

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Michael Jacobsen, Gorm Kildahl Elikofer)

J.nr.: 03-60.178

30. juni 2003

K E N D E L S E

Skanska Danmark A/S
(advokat Hans-Peter Jørgensen, Århus)

mod

Løgstør Kommune
(advokat Henrik Hauge Andersen, København)

Ved skrivelse af 12. august 2002 anmodede indklagede, Løgstør Kommune, som led i en begrænset licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende en totalentreprise om tilbygning til Plejehjemmet Bøgely 5 virksomheder, herunder klageren, Skanska Danmark A/S, og NCC Construction Danmark A/S, om at afgive tilbud. Alle 5 virksomheder afgav tilbud inden udløbet af fristen den 3. september 2002. Den 12. september 2002 besluttede indklagede at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S, og kontrakten blev efterfølgende indgået mellem parterne den 14. januar 2003.

Den 20. januar 2003 indgav klageren, Skanska Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Løgstør Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 2. maj 2003.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001 § 5, stk. 1, og § 23, stk. 1, ved at tage tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S i betragtning, uagtet arkitektfirmaet Friis og Moltke A/S, der tidligere havde været rådgiver for indklagede vedrørende det pågældende byggearbejde, var rådgiver for NCC Construction Danmark A/S ved udarbejdelsen af tilbudet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S i betragtning, uagtet tilbudet indeholdt et forbehold, som indebar, at tilbudet ikke opfyldte mindstekravene efter licitationsbetingelserne vedrørende vejrligsforanstaltninger i vinterperioden, idet tilbudet indeholdt følgende forbehold: »Danske Entreprenørers standardforbehold for totalentreprise af april 2000«.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved ikke ved vurderingen af tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S at prissætte det forbehold, der var taget i dette tilbud i forhold til licitationsbetingelsernes krav vedrørende vejrligsforanstaltninger i vinterperioden: »Danske Entreprenørers standardforbehold for totalentreprise af april 2000«.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1 og 2, jf. § 6, stk. 2, ved at beslutte at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S, uagtet at indklagedes vurdering af tilbudene skulle have ført til, at klagerens tilbud blev bedømt til 4,13 point, mens tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S blev bedømt til 4,04 point, idet indklagede ved prissætningen af forbeholdet i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S vedrørende ledningsomlægning i vej og vandtryk på gulve undlod at tage hensyn til momsen, hvilket medførte at tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S blev bedømt til 4, 12 point.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1 og 2, jf. § 6, stk. 2, ved i forbindelse med vurderingen af tilbudene ved anvendelsen af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have anvendt underkriterier, der ikke var fastsat i licitationsbetingelserne, idet indklagede anvendte følgende underkriterier:

- a. »bedste bomiljø for beboere og personale«.
- b. »bedste arkitektoniske hovedgreb med hensyn til arkitektonisk tilpasning af anlægget og skalaen i den omliggende bebyggelse«.
- c. »forslaget kan gennemføres indenfor de økonomiske rammer for projektet«.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1 og 2, jf. § 6, stk. 2, ved i forbindelse med vurderingen af tilbudene ved anvendelsen af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have tillagt underkriteriet (1) god plandisponering for stor vægt.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 7 ved ikke i forbindelse med åbningen af tilbudene den 3. september 2002 kl. 11.30 at have gjort de øvrige tilbudsgivere bekendt med, at tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S indeholdt følgende forbehold:

- a. »Ovenstående sum er specificeret i tilbudslisten og er incl. vinterforanstaltninger«.
- b. »I forbindelse med vort projekt er det nødvendigt at omlægge ledninger, som eventuelt ligger i vej. Da det ikke har været muligt at få oplyst af forsyningsselskaberne, hvad omkostningerne må være, er dette ikke medregnet i vort tilbud«.
- c. »I tilbudet er der ikke regnet med vandtryk på gulve. Kælderen forudsættes, som anført i udbudsmaterialets geotekniske rapport pkt. 5.0, at kunne rørholdes med omfangsdræn og kapillarbrydende lag under gulve«.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 11, stk. 2 og bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001 § 11, stk. 1, jf. stk. 2 og 3, ved forud for beslutningen om med hvem, der skulle indgås kontrakt, at forhandle med NCC Construction Danmark A/S om det afgivne tilbud, uden at der senest ved forhandlingens indledning over for de pågældende tilbudsgivere var tilkendegivet, hvilken procedure der vil blive fulgt, og uden at der blev tilbudt forhandling med de øvrige tilbudsgivere.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Arkitektfirmaet Friis og Moltke A/S udarbejdede i 2001 for indklagede 2 rapporter, nemlig »Udviklingsplaner for Ranum og Bøgely Plejecentre, november 2001« og »Renoverings- og udbygningsplaner for plejehjemmene Kærbo og Bøgely, december 2001«. Ved to fakturaer af 6. november 2001 til indklagede fakturerede Friis og Moltke A/S med henvisning til en rådgivningsaftale i alt 208.937,50 kr. inkl. moms for 315 timers arbejde fordelt på tre medarbejdere. Ved en faktura af 1. januar 2003 fakturerede arkitektfirmaet 115.156,25 kr. inkl. moms for 183,5 timers arbejde fordelt på tre medarbejdere.

Udviklingsplanerne indeholder en række tegninger, blandt andet med forslag til tilbygning til Plejehjemmet Bøgely. Af renoverings- og udbygningsplanerne fremgår blandt andet følgende:

»På foranledning af Personforvaltningen, Løgstør Kommune, har arkitektfirmaet Friis og Moltke A/S fået til opgave at udarbejde et oplæg til en renoveringsplan for 2 plejehjem i Løgstør Kommune«.

Under afsnittet »Formål« oplyses:

»Renoverings- og udbygningsplanen tager udgangspunkt i en helhedstænkning, således at plejehjemmenes problemer ved fuld gennemførelse af planen - set i forhold til den af kommissoriet angivne ramme - vil være løst bedst muligt under de givne forhold. Renoverings- og udbygningsplanen er udarbejdet med hensyntagen til følgende:

.....

Overskuelige enheder for beboere og personale: Boenhedernes størrelser skal være overskuelige for beboerne. Ganglængder minimeres og personalefunktioner placeres centralt.«

Under afsnittet »Organisation« oplyses følgende:

»Materialet er et resultat af et fællesskab mellem kommune og arkitektfirma. Til dette arbejde er der nedsat en styregruppe bestående af politikere, embedsmænd, personale og ældrerådsrepræsentant. På hvert plejehjem er der nedsat en arbejdsgruppe bestående af beboer, personale, embedsmænd og ældrerådsrepræsentant.«

I afsnittet »Resultat« hedder det blandt andet:

»Hvor der er tale om tilbygninger/nybygninger, bør planerne læses som et tegnet program, der beskriver størrelser og funktionelle sammenhæn-

ge. Disse kan danne udgangspunkt for et egentligt byggeprojekt. I denne forbindelse bør tilbygningens relation til der eksisterende byggeri og dens indretning overvejes nøje.«

I tilknytning hertil indeholder renoverings- og udbygningsplanerne en 6 siders beskrivelse af Plejehjemmet Bøgely samt tegninger med udviklingsplaner for de enkelte etager i hjemmet. Beskrivelsen indeholder blandt andet et oplæg, som i 18 punkter opsummerer problemstillinger og behov samt ønsker og forventninger til det fremtidige plejecenter. Et af de 18 punkter er »korte gangafstande.«

I skrivelse af 12. august 2002 til de 5 tilbudsgivere anførte indklagede følgende:

»Udbudsmaterialet består af nærværende udbudsbrev med tilhørende udbudsdokumenter:

Tilbudsliste

Tegninger i henhold til tegningslister

Beskrivelse inkl. tidsplan

Geoteknisk rapport

Lokalplan

CD-rom med dispositionstegninger, luftfoto og matrikelkort

.....

Arbejdet udbydes i henhold til Lov nr. 450 af 07.06.2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Eventuelle spørgsmål vedrørende udbudet skal rettes skriftligt til Arkitektfirmaet C. F. Møller frem til 23. august 2002.

.....

Tildeling sker efter økonomisk mest fordelagtige tilbud med følgende valgkriterier, opstillet i tilfældig rækkefølge:

1. God plandisponering
2. Arkitektonisk kvalitet
3. Pris.«

I et rettelsesblad af 21. august 2002 er anført følgende:

»Tildeling sker efter økonomisk mest fordelagtige tilbud med følgende valgkriterier og vægtning:

1. God plandisponering, 25%
2. Arkitektonisk kvalitet , 25%
3. Pris, 50%«

I licitationsbetingelserne af 12. august 2002 hedder det i afsnittet »Projektbeskrivelse«:

»Den ny tilbygning skal opføres i 3 etager i en arkitektonisk udformning og materialer, med reference til eksisterende plejecenter. Der skal i udformningen tages hensyn til den centrale placering med facade mod byens grønne anlæg og skalaen i den omkringliggende bebyggelse

.....

Tilbygningen skal opføres i blank mur i rød tegl og med rødt tegltag som eksisterende plejecenter. Vinduer og døre med glas skal udføres i træ-alu med spinkle sprosser. I facaderne kan der indpasses lette partier som fx karnapper i stål/aluminium med lakeret overflade og glas.«

Licitationsbetingelserne indeholder endvidere en detaljeret gennemgang af krav til indretning og disponering af tilbygningen samt en bygningsdelsbeskrivelse med detaljerede kvalitetskrav. Desuden indeholder beskrivelsen et afsnit om vejrligsforanstaltninger, hvor følgende er anført:

»Den efterfølgende byggeopgave skal gennemføres ved anvendelse af vejrligsforanstaltninger i henhold til »Bekendtgørelse om Bygge- og anlægsarbejder i vinterperioden«, Bygge- og Boligstyrelsens bekendtgørelse nr. 728 [ændret til nr. 78 i rettelsesliste af 27. august 2002] af 5. september 1995 og som nærmere beskrevet i styrelsens »Vejledning om vinterbyggeri« oktober 1995.

.....

Overenskomstmæssige vejrligsforanstaltninger også i den udvidede periode skal være indeholdt i tilbudet. Alle særlige vejrligsforanstaltninger skal være indeholdt i tilbudet.«

I afsnittet »Totalentreprenøren tilbud« er det anført, at der »ikke er udarbejdet tegningsgrundlag til nybygningen«.

Tilbudene indeholdt følgende tilbudspriser, inklusiv moms:

1. Klageren	29.125.000 kr.
2. KPC Byg A/S	32.833.106 kr.
3. HP Gruppen A/S	38.531.250 kr.
4. NCC Construction Danmark A/S	30.515.000 kr.
5. MT Højgaard A/S	45.625.000 kr.

Det fremgår af tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S, at tilbudssummen er »inkl. vinterforanstaltninger«. Endvidere anføres under »Forudsætninger« følgende:

»Standardforbehold for totalentreprise af april 2000. Vedlægges som bilag. I forbindelse med vort projekt er det nødvendigt at omlægge ledninger som evt. ligger i vej. Da det ikke har været muligt at få oplyst, af forsyningsselskaberne hvad omkostningerne må være, er dette ikke medregnet i vort bud.«

I beskrivelsen anføres endvidere:

»I tilbudet er der ikke regnet med vandtryk på gulve. Kælderen forudsættes, som anført i udbudsmaterialets geotekniske rapport pkt. 5.0, at kunne tørholdes med omfangsdræn og kapillarbrydende lag under gulve.«

I et håndskrevet notat dateret 4. september 2002 udarbejdet af en arkitekt hos arkitektfirmaet C. F. Møllers Tegnastue, der var indklagedes tekniske rådgiver i forbindelse med licitationen, er anført en række fordele og ulemper ved tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S. Desuden er der i en indrammet kasse anført følgende:

» Kapitaliseres	1,0 - 1,5 mio	Skal kapitaliseres
+ diverse	<u>0,5 mio</u>	
	<u>2,0 mio</u>	«

Umiddelbart neden under denne kasse er skrevet »+ 25% moms!«

I en indstilling af 6. september 2002 fra indklagedes tekniske rådgiver til byrådet i Løgstør Kommune anføres tildelingskriteriet og de tre underkriterier samt vægtningen heraf. Desuden bemærkes om tilbygningen til plejehjemmet Bøgely:

»De 5 projekter for Bøgelys tilbygning er efter licitationen blevet bedømt indenfor de 3 fastlagte valgkriterier på en skala fra 1-5 af et bedømmelsesudvalg «

Herefter følger en beskrivelse og vurdering af de 5 tilbud. Det fremgår heraf, at budsummen i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S på 30.515.000 kr. inkl. moms ved kapitalisering af forbeholdet er tillagt 2.000.000 kr. svarende til i alt 32.515.000 kr. inkl. moms. Under »Resultat« er anført følgende:

»Bedømmelsesudvalget anbefaler i fuld enighed Projekt 4 [tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S] til gennemførelse med følgende begrundelse:

- forslaget vurderes at være det projekt, der vil give det bedste bomiljø for beboere og personale
- forslaget vurderes at have konkurrencens bedste arkitektoniske hovedgreb med hensyn til arkitektonisk tilpasning til anlægget og skalaen i den omkringliggende bebyggelse
- forslaget kan gennemføres indenfor den økonomiske ramme for projektet.«

I en skrivelse af 9. september 2002 fra NCC Construction Danmark A/S til indklagedes tekniske rådgiver har tilbudsgiver prissat forbeholdet i tilbudet vedrørende omlægning af ledninger i vej til 33.500 kr., mens forbeholdet vedrørende vandtryk på gulve er prissat til 1.232.000 kr. Desuden er der anført et beløb på 124.800 kr. for tilslutningsafgifter for el. Fra disse beløb, der tilsammen udgør 1.390.300 kr., er der trukket et »fradrag ved ordre« på 140.300 kr., så det samlede tillæg ifølge denne opgørelse bliver 1.250.000 kr.

Indklagede traf den 12. september 2002 beslutning om at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S.

I en skrivelse af 16. september 2002 fra indklagedes tekniske rådgiver til klageren er anført følgende:

»På vegne af Løgstør Kommune skal vi hermed meddele at bygherren har antaget tilbudet fra NCC Danmark A/S som det økonomisk mest fordelagtige. Bedømmelsesudvalget har i fuld enighed anbefalet projektet fra NCC Danmark A/S til gennemførelse med følgende begrundelse:

- forslaget vurderes at være det projekt, der vil give det bedste bomiljø for beboere og personale
- forslaget vurderes at have konkurrencens bedste arkitektoniske hovedgreb med hensyn til arkitektonisk tilpasning til anlægget og skalaen i den omkringliggende bebyggelse
- forslaget kan gennemføres indenfor den økonomiske ramme for projektet.«

En skrivelse af 22. oktober 2002 fra Kommunernes Revision, som bistod indklagede, til klageren er vedlagt et skema vedrørende bedømmelsen af de fem tilbud. Heraf fremgår, at tilbudet fra klageren har fået følgende point:

1. God plandisponering:	3,5 x 25% = 0,88
2. Arkitektonisk kvalitet	3 x 25% = 0,75
3. Pris	5 x 50% = 2,5
Samlet	= 4,1

Det fremgår endvidere af skrivelsen, at NCC Construction Danmark A/S har fået følgende point:

1. God plandisponering:	4,5 x 25% = 1,13
2. Arkitektonisk kvalitet	4 x 25% = 1,0
3. Pris	3,97 x 50% = 1,99
Samlet	= 4,1

Tilbudene blev således vedrørende hvert af de 3 underkriterier »1. God plandisponering«, »2. Arkitektonisk kvalitet« og »3. Pris«, der var vægtet henholdsvis 25%, 25% og 50%, bedømt efter en skala fra 1 til 5. Det er oplyst, at det var muligt, at flere tilbud kunne opnå samme point vedrørende samme underkriterium. Ved god plandisponering bedømte man dagcenteret og boligcenteret for sig og beregnede gennemsnittet heraf. Ved arkitektonisk kvalitet bedømte man arkitektur og materialer for sig og beregnede gennemsnittet heraf. Det er årsagen til, at der i disse to kategorier figurerer halve point. Endvidere blev der ved underkriteriet »3. Pris« ikke tildelt hele point, men anvendt en vægtning med udgangspunkt i forskellen mellem det billigste og det dyreste tilbud.

Forklaringer

Afdelingschef Einar Andersen har forklaret, at han var ansvarlig for klagerens afgivelse af tilbud. Tegningerne mv. i de oprindelige udviklingsplaner samt renoverings- og udbygningsplaner, som Friis og Moltke A/S udarbejdede, var ikke en del af licitationsbetingelserne. Et kendskab til dette materiale, som antageligt indeholdt en endelig beskrivelse af brugernes ønsker og kriterierne til byggeriet, havde stor praktisk betydning, ikke mindst da der blot var 15 dage til at udarbejde tilbudet. Friis og Moltke A/S havde således et forspring ved tidligere at have gjort sig overvejelser over disponeringen. Tilbudsgiverne konkurrerer på god plandisponering, som ikke nærmere fremgår af licitationsmaterialet, og klageren skulle derfor - modsat Friis og Moltke A/S - i den korte tidsperiode sætte sig ind i de grundlæg-

gende behov ved udformningen af byggeriet. Klageren ville, hvis man havde været bekendt med ønsket om korte gangafstande, have gjort visse ting anderledes. Ganglængderne kan ikke i almindelighed være afgørende. Hvis kriterier konkret var af afgørende betydning, bør det fremgå af licitationsbetingelserne og ikke overlades til almen viden. Til licitationsbetingelserne var vedlagt en skitse fra en af de 2 udarbejdede rapporter, men det blev oplyst, at det var en fejltagelse, og at man ikke skulle gå ud fra den. Klageren brugte ikke denne skitse, idet der blev konkurreret på god plandisponering, og det gav ingen mening, hvis alle deltagere afleverede ens forslag hertil. I øvrigt var klageren af den opfattelse, at deres eget forslag var bedre.

Sagsbehandler Peter Staun, Løgstør Kommune, har forklaret, at det oprindelige projekt fra Friis og Moltke A/S omfattede 1.240 m², hvilket var for meget, idet man skulle ned på 1.020 m², hvorfor dette projekt ikke blev valgt. Der skulle derfor udarbejdes et projekt, og da projektet lå over tærskelværdien for tjenesteydelser, blev der afholdt et begrænset EU-udbud på rådgiverarbejdet, som Friis og Moltke A/S deltog i, hvilket ingen opfattede som betænkeligt. På baggrund af dette EU-udbud valgte man at indgå aftale med C. F. Møllers Tegnastue, men det var den oprindelige idé, at arbejdet udført af Friis og Moltke A/S kunne danne grundlag for de videre overvejelser. Skitsen fra en af de 2 udarbejdede rapporter blev fejlagtig vedlagt licitationsbetingelserne vedrørende nybygningen, og det blev på forespørgsel fra en af de andre tilbudsgivere oplyst, at det ikke var en facitliste, men at man »kunne bruge den, når den nu var der«. Tegningerne mv. i de oprindelige udviklingsplaner samt renoverings- og udbygningsplaner udarbejdet af Friis og Moltke A/S blev ikke vedlagt licitationsbetingelserne, da planløsningen var for stor og for dyr, men der var reelt intet til hinder for, at dette materiale var blevet vedlagt. Friis og Moltke A/S kunne dog ikke direkte bruge det oprindelige forslag i den efterfølgende licitation, og der var flere af de andre forslag, der lignede det oprindelige forslag mere end tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S. At der kun var 15 arbejdsdage til afgivelse af tilbud var beklageligt, men skyldtes »smølen« hos kommunen i op mod et år efter udarbejdelse af en rapport fra Arbejdstilsynet, som var årsag til, at man overhovedet satte projektet i gang. Der blev afholdt en temadag om byggeriet. En temadag kan betragtes som et ekstraordinært kommunalbestyrelsesmøde med deltagelse af alle kommunalbestyrelsesmedlemmer samt af embedsmænd. På temadagen den 5. september 2002 blev indstillingen mundtligt forelagt for medlemmerne af kommunalbestyrelsen, som på denne baggrund tog stilling, hvorefter indstillingen den føl-

gende dag blev færdigudformet skriftligt. Der foreligger ingen protokollat fra temadagen, men det er hans opfattelse, at der den dag blev truffet en endelige beslutning om, hvem der skulle indgås aftale med.

Arkitekt Eva Møller Sørensen har forklaret, at hun sammen med Søren Nellemann Vestergaard var ansvarlig på projektet hos indklagedes tekniske rådgiver, C. F. Møllers Tegnastue, og at hun lavede licitationsbetingelserne. Hendes første opgave var at undersøge, om man kunne reducere størrelsen af forslaget fra Friis og Moltke A/S tilstrækkeligt, hvilket viste sig ikke at være hensigtsmæssigt. Kravene i byggeprogrammet var, hvad der efter drøftelser med brugere om krav og ønsker blev vurderet som de væsentligste. Underkriterierne blev fastsat efter en arkitektfaglig vurdering af, hvad der var relevant, uden at der er disponeret ud fra det oprindelige forslag fra Friis og Moltke A/S. De ting, der ikke er videreført fra det oprindelige forslag, er efterfølgende fundet mindre væsentlige. Man valgte ikke at lægge det oprindelige forslag ved licitationsbetingelserne, da det størrelsesmæssigt ikke opfyldte kommunens ønsker, og da man ikke ønskede at binde tilbudsgiverne. Det er hendes opfattelse, at projektet fra NCC Construction Danmark A/S arkitektonisk og hovedgrebsmæssigt i mindre grad end flere andre deltagende projekter ligner det oprindelige forslag. Da det efter sammentælling af point ved bedømmelsen af tilbudene var konstateret, at to tilbud havde opnået lige mange point, valgte man - fremfor det billigste tilbud - det tilbud, som var af bedst kvalitet, idet dette dog holdt sig inden for projektets budgetmæssige rammer. Vægtningen af pris med 50% var netop blevet fastsat for at sikre, at projekterne kunne holdes inden for denne ramme.

Arkitekt Søren Nellemann Vestergaard har forklaret, at han har fungeret som et koordinerende led hos indklagedes tekniske rådgiver. Ved åbningen af tilbudene den 3. september 2002 oplæste man fra tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S budsummen samt henvisningen til Standardforbehold for totalentreprise af april 2000. Han er sikker på, at forbeholdet vedrørende vandtryk på gulve ikke blev oplæst, men er i tvivl om resten. Det er ham, der har udarbejdet det håndskrevne notat af 4. september 2002. Der er tale om hans notater forud for et møde med sagsbehandler Peter Staun og endnu en repræsentant fra Løgstør Kommune, en rådgivende ingeniør samt Hans Jørgen Christensen fra Kommunernes Revision, hvor forbeholdene i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S skulle vurderes. Alene det, der i rammen er anført om kapitaliseringen, er skrevet under selve mødet. Ka-

pitaliseringen på 1,0 - 1,5 mio. kr. indeholdt formentligt forbeholdene vedrørende vandtryk på gulv og vedrørende omlægning af ledning i vej. Beløbet blev fastsat ud fra den erfarne rådgivende ingeniørs vurdering og beregning på en regnemaskine, men der var ikke indhentet tilbud, vejledende priser eller lignende, og der blev ikke udarbejdet notat over mellemregninger mv. Diverseposten på 0,5 mio. kr. blev medtaget, da man ville være på den sikre side med hensyn til mulige forbehold vedrørende vinterforanstaltninger i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S. Det var dog ikke opfattelsen, at der reelt var tale et forbehold. Det anførte »+ 25% moms!« under kapitaliseringen på 2 mio. kr. skal betragtes som et kladdenotat om, at der i beløbet er inkluderet moms. Ved kommuner skal der i modsætning til ved private bygherrer lægges moms til. Han husker ikke, at der skulle være blevet lagt vægt på andre kriterier end anført i licitationsbetingelserne. Torsdag den 5. september 2002 blev der afholdt en temadag med kommunalbestyrelsen i Løgstør Kommune, og det er hans opfattelse, at der på dette møde reelt blev truffet afgørelse om, at det var tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S, man ville vælge. Det blev på temadagen besluttet at få afklaret den sidste tvivl om NCC Construction Danmark A/S's tilbud, navnlig vedrørende mulige forbehold. Han har hørt, at hans chef Peter Strøiberg derfor tog kontakt til NCC Construction Danmark A/S. Dette skete formentligt telefonisk, og formentligt fredag den 6. september 2002 eller mandag den 9. september 2002. Han ved ikke, hvad der i den forbindelse blev sagt.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at NCC Construction Danmark A/S under licitationen har opnået en konkurrencefordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere, derved at denne tilbudsgiver som rådgiver under projekteringen af totalentreprisen anvendte Friis og Moltke A/S, der som rådgiver for indklagede havde deltaget i undersøgelser forud for beslutningen om at udbygge Plejehjemmet Bøgely og derved havde opnået et indgående kendskab til indklagedes ønsker, som de øvrige tilbudsgivere ikke blev gjort bekendt med. Indklagede skulle derfor have undladt at tage tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S i betragtning, idet der i modsat fald ville finde for-

skelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne i strid med tilbudslovens § 6, som præciseret i bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001 § 5, stk. 1. Efter § 5, stk. 1, skal totalentreprenøren identificeres med sine rådgivere ved tilbudsindhentningen. Når der er en nærliggende fare for, at en viden hos én tilbudsgiver, som de andre tilbudsgivere ikke har, konkret kan have været en udslagsgivende fordel for denne tilbudsgiver ved tilbudsgivningen, påhviler der udbyderen en skærpet habilitetsbedømmelse, ligesom udbyderen har bevisbyrde for, at forholdet ikke er konkurrenceforvridende. Klageren har endeligt gjort gældende, at indklagede ved at beslutte at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S har overtrådt bekendtgørelsens § 23, stk. 1, om entreprenørens forbud mod til brug for afgivelsen af tilbud at indhente tilbud fra virksomheder, som på samme arbejde varetager eller har varetaget funktioner som blandt andet rådgiver for bygherren.

Indklagede har gjort gældende, at NCC Construction Danmark A/S efter en konkret vurdering ikke har opnået en uberettiget fordel ved at anvende Friis og Moltke A/S som rådgiver i forbindelse med udarbejdelsen af tilbudet, og at indklagede derfor ikke ved at tage tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S i betragtning har handlet i strid med lighedsgrundsætningen i Tilbudslovens § 6. Indklagede har desuden gjort gældende, at § 5, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001 ikke er overtrådt, idet NCC Construction Danmark A/S ikke tidligere i forbindelse med licitationen har varetaget funktioner som rådgiver mv. for indklagede, og da der ikke er indhentet tilbud fra Friis og Moltke A/S. Indklagede har endeligt gjort gældende at bekendtgørelsens § 23, stk. 1, ikke indeholder forskrifter for udbydere, men alene for tilbudsgivere.

Ad påstand 2 og påstand 3

Klageren har gjort gældende, at tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S er uklart, idet det på den ene side er anført, at det er »incl. vinterforanstaltninger«, mens tilbudet på den anden side indeholder forbeholdet »Danske Entreprenørers standardforbehold for totalentreprise af april 2000«, som formentligt bevirker, at snerydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger skal betales særskilt som ekstraarbejder. Tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S afviger således markant fra licitationsbetingelserne, som udtrykkeligt kræver, at opgaven gennemføres ved anvendelse af vejrligsforanstaltninger i henhold til bekendtgørelse nr. 78 af 5. september

2002 om bygge- og anlægsarbejder i vinterperioden, og at overenskomst-mæssige og særlige foranstaltninger skal være indholdt i det afgivne tilbud. På den baggrund skulle indklagede have undladt at tage tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S i betragtning eller dog have prissat forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger.

Indklagede har gjort gældende, at forbeholdet »Danske Entreprenørers standardforbehold for totalentreprise af april 2000« læst i sammenhængen ikke var uklart, men må forstås således, at alle vinterforanstaltninger er omfattet af tilbudet, at tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S således ikke strider mod grundlæggende licitationsbetingelser, og at dette tilbud derfor skulle tages i betragtning. Indklagede har endvidere gjort gældende, at der under alle omstændigheder er foretaget kapitalisering af forbeholdene i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S, herunder også for en sikkerheds skyld af det eventuelle forbehold vedrørende vinterforanstaltninger. Forbeholdene er kapitaliseret til 2 mio. kr., som ved evalueringen af tilbudene er lagt til budsummen i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved kapitaliseringen af forbeholdene i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S vedrørende ledningsomlægninger i vej og vandtryk på gulve til 2 mio. kr., inkl. en diverspost på 500.000 kr., har undladt at tillægge beløbet på 2 mio. kr. moms. Tillægges yderligere momsbeløbet på 500.000 kr., skulle tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S ved vurderingen ud fra det fastsatte tildelingskriterium »det økonomisk mest fordelagtige bud« med de vægtede underkriterier være bedømt til 4,04 point i stedet for 4,12 point over for klagerens tilbud, der var bedømt til 4,13 point.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ved kapitaliseringen af forbeholdene har inkluderet 25% moms, idet »+ 25% moms« i det håndskrevne notat af 4. september 2002 under kapitaliseringen af forbeholdet til 2 mio. kr. skal forstås således, at der i dette beløb er indeholdt 25% moms.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at underkriterierne fastsat i licitationsbetingelserne »1. God plandisponering«, »2. Arkitektonisk kvalitet« og »3. Pris«,

som vægtes henholdsvis 25%, 25% og 50%, er udtømmende, og at indklagede ved beslutningen om at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S derfor ikke var berettiget til at lægge vægt på »det bedste bomiljø for beboere og personale«, »bedste arkitektoniske hovedgreb med hensyn til arkitektonisk tilpasning til anlægget og skalaen i den omkringliggende bebyggelse« samt at »forslaget kan gennemføres indenfor de økonomiske rammer for projektet«, som det anføres i begrundelsen for beslutningen i skrivelse af 16. september 2002 fra indklagedes tekniske rådgiver til klageren.

Indklagede har gjort gældende, at der – som det fremgår af skrivelsen af 22. oktober 2002 fra Kommunernes Revision til klageren – ved bedømmelsen af tilbudene alene er foretaget en vægtning ud fra de underkriterier, som er fastsat i licitationsbetingelserne, og med den vægtning, som er fastsat dér. Det, som er anført i skrivelsen af 16. september 2002 fra indklagedes tekniske rådgiver, er udformet med henblik på at overholde begrundelsespligten og på at give tilbudsgiverne en mere fyldestgørende information om det valgte tilbuds konkrete fordele. Det er ikke udtryk for, at de fastsatte underkriterier ikke er anvendt, som de skal anvendes, eller at der er anvendt andre underkriterier end fastsat i licitationsbetingelserne.

Ad påstand 6

Klageren gjort gældende, at indklagede såfremt det lægges til grund, at det anførte i begrundelsen om »det bedste bomiljø for beboere og personale« og »bedste arkitektoniske hovedgreb med hensyn til arkitektonisk tilpasning til anlægget og skalaen i den omkringliggende bebyggelse« er indeholdt i det fastsatte underkriterium »1. God plandisponering«, har tillagt dette underkriterium for stor vægt i forhold til underkriteriet »3. Pris«, som er vægtet med 50%.

Indklagede har gjort gældende, at de fastsatte underkriterier ikke er anvendt forkert, jf. det anførte ad påstand 5.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke ved åbningen af tilbudene den 3. september 2002 oplæste de 3 forbehold i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S om vinterforanstaltninger, om omlægning af ledninger i

vej og om vandtryk på gulve, og at indklagede dermed handlede i strid med Tilbudslovens § 7.

Indklagede har gjort gældende, at der ved åbningen af tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S blev oplæst budsummen, ligesom det i hvert fald blev oplyst, at tilbudet var vedlagt »Danske Entreprenørers standardforbehold for totalentreprise af april 2000.« Indklagede har herved opfyldt pligten i Tilbudslovens § 7. Der kan – navnlig ved totalentrepriser - ikke være pligt til ved åbningen af tilbudene at foretage en tilbundsående gennemgang af tilbudene og deres tekniske specifikationer, men alene pligt til at oplyse om udtrykkelige forbehold samt andre bemærkninger i tilbudet, som umiddelbart kan konstateres som værende i strid med licitationsbetingelserne.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den telefoniske henvendelse, som indklagedes tekniske rådgiver den 6. eller 9. september 2002 efter pålæg fra indklagede rettede til NCC Construction Danmark A/S, har iværksat en forhandling med NCC Construction Danmark A/S om det afgivne tilbud forud for, at indklagede havde truffet beslutning om, hvem der skulle indgås kontrakt med. Klageren har endvidere gjort gældende, at denne forhandling er foregået, uden at det over for de andre tilbudsgivere - herunder klageren - var blevet tilkendegivet, hvilken procedure der vil blive fulgt under forhandlingen. Endvidere blev der ikke i den indledende fase også tilbudt forhandling med de øvrige tilbudsgivere, herunder klageren, hvorved ikke alle tilbudsgivere blev behandlet lige.

Indklagede har i første række gjort gældende, at indklagede ikke har forhandlet med NCC Construction Danmark A/S den 6. eller 9. september 2002, men alene etableret kontakt med henblik på at søge afklaring og præcisering vedrørende nogle tekniske forhold i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S. Indklagede har i anden række gjort gældende, at indklagede traf beslutning om at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S allerede på temadagen den 5. september 2002, således at det ikke var i strid med Tilbudslovens regler om forhandling forud for beslutningen om, hvem der skal indgås kontrakt med, hvis det antages, at der blev forhandlet med NCC Construction Danmark A/S den 6. eller 9. september 2002.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Friis og Moltke A/S, der tidligere havde været rådgiver for indklagede vedrørende tilbygningen til Plejehjemmet Bøgely, var tillige rådgiver for NCC Construction Danmark A/S ved udarbejdelsen af denne virksomheds tilbud. Allerede af den grund er der ved indklagedes beslutning om at tage tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S i betragtning sket en overtrædelse af § 5, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001, som finder anvendelse på denne licitation, der blev iværksat før den 1. september 2002.

§ 23, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001 indeholder alene forskrifter for entreprenører, som afgiver tilbud under en licitation, og bestemmelsen finder derfor ikke anvendelse på indklagede som udbyder.

Bestemmelsen i § 5, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001 er ophævet med virkning for bygge- og anlægsopgaver, der udbydes den 1. september 2002 og senere. Bestemmelsen er erstattet af § 5 i bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002, som efter sit indhold har et mere begrænset anvendelsesområde end den ophævede bestemmelse. Klagenævnet har fundet det hensigtsmæssigt at foretage en vurdering af, om indklagede, hvis den nye bestemmelse havde været gældende for den aktuelle licitation, havde overtrådt denne bestemmelse. Friis og Moltke A/S har ved at udarbejde de 2 rapporter om indklagedes plejecentre og plejehjem, som bl.a. også vedrørte en udvidelse af Plejehjemmet Bøgely, fået et kendskab til indklagedes særlige ønsker og behov vedrørende det aktuelle projekt og dets udformning, som ikke fremgår af licitationsbetingelserne. Ingen af de 2 rapporter var del af licitationsbetingelserne, og det samme gælder de plantegninger, som Friis og Moltke A/S udarbejdede som en del af rapporterne. Klagenævnet har med udgangspunkt dels i licitationsbetingelserne, dels i de 2 rapporter foretaget en gennemgang af projekterne i de 5 tilbud, som indklagede modtog, og det er på grundlag af denne gennemgang Klagenævnets vurdering, at den viden om kommunens ønsker, som Friis og Moltke A/S har fået ved sit tidligere arbejde for indklagede, og de overvejelser om udbygningen, som Friis og Moltke A/S på dette tidspunkt gjorde, via Friis og Moltke

A/S's samarbejde med NCC Construction Danmark A/S har givet denne tilbudsgiver en konkurrencefordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere, jf. bekendtgørelsens § 5.

Det er således Klagenævnets opfattelse, at indklagede har handlet i strid såvel med den bekendtgørelse, der var gældende for licitationen, som med den nugældende bekendtgørelse. På denne baggrund tager Klagenævnet derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 2

Henvisningen til de generelle standardbetingelser »Danske Entreprenørers standardforbehold for totalentreprise af april 2000« i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S må på baggrund af oplysningen i den individuelle tekst om, at tilbudet er inkl. vinterforanstaltninger, fortolkes således, at tilbudet er inkl. de krævede vinterforanstaltninger. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Under henvisning til det anførte ad påstand 2 tages heller ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 4

Indklagedes tekniske rådgiver har efter det oplyste i forbindelse med prissætningen af forbeholdene i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S hverken udarbejdet et notat, hvori det nøje beskrives, hvorledes prissætningen af forbeholdene er sket, eller en skrivelse til indklagede, hvori det nøje er redegjort for, hvorledes prissætningen er foretaget. Indklagedes tekniske rådgiver har alene kunnet fremlægge det håndskrevne notat af 4. september 2002. Efter indholdet af notatet af 4. september 2002 lægger Klagenævnet uanset den forklaring om forståelsen af dette notat, som arkitekt Søren Nellemann Vestergaard har afgivet, til grund, at indklagede ved prissætningen af forbeholdene ved en fejl ikke har medtaget momsen af beløbet på 2 mio. kr. svarende til 500.000 kr. Dette indebærer, at forbeholdene rettelig skulle have været prissat til 2,5 mio. kr. På denne baggrund tager Klagenævnet denne påstand til følge.

Ad påstand 5

Den formulering, som indklagede har anvendt i skrivelsen af 16. september 2002 til klageren, og som i det væsentlige svarer til formuleringen i bedømmelsesudvalgets indstilling til kommunen, fremtræder ikke som en redegørelse for en evaluering af de indkomne tilbud byggende på – og alene byggende på – de 3 underkriterier, der i licitationsbetingelserne er fastsat som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Efter de oplysninger, der er forelagt Klagenævnet om indklagedes evaluering af de indkomne tilbud, er der imidlertid – uagtet den uhensigtsmæssige formulering i skrivelsen af 16. september 2002 – ikke grundlag for at fastslå, at indklagede har anvendt andre underkriterier end de 3 underkriterier, der var fastsat i licitationsbetingelserne. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Klagenævnet finder ikke grundlag for at antage, at underkriteriet »1. God plandisponering« har været anvendt forkert. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 7

Bestemmelsen i Tilbudslovens § 7, 2. pkt., indeholder ikke et krav om, at en udbyder efter åbningen af tilbudene skal foretage en detaljeret gennemgang af alle tilbudene med henblik på at konstatere alle forhold i tilbudene, som må antages at være forbehold i forhold til licitationsbetingelserne. Bestemmelsen pålægger alene udbyderen at give de mødende oplysning om bestemmelser i de enkelte tilbud, der enten udtrykkeligt i tilbudene er anført som »forbehold«, eller som ved en hurtig gennemgang af tilbudene må vurderes som forbehold. På denne baggrund er der ikke grundlag for at tage denne påstand til følge.

Ad påstand 8

Indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S blev truffet på kommunalbestyrelsens møde den 12. september 2002, og det er uden betydning, at det er muligvis allerede på temadagen den 5. september 2002 syntes at stå klart, at der ved det kommende kommunalbestyrelsesmøde ville være flertal for dette projekt. Klagenævnet

lægger efter det oplyste til grund, at indklagede anmodede den tekniske rådgiver om at rette henvendelse til NCC Construction Danmark A/S med henblik på at få afklaret nogle spørgsmål vedrørende tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S, herunder vedrørende prissætning af forbehold i dette tilbud, og at den tekniske rådgiver herefter den 6. eller 9. september 2002 rettede en telefonisk henvendelse til denne tilbudsgiver. Da indklagede ikke forud for denne forhandling skriftligt over for alle 5 tilbudsgivere havde tilkendegivet, hvilken procedure, der ville blive fulgt under forhandlingerne, og da indklagede ikke i den indledende fase tilbød at forhandle med alle 5 tilbudsgivere, har indklagede iværksat en forhandling med NCC Construction Danmark A/S om det afgivne tilbud i strid med tilbudslovens § 11, stk. 2 og stk. 3, og bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001 § 11, stk. 1, jf. stk. 2 og 3.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001 § 5, stk. 1, ved at tage tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S i betragtning, uagtet arkitektfirmaet Friis og Moltke A/S, der tidligere havde været rådgiver for indklagede vedrørende det pågældende byggearbejde, tillige var rådgiver for NCC Construction Danmark A/S ved udarbejdelsen af tilbudet.

Påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1 og 2, jf. § 6, stk. 2, ved at beslutte at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S, uagtet at indklagedes vurdering af tilbudene skulle have ført til, at klagerens tilbud blev bedømt til 4,13 point, mens tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S blev bedømt til 4,04 point, idet indklagede ved prissætningen af forbeholdet i tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S vedrørende ledningsomlægning i vej og vandtryk på gulve undlod at tage hensyn til momsen, hvilket medførte, at tilbudet fra NCC Construction Danmark A/S blev bedømt til 4,12 point.

Påstand 8

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 11, stk. 2, og bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001 § 11, stk. 1, jf. stk. 2 og 3, ved forud for beslutningen om med hvem, der skulle indgås kontrakt, at forhandle med NCC Construction Danmark A/S om det afgivne tilbud, uden at der senest ved forhandlingens indledning over for de pågældende tilbudsgivere var tilkendegivet, hvilken procedure der vil blive fulgt, og uden at der blev forhandlet med de øvrige tilbudsgivere.

Påstand 2, 3, 5, 6 og 7 tages ikke til følge.

Indklagede, Løgstør Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Skanska Danmark A/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig