig højere end 42 mio. kr. Den 8. december 2005 besluttede indklagede at annullere denne licitation, da det modtagne tilbud ikke overholdt kravet om maximal entreprisensum på 42 mio. kr., hvilket blev meddelt NCC Danmark A/S ved en skrivelse af 13. december 2005.

Tildelingskriteriet var i licitationsbetingelserne både ved 2. licitation og ved 3. licitation fastsat som »det økonomisk mest fordelagtige bud« med følgende underkriterier:

- | | |
|-------------------------|---------|
| A. Teknik og arkitektur | 30-40 % |
| B. Samarbejde | 20-40 % |
| C. Økonomi | 20-40 % |

Dragør Kommune har oplyst at der ikke senere er taget initiativ til at opføre en ny svømmehal.

Den 16. januar 2006 indgav klageren, Raunstrup Gruppen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Dragør Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 31. maj 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 ved under den begrænsede licitation med prækvalifikation vedrørende svømmehallen »Hollænderhallen« i Dragør iværksat ved bekendtgørelse af 19. januar 2005 (2. licitation) at have konstateret, at klagerens tilbud af 27. april 2005 ikke var konditionsmæssigt,

- a. fordi klagerens projekt ikke vedrørende tegningsmateriale m.v. opfyldte licitationsbetingelserne, uagtet klagerens tilbud opfyldte licitationsbetingelserne.
- b. fordi de åbne kalkulationer i klagerens tilbud ikke havde en tilstrækkelig detaljeringsgrad, uagtet kalkulationerne i klagernes tilbud havde en tilstrækkelig detaljeringsgrad.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren § 13, stk. 2, ved i forbindelse med entreprisen etableringen af svømmehallen »Hollænderhallen« i Dragør at have indhentet 5 underhåndsbud, idet indklagede dels i fortsættelse af den begrænsede licitation med prækvalifikation iværksat ved bekendtgørelsen af 19. januar 2005 (2. licitation) indhente 4 underhåndsbud, dels i fortsættelse af den begrænsede licitation med prækvalifikation iværksat ved bekendtgørelsen af 28. juli 2005 (3. licitation) indhente 1 underhåndsbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 ved i forbindelse med den begrænsede licitation med prækvalifikation vedrørende svømmehallen »Hollænderhallen« i Dragør iværksat ved bekendtgørelsen af 19. januar 2005 (2. licitation), som blev annulleret den 24. maj 2005, fra den 1. juni 2005 at have påbegyndt forhandlinger med de 4 tilbudsgivere, uagtet indklagede på dette tidspunkt havde besluttet at indgå kontrakt med tilbudsgiveren NCC Construction Danmark A/S.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 ved i forbindelse med den begrænsede licitation med prækvalifi-

kation vedrørende svømmehallen »Hollænderhallen« i Dragør iværksat ved bekendtgørelsen af 19. januar 2005 (2. licitation), som blev annulleret den 24. maj 2005, i perioden fra den 2. juni 2005 og til den 17. juni 2005 at have fortsat forhandlingerne med tilbudsgiverne, uagtet indklagede på et tidspunkt inden for dette tidsrum havde besluttet at indgå kontrakt med tilbudsgiveren NCC Construction Danmark A/S.

Påstand 5

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 463.489,76 kr.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 5 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 5, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 4.

Ad påstand 1 a

I licitationsbetingelserne vedrørende licitationen iværksat ved bekendtgørelse af 19. januar 2005 (2. licitation) hedder det:

»3.1.1. Tilbudsprojekt

Tilbudsprojektet skal som minimum indeholde følgende materiale:

- situationsplan visende bygge- og anlægsarbejder omfattet af nærværende udbud i mål 1 : 500 (blå på funktionsdiagram vedrørende Helheden)
- situationsplan visende bygge- og anlægsarbejder omfattet af nærværende udbud samt bygge- og anlægsarbejder udenfor nærværende udbud i mål 1 : 500 (blå og grøn på funktionsdiagram vedrørende Helheden)
- etageplaner i mål 1 : 200
- snit og facader i mål 1 : 200
- delsnit i mål 1 : 50
- planer af omklædning I, omklædning II og foyer i mål 1 : 50
- evt. perspektiver eller andre rumlige fremstillinger
- tegningsfortegnelse omfattende alle tegninger

Et sæt tegninger skal afleveres ufoldede, de to øvrige må foldes. Evt. farvelægning kan begrænses til det ufoldede sæt.

3.1.2. Projektbeskrivelse

Der ønskes en redegørelse for tilbudsprojektets samlede hoveddisposition og for tilbudte principper for tekniske anlæg og installationer, herunder oplysninger om

- Arkitektur
- Konstruktioner
- Materialevalg
- tekniske anlæg
- tekniske installationer
- Bassinudstyr
- Inventar
- Arealopgørelse«

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud opfyldte licitationsbetingelserne også for så vidt angår tegningsmaterialet, og at indklagede derfor var uberettiget til at afvise klagerens tilbud på grund af tegningsmaterialet. Klageren havde i første omgang udarbejdet et projekt med alle nødvendige tegninger m.v., men under udarbejdelsen af tilbudet viste det sig nødvendigt at ændre dette projekt på en række punkter, for at klagerens tilbud kunne holde sig inden for den fastsatte maximale entreprisensum på 35 mio. kr. Der blev efter ændringen af projektet ikke udarbejdet et nyt tegningsmateriale, der svarede til det tilbudte projekt, men det fremsendte tegningsmateriale vedrørende det oprindelige projekt, der blev vedlagt tilbudet, gav fuldt ud indklagede mulighed for at vurdere det tilbudte projekt, særligt fordi de foretagne ændringer ikke medførte ændringer i svømmehallens arkitektoniske udtryk. Klageren har herved henvist til, at klageren i tilbudet udtrykkeligt redegjorde for disse forhold således:

»I forhold til tilbudsprojektet skal der præciseres følgende:

Af hensyn til overholdelse af budgetrammen på max. 35 mio. kr. ekskl. moms er der sket følgende reduktioner:

1. Det tegnede svømmebassin på 16,5 m x 25 m reduceres fra 8 til 6 baner svarende til den reduktion af bredden fra 16,5 m til 12,5 m. Dette betyder samtidig at svømmesalen reduceres med 4 m i bredden, svarende til en arealreduktion på 160 m².
2. Det tegnede varmtvandsbassin på 60 m² reduceres til 40 m². Dette betyder samtidig at svømmesalen reduceres med 20 m².
3. Den tegnede spa-bænk i varmtvandsbassinet udgår.
4. Den tegnede Cafe/Foyer på 135 m² reduceres til 80 m².
5. Det tegnede bæreomklædningsrum på 22 m² udgår.

Ingen af de nævnte besparelser medfører ændringer af svømmehallens arkitektoniske udtryk.«

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud ikke indeholdt et tegningsmateriale m.v., der svarer til det tilbudte projekt, at det udtrykkeligt fremgår af licitationsbetingelserne, at der skal medfølge tegningsmateriale vedrørende det tilbudte projekt, at klagerens tilbud således ikke opfyldte kravene i licitationsbetingelserne, samt at indklagede som følge heraf var berettiget til at afvise klagerens tilbud. Indklagede har i øvrigt gjort gældende, at denne mangel ved klagerens tilbud er så væsentlig, at den indebar eller i hvert fald var tæt ved at indebære, at indklagede var forpligtet til at afvise tilbudet.

Ad påstand 1 b

I licitationsbetingelserne vedrørende licitationen iværksat ved bekendtgørelse af 19. januar 2005 (2. licitation) hedder det:

»3.1.4. Åbne kalkulationer

Der skal vedlægges åbne kalkulationer for:

- tilbud på svømmehallens projektering og opførelse iht. Tilbudsprojekt
- tillægspriser

Krav til opdeling af de åbne kalkulationer fremgår af tilbudslisten. Der stilles ikke yderligere krav til kalkulationsprincipper.

De åbne kalkulationer skal herudover være velegnede til håndtering af økonomien i forbindelse projektoptimeringer i projekteringsfasen. Procesbeskrivelsen forventes at redegøre nærmere herfor.«

På tilbudslisterne til licitationsbetingelserne vedrørende licitationen iværksat ved bekendtgørelse af 19. januar 2005 (2. licitation) er anført følgende:

»Som en del af tilbudsbilag nr. 4 er vedlagt åben kalkulation over ovennævnte tilbudspriser. De ovenfor anførte delsummer skal kunne genfindes umiddelbart i den vedlagte åbne kalkulation«.

Klagerens åbne kalkulationer indledes med følgende:

»Åbne kalkulationer

Vore åbne kalkulationer er opbygget efter følgende principper:

Kalkulation nr. 1 indeholder alle indkomne, billigste priser fra underentreprenører samt aktiviteter, som er prissat af Raunstrup Gruppen.

Kalkulation nr. 2 indeholder alle de Kalkulation nr. 1 nævnte priser, men opstilles efter den struktur, som tilbudslisten side 4 er opstillet i.

Kalkulation nr. 3 er opstillet efter en besparelsesrunde, hvor projektet er reduceret til opfyldelse af programkravet og opfyldelse af den maximale budgetramme på 35 mio. kr. ekskl. moms.

Her er følgende elementer ændret:

1. Det tegnede svømmebassin på 16,5 m x 25 m reduceres fra 8 til 6 baner svarende til den reduktion af bredden fra 16,5 m til 12,5 m. Dette betyder samtidig at svømmesalen reduceres med 4 m i bredden, svarende til en arealreduktion på 160 m².
2. Det tegnede varmtvandsbassin på 60 m² reduceres til 40². Dette betyder samtidig at svømmesalen reduceres med 20 m².
3. Den tegnede spa-bænk i varmtvandsbassinet udgår.
4. Den tegnede Cafe/Foyer på 135 m² reduceres til 80 m².
5. Det tegnede bæreomklædningsrum på 22 m² udgår.

Kalkulation nr. 4 vedrører tillægsarbejder som anført i tilbudslisten pkt. 4.«

I en skrivelse af 24. maj 2005 fra indklagede til klageren hedder det:

»De modtagne tilbud er alle mangelfulde/ufuldstændige i forhold til de i udbudsmaterialet stillede krav, og det er derfor konstateret, at alle tilbud er ukonditionsmæssige.

Det af Dem afgivne tilbud er ukonditionsmæssigt som følge af nedenstående forhold:

- Det tegnede projekt afviger fra det tilbudte projekt, hvilket umuliggør en endelig evaluering af det modtagne tilbud.
- De eftersendte åbne kalkulationer ses ikke at have en detaljeringsgrad, som gør kalkulationerne velegnede til en kommende projektoptimering, jf. krav herom i konkurrencebetingelserne, pkt. 3.1.4. Endvidere fremstår det ikke klart, hvorledes de enkelte poster i Deres kalkulation 2 fordeler sig på posterne i tilbudslistens punkt 3.

På baggrund af denne konstatering og en ekstern juridisk vurdering af situationen har ØPU på sit møde den 19. maj 2005 besluttet, at annullere

re den afholdte licitation og at anvende bestemmelserne i Tilbudsbekendtgørelsens § 12, stk. 4, punkt 4. [§ 13, stk. 4, nr. 4]

Der indhentes således underhåndsbud fra de 4 tilbudsgivere, som afgav tilbud ved den afholdte, nu annullerede, licitation. Underhåndsbuddet indhentes på præcis samme grundlag, som den hermed annullerede licitation, dog med en justering af tidsplanen.

De bedes bekræfte, at De vedstår Deres tilbud som underhåndsbud ved at underskrive og stemple vedlagte kopi af nærværende brev og foranledige, at den underskrevne kopi er Dragør Kommune i hænde senest torsdag den 26. maj 2005, kl. 13.00.

Under forudsætning af, at De bekræfter, at De vil vedstå Deres tilbud af 28. april 2005 som et underhåndsbud, inviteres De hermed til forhandling om Deres underhåndsbud.«

Klageren har gjort gældende, at de åbne kalkulationer i klagerens tilbud opfyldte kravene i licitationsbetingelserne til »åbne kalkulationer«, og at indklagede derfor var uberettiget til at afvise klagerens tilbud. Klageren har gjort gældende, at de krav til »åbne kalkulationer«, som indklagede indfortolker i licitationsbetingelserne, ikke med den nødvendige tydelighed fremgår af licitationsbetingelserne, og at disse krav i øvrigt adskiller sig fra de krav, der almindeligvis stilles til »åbne kalkulationer«.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens åbne kalkulationer ikke var tilstrækkeligt detaljerede, dels fordi tilbudslistens delsummer ikke kunne genfindes i kalkulationerne, hvilket efter licitationsbetingelserne var et eksplicit krav, dels fordi man ikke kunne se, hvilke ydelser der var indeholdt i de enkelte poster i tilbudslisten, hvilket er nødvendigt for, at man kunne anvende de åbne kalkulationer ved den påtænkte projektoptimering. Klagerens åbne kalkulationer opfyldte således ikke licitationsbetingelserne punkt 3.1.4.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at de 4 underhåndsbud, som indklagede indhentede i forbindelse med 2. licitation, og det ene underhåndsbud, som indklagede indhentede i forbindelse med 3. licitation, vedrørte samme arbejde, at indklagede således har indhentet i alt 5 underhåndsbud vedrørende samme arbejde, at det er uden betydning, at 2 af de 5 underhåndsbud er indhentet hos samme tilbudsgiver, nemlig NCC Construction Danmark A/S, samt at indklagede således har handlet i strid med bekendtgørelsen § 13, stk. 2.

Indklagede har i første række gjort gældende, at begrænsningen i bekendtgørelsens § 13, stk. 2, alene indebærer, at der ikke inden for samme runde af indhentning af underhåndsbud må indhentes mere end 4 underhåndsbud, og at bestemmelsen således ikke regulerer den foreliggende situation, hvor der er tale om to runder af indhentning af underhåndsbud i forlængelse af hinanden.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at det projekt, der blev indhentet underhåndsbud på efter annullationen af 2. licitation, ikke i bekendtgørelsens forstand var det samme projekt som det projekt, der blev indhentet underhåndsbud på efter annullationen af 3. licitation, idet den maximerede entreprisensum ved 2. licitation var 35 mio. kr., mens den ved den 3. licitation var 42 mio. kr.

Ad påstand 3 og 4

Klageren har henvist til følgende i et notat af 9. februar 2005 udarbejdet af indklagedes tekniske rådgiver Aktieselskabet Hifab Byggeombud i forbindelse med prækvalifikationen under 2. licitation:

»NCC har i deres anmodning taget forbehold for ovennævnte tidsplan. Grundet mangel på ressourcer ønsker NCC tilbudsperioden udsat (fra) 4. marts til 28. april 2005. Det anbefales, at tidsplanen skubbes således, at udbudsmaterialet udsendes 15. februar 2005 og med licitation den 28. april 2005. Anbefalingen begrundes ned følgende forhold:

-
- NCC's team er blandt de stærkeste teams blandt de 5 teams som ansøger
-
-«

Klageren har endvidere henvist til følgende i Teknisk Forvaltnings indstilling til Økonomi- og Planudvalget forud for et møde den 19. maj 2005:

»Givet, at skal der arbejdes videre med at realisere en ny svømmehal ved Hollænderhallen, foreligger der nu to forskellige måder at komme videre på, når licitationen annulleres..... Den anden er gennemførelse af et nyt udbud på ændrede vilkår og efter en ny og afhængig af ændringerne længere tidsplan. Det vilkår, der først og fremmest kunne overvejes ændret, er den maksimale pris, da der er meget, der tyder på, at en

sådan svømmehal ikke kan realiseres for 35 mio. kr.Såfremt den sidste fremgangsmåde med et nyt udbud vælges, er det administrations vurdering, at en ny maksimal pris bør ligge omkring 42 mio. kr.«

Klageren har endelig henvist til, at indklagede i en skrivelse af 25. juli 2005 - d.v.s. forud for iværksættelsen af 3. licitation - hvor kommunen tog stilling til en anmodning om aktindsigt efter offentlighedsloven, har anført følgende:

»Baggrunden for, at Dragør Kommune har valgt at undtage ovennævnte dokumenter fra aktindsigt er, at Dragør Kommune nu er i gang med en ny udbudsrunde der i princippet sker på uændret grundlag i forhold til det oprindelige projekt.«

Klageren har gjort gældende, at indklagede, da kommunen i fortsættelse af annullationen af 2. licitation indhentede underhåndsbud med henblik på forhandling, allerede havde besluttet at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S om opførelse af en svømmehal til ca. 42 mio. kr., eller at kommunen i hvert fald i løbet af disse forhandlinger traf en sådan beslutning, og at indklagede herved har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Licitationslovens § 6.

Indklagede har gjort gældende, at kommunen ikke på noget tidspunkt har truffet beslutning om indgåelse af kontrakt med NCC Construction Danmark A/S, og at kommunen således ikke har overtrådt Tilbudslovens § 6.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 a

Indklagede havde i licitationsbetingelserne bestemt, at tilbud som et minimum skulle indeholde de situationsplaner, etageplaner, snit og facader, delsnit m.v., som er opregnet i licitationsbetingelsernes punkt 3.1.1., og efter indholdet af dette vilkår må det for professionelle tilbudsgivere være klart, at det krævede materiale skal vedrøre det projekt, som tilbudsgiveren afgiver tilbud på. Da klagerens tilbud imidlertid ikke var vedlagt det krævede materiale vedrørende det projekt, som klageren afgav tilbud på, men alene materiale vedrørende et andet projekt, som havde dannet udgangspunkt for

udarbejdelsen at det tilbudte projekt, har klageren ikke ved afgivelsen af sit tilbud på dette punkt opfyldt licitationsbetingelserne. Indklagede var herefter berettiget til som sket at afvise klagerens tilbud. Klagenævnet finder endvidere anledning til at fastslå, at indklagede efter beskaffenheden af den mangel, der var ved klagerens tilbud, også var forpligtet til at afvise tilbudet. Klagenævnet tager derfor ikke påstand 1 a til følge.

Ad påstand 1 b

Indklagede beskrev i licitationsbetingelsernes punkt 3.1.4. de »åbne kalkulationer«, der blev stillet krav om, bl.a. ved en henvisning til de krav til opdeling af de åbne kalkulationer, som fremgik af tilbudslisten, og indklagede understregede endvidere i punkt 3.1.4. udtrykkeligt, at de åbne kalkulationer skulle være velegnede til håndtering af økonomien i forbindelse med projektoptimering i projekteringsfasen. Endvidere anførte indklagede udtrykkeligt i tilbudsbilag nr. 3, at der som en del af tilbudsbilag nr. 4 skulle være vedlagt åbne kalkulation over tilbudspriserne i tilbudsbilag nr. 3, og at det skulle ske på en sådan måde, at de anførte delsummer skulle kunne genfindes umiddelbart i den vedlagte åbne kalkulation. Da klagerens tilbud ikke opfyldte disse krav, var indklagede berettiget til at afvise klagerens tilbud. Klagenævnet tager derfor ikke påstand 1 b til følge.

Ad påstand 2

Det byggeprojekt, som 2. licitation vedrørte, var opførelsen af en svømmehal m.v. med en maksimal enterprisesum på 35 mio. kr., mens det byggeprojekt, som 3. licitation vedrørte, også var opførelsen af en svømmehal m.v., men nu med en maksimal enterprisesum på 42 mio. kr. Den omstændighed, at den maksimale enterprisesum for projektet ved 3. licitation blev ændret fra de 35 mio. kr. ved 2. licitation til 42 mio. kr., indebærer ikke i sig selv, at der ikke længere foreligger »samme arbejde«, jf. bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 § 13, stk. 2. Under hensyn til, at licitationen blev gennemført vedrørende en totalentreprise, hvor tilbudsgiverne som led i deres tilbudsgivning selv skulle udarbejde byggeprojektet, der herefter skulle vurderes ved en »kvalitetskonkurrence«, er det imidlertid Klagenævnets vurdering, at alene forøgelsen af den maksimale enterprisesum med 20 % ved dette projekt har været af så afgørende betydning for »Kvalitetskonkurrencen«, at der ikke ved 3. licitation var tale om det »samme arbejde« som

ved 2. licitation. Det følger af det anførte, at Klagenævnet ikke tager påstand 2 til følge.

Under hensyn til formålet med bestemmelsen i § 13, stk. 2, om et maksimalt antal »underhåndsbud« på 4, må denne bestemmelse fortolkes således, at den tilsigter at afskære ordregivere fra muligheden for på grundlag af underhåndsbud at forhandle med mere end 4 »tilbudsgivere«. Dette indebærer, at det ikke er udelukket at forhandle med 4 tilbudsgivere, selvom en eller flere af disse tilbudsgivere har afgivet mere end et tilbud. Indklagede ville således – også selvom der ved 2. og 3. licitation havde foreligget »samme arbejde« – ikke efter § 13, stk. 2, havde været afskåret fra at forhandle med de 4 tilbudsgivere.

Ad påstand 3 og 4

Ingen af de oplysninger, som er forelagt Klagenævnet vedrørende forløbet af 2. licitation i perioden 19. januar 2005 - 24. maj 2005 og vedrørende forløbet af indklagedes efterfølgende indhentning af 4 underhåndsbud og indklagedes forhandlinger med de 4 tilbudsgivere i perioden 1. juni 2005 – 17. juni 2005 giver noget grundlag for at antage, at indklagede på noget tidspunkt inden for hele perioden 19. januar 2005 – 17. juni 2005 havde truffet beslutning om, at kommunen ville indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S om opførelse af en ny svømmehal til ca. 42 mio. kr. Tværtimod taler en række faktiske forhold mod en sådan antagelse. Indklagede har fortsat ikke - selvom der nu er forløbet knapt et år fra den anførte periode – indgået nogen kontrakt med NCC Construction Danmark A/S vedrørende en ny svømmehal. Indklagede udfoldede forud for 2. licitation anstrengelser for at få så mange virksomheder som muligt til at anmode om prækvalifikation under denne licitation, og indklagede prækvalificerede alle de 5 virksomheder, der anmodede om prækvalifikation. Efter at 2. licitation var annulleret, anmode indklagede alle de 4 tilbudsgivere – og altså ikke alene NCC Construction Danmark A/S – om at vedstå deres tilbud som led i indhentning af underhåndsbud efter bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 § 13, stk. 4, nr. 4. Videre har indklagede over for Klagenævnet på fyldestgørende måde redegjort for sin saglige begrundelse for, at indklagede endte med ikke at anse tilbudet fra klageren for acceptabelt, uanset at dette tilbud overholdt den fastsatte maksimale entreprisesum på 35 mio. kr. Endelig forsøgte indklagede påny forud for iværksættelsen af 3. licitation at få flere virksomheder til at anmode om prækvalifikation, og årsagen til, at 3. licitation

ikke kunne gennemføres, var således, at kun NCC Construction Danmark A/S – og således ikke andre virksomheder bl.a. klageren – anmodede om at blive kvalificeret.

Klagenævnet tager således hverken påstand 3 eller 4 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig