

Klagenævnet for Udbud

(Erik Kjærgaard, Trine H. Garde, Thomas Jensen)

J.nr.: 03-247.205

8. oktober 2004

K E N D E L S E

Virklund Sport A/S
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Randers Kommune
(advokat Jan Toft Olesen, Randers)

I september 2003 udbød indklagede, Randers Kommune, ved begrænset licitation efter Tilbudsloven opgaven med levering af en mobil skøjtebane på ca. 1.050 m² inkl. køleunit, slanger, rør, baneafgrænsning, bander, stålcontainere, opbevaringskasser m.v. samt opstilling og oplæring af personale. Skøjtebanen skulle i første omgang placeres på et parkeringsareal ved Steffensgade i Randers. Tilbudsgiverne skulle desuden afgive tilbud på levering af en ny eller renoveret brugt ismaskine. Tildelingskriteriet var i licitationsbetingelserne fastsat som »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Licitationsbetingelserne blev den 29. september 2003 fremsendt til tre virksomheder. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 8. oktober 2003 havde de tre virksomheder for så vidt angår levering af den mobile skøjtebane afgivet tilbud således:

- | | |
|------------------------------|---------------------------|
| 1. Prorink International OY: | 1.160.000 kr. ekskl. moms |
| 2. Virklund Sport A/S: | 1.575.000 kr. ekskl. moms |
| 3. Christian Berg A/S: | 1.715.400 kr. ekskl. moms |

Den 9. oktober 2003 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Prorink, og kontrakt blev herefter indgået den 13. oktober 2003.

Den 10. december 2003 indgav klageren, Virklund Sport A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Randers Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 31. august 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Prorink International OY i betragtning, uanset at tilbudet ikke opfylder licitationsbetingelserne vedrørende driftsperiode og kølekapacitet, idet den af Prorink tilbudte kølekapacitet på 170 W/m^2 medfører, at anlægget ikke er dimensioneret i forhold til en maksimal lufttemperatur på 8 grader celcius og en maksimal vindhastighed på 1,0 meter pr. sekund.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved ikke ved vurderingen af tilbudet fra Prorink International OY at have prissat forbeholdet i dette tilbud vedrørende driftsperiode og kølekapacitet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Prorink International OY i betragtning, uanset at tilbudet ikke opfylder licitationsbetingelserne vedrørende dimensioner, idet den af Prorink tilbudte bane med dimensionerne ca. 17,5 x 60 meter ikke giver mulighed for en alternativ lægning på ca. 35 x 30 meter.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved ikke ved vurderingen af tilbudet fra Prorink International OY at have prissat forbeholdet i dette tilbud vedrørende dimensioner.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Prorink International OY i betragtning, uanset at tilbudet ikke opfylder licitationsbetingelserne, idet det ikke indeholder en angivelse af ibrugtagningsdatoen.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 11, stk. 2, og bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 § 11, stk. 1, jf. stk. 2 og stk. 3, ved forud for beslutningen om, hvem der skulle indgå kontrakt med, at forhandle med Prorink International OY om ibrugtagningsdatoen i henhold til det afgivne tilbud, uden at det senest ved forhandlingens indledning over for de pågældende tilbudsgivere var tilkendegivet, hvilken procedure der ville blive fulgt, og uden at der blev tilbudt forhandling med de øvrige tilbudsgivere.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1 og stk. 2, jf. § 6, ved i forbindelse med vurderingen af tilbudene på grundlag af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« ikke at have anvendt underkriterierne (2) »Teknisk værdi og design« og (3) »Funktionalitet og driftsomkostninger«.

Klageren har tilkendegivet eventuelt senere at ville nedlægge yderligere påstande, herunder påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 7 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Det er for Klagenævnet oplyst, at indklagede siden 1995 har overvejet at anlægge en mobil skøjtebane i Randers, og at indklagede i den forbindelse har været i løbende kontakt med klageren. Klageren afgav således både i 1995 og 1999 tilbud på levering af en sådan skøjtebane, uden at dette førte til kontrahering. Efter nye drøftelser mellem klageren og indklagede i efteråret 2002 og i foråret 2003, i hvilken forbindelse klageren blandt andet afgav et tilbud af 28. oktober 2002, udbød indklagede ved licitationsbetingelser af 19. august 2003 den pågældende opgave. En række af de tekniske specifikationer for skøjtebanen var i licitationsbetingelserne identiske med, hvad der var anført i klagerens tilbud af 28. oktober 2002, ligesom den økonomiske ramme for opgaven svarede til tilbudssummen i klagerens tilbud af 28. oktober 2002.

Licitationsbetingelserne af 19. august 2003 blev sendt til klageren og Prorink, som begge afgav tilbud inden udløbet af fristen herfor den 1. september 2003. Klagerens tilbud var i det væsentligste identisk med tilbudet af

28. oktober 2002. Den 8. september besluttede indklagede at indgå kontrakt med Prorink. Klageren gjorde imidlertid den 15. september 2003 gældende, at der var begået en række fejl ved licitationen. Efter drøftelser med klageren besluttede indklagede herefter den 26. september 2003 at annullere licitationen og at gennemføre en ny licitation.

Først den 29. september 2003 blev licitationsbetingelserne vedrørende den aktuelle licitation udsendt til tilbudsgiverne. Disse licitationsbetingelser var på de væsentligste punkter identiske med licitationsbetingelserne af 19. august 2003. Indklagede fastsatte i licitationsbetingelserne, at fristen for afgivelse af tilbud skulle være blot 8 dage. Prorink afgav et tilbud med en tilbudssum på 1.160.000 kr. ekskl. moms svarende til tilbudssummen i det tilbud, Prorink afgav i forbindelse med den annullerede licitation. Klageren afgav derimod et tilbud med en tilbudssum, der var 500.000 kr. lavere end tilbudssummen i det tilbud, som klageren afgav i forbindelse med den annullerede licitation.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaring af fritids- og kulturchef Anders Høgstrup, der er ansat i indklagedes Kulturel Forvaltning, projektchef for isteknik Ib Christian Jensen, der er ansat hos klageren, og arkitekt Søren Svejgaard, der er ansat i indklagedes Teknisk Forvaltning.

Ad påstand 1 - 2

I licitationsbetingelserne af 29. september 2003, hvori det er fastsat, at indklagede ikke ønskede at modtage alternative tilbud, er bl.a. anført følgende:

».....

Kravspecifikation

.....

Køleanlæg

Køleanlæg leveres i en nymalet stålcontainer i farve efter nærmere aftale indeholdende alle for anlæggets drift nødvendige tekniske dele.

.....

Køleanlæg skal være således opbygget, at det er muligt senere at udbygge anlægget til køling af en isbane på i alt ca. 1.500 m².

.....

Driftsperiode og kapacitet

Anlægget dimensioneres ud fra en driftsperiode på ca. 4 måneder, fra medio november til medio marts, idet anlægget dimensioneres i forhold til en maksimal lufttemperatur på 8 gr. Celcius og en maksimal

vindhastighed på 1,0 m/s. Der forventes en middeltemperatur for isen på – 5 gr. Celcius«.

I tilbud af 7. oktober 2003 fra Prorink er den totale køleeffekt angivet til »180 kW frekvensregleret system (- 13 / + 25°C)«. Køleeffekten pr. kvadratmeter er angivet til 170 W/m².

I klagerens tilbud af 7. oktober 2003 er bl.a. anført følgende:

»Forudsætninger for beregning af køleanlæg:

Driftsperiode: Ca. 15. november – ca. 15. marts

Omgivelser: +8°C

Vindhastighed: 1,0 m/sek.

Istemperatur middel: -5°C

Køleanlæg

.....

Øvrige data for kølecontaineren:

Køleeffekt: 275 kW«.

Klageren har til brug for sagens behandling indhentet følgende erklæring af 20. november 2003 fra Carl Bro A/S:

»Ved dimensionering af køleeffekten til udendørs skøjtebaner er det de beliggenhedsmæssige (især vindforhold) og de udendørs klimatiske forhold (såsom regn, luftens fugtighed og solindfald mv) samt brugstiden (skøjtesæsonens længde om vinteren), der er bestemmende.

Alt afhængig af påvirkningen af ovennævnte forhold er der behov for en køleydelse i intervallet 250-300W/m² isbane«.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det i licitationsbetingelserne er fastsat, at skøjtebanen skal dimensioneres i forhold til en maksimal lufttemperatur på 8 grader Celsius og en maksimal vindhastighed på 1,0 m/s. Kølekapaciteten for en udendørs skøjtebane skal - afhængigt af de beliggenhedsmæssige og udendørsklimatiske forhold - som minimum ligge i intervallet 250-300 W/m² is-bane. Dimensionering af rør, overførsel af effekten til isen mv. har derimod alene begrænset betydning. Den af Prorink tilbudte kølekapacitet på 170W/m² er derfor ikke tilstrækkelig til, at anlægget kan fryse isen ved

en lufttemperatur som den ovenfor anførte og holde en acceptabel iskvalitet i hele issæsonen under de for en dansk vinter gennemsnitlige vejrforhold, hvilket indklagede ellers uden videre lagde til grund ved evalueringen af tilbudene. Tilbudet fra Prorink afviger således fra licitationsbetingelsernes ubetingede og grundlæggende krav til dimensioneringen for så vidt angår driftsperiode og kølekapacitet og er af den grund ukonditionsmæssigt. Indklagede var derfor afskåret fra at tage tilbudet i betragtning.

Indklagede har gjort gældende, at en køleeffekt på 170W/m^2 som tilbudt af Prorink er tilstrækkelig ved en maksimal lufttemperatur på 8 grader Celsius og en maksimal vindhastighed på 1,0 m/s. Der har således heller ikke ved den faktiske anvendelse af skøjtebanen efter levering været problemer med kølingen af isen. Tilbudet fra Prorink fraviger derfor ikke licitationsbetingelsernes krav om, at skøjtebanen skal dimensioneres i forhold til en maksimal lufttemperatur på 8 grader Celsius og en maksimal vindhastighed på 1,0 m/s. Indklagede havde på denne baggrund ikke pligt til at afvise dette tilbud.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at uanset om Klagenævnet måtte finde, at den køleeffekt, som Prorink har tilbudt, ikke afviger fra grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne vedrørende driftsperiode og kølekapacitet, er der dog tale om et forbehold, jf. det anførte ad påstand 1. Indklagede har derfor ved ikke at foretage prissætning af forbeholdet handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1.

Indklagede har med henvisning til det anførte ad påstand 1 om, at tilbudet fra Prorink ikke fraviger licitationsbetingelsernes krav om, at skøjtebanen skal dimensioneres i forhold til en maksimal lufttemperatur på 8 grader Celsius og en maksimal vindhastighed på 1,0 m/s, gjort gældende, at indklagede ikke havde pligt til at foretage prissætning af noget forbehold vedrørende driftsperiode og kølekapacitet.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det er i licitationsbetingelserne fastsat, at anlægget skulle dimensioneres ud fra en driftsperiode på ca. 4 måneder, fra medio november til medio marts,

idet anlægget skulle dimensioneres i forhold til en maksimal lufttemperatur på 8 grader Celcius og en maksimal vindhastighed på 1,0 m/s. Den af Pro-rink International OY tilbudte kølekapacitet var kun på 170W/m², mens den kølekapacitet, som klageren tilbød, var betydeligt højere. Indklagede havde derved særlig anledning til at overveje, om den kølekapacitet, som Prorink tilbød, var tilstrækkelig. Indklagede har under den mundtlige forhandling oplyst, at man efter modtagelsen af tilbudene uden videre gik ud fra, at den kapacitet, som en tilbudsgiver tilbød, ville være tilstrækkelig til at opfylde kravene i licitationsbetingelserne. Klagenævnet finder, at indklagede under sagens behandling end ikke har sandsynliggjort, at den kølekapacitet, som Prorink tilbød, var tilstrækkelig til at opfylde licitationsbetingelsernes krav hertil. Indklagede har derved tilsidesat sin pligt til at sikre, at tilbudene ikke strider mod bestemmelser i licitationsbetingelserne. Klagenævnet lægger på denne baggrund til grund, at tilbudet fra Prorink indeholdt et forbehold i forhold til licitationsbetingelsernes bestemmelser om dimensionering og kølekapacitet. Da det anlæg, som tilbydes, som følge af forbeholdet efter omstændighederne ikke inden for de i licitationsbetingelserne fastsatte rammer på alle dage vil have tilstrækkelig kølekapacitet til at sikre, at isen har en kvalitet, der gør skøjtebanen anvendelig, findes forbeholdet efter en konkret vurdering at vedrøre grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne. Indklagede havde derfor pligt til at afvise tilbudet, og påstanden tages på denne baggrund til følge.

Ad påstand 3 - 4

I licitationsbetingelserne af 29. september 2003 er bl.a. anført følgende:

».....

Tilbudafgivelse

.....

Der ønskes tilbud på

1. En skøjtebane på ca. 17,5 m x ca. 60 m (alternativt ca. 30 m x ca. 35 m), svarende til ca. 1.050 m², jf. kravspecifikationen nedenfor.

.....

Dimensioner

Der ønskes en komplet mobil skøjtebane i dimensionerne ca. 17,5 m x ca. 60 m med mulighed for alternativ lægning på ca. 35 m x ca. 30 m.

.....

Rør og slanger

Der leveres hovedrør, fordelerrør og fryserør/slanger, så anlægget kan opstilles enten som en bane på ca. 17,5 x ca. 60 meter eller på ca. 35 x

ca. 30 meter med forskellige placerings-muligheder for kølerunit, jf. vedlagte skitseforslag«.

På to kort, som var bilagt licitationsbetingelserne, var angivet, hvordan skøjtebanen på det nuværende areal skulle anlægges med dimensioner på ca. 17,5 x ca. 60 meter, og hvordan det var hensigten, at skøjtebanen skulle anlægges med dimensioner på ca. 35 x ca. 30 meter efter omdannelse af det pågældende areal fra parkeringsplads til et torv.

I tilbudet af 7. oktober 2003 fra Prorink er bl.a. anført følgende:

»Crystal Ice Park –mattsystem

- Crystal Ice Park matta är speciell matta som är tilverkad till behov av flyttbar kylanläggning.
- Totalt 1050 m²/ 17,5 X 60 m

.....

Crystal Ice Park sarg

Sargens ramkonstruktion är tilverkad av varmgalvaniserad stål som är beklädd med tryckimpregnerad trävirke. Sargens funktion är som sådan att den fungerar också som en bänk med sitthöjd 650 mm.

Storlek: 17,5 X 60 m«.

I klagerens tilbudet af 7. oktober 2003 er bl.a. anført følgende:

»Skøjtebanen har dimensionerne 17,5 x 60,0 m, svarende til 1050 m². Alternativt 35 x 30 m, svarende til 1050 m².

.....

Mængder og mål:

.....

Som det fremgår, er banen opbygget i 2 selvstændige moduler i dimensionerne 17,5 x 30 meter. Alternativ opstilling er vist på vedlagte skitse«.

Parternes anbringender

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det i licitationsbetingelserne er fastsat, at skøjtebanen skal leveres i dimensionerne ca. 17,5 x ca. 60 meter med mulighed for en alternativ lægning på ca. 35 x ca. 30 meter. Den skøjtebane, som Prorink har tilbudt, kan imidlertid umiddelbart ikke lægges i dimensionerne ca. 35 x ca. 30 meter, hvilket indklagede ellers uden videre

lagde til grund ved evalueringen af tilbudene. Alternativ lægning af den skøjtebane, som Prorink har tilbudt, forudsætter således et kompliceret og omkostningskrævende indgreb med overskæring af og ommontering af hovedrør. Tilbudet fra Prorink afviger således fra licitationsbetingelsernes ubetingede og grundlæggende krav om mulighed for alternativ lægning af skøjtebanen i dimensionerne ca. 35 x ca. 30 meter, og tilbudet er derved ukonditionsmæssigt. Indklagede har derfor været forpligtet til at se bort fra tilbudet.

Indklagede har gjort gældende, at den skøjtebane, som Prorink har tilbudt, ligesom den skøjtebane, klageren har tilbudt, ved ukomplicerede ændringer tillige vil kunne anvendes ved en lægning i dimensionerne ca. 35 x ca. 30 meter. Tilbudet fra Prorink fraviger derfor ikke licitationsbetingelsernes krav, og indklagede havde på denne baggrund ikke pligt til at afvise dette tilbud.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at såfremt Klagenævnet finder, at den manglende mulighed for alternativ lægning af den skøjtebane, som Prorink har tilbudt, ikke afviger fra grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, er der dog tale om et forbehold, jf. det anførte ad påstand 3. Indklagede har derfor ved ikke at foretage prissætning af dette forbehold handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1.

Indklagede har med henvisning til det anførte ad påstand 3 om, at tilbudet fra Prorink ikke fraviger licitationsbetingelsernes krav om alternativ lægning af skøjtebanen, gjort gældende, at der ikke foreligger noget forbehold i udbudsretlig forstand. Indklagede havde derfor ikke pligt til at foretage prissætning vedrørende alternativ lægning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 3

Indklagede har i licitationsbetingelserne fastsat, at indklagede ønskede tilbud på en komplet mobil skøjtebane i dimensionerne ca. 17,5 m x ca. 60 m med mulighed for alternativ lægning på ca. 35 m x ca. 30 m. Det er således et krav i licitationsbetingelserne, at skøjtebanen uden videre skal kunne anlægges med den alternative dimensionering. Det tilbud, som Prorink Inter-

national OY afgav inden udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 8. oktober 2003, indeholdt ingen oplysninger om, at den tilbudte skøjtebane kunne anlægges med de alternative dimensioner på ca. 35 m x ca. 30 m. Allerede som følge heraf indeholdt tilbudet fra Prorink et forbehold i forhold til licitationsbetingelserne. Hertil kommer, at indklagede under sagens behandling for Klagenævnet end ikke har sandsynliggjort, at den skøjtebane, som Prorink tilbød, rent faktisk uden videre vil kunne anlægges med de alternative dimensioner. Også på denne baggrund finder Klagenævnet, at tilbudet fra Prorink indeholdt et forbehold i forhold til licitationsbetingelsernes krav om mulighed for alternativ lægning.

Dette forbehold i Prorinks tilbud findes efter en konkret vurdering at vedrøre grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne. Indklagede var således forpligtet til at afvise dette tilbud. Påstanden tages derfor til følge

Ad påstand 5 - 6

I licitationsbetingelserne af 29. september 2003 er bl.a. anført følgende:

».....

Randers Kommune opfordrer hermed Deres firma til i begrænset udbud at afgive tilbud på levering af en mobil skøjtebane i efteråret 2003 med ibrugtagning den 28. december 2003 eller snarest derefter.

.....

Opstilling og nedtagning

.....

Leverandøren skal foretage den første opstilling komplet fra klargøring af arealet til færdig driftsklar is inklusive bander mv., så anlægget er klar til brug senest den 28. november 2003 eller snarest derefter.

.....

Tildelingskriterier

Tildeling af ordren sker efter kriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet der lægges vægt på følgende underkriterier i prioriteret orden:

.....

4. Leveringstidspunkt«.

Med licitationsbetingelserne fulgte en tilbudsliste, som i udfyldt stand skulle vedlægges tilbudene. I tilbudslisten skulle tilbudsgiverne udfylde en fortrykt rubrik med teksten »Tilbudt dato for ibrugtagning«.

I et rettelsesblad udsendt til tilbudsgiverne den 30. september 2003 hedder det bl.a.:

»1. Den ønskede ibrugtagningsdato er 28. november 2003, hvilket i 2. linje af brødteksten side 1 fejlagtigt er angivet som 28. december 2003 (datoen er korrekt angivet på side 3 i afsnittet om opstilling)«.

I den tilbudsliste, der var vedlagt tilbudet af 7. oktober 2003 fra Prorink, var i den fortrykte rubrik »Tilbudt dato for ibrugtagning« anført:

»Skall diskuteras om vår offert är tillfredsställand«.

Under tilbudslistens »Eventuelle forbehold« var bl.a. anført:

»Leveranstid är beroende på beställangstid«.

Klageren havde i tilbudslisten, der medfulgte tilbudet af 7. oktober 2003, i den fortrykte rubrik »Tilbudt dato for ibrugtagning« anført:

»Se tilbuds-brev: Leveringstid/tidsplan«.

I tilbudet fra klageren hedder det under overskriften »Leveringstid/Tidsplan«:

»Vore mange erfaringer med isbaner i bymiljøer viser, at åbningen af isbaner, samtidigt med start på julehandlen, giver øget omsætning i byens butikker.

Derfor kan vi, under forudsætning af ordre senest den 9. oktober 2003, forcere vor leverance, efter følgende tidsplan:

- 1) Etablering af byggeplads og klargøring af området, uge 44.
- 2) Levering og opstilling af AST/Virklund isbokse, uge 44.
- 3) Udlægning af kølerør og hovedrør, uge 44-45.
- 4) Levering af kølecontainer, sammenkobling af kølerør, igangsætning, indregulering og islægning, uge 46.
- 5) Åbning af isbanen. Under forudsætning af gunstige vejrforhold i mindst 6 døgn før åbningsdatoen, vil banen være brugsklar ca. 15. november 2003«.

I en skrivelse af 11. november 2003 fra indklagede til klagerens advokat, som ved brev af 28. oktober 2003 havde anmodet om en begrundelse for leverandørvalget, hedder det bl.a.:

»Den valgte leverandør har i sit tilbud oplyst, at leveringstid afhang af bestillingstidspunktet. Det præciseredes efterfølgende af leverandøren telefonisk den 8. oktober 2003, at levering kunne ske 1. december 2003. Dette bekræftedes herefter ved telefax af 9. oktober 2003«.

Det er for Klagenævnet oplyst, at Prorink indledte arbejdet med at anlægge skøjtebanen i begyndelsen af december 2003, at levering af skøjtebanen endeligt klar til brug skete den 11. december 2003, og at overskridelsen af den aftalte leveringsdato skyldtes forsinkelse hos en underleverandør.

Parternes anbringender

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at det i licitationsbetingelserne er forudsat, at der i tilbudene skulle angives en dato for ibrugtagningen af den tilbudte skøjtebane, ligesom der i den tilbudsliste, der skulle vedlægges tilbudene, skulle udfyldes et fortrykt felt, hvor den tilbudte ibrugtagningsdato angives. Tilbudet fra Prorink indeholdt ikke en sådan angivelse, idet det i den fortrykte rubrik i tilbudslisten blot var anført, at datoen skulle diskuteres, hvis indklagede fandt tilbudet tilfredsstillende. Angivelse af en ibrugtagningsdato i tilbudene er af væsentlig betydning bl.a. som følge af, at (4) »Leveringstidspunkt« i licitationsbetingelserne er fastsat som et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Den manglende angivelse af en ibrugtagningsdato i tilbudet fra Prorink medfører således, at det ikke er muligt at vurdere tilbudet i forhold til ét af de fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet. Tilbudet er derfor ukonditionsmæssigt, således at indklagede ikke kunne tage tilbudet i betragtning. Hertil komme, at ethvert forbehold, der medfører en afvigelse fra tidsplanen i licitationsbetingelserne, udgør et forbehold vedrørende grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede den dag, da frist for afgivelse af tilbud udløb, underhånden rettede henvendelse til Prorink, som umiddelbart derefter oplyste, at der kunne leveres 1. december 2003, det vil sige ganske kort efter den leveringsdato, som indklagede ifølge licitations-

betingelserne som udgangspunkt ønskede. Da vedståelsesfristen for licitationstilbud ifølge AB 92 § 3, stk. 5, som efter licitations-betingelserne skulle være gældende, er 20 arbejdsdage fra licitationsdagen, er den fremgangsmåde med angivelse af, at ibrugtagningsdatoen skulle aftales nærmere, som Prorink valgte, forståelig og hensigtsmæssig. Tilbudet fra Prorink var således ikke ukonditionsmæssigt, og indklagede var derfor berettiget til at tage tilbudet i betragtning.

Ad påstand 6

Klageren har under henvisning til det anførte ad påstand 5 om, at tilbudet fra Prorink i strid med licitationsbetingelserne ikke indeholdt en dato for ibrugtagning af skøjtebanen, gjort gældende, at datoen forud for indgåelsen af kontrakten har været forhandlet mellem indklagede og Prorink. Der har ikke været tale om en kontakt mellem parterne med henblik at opnå en præcisering af oplysningerne i tilbudet fra Prorink, idet tilbudet ikke indeholdt oplysning om nogen ibrugtagningsdato. Der har derimod været tale om reel forhandling om et betydende element i tilbudet fra Prorink. Indklagede tilkendegav ikke senest ved forhandlingernes påbegyndelse over for de berørte tilbudsgivere, hvilken procedure der ville blive fulgt, ligesom indklagede ikke i den indledende fase tilbød at forhandle med alle tilbudsgivere, der havde overholdt licitationsbetingelserne. Indklagede har derved handlet i strid med Tilbudslovens § 11, stk. 2, og bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 § 11, stk. 1, jf. stk. 2 og stk. 3.

Indklagede har bekræftet, at man den dag, da fristen for afgivelse af tilbud udløb, havde uformel kontakt med Prorink med henblik på at søge afklaret, hvornår Prorink kunne levere den tilbudte skøjtebane. Oplysning herom blev ved en telefax givet af Prorink den følgende dag. Baggrunden for denne kontakt var, at indklagede ønskede, at rækkevidden af Prorinks bemærkning i tilbudslisten om, at datoen for ibrugtagning af skøjtebanen skulle diskuteres, blev afklaret og præciseret, inden tilbudene blev vurderet, idet ibrugtagningsdatoen ikke var angivet i tilbudet. Da der således ikke blev forhandlet med Prorink, havde indklagede ikke pligt til at følge de procedurer, der er foreskrevet i Tilbudslovens § 11, stk. 2, og bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 § 11, stk. 1, jf. stk. 2 og stk. 3.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 5

Indklagede har i licitationsbetingelserne fastsat, at indklagede ønskede skøjtebanen leveret den 28. november 2003 eller snarest derefter, og som et af underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« har indklagede i licitationsbetingelserne fastsat (4) »Leveringstidspunkt«. I tilknytning hertil er der i den tilbudsliste, som i udfyldt stand skulle afleveres med tilbudene, en fortrykt rubrik, hvori tilbudsgiverne skulle angive »Tilbudt dato for ibrugtagning«. Det er således et krav i licitationsbetingelserne, at tilbudsgiverne senest i deres tilbud eller den vedlagte tilbudsliste skulle angive den tilbudte ibrugtagningsdato, herunder fordi (4) »Leveringstidspunkt« som et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« ville have betydning ved vurderingen af tilbudene og for indklagedes beslutning om, med hvilken tilbudsgiver der skulle indgås kontrakt.

Fristen for afgivelse af tilbud var i udbudsbekendtgørelsen fastsat til den 8. oktober 2003. Da tilbudet, herunder tilbudslisten, fra Prorink International OY ikke indeholdt oplysninger om den tilbudte ibrugtagningsdato, og da Prorink ikke havde oplyst dette inden udløbet af fristens for afgivelse af tilbud, var indklagede forpligtet til at afvise dette tilbud. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 6

Som anført ad påstand 5 var indklagede forpligtet til at afvise tilbudet fra Prorink International OY, idet tilbudet ikke indeholdt oplysninger om den tilbudte ibrugtagningsdato. Indklagede var derfor ikke berettiget til ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud at rette henvendelse til Prorink med henblik på, at denne tilbudsgiver kunne korrigere det forhold, der udelukkede, at tilbudet kunne tages i betragtning. Tilbudslovens § 11, stk. 2, og bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002, § 11, stk. 1 – 3, indeholder imidlertid kun regler om den procedure, som skal følges ved forhandling med tilbudsgivere, der har afgivet tilbud, som udbyderen har ret til at tage i betragtning, såfremt tildelingskriteriet er fastsat som »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Som følge heraf tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 7

I licitationsbetingelserne af 29. september 2003 er bl.a. anført:

»Rør og slanger

.....

Rør og slanger leveres i solide kasser i håndterlige størrelser, og som kan anvendes til både opbevaring og transport. Nødvendig afdækning af rør og slanger under drift medleveres.

.....

Opstilling og nedtagning

Opstilling og nedtagning skal kunne foregå nemt, enkelt og hurtigt, og det tilbudte materiale skal kunne tåle opstilling og nedtagning mange gange.

.....

Opbevaringscontainer

Til parkering af ismaskinen og til opbevaring af diverse mindre effekter i driftsperioden, samt til opbevaring af ismaskine samt alle rør, slanger, afgrænsninger, bänder mv., uden for driftsperioden leveres en eller om nødvendig flere nymalede stålcontainere i nødvendig størrelse. Containeren/containerne skal harmonere i størrelse og udtryk med kølecontaineren, og skal kunne flyttes med almindelig lastbil.

.....

Tildelingskriterier

Tildeling af ordren sker efter kriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet der lægges vægt på følgende underkriterier i prioriteret orden:

1. Pris
2. Teknisk værdi og design
3. Funktionalitet og driftsomkostninger
4. Leveringstidspunkt.«

I en skrivelse af 9. oktober 2003 til klageren, hvorved det blev meddelt, at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med Prorink, hedder det:

»Tilbuddene er vurderet ud fra følgende kriterier, der er opstillet i prioriteret orden:

1. Pris
2. Teknisk værdi og design
3. Funktionalitet og driftsomkostninger
4. Leveringstidspunkt

Tilbuddet fra Prorink International OY er prismæssigt det mest fordelagtige tilbud.

Vedrørende de to underkriterier teknisk værdi og design, og funktionalitet og driftsomkostninger vurderes de tre udbyderes tilbud at være jævnbyrdige.

Underkriteriet leveringstidspunkt vurderes bedst opfyldt af tilbudsgiver Virklund Sport A/S. Underkriteriet leveringstidspunkt er lavest prioriteret blandt underkriterierne.«

Indklagedes skrivelse af 9. oktober 2003 var vedlagt en sammenstilling af tilbudene, hvori bl.a. var anført følgende:

»Tilbudsgiver	Prorink International	Virklund Sport
.....		
Kølesystem	Crystal Ice Park Kølekapacitet 184 kW 3 x 400 V	ATS/Virklund Kølekapacitet 275 kW 3 x 400
Bander	Metalrammer med vandfast plade mod is, trykimprægneret træ på top og yderside, sektioner på 240 cm.	Metalrammer med planker i lærketræ, sektioner på 250 cm.
Container	Køleunit i 40' stålcontainer. 20' stålcontainer til ismaskine. Materielcontainer tilkøbes (20.000 kr.).	Køleunit 40' stålcontainer. 2 stk. 40' stålcontainere til materiel«.

I en skrivelse af 11. november 2003 meddelte indklagede klagerens advokat, som havde anmodet om en begrundelse for valget af leverandør:

»Det antagne tilbud vurderedes efter tildelingskriterierne i prioriteret orden:

.....

2. Teknisk værdi: Det antagne tilbud er jævnbyrdigt med Virklund Sport A/S's tilbud.

Kølekapaciteten for det antagne tilbud er 184 kW hvor Virklund Sport A/S's er på 275 kW. Kommunen vurderer ikke – som Deres klient – at det tilbudte kølesystem ikke kan leve op til kravspecifikationen.

Design: Det antagne tilbud er jævnbyrdigt med Virklund Sport A/S's tilbud.

3. Funktionalitet og driftsomkostninger: Det antagne tilbud er jævnbyrdigt med Virklund Sport A/S's tilbud.

.....

Samlet set vurderes underkriteriet pris – som er prioriteret højest i tildelingskriteriet – at være det afgørende element i konkurrencen, da vurderingen af de øvrige underkriterier ikke medførte væsentlige forskelle mellem tilbuddene«.

Indklagede har om evalueringen af tilbudene nærmere oplyst, at der ikke foreligger et notat eller lignende, der indeholder indklagedes overvejelser vedrørende tilbudene vurderet i forhold til de enkelte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Det er oplyst, at tilbudene for så vidt angår underkriterierne (2) »Teknisk værdi og design« og (3) »Funktionalitet og driftsomkostninger« blev vurderet ud fra en række forskellige momenter og samlet set blev anset for at være jævnbyrdige.

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at indklagede, som har oplyst, at tilbudet fra Prorink blev vurderet som jævnbyrdigt med klagerens tilbud for så vidt angår underkriterierne (2) »Teknisk værdi og design« og (3) »Funktionalitet og driftsomkostninger«, reelt ikke har vurderet tilbudene ud fra disse underkriterier, men derimod alene har bedømt tilbudene på prisen. Indklagede har således ikke ved vurderingen lagt vægt på, at klagerens tilbud på en række punkter var betydeligt bedre end tilbudet fra Prorink for så vidt angår underkriterierne (2) »Teknisk værdi og design« og (3) »Funktionalitet og driftsomkostninger«. Klagerens tilbud ville have opnået en bedre bedømmelse end tilbudet fra Prorink for underkriterierne (2) »Teknisk værdi og design« og (3) »Funktionalitet og driftsomkostninger«, såfremt indklagede havde foretaget en objektiv og saglig vurdering af tilbudene ud fra disse underkriterier. Ved ikke at have foretaget en sådan objektiv og saglig vurdering har indklagede handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, og stk. 2, jf. § 6.

Indklagede har gjort gældende, at man ved vurderingen af tilbudene har anvendt alle de underkriterier, der i licitationsbetingelserne er fastsat til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, herunder de forhold, som klageren har fremhævet som relevante i forhold til underkriterierne (2) »Teknisk værdi og design« og (3) »Funktionalitet og driftsomkostninger«. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, og stk. 2, jf. § 6.

Klagenævnet udtaler:

Under henvisning til det anførte ad påstand 1, 3 og 5 finder Klagenævnet ikke grundlag for at tage stilling til denne påstand.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Prorink International OY i betragtning, uanset at tilbudet ikke opfylder licitationsbetingelserne vedrørende driftsperiode og kølekapacitet, idet den af Prorink tilbudte kølekapacitet på 170 W/m^2 medfører, at anlægget ikke er dimensioneret i forhold til en maksimal lufttemperatur på 8 grader celcius og en maksimal vindhastighed på 1,0 meter pr. sekund.

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Prorink International OY i betragtning, uanset at tilbudet ikke opfylder licitationsbetingelserne vedrørende dimensioner, idet den af Prorink tilbudte bane med dimensionerne ca. 17,5 x 60 meter ikke giver mulighed for en alternativ lægning på ca. 35 x 30 meter.

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Prorink International OY i betragtning, uanset at tilbudet ikke opfylder licitationsbetingelserne, idet det ikke indeholder en angivelse af ibrugtagningsdatoen.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 6.

Klagenævnet har ikke fundet grundlag for at tage stilling til påstand 7.

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

Klagegebyret tilbagetales.

Erik Kjærgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig