

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Knud Erik Busk, Trine H. Garde)

J.nr.: 2006-0007101

19. marts 2007

K E N D E L S E

STB Byg A/S
(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Hedensted Kommune
(advokat Peter Tærø Nielsen, Kolding)

Den 19. april 2006 iværksatte Hedensted Kommune en begrænset licitation med prækvalifikation efter Tilbudsloven (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) om udførelsen af tagrenovering af »Østre Snede Skole«, som en hovedentreprise, der omfattende samtlige arbejder: Nedrivning, tømrerarbejde, blikkenslagerarbejde og tagdækningsarbejde. 5-7 virksomheder ville blive prækvalificeret pr. hovedentreprise. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste bud«. Indklagede annoncerede i Vejle Amts Folkeblad, Horsens Folkeblad og i Hedensted Avis den 19. og den 22. april 2006. I annoncen henvises endvidere til indklagedes hjemmeside, hvor der kunne findes uddybende oplysninger. Hjemmesiden blev oprettet den 21. april 2006. Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 27. april 2006 havde 8 virksomheder anmodet om prækvalifikation. To af disse virksomheder, »De Fem Facader« i Esbjerg og »Jørn Strohschein«, Wacherow blev fravalgt.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 22. maj 2006 til følgende prækvalificerede virksomheder:

1. STB BYG A/S, Jelling
2. Schytz & Østergaard A/S, Tørring
3. Vejle – Børkop Tømrer & Tagdækning A/S, Børkop
4. Stenhøjgaard A/S, Løsning
5. Icopal Tagdækning Midt-Nord A/S, Århus
6. T. J. Tag ApS, Thorsø

Ved udløbet af fristen for afgivelse tilbud den 6. juni 2006 havde følgende virksomheder afgivet tilbud på hovedentreprisen med følgende tilbudssummer ekskl. moms:

1. STB Byg A/S	3.034.850 kr.
2. Schytz & Østergaard A/S	3.432.300 kr.
3. Vejle – Børkop Tømrer & Tagdækning A/S	2.865.000 kr.
4. Stenhøjgaard A/S	2.879.300 kr.

De to førstnævnte virksomheder havde under »forbehold« anført »BYG's standardforbehold«, mens Vejle – Børkop Tømrer & Tagdækning A/S udover samme forbehold tog forbehold for »tidsplan«. Også Stenhøjgaard A/S tog forbehold for »tidsplan«, idet det anførtes »start tidspunkt og tidsplan skal diskuteres«.

Den 7. juni 2006 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Vejle – Børkop Tømrer og Tagdækning A/S, og kontrakt blev herefter indgået formentlig den 12. juni 2006.

Indklagedes rådgiver sendte den 15. juni 2006 brev til tilbudsgiverne og oplyste, »Vi skal samtidig meddele, at bygherren ikke agter at gøre brug af Deres tilbud, men har overdraget arbejdet til lavestbydende tilbudsgiver...«

Den 6. juli 2006 indgav klageren, STB Byg A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hedensted Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 2. oktober 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise tilbudet fra Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S, uagtet dette tilbud indeholdt et forbehold vedrørende den tidsplan, der var anført i licitationsbetingelserne, om »Tidsforhold: Byggestart 19.06.06 uge 25 og med afslutning 29.09.06 uge 39«, idet tilbudet indeholdt følgende forbehold:»... tidsplan«.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise tilbudet fra Stenhøjgaard A/S, uagtet dette tilbud indeholdt et forbehold vedrørende den tidsplan, der var anført i licitationsbetingelserne om »Tidsforhold: Byggestart 19.06.06 uge 25 og med afslutning 29.09.06 uge 39«, idet tilbudet indeholdt følgende forbehold: »start tidspunkt og tidsplan skal diskuteres«.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at det på følgende punkter ikke opfyldte licitationsbetingelserne: »Klageren havde ikke udfyldt alle poster i sit tilbud,« uagtet klagerens tilbud opfyldte licitationsbetingelserne også på disse punkter.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 14, stk. 1, ved ikke hurtigst muligt efter, at indklagede den 7. juni 2006 havde truffet beslutning om at indgå kontrakt med Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S at have underrettet de øvrige tilbudsgivere herom, idet de øvrige tilbudsgivere først blev underrettet ved skrivelse af 15. juni 2006, modtaget af klageren den 20. juni 2006.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved ikke samtidig at underrette de øvrige tilbudsgivere om, at indklagede den 7. juni 2006 havde besluttet at indgå kontrakt med Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S, idet de øvrige tilbudsgivere blev underrettet ved skrivelse af 15. juni 2006, modtaget af klageren den 20. juni 2006.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 14, stk. 3, ved ikke efter klagerens anmodning herom at have underrettet klageren om begrundelsen for ikke at tage klagerens tilbud i betragtning som konditionsmæssigt.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 1, ved at have offentliggjort en licitationsbekendtgø-

relse i Hedensted Avis og andre aviser den 19. april 2006, med en frist på mindre end 15 arbejdsdage til at fremsende anmodning om prækvalifikation.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 2, ved i licitationsbekendtgørelsen ikke at anføre karakteren af de oplysninger vedrørende økonomisk og teknisk formåen, som virksomheder som ønsker at blive prækvalificeret, skal dokumentere, samt hvilke dokumenter virksomhederne i den forbindelse skal fremsende til indklagede.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at have foretaget nogen udvælgelse af tilbudsgiverne på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat det EU-retlige effektivitetsprincip ved i tidsrummet mellem ordregivers beslutning om ordretildeling og kontraheringen af den udbudte kontrakt ikke at have givet tilbudsgiverne reel mulighed for at anmode Klagenævnet for Udbud om at tillægge en indbragt klage opsættende virkning i henhold til Klagenævnslovens § 6, stk. 2.

Påstand 11

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 7. juni 2006 om at indgå kontrakt med Vejle-Børkop Tømrer og Tagdækning A/S.

Påstand 12

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 505.800 kr. med procesrente fra den 6. juli 2006.

Påstand 13 (subsidiær i forhold til påstand 12)

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale et beløb mindre end 505.800 kr. med procesrente fra den 6. juli 2006.

Med hensyn til påstand 7-10 har indklagede nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge. For det tilfælde, at afvisningspå-

standen vedrørende påstand 7-8 ikke tages til følge, har indklagede erkendt at have overtrådt Tilbudsloven, som angivet i påstanden. I øvrigt har indklagede nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har påstået frifindelse for påstand 15-16.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 12 - 13, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 - 11.

Sagens nærmere omstændigheder:

Det fremgår af indklagedes hjemmeside, at byggetiden var beregnet til 3 ½ måned med start medio juni 2006.

I licitationsbetingelserne anfører rådgiveren, at byggestart var fastsat til 19. juni 2006, og med afslutning den 29. september 2006, og endvidere, at »Tilbud SKAL afgives på de tilsendte tilbudslister«.

Den 29. maj 2006 sendte indklagedes rådgiver til de prækvalificerede entreprenører »Spørgsmål/svar ved besigtigelsen...«, hvoraf fremgår blandt andet »Tilbudslister Nedrivning: ... Udskiftning Eternitgavle 4 stk. udfyldes ikke...«

I »Fællesbetingelserne for alle fag«, der er en del af udbudsbetingelserne oplyses, at »Byggeriet skal udføres i perioden fra uge 24 i 2006 til uge 40 i 2006 i henhold til tidsplanen«, samt »Tilbud afgives på tilbudslister. Alle poster skal være udfyldt for at tilbud er konditionsmæssigt«, og »Bygherren forbeholder sig ... helt at udtrække enkelte tilbudsposter«, »arbejderne skal påbegyndes og gennemføres i overensstemmelse med den til enhver tid gældende tidsplan. På grundlag af udbudsmaterialets tidsplan udarbejder tilsynet og entreprenørerne i fællesskab en detaljeret tidsplan/arbejdsplan for byggeriet...«

Vedrørende entreprisens udførelse oplyses »Entreprenøren skal snarest muligt i samarbejde med bygherren udarbejde en arbejdsplan«, og at arbejdet skal påbegyndes og gennemføres i overensstemmelse med tidsplanen. Under »Entreprenørens hæftelse ved forsinkelse« fremgår, at »udbudsmaterialet er vedlagt en orienterende tidsplan, der skal betragtes som en rammeplan.«

Klagerens tilbud er vedrørende nedrivningsarbejdet udfyldt således, at de enkelte poster er udfyldte, men der er tegnet to sider af en trekant (eller en »væltet Tuborg«), således at kun den samlede sum vedrørende denne entreprise er oplyst.

	kr. excl moms
»Arbejde:	
Nedrivning af tagplader, skotrender, udluftninger, Rygninger	kr.....
Nedtagning tagrender og nedløb (bygn. 1,2,3,4,6...kr/bygn7... kr	kr.....
Nedtagning af udhæng, sternkanter (bygn. 1->...kr/bygn7... kr	kr.....
Nedtagning el-trasing [:/UNDER ELARBEJDET]	kr.....
Nedtagning antenne	kr.....
Udskifter eternitgavle (4 stk) hovedfløj (tegn 106,107,108) [:/ BESIGTIGELSE 29-5-06]	kr.....
Øvrige ydelser	kr.....
At overføre til side 1	kr 308.400«

Af Vejle-Børkops Tømrer & Tagdækning A/S' tilbud fremgår, at nedrivningsentreprisen var prissat til 262.000 kr. ekskl. moms. Denne virksomhed har prissat hvert enkelt nedrivningsarbejde, dog er 2 arbejder prissat til 0 kr. Den 7. juni 2006 meddelte klageren indklagedes rådgiver, at de 2 laveste tilbud var ukonditionsmæssige, idet »et forbehold for tidsplanen juridisk betragtes som et grundlæggende forbehold, hvorfor disse tilbud skal kasseres«. I brevet blev det gjort gældende, at klageren, hvis tilbud var konditionsmæssigt, således tilbød arbejdet udført til den laveste pris.

Indklagedes rådgiver meddelte den 7. juni 2006 indklagede, at »Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S afgav laveste bud... og med forbehold for tidsplan. Ved drøftelser med Vejle Børkop Tømrer & Tagdækning A/S oplystes, at forbehold gælder en opstart straks. Vi anbefaler, at arbejdet overdrages Vejle Børkop Tømrer og Tagdækning A/S straks... Vi anbefaler accept af beløbet og accept af entreprenør, så arbejdet kan opstartes

straks...«. Den 8. juni 2006 meddelte rådgiveren den »indstillede tilbudsgiver«, at indklagede havde »bedt ham, om opstart af byggearbejderne straks, dette blev meddelt hovedentreprenør den 07.06.06«. Der indkaldtes derfor til opstartsmøde den 12. juni 2006 med en dagsorden indeholdende blandt andet punktet »Accept«.

I brev af 13. juni 2006 fremkom klagerens advokat med indsigelse imod licitationen. Advokaten gjorde gældende, at tilbudene fra henholdsvis Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S og Stenhøjgaard A/S var ikke – konditionsmæssige som følge af forbeholdet overfor den fastsatte tidsplan. Advokaten oplyste endvidere, at indklagedes rådgiver overfor klageren skulle have oplyst, at tilbudet fra klageren var ikke-konditionsmæssigt, hvilket advokaten ikke kunne anerkende. Advokaten gjorde tillige gældende, at han ville fremkomme med et erstatningskrav overfor indklagede, hvis ikke tilbudene fra Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S og Stenhøjgaard A/S samt et tredje blev afvist som ikke-konditionsmæssige.

Den 16. juni 2006 sendte klagerens advokat til indklagede og dennes rådgiver en rykkerskrivelse vedrørende »kopi af tilbud fra den entreprenør, som kommunen ifølge det oplyste har indgået aftale med ...«. Indklagedes rådgiver sendte til klagerens advokat samme dag »kopi af laveste bud fra LIC 060606«.

Den 20. juni 2006 meddelte klagerens advokat indklagede, at advokaten havde fået oplyst, at Vejle-Børkop Tømrer og Tagdækning A/S' forbehold overfor tidsplanen skulle forstås som et forbehold for at iværksætte byggeriet på et tidligere tidspunkt end forudsat i tidsplanen. Advokaten bad indklagede dokumentere dette samt anmodede om at få oplyst, på hvilket tidspunkt dette forbehold blev præciseret for indklagede.

Klagerens advokat bad samme dag indklagede om at sætte byggeriet i bero, indtil det var afgjort, om tilbudet fra Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S var konditionsmæssigt.

Den 23. juni 2006 svarede indklagede advokaten, at Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S allerede kl. 19.00 på licitationsdagen telefonisk meddelte indklagedes rådgiver, »at de gerne ville opstarte arbejdet omgående«. Der var ingen grund til at kapitalisere dette »forbehold«, da kommunen jo på ingen måde blev stillet ringere... For øvrigt har Steen Sørensen – også telefo-

nisk – overfor ... redegjort for, hvorfor firmaets eget tilbud ikke var konditionsmæssigt ...»

Der er afgivet forklaring af klagerens direktør, Jan Olesen, og af indklagedes bygningsinspektør, Jørn Rasmussen. Indklagedes rådgiver, ingeniør Steen Sørensen er forud for sagens behandling i Klagenævnet afgået ved døden.

Forklaringer:

Jan Olesen, har forklaret, at han har været med til at udfærdige klagerens tilbud, og han var til stede, da de forskellige tilbud blev åbnet og læst op. »Tommy« fra Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S spurgte ham, om hans selskab havde tid til at udføre arbejdet før sommerferien, idet Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S ikke kunne gå i gang før efter sommerferien, hvorfor de havde taget et forbehold for tiden. Stenhøjgaards repræsentant sagde også, at de havde taget forbehold for tiden. Indklagedes rådgiver åbnede tilbudene, der blev læst op med de forbehold, de indeholdt. Rådgiveren sagde efterfølgende, at man godt måtte tage forbehold overfor tidsplanen. Dagen efter ringede han til Jørn Rasmussen, der sagde, at han havde talt med indklagedes rådgiver, der havde oplyst, at han ville kapitalisere tidsforbeholdet. Efter samtalen med Jørn Rasmussen skrev han brevet af 7. juni 2006, hvori han gjorde gældende, at de 2 prismæssigt laveste tilbud var ukonditionsmæssige, idet forbeholdet for tidsplanen måtte betragtes som et grundlæggende forbehold. Han gjorde endvidere gældende, at klagerens tilbud var konditionsmæssigt, og at hans selskab havde tilbudt laveste pris. Herefter henvendte han sig til advokat, vistnok den 9. juni 2006. Han var ikke klar over, hvorfor man anså klagerens tilbud som værende ukonditionsmæssigt. Klagerens tilbud vedrørende nedrivning er udfyldt af en byggeleder. Man besluttede sig for at tage det hele »under et«. Bygning 5 var ikke omfattet af entreprisen, og man vidste ikke, hvad »øvrige ydelser« stod for, og han mener ikke, at det er muligt at opsplitte den samlede nedrivningsentreprise, idet man ikke kan opdele f.eks. nedtagning af tagrender og øvrige nedrivninger. Skulle der have været foretaget opdeling, burde man have gjort det ved at opdele tilbudet for hver enkelt bygning. Han modtog først den 20. juni 2006 indklagedes rådgivers brev af 15. juni 2006, om at indklagede ikke ville gøre brug af klagerens tilbud.

Jørn Rasmussen har forklaret blandt andet, at den person i kommunen, der havde ansvar for området vedrørende ombygning af skolen, blev syg. Man besluttede derfor at antage ingeniør Steen Sørensen som rådgiver, idet man havde stor tillid til ham fra tidligere arbejder. Han overholdt tid og pris i de byggerier, han stod for. Ombygningen af Øster Snede Skole var en lille opgave. Af høflighedsgrunde var han med, da tilbudene blev åbnet. Han husker, at der var en ordveksling mellem Jan Olesen og Steen Sørensen vedrørende tidsplanen. Han tillagde det ikke betydning. Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S er næsten færdig med entreprisen. Han havde ikke nogen drøftelser med Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S vedrørende tidsplanen, men han sagde til Steen Sørensen, at kommunen ikke ville betale for vinterforanstaltninger. Steen Sørensen meddelte ham, at det var det modsatte, Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S havde taget forbehold for. Steen Sørensen dikterede brevet, som han sendte den 23. juni 2006, hvor han meddelte klagerens advokat, at forbeholdet ikke blev kapitaliseret, idet forbeholdet på ingen måde stillede kommunen ringere. Han mener, at beslutningen om at give arbejdet til Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S blev truffet et par dage efter licitationen. Et par dage efter, at kommunen havde fået klagerens brev af 13. juni 2006 blev han kontaktet af klagerens advokat, og han meddelte advokaten, at forbeholdet gik på, at Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S ville i gang med arbejdet med det samme. Steen Sørensen var sikker på, at forbeholdet ikke skulle kapitaliseres. Han blev dog forskrækket over advokatens henvendelse. Han mener, at Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S gik i gang med arbejdet den 12. juni 2006. Når det i »Fællesbetingelser for alle fag« anføres, at alle poster skulle være udfyldt, for at tilbudet var konditionsmæssigt, var det ud fra et ønske om, at kommunen kunne prioritere, hvad de ville have lavet. Når det hele var udfyldt, kunne enkelte dele pilles ud, hvis f.eks. kommunens pedeller kunne udføre en del af nedrivningsarbejdet. Han ved ikke, hvad der menes med tilbudslistens opstilling vedrørende nedrivning under »øvrige ydelser.« Steen Sørensen meddelte ham, at den billigste tilbudsgiver havde udfyldt alle poster under nedrivningsentreprisen. Politikerne ville gerne have en passende geografisk spredning mellem de selskaber, der afgav tilbud. Klageren er delvis hjemmehørende i kommunen. Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S er hjemmehørende udenfor kommunen. Stenhøjgaard er beliggende i Hedensted og resten af tilbudsgiverne er beliggende udenfor kommunen. Klageren har tidligere udført store opgaver for indklagede. Som følge af Steen Sørensens dødsfald er indklagede ikke i besiddelse af alle byggesagens dokumenter.

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden ad påstand 7-10

Klageren har i anledning af indklagedes afvisningspåstand gjort gældende, at klageren som tilbudsgiver efter lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud § 4, stk. 1, nr. 1, har en retlig interesse i at kunne indgive klagen, og derfor er berettiget til at klage til Klagenævnet for Udbud. Dette gælder uanset indklagedes argumentation om det modsatte.

Indklagede har vedrørende afvisningspåstandene gjort gældende, at klageren ikke i forbindelse med tilbudsgivningen har haft interesse eller behov for at anvende alternative fabrikater, at specifikationen i beskrivelsen er uden betydning, og endelig at klageren faktisk blev prækvalificeret.

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede udbød arbejdet med en fastsat tidsfrist for dettes påbegyndelse og afslutning. Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S tog forbehold formuleret som et forbehold overfor tidsplanen. Dette forbehold bevirker, at tilbudet burde have været afvist.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede var berettiget til at undersøge, hvad ordet »tidsplan« i Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S' tilbud betød, og da det var et forbehold for opstart straks, var der ikke noget økonomisk indhold i forbeholdet. Tilbudet var derfor konditionsmæssigt, og indklagede var berettiget til at antage tilbudet som det laveste bud.

Ad påstand 2

Klageren har vedrørende denne påstand gjorde de samme anbringender gældende som ad påstand 1, idet Stenhøjgaards tilbud indeholdt forbehold for tidsplanen, og derfor burde tilbudet have været afvist. Hvis de to tilbud var blevet afvist, ville klagerens tilbud have været det laveste bud.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke er relevant at tage stilling til klagerens påstand, idet den entreprenør, der afgav de laveste bud, blev tildelt entreprisen.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det ikke var muligt at afgive tilbud på nedrivning af enkelte dele af hver bygning, der var omfattet af entreprisen. Man kan ikke opdele som enkeltarbejder nedtagning af tagrender og nedløb, nedtagning af el-trasig, af antenne og lignende, hvilket også fremgår af Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S' tilbud, hvor flere af disse arbejder er prissat til 0 kr.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud var ikke konditionsmæssigt, idet klageren angav en samlet pris på nedrivningsarbejdet. Ifølge licitationsbetingelserne var det tydeligt angivet, at der var krav om opdeling af tilbudet for så vidt angik nedrivningsdelen. Indklagede har begrundet kravet med ønsket om at kunne vurdere, om det ville kunne betale sig at lade egne folk – pedeller – udføre hele eller en del af nedrivningsarbejdet. Der forelå således en saglig grund bag det stillede krav. Indklagede var derfor berettiget til at afvise klagers tilbud om ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S den 7. juni 2006 fik tildelt entreprisen, og at klageren først den 20. juni modtog indklagedes brev dateret den 15. juni 2006. Indklagede har derfor handlet i strid med Tilbudslovens § 14, stk. 1.

Indklagede har gjort gældende, at det fremgår af klagerens brev af 7. juni til indklagedes rådgiver, at klageren på dette tidspunkt måtte have haft en vis tro på, at klageren ikke fik opgaven, idet klageren da vidste, at andre tilbudsgivere havde afgivet tilbud, der var lavere end klagerens tilbud.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede allerede den 7. juni 2006 indgik aftale med Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S, og at indklagede først den 15. juni 2006 sendte meddelelse til de øvrige tilbudsgivere om den indgåede aftale, hvilket er i strid med ligebehandlingsprincippet.

Indklagede har vedrørende denne påstand anvendt samme anbringender som vedrørende påstand 4.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede først efter sagens indbringelse for Klagenævnet er fremkommet med en begrundelse for at indklagede forkastede klagerens tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at det fremgår af klagerens brev af 13. juni 2006 til indklagede, at indklagedes rådgiver havde oplyst klageren om, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 1, ved at have offentliggjort licitationsbekendtgørelsen den 19. april 2006 og på indklagedes hjemmeside den 21. april 2006 med en frist på mindre end 15 arbejdsdage til at fremsende anmodning om prækvalifikation, idet fristen var den 27. april 2006, hvilket svarer til 6 arbejdsdage.

Indklagede har gjort gældende, at denne påstand vedrører prækvalifikationen, og at klageren blev prækvalificeret. Indklagede har erkendt, at bestemmelsen formelt er overtrådt, men det har ikke haft nogen betydning for klageren.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 2, ved ikke i licitationsbekendtgørelsen at angive karakteren af de oplysninger vedrørende teknisk og økonomisk formåen, som skulle dokumenteres for at kunne blive prækvalificeret samt dokumentationen herfor.

Indklagede har vedrørende denne påstand anvendt samme anbringender som vedrørende påstand 7.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at have foretaget nogen udvælgelse af tilbudsgiverne på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier. Indklagede var efter bestemmelsens ordlyd forpligtet til at efterprøve tilbudsgivernes kvalifikationer.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens påstand er udokumenteret.

Ad påstand 10

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den 26. juni 2006 at have meddelt Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning, at virksomheden var indstillet til at udføre byggeriet og ved den 10. juli 2006 at have fremsendt acceptskrivelse til Vejle-Børkop Tømrer og Tagdækning A/S og ved ikke at sætte licitationsproceduren i bero, tilsidesatte det EU-retlige effektivitetsprincip, idet tilbudsgiverne ikke havde reel mulighed for at anmode Klagenævnet for Udbud om at tillægge en indbragt klage opsættende virkning i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2.

Indklagede har bestridt, at klageren ikke har kunnet klage til Klagenævnet med anmodning om opsættende virkning. Det fremgår af korrespondancen mellem klageren og indklagede, henholdsvis dennes rådgiver, at klageren straks efter licitationen var bekendt med, at man ikke fik entreprisen, hvorfor klageren kunne have indgivet klage med anmodning om opsættende virkning til Klagenævnet.

Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende, at indklagede var uberettiget til at tildele den udbudte kontrakt til Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S, uagtet at denne tilbudsgiver havde afgivet tilbud med forbehold over for ufravigelige udbudsbetingelser, og fordi indklagede i strid med Tilbudsindhentningslovens § 2, stk. 3, undlod at foretage en vurdering af tilbudsgivernes kvalifikationer under den begrænsede licitation med prækvalifikation i henhold til § 6, stk. 2, på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier, og derfor var uberettiget til at opfordre tilbudsgiverne til at afgive tilbud.

Indklagede har fastholdt, at indklagede berettiget har tildelt den udbudte kontrakt til Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S. Indklagede har ikke handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip eller tilbudsgivningslovens § 2, stk. 3, og der henvises i den forbindelse til indklagedes anbringender til påstand 1.

Indklagede har endvidere foretaget en vurdering af tilbudsgivernes kvalifikationer prækvalifikationen forud for den begrænsede licitation med prækvalifikation og dermed har handlet i overensstemmelse med tilbudsgivningslovens § 2, stk. 3, jf. § 6, stk. 2. Der er således intet grundlag for, at Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning om tildeling af kontrakten til Vejle-Børkop Tømrer og Tagdækning A/S, heller ikke selv om nævnet måtte finde, at proceduren har været behæftet med formelle fejl af mindre betydning.

Ad påstand 12-13

Disse påstande er udsat til eventuel senere påkendelse.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisningspåstanden ad påstand 7-10

Da klageren har retlig interesse i at få behandlet sin klage for så vidt angår de pågældende påstande, tager Klagenævnet ikke indklagedes påstand til følge.

Ad påstand 1

Det lægges til grund, at licitationsbetingelserne indeholdt en fastsættelse af byggeriets tidsmæssige udstrækning. Et forbehold vedrørende tidsplanen findes herefter, uanset om forbeholdet gik på en tidligere eller senere gennemførelse af byggeriet, at udgøre et forbehold vedrørende et grundlæggende element i licitationsbetingelserne, således at indklagede var forpligtet til ikke at tage tilbudet i betragtning. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 2

Af de grunde, der er anført vedrørende påstand 1, var indklagede forpligtet til ikke at tage dette tilbud i betragtning. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 3

Af licitationsbetingelserne fremgår det, at tilbudsgiverne skulle udfylde alle poster på de udsendte lister. Klageren har vedrørende nedrivningsarbejdet undladt at udfylde de enkelte poster og har efter at have markeret med en »væltet Tuborg« anført den samlede sum for dette arbejde. Klageren findes herved at løbe en risiko for, at indklagede ikke tog tilbudet i betragtning, idet det var ukonditionsmæssigt. Indklagede findes at have haft ret til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning, hvorved bemærkes, at indklagede som følge af den manglende udfyldelse blev afskåret fra at lade egne ansatte udføre en del af arbejdet. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 4

Klagenævnet konstaterer, at indklagede den 7. juni 2006 traf beslutning om, at indgå kontrakt med Vejle – Børkop Tømrer & Tagdækning A/S, og at indklagede først gav klageren underretning herom ved brev dateret den 15. juni 2006. Indklagede har derfor handlet i strid med Tilbudslovens § 14, stk. 1, og det er uden betydning, om klageren modtog indklagedes brev af 15. juni 2006 straks eller senere. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 5

Klagenævnet finder ikke anledning til at tage stilling til denne påstand.

Ad påstand 6

Idet det ikke er godtgjort, at klageren efter at have anmodet om begrundelsen for ikke at tage klagerens tilbud i betragtning modtog anden oplysning fra indklagede, end at klagerens tilbud var ikke-konditionsmæssigt, findes indklagede ikke at have opfyldt begrundelsespligten i Tilbudslovens § 14, stk. 3, og Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 7

Klagenævnet konstaterer, at indklagede offentliggjorde licitationsbekendtgørelsen med en frist på mindre end 15 arbejdsdage, hvorfor indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 1. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 8

Klagenævnet konstaterer, at indklagede i licitationsbekendtgørelsen ikke anførte karakteren af de oplysninger vedrørende teknisk og økonomisk formåen, som virksomheder, som ønskede at blive prækvalificeret skulle dokumentere, samt hvilke dokumenter virksomhederne i den forbindelse skulle fremsende til indklagede, hvorfor indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 2. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 9

Idet det ikke findes godtgjort, at indklagede udvalgte tilbudsgiverne på grundlag af objektive, saglige og ikke diskriminerende kriterier, samt at der ikke fandt forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne, har indklagede handlet i strid med kriterierne fastsat i Tilbudslovens § 2, stk. 3. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 10

Idet bemærkes, at det som påstanden sigter til, er dækket af Klagenævnets afgørelse vedrørende påstand 4, finder Klagenævnet ikke anledning til at tage stilling til denne påstand. Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 11

Allerede fordi indklagede var berettiget til at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning, finder Klagenævnet ikke tilstrækkelig anledning til annullere tildelingsbeslutningen. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise tilbudet fra Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S, uagtet dette tilbud indeholdt et forbehold vedrørende den tidsplan, der var anført i licitationsbetingelserne, om »Tidsforhold: Byggestart 19.06.06 uge 25 og med afslutning 29.09.06 uge 39«, idet tilbudet indeholdt følgende forbehold:»... tidsplan«.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise tilbudet fra Stenhøjgaard A/S, uagtet dette tilbud indeholdt et forbehold vedrørende den tidsplan, der var anført i licitationsbetingelserne om »Tidsforhold: Byggestart 19.06.06 uge 25 og med afslutning 29.09.06 uge 39«, idet tilbudet indeholdt følgende forbehold: »start tidspunkt og tidsplan skal diskuteres«.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 14, stk. 1, ved ikke hurtigst muligt efter, at indklagede den 7. juni 2006 havde truffet beslutning om at indgå kontrakt med Vejle-Børkop Tømrer & Tagdækning A/S at have underrettet de øvrige tilbudsgivere herom, idet de øvrige tilbudsgivere først blev underrettet ved skrivelse af 15. juni 2006, modtaget af klageren den 20. juni 2006.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 14, stk. 3, ved ikke efter klagerens anmodning herom at have underrettet klageren om begrundelsen for ikke at tage klagerens tilbud i betragtning som konditionsmæssigt.

Ad påstand 7

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 1, ved at have offentliggjort en licitationsbekendtgørelse i Hedensted Avis og andre aviser den 19. april 2006, med en frist på mindre end 15 arbejdsdage til at fremsende anmodning om prækvalifikation.

Ad påstand 8

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 2, nr. 2, ved i licitationsbekendtgørelsen ikke at anføre karakteren af de oplysninger vedrø-

rende økonomisk og teknisk formåen, som virksomheder som ønsker at blive prækvalificeret, skal dokumentere, samt hvilke dokumenter virksomhederne i den forbindelse skal fremsende til indklagede.

Ad påstand 9

Indklagede har tilsidesat Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at have foretaget nogen udvælgelse af tilbudsgiverne på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier.

Klagenævnet finder ikke anledning til at tage stilling til påstand 5.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 3, 10 og 11.

Indklagede, Hedensted Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, STB Byg A/S, betale 60.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig