

K E N D E L S E

STB Byg A/S
(advokat Erik Hørlyck, Aarhus)

mod

SYD ENERGI Holding A/S
(advokat Vibeke Westergaard, Esbjerg)

I januar 2011 iværksatte indklagede, SYD ENERGI Holding A/S, en begrænset licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) vedrørende totalentreprise på opførelsen af et nyt domicil bestående af en administrationsbygning og en lagerbygning. Tildelingskriteriet var fastsat til *»det økonomisk mest fordelagtige bud«*.

Følgende 5 virksomheder blev efter forudgående prækvalifikation indbudt til at afgive tilbud:

1. NCC Construction Danmark A/S
2. Raunstrup A/S
3. STB Byg A/S (klageren)/ Anton Knudsen Egtved A/S
4. Hoffmann A /S
5. Züblin A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 22. april 2011 havde samtlige 5 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 5. juli 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Hoffmann A/S.

Den 6. juli 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 16. august 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, og § 14, stk. 3, ved at give tilbudsgiveren Hoffmann A/S en videre adgang end klageren til at foretage ændringer og optimeringer af tilbudsprojektet med henblik på prisnedsættelse.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt gennemsigtighedsprincippet og tilbudslovens § 11, stk. 2, ved ikke senest ved forhandlingernes påbegyndelse at have tilkendegivet over for tilbudsgiverne, hvilken procedure der ville blive fulgt.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt tilbudslovens § 11, stk. 4, ved at have ført forhandlinger med Hoffmann A/S, der har ført til, at opgavens karakter væsentligt er ændret, idet følgende mindstekrav ikke er opfyldt:

- a) Luftlydisolation til rum, hvor der kan foregå fortrolige samtaler, skal være større end eller lig 48 dB horisontalt, dog i vægge med dør større end eller lig 45 dB kombineret, jf. Funktionsbeskrivelser side 4 pkt. 7.2.5.
- b) Der skal være ventilation i de enkelte rum jf. rumskemaer, jf. Funktionsbeskrivelser side 22, pkt. 7.3.3.10.
- c) Der skal leveres og monteres et centralt støvsugeranlæg, dækkende for hele administrationsbygningen, inkl. alle nødvendige ydelser for anlæggets fuldstændige drift, jf. Funktionsbeskrivelser side 55, pkt. 7.3.3.52.
- d) Installationskanaler som Thorsman INKA-123/72 aluminium, jf. Funktionsbeskrivelser side 30, pkt. 7.3.3.17.

- e) AV-udstyr, jf. Funktionsbeskrivelser side 41-45, pkt. 7.3.3.30-7.3.3.35
- f) I primære rum skal det som minimum tilstræbes, at der på fri væg ingen steder er over 4 m imellem stikkontakter, jf. Funktionsbeskrivelser side 33 pkt. 7.3.3.20.
- g) Belysningsarmaturer skal være med LED i bedste kvalitet eller tilsvarende med høj lyseffektivitet, jf. Funktionsbeskrivelser side 34 pkt. 7.3.3.21.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere beslutningen om at indgå kontrakt med Hoffmann A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I licitationsbetingelserne af januar 2011 var det fastsat, at tildelingskriteriet var *»det økonomisk mest fordelagtige bud«*, og at følgende underkriterier ville finde anvendelse:

»...

1. Arkitektonisk løsning
2. Kvalitet
3. Procesbeskrivelse
4. Prisen

Underkriterierne vil blive vurderet og vægtet som følger:

Ad. 1)

Disponering og indretning af området i forhold til rammer, værdigrundlag og ønsker nævnt i programmet.

Brugernes adgang til bygningen herunder også tilkørsel med varer, til- og frakørsel til lager og lagerområde og bortkørsel af affald.

Arkitekturen i bygningerne skaber en naturlig helhed og integration til udearealerne og områdets karakter.

At de foreslåede energimæssige løsninger i størst mulig omfang er integreret i bygningens samlede arkitektoniske udtryk, såvel udadtil som indadtil og er med til at give udtryk af et byggeri og en virksomhed, hvor der er fokus på minimering af energiforbrug.

Overensstemmelse med værdigrundlaget.

Funktionalitet herunder indretning og disponering af de foreslåede planløsninger af lokalerne.

Vægtning: 30 %

Ad. 2)

Materialevalg, kvalitetsniveau og omfang.

Bygningernes energi- og ressourceforbrug.

Den årlige udledning af CO₂.

Brug af materialer og bygningstekniske løsninger således, at udgifter til vedligehold af bygning og udearealer minimeres.

Bygningernes robusthed over for vejrlig, almindelig brug og hærværk.

Muligheden for at vedligeholde en høj rengøringsstandard.

Bygningerne er tilrettelagt, så der opnås et optimalt arbejdsmiljø.

Vægtning: 25 %

Ad. 3)

En detaljeret beskrivelse af processen i projekteringsfasen og udførelsesfasen med hovedvægten lagt på kommunikation og målstyring, herunder brugerinddragelse, bygherremøder m.m.

Beskrivelsen må max. fylde 10 sider.

En beskrivelse af, hvorledes mangelfri aflevering sikres.

Vægtning: 15 %

Ad 4)

Den tilbudte pris

Vægtning 30 %

Bedømmelse

Kriterierne vurderes på en skala på 1-10, med karakteren 10 som den højeste karakter og 1 som den laveste.

De opnåede karakterer vægtes efterfølgende med vægtningen, og dermed opstår de opnåede point.

Det mest fordelagtige tilbud opstår ved samstilling af de 4 underkriterier.«

Licitationsbetingelsernes pkt. 2 »*Konkurrencebetingelser*«, underpunkt 2.1 om »*Udbudsform*« fastsatte blandt andet:

»...

Bygherren forbeholder sig ret til at afvise alle tilbud, som ikke opfylder et eller flere ufravigelige minimumskrav.

...

Såfremt et tilbud indeholder forbehold, herunder forudsætninger og bestemmelser, der strider mod krav anført i udbudsmaterialet, vil det indebære, at bygherren betragter tilbuddet som værende ikke konditionsmæssigt. Hvis forbeholdet ikke vedrører krav, men andre forhold, vil bygherren prissætte forbeholdet. Dette er tilfældet, selvom det pågældende forbehold ikke er benævnt ”forbehold”, og selvom det måtte være anført eksplicit, at tilbuddet ikke indeholder forbehold.

Manglende konditionsmæssighed indebærer, at tilbuddet ikke kommer til bedømmelse og i konsekvens heraf, at der ikke udbetales vederlag, jf. pkt. 2.6.

...«

Licitationsbetingelsernes pkt. 7 om »*Funktionsbeskrivelser*« under pkt. 7.1 »*Generelt*« fastsatte blandt andet:

»...

Efterfølgende krav og specifikationer er at betragte som minimumskrav. Enhver fravigelse vil medføre risiko for, at tilbuddet anses for ukonditionsmæssigt, jf. afsnit 2.1. Alternativt kan bygherren vælge at prissætte forbeholdet. Er der tale om bagatelagtige fravigelser hvorved tilbudsgiveren ikke har opnået nogen konkurrencemæssig fordel, forbeholder bygherren sig ret til at prissætte disse til 0 kr. Såfremt en tilbudsgiver er i tvivl om forståelsen af et givent krav, eller i tvivl om hvorvidt der er tale om et ufravigeligt mindstekrav, opfordres tilbudsgiveren til at stille skriftlige spørgsmål herom inden tilbudsafgivelsen.

...

Hvor der i udbudsmaterialet er beskrevet "som" i forbindelse med specifikke produkter, er der tale om som eller dermed ligestillet produkt. Ved ligestillet produkt forstås et produkt med samme funktion og kvalitet.

...«

En identisk bestemmelse var anført i licitationsbetingelsernes pkt. 7.3.1 om »overordnede krav«.

Af betingelserne fremgik af særlig betydning for påstand 3, litra a, endvidere blandt andet:

»...

7.2. Miljøprogram

7.2.1. Generelt

Syd Energi har ikke et egentligt miljøprogram, men nærværende miljøprogram omhandler de emner Syd Energi, som bygherre, lægger vægt på.

Miljøprogrammet skal opfattes, som det bygherren som minimum lægger vægt på, og programmet må gerne gå videre end dette.

...

7.2.5 Akustisk indeklima

...

Luftlydisolation til rum, hvor der kan foregå fortrolige samtaler skal være ≥ 48 dB horisontalt, dog i vægge med dør ≥ 45 dB kombineret.

Luftlydisolation mellem øvrige kontorer og møderum ved døre skal være ≥ 35 dB.

...«

I indklagedes rettelsesblad (»Tillægsbeskrivelse nr. 4«) af 30. marts 2011 var det i tilknytning hertil anført:

»...

Der er følgende ændringer og tilføjelser til det udsendte udbudsmateriale:

Afsnit 7, pkt. 2.5:

Den samlede horisontale luftlydisolation $R'w$ for vægge mellem møderum og andre rum skal opfylde reduktionstal $R'w \geq 48$ dB og for vægge mod fordelingsområder med glasparti og møderum $R'w \geq 44$ dB.

Den samlede horisontale luftlydisolation $R'w$ for vægge mellem kontorer og mellem kontorer og andre rum skal opfylde reduktionstal $R'w \geq$

44 dB og for vægge mod fordelingsområder med glasparti og dør til kontor $R'w \geq 40$ dB.

Det samlede horisontale luftlydisolation $R'w$ på foldevæg i møderum skal opfylde reduktionstal $R'w \geq 44$ dB.

...«

Af licitationsbetingelsernes pkt. 7 om funktionsbeskrivelser fremgik endvidere af særlig betydning for påstand 3, litra b, blandt andet:

»...

7.3.3.10. ... Ventilationsanlæg

...

Der skal udføres komplette ventilationssystemer, som sikre et tilfredsstillende indeklima.

Ventilationssystemet kan være naturlig ventilation, mekanisk ventilation eller en kombination heraf – hybridventilation...

...

Der skal være ventilation i de enkelte rum, jf. rumskemaer. Rum skal ventileres, således at ventilationen er tilpasset rummets funktion, brug og belastning.

...«

Af rumskemaerne, der ligeledes var en del af licitationsbetingelserne, fremgår side 144, der vedrører rum 12.11, »*Depotrum*« i »*Kælder*«-området, som klageren har henvist til, under overskriften »*Installationer*«:

»...

Ventilation	Ja – mekanisk udsugning
-------------	-------------------------

...«

Af rumskemaernes side 145 om rum 13.1, »*Lager*« i »*Lager*«-området, som indklagede har henvist til, fremgår under samme overskrift:

»...

Ventilation	Ja
-------------	----

...«

Af licitationsbetingelsernes funktionsbeskrivelser fremgik af særlig betydning for påstand 3, litra c, endvidere blandt andet:

»...

7.3.3.52 ... Støvsugeranlæg

Der skal leveres og monteres et centralt støvsugeranlæg, dækkende for hele administrationsbygningen, inkl. alle nødvendige ydelser for anlæggets fuldstændige drift.

Anlægget opstilles så tømning og vedligeholdelse kan foregå let og uhindret.

Anlægget skal kunne betjene 4 brugere samtidigt. Anlægget skal leveres inkl. 4 sæt slanger, mundstykker mm.

...

Det tilbudte vedlægges en nøje beskrivelse af omfang, virkemåde, fabrikat, type mm.«

Af licitationsbetingelsernes funktionsbeskrivelser fremgik af særlig betydning for påstand 3, litra d, blandt andet:

»...

7.3.3.17 ... Føringsveje

Der skal etableres et sammenhængende føringsvejsystem for senere nem fremføring af kabler overalt i bebyggelsen.

Forventninger til udførelse af føringsveje:

- ...

...

- Installationskanaler som Thorsman INKA-123/72, Aluminium placeret langs væg i kopirum og placeret under aktive board i boardets bredde.

...«

Af licitationsbetingelsernes funktionsbeskrivelser fremgik af særlig betydning for påstand 3, litra e, blandt andet:

»...

7.3.3.30 ... Activ Boards installationer (Smart Boards)

Der skal etableres Activ Boards samt, i et vist omfang, projektor følgende steder:

...

7.3.3.31 ... Interaktive skærme (Touch skærme)

Der skal etableres Interaktive skærme følgende steder:

...

7.3.3.32 ... Videokonference

Der skal etableres installationer for videoconference følgende steder:

...

7.3.3.33 ... Informationsskærme

Der skal etableres informationsskærme følgende steder:

...

7.3.3.34 ... ITV (Internt Television (for overvågning))

Der skal regnes leveret og installeret komplet ITV overvågningspakke 100 % klar til drift.

Kamaraer opsættes iht. rumskemaer....

...

7.3.3.35 ... Antenne (TV/radio)

For fremføring af et eventuelt hovedantennekabel fra skel ved offentlig vej, skal der under nærværende entreprise etableres et trækrør...

...«

Af licitationsbetingelsernes funktionsbeskrivelser fremgik af særlig betydning for påstand 3, litra f, blandt andet:

»...

7.3.3.20 ... Lysinstallationer

...

Passende afstand mellem rengøringsstikkontakter i gange (maksimalt 10 meter)

Stikkontakt sammenbygges med lustryk ved alle døre.

I rumskemaerne er til dels anført antal stikkontakter, men herudover skal der altid medregnes, at der monteres stikkontakter jævnt fordelt i hele rummet, ligesom antallet skal tilpasses rummets karakter og anvendelse, herunder tilslutning af diverse apparater.

I primære rum skal det som minimum tilstræbes, at der på fri væg ingen steder er over 4 meter imellem stikkontakter.

...«

Af licitationsbetingelsernes funktionsbeskrivelser fremgik af særlig betydning for påstand 3, litra g, blandt andet:

»...

7.3.3.21 ... Belysningsarmaturer

Belysningsarmaturer skal være med LED i bedste kvalitet, eller tilsvarende med høj lyseffektivitet. Lysfarven ønskes regulerbar fra varmt farvet til køligt farvet ...

...

Stedbestemmelseslys.

For at gøre det nemmere at orientere sig i bebyggelsen foreslås etage-lampe-skilte og fløj-lampe-skilte udført med farvet LED-lyskilde (RGB).

...«

Af et rettelsesblad (*»Tillægsbeskrivelse nr. 4«*) af 30. marts 2011 fremgår blandt andet:

»...

Spørgsmål 11:

Pos. 7.3.3.21, Belysningsarmaturer: Belysningsarmaturer skal være med LED i bedste kvalitet, eller tilsvarende med høj lyseffektivitet. Er det et krav, at der anvendes LED-belysning, hvis det kan dokumenteres, at en grundbelysning med lysstofrør/kompaktlysrør giver et lavere samlet energiforbrug...

Svar:

Nej det er ikke et krav at der anvendes LED. Lineære lysstofrør med høj lyseffektivitet kan anvendes, og i øvrigt er beskrivelsen i 7.3.3.21 gældende.«

Af et rettelsesblad (*»Tillægsbeskrivelse nr. 7«*) af 9. april 2011 fremgår blandt andet:

»...

Spørgsmål 8:

7.3.3.21 Belysningsarmaturer:

Stedbestemmelseslys er anført som et forslag – er dette ensbetydende med et krav, der skal opfyldes i tilbuddet? – Og såfremt ja, er det et krav, at det udføres som RGB?

Svar:

Nej.

...«

Licitationsbetingelserne indeholdt ikke oplysningerne om proceduren ved en eventuel forhandling.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 22. april 2011 havde samtlige 5 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Tilbuddet fra Hoffmann A/S indeholdt blandt andet en redegørelse vedrørende bygningens akustik, jf. påstand 3, litra a. Efter en gengivelse af blandt andet de stillede krav i indklagedes tillægsbeskrivelse nr. 4 vedrørende luftlydisolation, der er citeret ovenfor, anføres:

»...

Luftlydisolation

...

Anvendelsen af rene glaspartier med glasdøre vil resultere i en lavere luftlydisolation end den, der er forlangt i tillægsbeskrivelse nr. 4.

Overholdelse af den krævede luftlydisolation for glaspartier med dør på henholdsvis $R'w = 40$ dB for kontorer og $R'w = 44$ for møderum, vil kræve en dobbelt glaskonstruktion og massive lyddøre.

For en lamineret glasvæg med en luftlydisolation $Rw = 40$ dB og en glasdør med en tætsluttende bundløsning på $Rw = 30$ dB, kan der forventes en samlet luftlydisolation på $Rw \geq 35$ dB.

...«

I indklagedes evalueringsrapport (»*Bedømmelsesudvalgets betænkning*«) fra juni 2011 er bedømmelsen af de modtagne tilbud sammenfattet således:

Totalentreprenør	Arkitektonisk løsning		Kvalitet		Procesbe-Skrivelsen		Pris		I alt point
1. NCC	6	1,8	8	2,0	9	1,35	3	0,9	6,05
2. Raunstrup	3	0,9	5	1,25	6	0,9	9	2,7	5,75
3. STB Byg	6	1,8	7	1,75	8	1,2	10	3,0	7,75
4. Hoffmann	9	2,7	8	2,0	8	1,2	4	1,2	7,10
5. Züblin	9	2,7	7	1,75	8	1,2	1	0,3	5,95
Vægtning %		30 %		25 %		15 %		30 %	100 %

Ved breve af 17. maj 2011 indbød indklagedes rådgivende ingeniør, Johansson & Kalstrup A/S, klageren og Hoffmann A/S til forhandlingsmøder den 19. maj 2011.

Af begge breve fremgik følgende:

»Forhandlingerne er tilrettelagt således, at udbyder i første omgang forhandler med de to tilbudsgivere, der har præsteret bedst på det af bygherre anvendte bedømmelsesskema.

Efter forhandling har fundet sted som ovenfor anført, vil bygherre, når de fra de bydende modtagne oplysninger foreligger, tage stilling til, om en ny forhandlingsrunde med de pågældende er påkrævet eller om beslutning kan træffes ud fra den foretagne forhandling og de herunder modtagne oplysninger.

Såfremt bygherre vurderer, at dette ikke er tilfældet, forbeholder bygherre til ret til på ny at indkalde de to bedst placerede tilbudsgi-

vere til yderligere en forhandlingsrunde.

...Bygherre forbeholder sig..., såfremt forhandlingerne og de herunder modtagne oplysninger måtte give anledning hertil, at indkalde den 3. bedst placerede på det af bygherre anvendte bedømmelseskema til forhandlinger.«

I brevet til klageren anførtes herefter:

»Forhandlingen gennemføres med nedenfor anførte emner:

1. ...
2. ...
3. De bedes med en dagslyssimulering som minimum i området salg, marketing og kundeservice redegøre for at, der kan opnås en dagslysfaktor på mindst 2,0 %. Hvis det ikke omfatter alle arbejdspladser, der er krævet i byggeprogrammet og vist i konkurrenceforslaget, bedes De redegøre for, hvordan arbejdspladserne kan anbringes, så det opnås eller hvordan bygningen kan tilpasses.
4. De bedes redegøre for, hvorledes der sikres optimale ventilationsforhold i den store åbne bygning (mekanisk og naturlig).
5. Det fremgår af Deres tilbud, at der er regnet med en maksimal ventilationsluftmængde... Luftmængden forekommer meget høj. Er det muligt at nedsætte den, og vil det i givet fald kunne reducere prisen, og hvad vil prisreduktionen da være?
6. De bedes bekræfte, at omfanget af projekteringen er som angivet i udbudsmaterialet...
7. Efter henvendelse til Esbjerg Kommunes vejmyndighed kan det konkluderes, at der ikke vil blive givet tilladelse til...De bedes redegøre for, hvorledes vejen til lageret kan ændres til en tilslutning mod vest..., og om det har økonomiske konsekvenser.

...

Sluttelig gøres opmærksom på at resultatet af forhandlingerne på ovennævnte punkter sammen med Deres tidligere tilbud, vil indgå i grundlaget for bedømmelsen.«

I brevet til Hoffmann A/S anførtes:

»Forhandlingen gennemføres med nedenfor anførte emner:

1. ...
2. ...

3. De bedes oplyse, om hvorvidt det er muligt at optimere forslagens bruttoarealer inden for programmets rammer, og hvilken prisreduktion det i givet fald vil medføre?
4. Det fremgår af Deres tilbud, at der opbygges en cirkulær jordformation af overskudsjord på 5-6 m højde. I henhold til den gældende lokalplan for området, må der ikke ske større reguleringer af terrænet end +/- 0,5 m....De bedes derfor tilkendegive, hvorvidt jordformationen kan tilpasses i højde, så der kan forventes tilladelse til terrænreguleringen, og at omkostningen til bortkørsel af overskudsjorden er indeholdt i den allerede afgivne pris.
5. Det fremgår af Deres forslag, at der opføres en rund bygning. Bedømmelsesudvalget udtrykker en vis bekymring for, hvorvidt specielt facadebeklædningens alu-plader vil fremstå som en jævn kurve. De bedes bekræfte, at alle overflader, der i forslaget er vist runde, fremstår som jævne kurver...
6. Det fremgår af forslaget, at overfladen på facaderne på lageret består af en grafisk betonplade. Kan De foreslå en alternativ overflade der kunne medføre en prisreduktion og i givet fald, hvad kunne alternativet være, og hvor stor er prisreduktionen herfor?
7. Det fremgår af Deres tilbud, at der tilbydes et energineutralt hus. Hvad vil prisreduktionen være, såfremt byggeriet alene skal leve op til passivhuskravet?

...

Sluttelig gøres opmærksom på at resultatet af forhandlingerne på ovennævnte punkter sammen med Deres tidligere tilbud, vil indgå i grundlaget for bedømmelsen.«

Af brevene til hver af de to tilbudsgivere fremgik ikke, hvem den anden indbudte tilbudsgiver var, ligesom det ikke var anført, hvilke forhandlings-temaer der var genstand for forhandlingerne med den anden tilbudsgiver.

Indklagede holdt den 19. maj 2011 forhandlingsmøde med klageren. Af referatet fra dette møde, der blev sendt til klageren den 25. maj 2011, fremgår blandt andet:

»...

Efter velkomst... redegjorde direktør Niels Duedahl kort for status i relation til STB Byg A/S' tilbud:

- Tilbuddets stærkeste side er den laveste pris (idet priserne på de afgivne tilbud var blevet oplyst i forbindelse med licitationen) samt en god signalværdi, der opfylder SYD ENERGI's kerneværdier, ligesom den tegnede bygning står stærk i forhold til omgivelserne.

- Tilbuddets svage sider er først og fremmest projektets funktionalitet. Der er en generel bekymring omkring medarbejderoplevelsen af rummet, idet man frygter, at det store åbne rum vil give anledning til problemer omkring indeklima, støjniveau mv.

STB's hoveddifferentiator er den lave pris.

...

Med baggrund i ovenstående konkluderede Niels Duedahl

- At der efter hans opfattelse var en for ringe økonomisk effekt af den forlængelse af byggeperioden, der alternativt var stillet i udsigt,
- At en yderligere prisreduktion bør kunne opnås, ikke mindst i relation til lager, lagerplads mv., idet fokus hos SYD ENERGI først og fremmest var på hovedbygningen, og
- At han generelt opfordrede STB Byg A/S til at fremkomme med yderligere forslag til, hvor prisreduktion kunne finde sted.

...

Der var enighed om, at STB BYG A/S snarest muligt fremkommer med korrigeret tilbud...

Det forventes, at der herefter afholdes en yderligere forhandlingsrunde til afklaring af de under mødet drøftede punkter samt til gennemgang af de besparelser og eventuelle alternative løsningsforslag STB Byg A/S forventes at komme med.

...«

Senere den 19. maj 2011 holdt indklagede første forhandlingsmøde med Hoffmann A/S. Af referatet fremgår blandt andet:

»Niels Duedahl oplyste, at det udarbejdede projekt på den arkitektoniske og funktionelle side var yderst tilfredsstillende, men at hovedproblemet i det afgivne tilbud var den meget høje pris.

Niels Duedahl opfordrede til, at man koncentrerede sig om (væsentligt) at nedskalere projektet og projektets pris.

...

Med baggrund i ovenstående takkede Niels Duedahl Hoffmann for deres deltagelse, og konkluderede:

- At der efter hans opfattelse var et for ringe økonomisk effekt af den forlængelse af byggeperioden, der alternativt var stillet i udsigt,
- At en yderligere prisreduktion bør kunne opnås, ikke mindst i relation til en optimering af bygningens størrelse og i relation til lager, lagerplads mv, idet fokus hos SYD ENERGI først og fremmest var på hovedbygningen,
- At han generelt opfordrede Hoffmann til at fremkomme med yderligere forslag til, hvor prisreduktion kunne finde sted, og

- At Hoffmanns hovedopgave, således som ført ved mødets begyndelse, var den (meget) høje pris. Denne skal ned.

...

Omkring det fortsatte forløb vender Hoffmann tilbage... med hvornår et korrigeret og økonomisk optimeret tilbud kan foreligge. Herefter aftales tidspunkt for en ny forhandlingsrunde, således som allerede tilkendegivet i den stedfundne indkaldelse af 17. maj 2011.

...«

Ved brev af 30. maj 2011 skrev Hoffmann A/S til indklagedes rådgiver. Af brevet fremgår blandt andet:

»...

Referende til vores skrivelse af 18. maj 2011 samt forhandlingsmøde med Dem den 19. maj 2011, kan Deres spørgsmål besvares således...

...«

Herefter fulgte i alt 33 punkter, hvorved Hoffmann A/S' foreslog ændringer i selskabets tidligere tilbud. Ud for hvert punkt var der angivet, hvor stort et »Fradrag« det enkelte forslag beløb sig til. Det samlede fradrag for alle de 33 punkter udgjorde 48.197.000 kr. Blandt de nævnte ændringer var følgende punkter, der nærmere som nærmere angivet nedenfor knytter sig til påstand 3:

Ad påstand 3, litra a:

»...

Administrationsbygning

...

5. Indervægge – glasskillevægge udføres som Deko GF fuldglasvægge, uklassificeret 40 dB med 10x21 m Deko, 10 mm helglasdøre - tætslutende naturanodiseret FG alu-karm 35 dB.

...«

Ad påstand 3, litra b:

»...

Lagerbygning

...

11.

...

- Ventilationsanlæg i lagerbygning i "højlager" udgår

- ...«

Ad påstand 3, litra c:

»...
 Tekniske installationer
 12. Støvsugeranlæg udgår.
 ...
 ...«

Ad påstand 3, litra d:

»...
 Tekniske installationer
 ...
 19. Ændring af installationskanal fra Alu (INKA) til PVC (TEK).
 ...«

Ad påstand 3, litra e:

»...
 Tekniske installationer
 ...
 22. AV-udstyr udgår.
 ...«

Ad påstand 3, litra f:

»...
 Tekniske installationer
 ...
 25. Pkt. 7.3.3.20 – Stikkontakter pr. 4 m reduceres fra 1.100 stk. til 550 stk.
 ...«

Ad påstand 3, litra g:

»...
 Tekniske installationer
 ...
 26. Skilte med LED udgår, 50 stk.
 ...«

Indklagede afholdt herefter den 1. juni 2011 2. forhandlingsmøde med klageren. Af referatet heraf fremgår blandt andet:

»...

Direktør Niels Duedahl... bemærkede indledningsvis, at man fra SYD ENERGI HOLDING's side var en smule overrasket over den tilbagemelding, der forelå fra STB Byg's side, idet den ændrede tilbudspris efter SYD ENERGI HOLDING's opfattelse stort set var uændret i forhold til den oprindelige tilbudspris.

Som også drøftet på det første forhandlingsmøde er det utvivlsomt, at STB Byg oprindeligt havde den skarpeste pris, men at gå ud fra, at prisen i sig selv bærer igennem er et farligt standpunkt, ikke mindst når funktionaliteten i projektet ikke er så stærk som den kunne være.

...

Besparelser

...STB Byg [fremlagde] den i materialet...indeholdte besparelse på lagerhal, belægning og kælder...

Projektændringerne ændrer ikke på funktionen.

...

Ingeniør Henrik Ladefoged redegjorde for det fortsatte forløb, i det møderesultaterne vil blive forelagt bedømmelsesudvalget, der herefter vil træffe en beslutning, der vil blive offentliggjort således som tidligere foreskrevet.

...«

Samme dag afholdt indklagede 2. forhandlingsmøde med Hoffmann A/S. Af referatet af dette møde fremgår blandt andet:

»...

Direktør Niels Duedahl... konstaterede indledningsvis, at SYD ENERGI HOLDING havde noteret sig, at Hoffmann havde fulgt opfordringen til yderligere prisreduktioner, hvilket han fandt positivt. Herudover havde SYD ENERGI HOLDING også noteret sig, at det af notatet fremgik, at de foreslåede besparelser, optimeringer mv. ikke ændrede på det forhold, at det nye domicil ville være et fyrtårn indenfor lavenergibyggeri, ligesom det arkitektoniske udtryk og det allerede tilkendegivne kvalitetsniveau ikke ville blive ændret...

Arkitekt Carsten Gjørtz bekræftede, at man ikke var gået på kompromis med det oprindelige oplæg, og at funktionaliteten af byggeriet stadig var den samme...

...

Med baggrund heri blev det reviderede forslag til optimeringer gennemgået. Der var i så henseende følgende bemærkninger:

...

Tekniske installationer

11. Støvsugeranlæg bibeholdes.

...

16. Boards, konferenceskærme mv. Besparelsen udgår

...

19. Ændring af kabelbakketype. Besparelsen bibeholdes, der er blot tale om en anden type kabelbakker, idet funktionskravene er opfyldt.

...

21. AV-udstyr. Hoffmann var ikke i stand til at oplyse, hvad besparelsen vedrører. Hoffmann vender tilbage i så henseende.

...

23. Belysningsarmaturer. Besparelsen bibeholdes. Et alternativ kunne være LED uden farver, hvilket ville medføre en besparelse på ca. kr. 1 mio.

24. Stikkontakter. Det anførte skal forstås således, at der er en stikkontakt pr. 4 m² (og ikke 4 meter), der ændres til 1 pr. 8 m².

Der er tale om stikkontakter, der ligger udenfor arbejdsstationerne, og dermed også udenfor de af udbudsmaterialet fremgående installationspakker.

Med disse præciseringer bibeholdtes besparelsen.

25. Skilte med LED. Besparelsen bibeholdes.

...

Efter gennemgangen konkluderede parterne, at prisen for projektet, med de nu foretagne ændringer mv., i runde tal udgjorde kr. 213 mio. kr.

Direktør Niels Duedahl gjorde sig gældende, at der "måtte kunne findes kr. 3 mio. i yderligere optimeringer", således at man kunne komme ned på 210 mio. kr. ...

...

Konkluderende var der således enighed om, at projektpriisen udgør kr. 210 mio. kr. med de besparelser og ændringer, der blev drøftet på mødet ...

Ingeniør Henrik Ladefoged redegjorde herefter for det fortsatte forløb, hvorefter bedømmelsesudvalget skal komme med sin endelige indstilling og udarbejde den endelige rapport i så henseende...«

I indklagedes evalueringsrapport er der om de foretagne forhandlinger blandt andet anført følgende:

»...

Der blev af Bedømmelsesudvalget nedsat et forhandlingsudvalg...

Forhandlingerne er gennemført med henblik på at opnå en mere sikker bedømmelse af de i projekterne indgående elementer. Forhandlingerne har ligeledes givet de to projektteams mulighed for at fremkomme med en række præciseringer og justeringer af projekterne i forhold til elementer i byggeprogrammet, samt en regulering i forhold til en ændret byggeperiode.

Forhandlingerne blev gennemført i to runder, og slutresultatet blev forelagt Bedømmelsesudvalget, hvorefter udvalget traf den endelige afgørelse.

STB Byg A/S / Anton Knudsen Egtved A/S:

Forhandlingerne med STB Byg A/S drejede sig om følgende forhold:

- ...
- ...
- nærmere redegørelse for dagslysforholdene
- nærmere redegørelse for ventilationsforholdene
- en vurdering på om ventilationsmængden kan nedsættes
- en bekræftelse på at omfanget af projekteringen følger programmet
- ændring af tilkørselsforholdene til lagerområdet
- ændring af lagerets energikrav til BR 2010, samt diverse optimeringer
- ændring af bundopbygning for belægninger
- reduktion af kælderareal

Forhandlingerne af ovennævnte punkter medførte de ønskede afklaringer og resulterede i en ændret pris på 188.949.209 eksklusive moms.

Hoffmann A/S:

Forhandlingerne med Hoffmann A/S drejede sig om følgende forhold:

- ...
- ...
- optimering af forslagets bruttoareal
- ændring af jordformation
- nærmere redegørelse for at den viste bygning er rund og ikke mangekantet
- ændring af facaderne på lageret
- ændring af lagerets energikrav til BR2010 samt diverse optimeringer
- fradrag såfremt domicilet alene skal opfylde passivhuskravet
- diverse mindre optimeringer
- fradrag for udvendige arealer, diverse mindre ændringer

Forhandlingen af ovennævnte punkter medførte de ønskede afklaringer og resulterede i en ændret pris på 210.000.000 kr. eksklusive moms.

Ovennævnte ændringer i de to projekter blev herefter igen bedømt. Bedømmelsen fremgår af nedenstående skema.

Totalentreprenør	Arkitektonisk løsning		Kvalitet		Procesbeskrivelsen		Pris		I alt point
3. STB Byg	6	1,8	7	1,75	8	1,2	10	3,0	7,75
4. Hoffmann	9	2,7	7	1,75	8	1,2	8	2,4	8,05
Vægtning %		30 %		25 %		15 %		30 %	100 %

...«

På den baggrund blev tilbuddet fra Hoffmann A/S bedømt som det økonomisk mest fordelagtige, og indklagede traf, som nævnt ovenfor, den 5. juli 2011 beslutning om at indgå kontrakt med Hoffmann A/S.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede tilrettelagde forhandlingerne således, at Hoffmann A/S fik mulighed for at ændre og optimere sit tilbud på det punkt, hvor Hoffmann A/S' tilbud var svagest, nemlig prisen. Klageren fik derimod ikke mulighed for at ændre sit tilbudsprojekt med henblik på forbedring der, hvor det nu har vist sig, at det var svagest, nemlig den arkitektoniske løsning. Klageren blev alene opfordret til at give fradragspriser for tidsplanlægning og vejrligforanstaltninger. Klagerens mulighed for at reducere prisen var reelt uden betydning, da klageren i forvejen – før prisnedsættelsen – havde fået den maksimalt opnåelige karakter for prisen. Klageren fik i modsætning til Hoffmann A/S ikke mulighed for at forbedre sit tilbud, idet klageren ikke blev gjort bekendt med bedømmelsen af den arkitektoniske løsning før på det andet forhandlingsmøde. Det reelle formål med forhandlingerne har alene været at give Hoffmann A/S mulighed for at forbedre sin priskarakter og derved opnå ordren. Indklagede har derfor tilsidesat ligebehandlingsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at klageren og Hoffmann A/S har fået de samme muligheder for at foretage ændringer og optimeringer af tilbudsprojektet. Klager fik – på samme måde som Hoffmann A/S – klart oplysning om svage og stærke sider af sit tilbud, herunder funktionalitet. Begge virksomheder har endvidere udnyttet disse muligheder. Tilbuddet fra Hoffmann A/S oversteg i væsentlig grad de stillede krav til arealer og energiforhold. Det forhold, at Hoffmann A/S foretog væsentlige prisreduktioner er en mulig følge af enhver forhandling, og det udgør ikke en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at tilbudslovens § 11, stk. 2, kræver, at det senest ved forhandlingernes påbegyndelse skal tilkendegives, hvilken procedure der vil blive fulgt under forhandlingerne. Dette må indebære et krav om, at det dels oplyses, hvem der forhandles med, dels generelt i forhold til de tilbudsgivere, der forhandles med, hvad proceduren indebærer. Det er nødvendigt med en præcisering af forhandlingstemaet eller –temaerne, og at ordregiveren rent faktisk følger den udmeldte procedure. Det blev ikke ved forhandlingerne tilkendegivet, hvilken procedure der ville blive fulgt. Det fremgår af referatet fra det andet forhandlingsmøde med Hoffmann A/S, at dette i alt væsentligt drejede sig om det sparekatalog, som Hoffmann A/S havde udarbejdet, og dette dokumenterer i sig selv, at forhandlingerne foregik uden tilkendegivet procedure, da det herved var Hoffmann A/S selv, der fastsatte temaet for forhandlingerne. Klageren har på den baggrund beregnet, at Hoffmann A/S' besparelsesforslag alene gav grundlag for en prisnedsættelse på ca. 35 mio. kr. mod den faktisk tilbudte nedsættelse på de ca. 48,2 mio. kr.. Det må herefter lægges til grund, at forhandlingerne med Hoffmann A/S er foregået uden grundlag i en på forhånd defineret forhandlingsprocedure, men udviklede sig til en prisforhandling med henblik på at forbedre Hoffmann A/S' karakter på det punkt, hvor det var svagest, nemlig prisen.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede inden forhandlingernes påbegyndelse skriftligt tilkendegav over for klageren og Hoffmann A/S, hvilken procedure der ville blive fulgt. Indbydelserne til forhandlingerne var identiske, bortset fra angivelsen af de enkelte forhandlingspunkter, og klageren og Hoffmann A/S modtog samme informationer om forhandlingsforløbet.

Indklagede har dermed ikke overtrådt gennemsigthedsprincippet eller tilbudslovens § 11, stk. 2.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede i funktionsbeskrivelsernes indledning i pkt. 7.1 havde anført, at de efterfølgende krav og specifikationer var minimumskrav. Indklagede havde herved forpligtende tilkendegivet, at manglende opfyldelse af de fastsatte krav skulle medføre, at et tilbud var ukonditionsmæssigt. En række af de projektændringer, som Hoffmann A/S tilbød under forhandlingerne, var udtryk for en fravigelse af ufravigelige mindstekrav i licitationsbetingelserne, således som disse herefter fremgik af funktionsbeskrivelserne. Disse fravigelser gjorde, at opgavens karakter ændrede sig væsentligt. Da tilbuddet fra Hoffmann A/S således forudsatte manglende opfyldelse af ufravigelige mindstekrav, skulle tilbuddet enten have været helt afvist, eller også skulle det være indgået i bedømmelsen med et beløb på 239 – 244 mio. kr., der var resultatet af det første forhandlingsmøde. I så fald havde klagerens tilbud været det økonomisk mest fordelagtige.

Vedrørende de enkelte krav i påstandens litra a-g har klageren under henvisning til det reviderede tilbud af 30. maj 2011 fra Hoffmann A/S anført følgende:

- a) I det reviderede tilbud pkt. 5 er indervægge ændret til Deko [FG] fuldglasvægge uklassificeret 40 dB og med FG helglasdøre i alukarm med 35 dB. Det reviderede tilbud opfylder således ikke mindstekrav til akustisk indeklima i en række kontorer svarende til mindst 20 % af alle cellekontorer, jf. rumskemaerne i licitationsbetingelserne afsnit 8 side 2-4, hvor lederkontorer og mødelokaler må antages at skulle overholde de strenge lydkrav.
- b) I det reviderede tilbuds pkt. 11 er ventilationsanlæg i højlager udgået. Det fremgår af rumskemaerne i afsnit 8 side 144 under installationer, at der skal udføres ventilation i højlager.
- c) I det reviderede tilbuds pkt. 12 er støvsugeranlæg udgået.
- d) I det reviderede tilbuds pkt. 19 er installationskanaler er ændret til PVC (TEK).
- e) I det reviderede tilbuds pkt. 22 er AV-udstyr udgået.

- f) I det reviderede tilbuds pkt. 25 er antallet af stikkontakter halveret, således at mindstekravet ikke er opfyldt.
- g) I det reviderede tilbuds pkt. 26 er 50 stk. skilte med LED lys er udgået.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at de nævnte krav ikke har karakter af mindstekrav. Dette følger allerede af, at det i licitationsbetingelsernes pkt. 7.1 alene er anført, at de efterfølgende krav og specifikationer er at betragte som minimumskrav (men ikke mindstekrav), og at denne bestemmelse – da det udtrykkeligt er anført, at fravigelser af disse alene vil medføre en »risiko« for, at tilbuddet anses for ukonditionsmæssigt, og at bygherren alternativt kan vælge at prissætte forbeholdet – må forstås således, at der ikke er tale om mindstekrav, der vedrører grundlæggende elementer. Det er ikke fastsat i udbudsbetingelserne, at de nævnte krav skal anses for grundlæggende elementer, og bygherren kan efter ordlyden vælge at undlade at afvise tilbuddet. Indklagede kunne derfor tage tilbud i betragtning, som ikke levede op til kravene i pkt. 7 om funktionsbeskrivelser, forudsat at indklagede ønskede at prissætte disse. Der er under alle omstændigheder tale om så ubetydelige ændringer i forhold til det samlede projekt, at udgangspunktet om forbud mod forhandling om mindstekrav konkret må fraviges.

Vedrørende de enkelte krav i påstandens litra a-g har indklagede navnlig anført følgende:

- a) Det påberåbte krav til luftlydisolation indeholder en meget bred og forholdsvis upræcis beskrivelse. De mere specifikke krav til luftlydisolation til rum, hvor der kan foregå fortrolige samtaler, definerer ikke nærmere rummene – hverken i funktionsbeskrivelsen eller rumskemaerne.
- b) Det påberåbte krav vedrørende ventilation i de enkelte rum er holdt i meget generelle vendinger. Hoffmann A/S tilbød oprindeligt en løsning, som indebar mekanisk ventilation også i lageret, således at der ville blive etableret et ventilationsanlæg (mekanisk udsugning). Dette blev ændret, således at ventilationsanlægget i en del af lagerbygningen udgik. Dette er imidlertid ikke i strid med udbudsbetingelserne, der ikke stiller krav om mekanisk ventilation på lageret, jf. rumskemaernes side 145.
- c) Indklagede accepterede ikke denne del af det reviderede tilbud, og dermed er der ikke tale om nogen ændring i forhold til udbudsbetingelserne udgangspunkt.

- d) Efter ordlyden af funktionsbeskrivelsens pkt. 7.3.3.17 var der alene tale om »*Forventninger til udførelse af føringsveje*« om installationskanaler »*som Thorsman INKA-123/72, Aluminium placeret langs væg i kopirum og placeret under aktive board i boardets bredde*«. Der var således ikke tale om et ufravigeligt mindstekrav.
- e) De foreslåede besparelser, der vedrører active boards, interaktive skærme, videokonference, informationsskærme, ITV og antenne, blev ikke accepteret, og der blev derfor ikke forhandlet med Hoffmann A/S om en sådan ændring. Dermed er der ikke tale om nogen ændring i forhold til udbudsbetingelserne udgangspunkt.
- f) I funktionsbeskrivelsernes pkt. 7.3.3.20 om stikkontakter er det fastsat, at det i primære rum »*som minimum skal tilstræbes, at der på fri væg ingen steder er over 4 meter mellem stikkontakter*«. Denne formulering, der alene angår, hvad der skal tilstræbes, indebærer ikke et ufravigeligt mindstekrav.
- g) I funktionsbeskrivelsernes pkt. 7.3.3.21 om belysningsarmaturer fremgår, at disse skal være med LED i bedste kvalitet eller tilsvarende med høj lyseffektivitet. Formuleringen indebærer, at der ikke er fastsat et ufravigeligt krav om LED-belysningsarmaturer. Dette fremgik i øvrigt også af indklagedes besvarelse af spørgsmål 11. Hoffmann A/S tilbød at levere belysningsarmaturer i hovedbygningen som kompaktrør/T5, hvilket lever op til samme standard og har præcis samme funktion. Funktionsbeskrivelsens pkt. 7.3.3.21 om stedbestedelseslys fastsætter alene, at der »... *foreslås etage-lampe-skilte og fløj-lampe-skilte udført med farvet LED-lyskilde (RGB)*«. Også denne formulering har alene karakter af et forslag og ikke af et ufravigeligt mindstekrav.

Ad påstand 4

Klageren har under henvisning til de overtrædelser, der er anført under påstand 1 - 3, gjort gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt tilbudsloven som anført under påstand 1 - 3, og at der derfor ikke er grundlag for annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af referatet af det første forhandlingsmøde, at indklagede over for klageren oplyste, at bedømmelsen af klagerens tilbud viste, at dets svage side var funktionaliteten, og at dets stærke side blandt andet var prisen. Ved mødets afslutning var der enighed om, at STB BYG A/S skulle fremkomme med et korrigeret tilbud, at det herefter forventedes, at der skulle afholdes en yderligere forhandlingsrunde til blandt andet gennemgang af de besparelser og eventuelle alternative løsningsforslag, som STB Byg A/S forventedes at komme med. Såvel klageren som Hoffmann A/S fik med udgangspunkt i virksomhedernes oprindelige tilbud under forhandlingerne mulighed for at optimere deres tilbud, herunder i relation til den tilbudte pris. Det kan herefter ikke lægges til grund, at forhandlingerne reelt alene har haft til formål at give Hoffmann A/S mulighed for at forbedre sit tilbud. Det forhold, at Hoffmann A/S' tilbud relativt kunne vinde mere ved forhandlinger om den tilbudte pris end klagerens tilbud, og at klagerens tilbud relativt ville have kunnet vinde mere ved forhandlinger vedrørende den arkitektoniske løsning/funktionalitet end tilbuddet fra Hoffmann A/S, kan ikke føre til et andet resultat. Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at indklagede under forhandlingerne har tilsidesat ligebehandlingsprincippet som angivet i påstanden. Det bemærkes herved, at ordregiveren under sådanne forhandlinger må have et ikke ubetydeligt skøn med hensyn til valg temaet for forhandlingerne.

Der er endvidere ikke grundlag for at anse tilbudslovens § 14, stk. 3, for overtrådt.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Efter tilbudslovens § 11, stk. 2, kræves det, når udbyderen vælger at forhandle, at det senest ved forhandlingernes påbegyndelse over for de udvalgte tilbudsgivere, som udbyderen forbeholder sig at forhandle med, tilkendes, hvilken procedure der vil blive fulgt, hvis det ikke fremgår af tilbudsbetingerne. Bestemmelsen fik sin nuværende udformning ved lov nr. 338 af 18. maj 2005 om lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. I de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslag nr. 42 af 23. februar 2005, blev der herom blandt andet anført:

»...Såfremt udbyder ikke allerede i udbudsbetingelserne har beskrevet den forhandlingsprocedure, der vil blive fulgt, herunder eventuelle begrænsninger i forhandlingsadgangen, skal udbyder efter stk. 2 senest ved forhandlingernes påbegyndelse tilkendegive, hvilken procedure der vil blive fulgt.

Udbyder skal i den forbindelse tilkendegive, om alle tilbudsgivere, der tages ud til forhandlinger, vil blive givet mulighed for at revidere deres tilbud. Udbyderen har således ikke pligt til altid at forhandle med 3 tilbudsgivere, jf. loftet på 3 »eller færre«.

De tilbudsgivere, der ikke er blevet fravalgt, har ikke krav på at blive inddraget aktivt i forhandlingerne, jf. udtrykket »forbeholder sig at forhandle med«. Hvis ikke alle udvalgte tilbudsgivere inddrages i forhandlingerne, skal udbyderen starte med de(t) bedste bud...«

Ved brevene af 17. maj 2011 til henholdsvis klageren og Hoffmann A/S orienterede indklagede de to virksomheder om den påtænkte procedure, herunder hvor mange forhandlingsrunder, der – afhængigt af resultatet af forhandlingerne – ville være, samt at resultatet af forhandlingerne ville indgå i grundlaget for bedømmelsen.

Der er hverken efter ordlyden eller forarbejderne til bestemmelsen i tilbudslovens § 11, stk. 2, holdepunkter for, at kravet i den nævnte bestemmelse om oplysning om proceduren skulle indebære, at udbyderen skal oplyse navnene på de andre tilbudsgivere, som udbyderen forbeholder sig at forhandle med. Der kan heller ikke udledes et krav om, at ordregiveren skal oplyse de enkelte tilbudsgivere, der indgår i forhandlingerne, om, hvad ordregiveren forhandler med andre tilbudsgivere om. Sådanne krav følger heller ikke af det udbudsretlige princip om gennemsigtighed.

Det forhold, at indklagede anmodede Hoffmann A/S om at fremkomme med et korrigeret og økonomisk optimeret tilbud, hvorved Hoffmann A/S i vidt omfang selv fik mulighed for at få indflydelse på de tilbudte optimeringer, indebar ikke en fravigelse af den skitserede procedure.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Indklagede havde i licitationsbetingelsernes funktionsbetingelser indledningsvis i pkt. 7.1 fastsat, at de efterfølgende krav og specifikationer var at betragte som minimumskrav, og at enhver fravigelse ville medføre ”risiko for”, at tilbuddet blev anset for »ukonditionsmæssigt, jf. afsnit 2.1. Alternativt kan bygherren vælge at prissætte forbeholdet...« Af licitationsbetingelsernes pkt. 2.1 fremgik blandet andet, at ordregiver »forbeholder sig ret til at afvise alle tilbud, som ikke opfylder et eller flere ufravigelige minimumskrav«, og at ordregiveren ville betragte tilbud som »ikke konditionsmæssigt«, såfremt det »indeholder forbehold, herunder forudsætninger og bestemmelser, der strider mod krav anført i udbudsmaterialet.«

Under de nævnte omstændigheder, hvor ordregiveren både har forbeholdt sig muligheden for at anse tilbud med manglende opfyldelse af minimumskrav som ukonditionsmæssige og muligheden for at prissætte et sådant forbehold, er det i høj grad uklart, om indklagede herved havde fastsat, at de nævnte efterfølgende krav og specifikationer i funktionsbeskrivelsen skulle have karakter af udbudsretlige mindstekrav til tilbuddene.

På grund af den nævnte uklarhed kan indklagede ikke anses for at have stillet et sådant mindstekrav.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 4

Da klagenævnet har fundet, at indklagede ikke har tilsidesat tilbudslovens regler som anført i påstand 1 – 3, tages annullationspåstanden heller ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Ida Maria Westphall
Kontorfuldmægtig