

Klagenævnet for Udbud

96-38.545

26. april 1996

(Carsten Haubek, Jens Fejø, Flemming Lethan)

K E N D E L S E

E. Pihl og Søn A/S
(advokat Thomas Stampe)
mod

I/S Avedøre Kloakværk
(advokat Ulf Andersen)

Den 6. oktober 1995 udbød indklagede, I/S Avedøre Kloakværk, som begrænset udbud efter Rådets Direktiv 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter bl.a. en bygningsentreprise incl. projektering vedrørende en ombygning af interessentskabets kloakværks biologiske del bestående af 6 luftningstanke (LT) og 6 sekundærtanke (ST) (udbud 95/S 200-110120/DA). Inden udløbet for fristen den 10. november 1995 anmodede 5 firmaer om at deltage, og alle 5 firmaer blev prækvalificerede og afgav tilbud. Blandt tilbudsgiverne afgav følgende 3 tilbudsgivere de billigste tilbud:

1. Armton A/S	15.346.000 kr.
2. E. Pihl og Søn A/S	16.582.000 kr.
3. Højgaard og Schultz A/S	16.891.000 kr.

Armton A/S' tilbud af 14. februar 1996 indeholder følgende forbehold:

»Forudsætninger og præciseringer

Det forudsættes at

(A) -

der udføres kun afrensning af tanke i områder, hvor der udføres betonarbejde eller lægning af PEH-rør. I tilbudet er der ikke indeholdt nogen form for afrensning i sekundærtanke 11-12.

(B) -

at alle eksisterende afløbsrender kan afmonteres ved frihugning i ender samt løft med simpel understøtning til depot.
Vort tilbud er baseret på, at alle afløbsrender kan genanvendes.

- (C) - strømforbrug for byggepladsdrift inklusive pumper er i tilbudet indeholdt med kr 50.000 ekskl. moms.
- der forudsættes en drøftelse af tidsplanens intentioner.
 - tømning af tanke udføres i henhold til udbudsmaterialet, dog skal vi gøre opmærksom på, at der ikke er indeholdt udgifter til afstivning af mellemvægge.
 - De i tegningsliste af 1996-02-07 henholdsvis nye og gamle tegninger forudsættes afleveret til Arnton A/S på diskette som grundlag for vor videre projektering.
 - Statistiske beregninger for eksisterende konstruktioner forudsættes stillet til rådighed for vor videre projektering, såfremt dette viser sig nødvendigt.«

Bogstaverne A, B og C er indføjet af Klagenævnet og anvendes i det følgende til angivelse af de pågældende forbehold.

E. Pihl og Søn A/S' tilbud af 14. februar 1996 indeholder følgende forbehold:

»For tilbudet har vi forudsat følgende:

- (a) - at forhøjelse af ST11, ST12 og ST21 udføres i henhold til vedlagte principskitse. Tankene forsynes med nye afløbsrender.
- (b) - at detailprojektet afleveres til Dem i faser som følger:
Fase 1:

Senest den 2. april 1996 afleveres projektmateriale vedrørende LT31-32, og ST31-32

Fase 2:

Senest den 3. juni 1996 afleveres projektmateriale vedrørende LT21-22 og ST21-22

Fase 3:

Senest den 1. juli 1996 afleveres projektmateriale vedrørende LT11-12 og ST11-12

(c) -

og at beregningsforudsætninger godkendes af bygherren umiddelbart efter accept af tilbudet.«

Bogstaverne a, b og c er indføjet af Klagenævnet og anvendes i det følgende til angivelse af de pågældende forbehold.

Højgaard og Schultz A/S' tilbud indeholder ingen forbehold.

Ved telefonisk henvendelse fra Krüger A/S, som indklagede havde antaget som teknisk rådgiver vedrørende udbudet, til Armton A/S og E. Pihl og Søn A/S den 4. marts 1996 blev disse 2 tilbudsgivere forespurgt, om de ville frafalde deres forbehold. Ved næsten enslydende skrivelser af samme dag til indklagede bekræftede disse to tilbudsgivere, at de afgivne tilbud var gældende uden de anførte »forudsætninger og præciseringer« henholdsvis »forudsætninger.« Indklagede accepterede herefter den 5. marts 1996 det tilbud uden forbehold, som Armton A/S havde afgivet.

Den 12. marts 1996 indgav E. Pihl og Søn A/S klage over I/S Avedøre Kloakværk til Klagenævnet for Udbud. Klageren fremsatte samtidig anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., beslutter, at klagen skal have opsættende virkning. Den 29. marts 1996 besluttede Klagenævnet, at klagen skal have opsættende virkning. Sagen har været behandlet på et møde i København den 9. april 1996.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

1. Klagenævnet skal fastslå, at følgende forbehold i Armton A/S' tilbud medfører, at tilbudet er ukonditionsmæssigt i henhold til Rådets direktiv 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter:
»Det forudsættes at

(A) -

der udføres kun afrensning af tanke i områder, hvor der udføres betonarbejde eller lægning af PEH-rør. I tilbudet er der ikke indeholdt nogen form for afrensning i sekundærtanke 11-12.

(B) -

at alle eksisterende afløbsrender kan afmonteres ved frihugning i ender samt løft med simpel understøtning til depot. Vort tilbud er baseret på, at alle afløbsrender kan genanvendes.

(C) -

strømforbrug for byggepladsdrift inklusive pumper er i tilbudet indeholdt med kr. 50.000 ekskl. moms.«

2. Klagenævnet skal fastslå, at indklagede ved at have optaget forhandling med Armton A/S om, at Armton A/S skulle frafalde forbeholdene, har handlet i strid med Rådets direktiv 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.
3. Indklagedes beslutning om, at indgå aftale med Armton A/S om udførelse af bygningsentreprisen i forbindelse med ombygning af Avedøre Kloakværk annulleres.

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

Indklagede har endvidere nedlagt følgende selvstændige påstande:

I.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede er berettiget til at lade klagerens tilbud ude af betragtning ved tildeling af entreprisen.

II.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede ved tildeling af entreprisen er berettiget til at acceptere tilbudet fra Højgaard og Schultz A/S som det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klageren har vedrørende påstand I nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klageren har vedrørende påstand II principalt nedlagt påstand om, at klagen afvises, og subsidiært, at klagen ikke tages til følge.

Klageren har til støtte for sin påstand 1 gjort gældende, at forbehold A,B og C i Armton A/S' tilbud er ukonditionsmæssige, da der ikke i udbudsmaterialet er givet tilbudsgiverne mulighed for at tage de pågældende forbehold, og da en accept af tilbudet med de nævnte forbehold - eller blot et af disse - vil indebære en tilsidesættelse af EU-rettens ligebehandlingsprincip. Klageren har nærmere anført, at det i EF-domstolens praksis er antaget, at tilbud med forbehold kun må accepteres, såfremt det i udbudsmaterialet er anført, på hvilke punkter forbehold kan accepteres, og forbeholdet ligger inden for dette område. Er der ikke i udbudsmaterialet angivet noget om, at forbehold

accepteres, er den ordregivende myndighed forpligtet til at forkaste tilbuddet som ukonditionsmæssigt, medmindre forbeholdet har et sådant indhold, at der ikke sker afgørende ændringer i forhold til udbudsmaterialet. Der er fast praksis for, at der ikke skal meget til, førend et forbehold anses at medføre afgørende ændringer i udbudsgrundlaget, og vurderingen heraf skal altid ske i sammenhæng med ligebehandlingsprincippet. Såfremt accept af et tilbud med forbehold er ensbetydende med en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, vil forbeholdet altid blive anset for at medføre afgørende ændringer i udbudsgrundlaget. Accept af de omhandlede forbehold A, B og C - eller blot et af dem - vil efter disse forbeholds beskaffenhed indebære en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

Klageren har til støtte for sin påstand 2 gjort gældende, at udbudsformen begrænset udbud efter direktivet om offentlige bygge- og anlægskontrakter indebærer, at udbyderen er afskåret fra enhver forhandling med tilbudsgiverne om grundlæggende elementer i kontrakterne, herunder navnlig priser, at de drøftelser, der har været mellem indklagede og Armton A/S har haft karakter af forhandlinger om grundlæggende elementer i kontrakten herunder prisen, samt at der herved er sket en tilsidesættelse af reglerne i direktivet om offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Klageren har til støtte for sin påstand 3 gjort gældende, at Armton A/S' tilbud indeholder forbehold, som indebærer, at indklagede er forpligtet til ikke at tage tilbudet i betragtning, at indklagede ulovligt har forhandlet med Armton A/S, samt at indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Armton A/S derfor er ulovlig. Klagenævnet skal som følge heraf annullere denne beslutning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 gjort gældende, at forbehold A, B og C ikke efter deres beskaffenhed gør Armton A/S' tilbud ukonditionsmæssigt, og at indklagede derfor har været uberettiget til at forkaste tilbudet som ukonditionsmæssigt og berettiget til at antage det, da det er anset for at være det økonomisk mest fordelagtige.

Indklagede har vedrørende påstand 2 gjort gældende, at der ikke er ført forhandlinger med Armton A/S, og at der, hvis det antages, at der er ført forhandlinger med Armton A/S, ikke er ført forhandlinger, som indebærer en overtrædelse af direktivet om offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Indklagede har vedrørende påstand 3 gjort gældende, at der ikke er sket nogen tilsidesættelse af EU-retlige regler, eller at der i hvert fald ikke er handlet på en måde, som giver grundlag for at annullere beslutningen om at indgå aftale med Armton A/S.

Indklagede har til støtte for sin selvstændige påstand I gjort gældende, at de forbehold, som klageren har taget i sit tilbud, efter deres beskaffenhed giver grundlag for, at også klagerens tilbud forkastes.

Indklagede har til støtte for sin påstand II gjort gældende, at tilbudet fra Højgaard og Schultz A/S var det tredje laveste, at der ikke er knyttet forbehold til dette tilbud, at indklagede derfor er berettiget til at antage dette tilbud, samt at indklagede har retlig interesse i at få Klagenævnet til at fastslå dette.

Klageren har til støtte for sin påstand vedrørende indklagedes påstand I gjort gældende, at de forbehold, som klageren har knyttet til sit tilbud, ikke efter deres beskaffenhed gør dette tilbud ukonditionsmæssigt, og at indklagede således ikke vil være berettiget til at bortse fra tilbuddet.

Klageren har vedrørende indklagedes påstand II til støtte for sin afvisningspåstand gjort gældende, at det ligger uden for Klagenævnets kompetence at tage stilling til, hvilket tilbud en udbyder skal antage, og til støtte for sin påstand om, at klagen ikke tages til følge, gjort gældende, at Klagenævnet ikke har haft mulighed for at gennemgå Højgaard og Schultz A/S' tilbud i sin helhed, og at Klagenævnet derfor ikke har grundlag for at træffe den ønskede afgørelse.

Ad forbehold A.

I beskrivelsens afsnit »Omkoblinger« er vedrørende hver af de 3 etaper anført følgende:

»Entreprenøren udfører rengøring af tankene, så de er fuldstændig rengjorte for snavs og slam. Der må ikke være snavs tilbage, som kan genere ombygningsarbejderne, bygnings-, maskin- og el-arbejder.«

I rettelsesblad 1 af 8. februar 1996 er anført følgende spørgsmål fra Pihl og Søn A/S og følgende svar fra Krüger A/S:

»Spørgsmål:

Generelt

I beskrivelsen AB/BDB, side 105, 107 og 109 står, at »Entreprenøren udfører rengøring af tankene, så de er fuldstændig rengjort for snavs og slam.« Betyder dette, at alle tankvægge og bundplader skal afrensnes og desinficeres, således at beton-, el- og maskinentreprenøren kan færdes forsvarligt overalt i tankene?

Krüger bedes med henvisning til fastpriscirkulæret oplyse omfanget af rengøringen.

Svar:

Rengøring af tankene sker ved højtryksspuling af betonflader, der har været i berøring med spildevand, uden at betonen beskadiges. Rester fra spulingen skal fjernes fra tankene. Omfanget af rengøringen skal tage højde for de konstruktions- og arbejdsmiljømæssige forhold.«

Ingeniør Claus Bering, Armton A/S, har forklaret, at det er en fejl, at der i forbeholdets 2. led står, at der ikke foretages afrensning i tankene ST 11 og ST 12. Det der menes er, at der ikke sker afrensning af tankene ST 22, ST 31 og ST 32, og det hænger sammen med, at Armton A/S har fået et tilbud fra en underentreprenør på nedbrydning af disse tanke uden, at de forinden er afrenset, således at de nedbrudte betonvægge og slammet m.v. køres bort samlet. Ved henvendelse til kommunen har underentreprenøren sikret sig, at denne fremgangsmåde ikke medfører noget miljømæssigt problem, idet kommunens miljøtilsyn har godkendt fremgangsmåden. Ved forbeholdets 1. led er der ikke tilsigtet nogen begrænsning i rensningen af tankene i forhold til udbudsvilkårene. Tilbudet omfatter afrensning af slam og spuling af væggene i de 6 luftningstanke, afrensning og bortkørsel af slam i de 3 sekundærtanke, der skal forhøjes, samt rensning af bunden i de 3 sekundærtanke, der skal bygges om. Armton A/S har indregnet det fulde beløb fra det tilbud, som man fik fra en underentreprenør, men forbeholdet blev taget med for en sikkerheds skyld.

Indklagede har gjort gældende, at dette forbehold ikke indeholder en sådan fravigelse fra udbudsvilkårene, at indklagede er berettiget eller forpligtet til at bortse fra tilbudet som ukonditionsmæssigt, samt at Armton A/S' tilbud i hvert fald kunne tages i betragtning, efter at Armton A/S havde frafaldet forbeholdet.

Ad forbehold B.

I beskrivelsens afsnit »Sekundærtanke ST22, ST31, ST32« er anført følgende:

»Afløbsrende
Eksisterende afløbsrender fjernes.
Der støbes nye afløbsrender«

I beskrivelsens afsnit »Sekundærtanke ST11, ST12 og ST21« er anført følgende:

»Afløbsrender
Eksisterende afløbsrendeelementer genanvendes i størst muligt omfang.
Entreprenøren skal tilrettelægge arbejdet, så rendeelementerne ikke beskadiges«

I mødereferatet fra et møde den 2. februar 1996 hedder det:

»Vedr. hævning af afløbsrender i sekundærtankene ST11, ST12 og ST21 blev det nævnt, at hævning af renden formodentlig koster mere end at støbe en ny rende med konsoller. Det blev aftalt, at tilbudslisten forsynes med en alternativ pris for nye render, og billigste pris på renderne indgår i hovedsummen. De nye render udføres med geometri som vedlagte tegning 13-503.«

Armton A/S' tilbud indeholder følgende alternativ:

»Såfremt bygherren ønsker afløbsrender i tankene 11,12 og 21 udført som nye betonelementer, kan dette udføres med et tillæg på kr. 490.000 ekskl. moms.«

Ingeniør Claus Bering, Armton A/S, har forklaret, at forbeholdet skal forstås således, at det alene angiver, at det forudsættes, at afløbsrenderne i sekundærtankene ST 11, ST 12 og ST 21 faktisk kan genanvendes, som det er anført i udbudsmaterialet. I det alternative tilbud er der angivet den merpris, som det vil koste at udføre nye betonelementer ved disse tanke. Det ligger ikke i forbeholdet, at også afløbsrenderne i sekundærtankene ST 22, ST 31 og ST 32 skal kunne genanvendes, og der er da også i tilbudssummen indregnet 490.000 kr. til dette arbejde svarende til det alternative tilbuds pris for nye afløbsrender.

Klageren har gjort gældende, at forbeholdet er ment, som det er formuleret, nemlig som et forbehold om, at afløbsrenderne i alle 6 sekundærtanke kan genanvendes. Forbeholdet gør derfor tilbudet ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at forbeholdet må forstås som alene vedrørende de 3 sekundærtanke, der ikke skal nedbrydes, at det ikke efter sit indhold gør Armton A/S' tilbud ukonditionsmæssigt, samt at indklagede i hvert fald efter, at Armton A/S havde frafaldet forbeholdet, ikke var afskåret fra at tage tilbudet i betragtning.

Ad forbehold C.

Ingeniør Claus Bering, Armton A/S, har forklaret, at dette forbehold blev indsat som oplæg til en forhandling om en anden ordning vedrørende betalingen for elforbruget. I Armton A/S' tilbud er indregnet en udgift på 150.000 kr.

Indklagede har gjort gældende, at forbeholdet ikke efter sit indhold gør tilbudet ukonditionsmæssigt, og at indklagede i hvert fald efter, at Armton A/S havde frafaldet forbeholdet, ikke var afskåret fra at tage tilbudet i betragtning.

Ad forbehold a.

I beskrivelsens afsnit »Betonarbejde, særlige krav« er anført følgende:

»Geometri

Den viste geometri på de nye tegninger skal følges. Såfremt entreprenøren ved den statiske vurdering af konstruktionerne mener, at der skal ændres på det geometriske forhold, skal dette godkendes af bygherren, idet geometrien har afgørende betydning for indbygning af maskinelle og elektriske komponenter samt den procesmæssige funktion. Det skal bemærkes, at bygherren generelt ikke ønsker ændringer på konstruktionernes udformning og geometri, som gør, at de ombyggede tanke fremtræder forskelligt fra eksisterende tanke.«

I beskrivelsens afsnit »Betonarbejde, bygværksdelsbeskrivelse« er under »Sekundærtanke ST11, ST12, ST21« anført følgende:

»Arbejdets omfang i hovedtræk

Ud fra tilstandsundersøgelser er det bestemt, at tankenes ringvægge kan forhøjes ved påstøbning af 0,8 m væg. Der stilles krav om, at det vandrette støbeskel placeres under fremtidigt terræn. For at opnå dette hugges der ned i eksisterende vægges øverste del.....

Geometri

Den viste geometri på tegninger skal nøje følges aht indbygning af maskinelle komponenter samt aht de procesmæssige krav til bygværket. Vægge og afløbsrender må ikke udføres i mindre dimensioner end på de eksisterende tanke. Såfremt entreprenøren vurderer, at de statiske forhold nødvendiggør ændringer på bygværksdele, skal dette oplyses senest ved tilbudsafgivelsen.«

I rettelsesblad 1 af 8. februar 1996 er anført følgende spørgsmål fra Pihl og Søn A/S og følgende svar fra Krüger A/S:

»ST11, ST12 og ST21

I Krügers oplæg er der foreskrevet, at de øverste 400 mm af tankvæggene skal borthugges. Derved kommer man meget tæt på det øverste spændkabel. Kan væggen tåle at spændkablet bliver blotlagt i oversiden, og mener Krüger, at det er forsvarligt?

Svar:

Geometri på tilstøbning ændres, så vægtykkelsen bliver 300 mm fra kote 100,95 til 99,75. Eksisterende væg forbliver intakt med undtagelse af nyt støbeskel. Se vedlagte tegning 13-482A.«

Civilingeniør Halldor Ragnarsson, Pihl og Søn A/S, har forklaret, at klageren mente, at der i Krüger A/S' projekt var et konstruktionsmæssigt problem vedrørende overgangen mellem den eksisterende mur og den nye, idet der som følge af den valgte konstruktion ville opstå en revne. Klageren udarbejdede derfor en ændret og mere korrekt konstruktion, som fremgår af den tegning, som var vedlagt klagerens tilbud. Begrundelsen for ændringen var statiske forhold.

Klageren har gjort gældende, at ændringen skyldes statiske forhold, og at klageren ved sit tilbud har lagt op til, at indklagede skulle godkende denne ændring i projektet som forudsat i udbudsvilkårene. Forbeholdet er derfor i overensstemmelse med udbudsvilkårene, og forbeholdet gør ikke tilbudet ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at ændringen ikke vedrører statiske forhold, og at klageren iøvrigt ikke ved afgivelsen af tilbudet gjorde opmærksom på, at det var statiske forhold, der havde begrundet denne ændring af projektet. Indklagede har endvidere gjort gældende, at ændringen medfører, at betonskellet ikke kommer til at ligge under terræn, hvilket i udbudsvilkårene er anført som en udtrykkelig betingelse. Forbeholdet gør derfor klagerens tilbud ukonditionsmæssigt.

Ad forbehold b.

I beskrivelsens afsnit »Betingelser for afgivelse af tilbud, Betingelser med tilknytning til AB92« er anført følgende:

»ad § 2, stk. 3

.....

Projektmateriale skal være afsluttet og afleveret til bygherren senest den 2. april 1996.

Sanktionsbestemmelser for de tilfælde, hvor tidsfristerne ikke overholdes, er fastlagt i ad § 25.

.....

ad § 25, stk. 2

.....

Ved tidsfristoverskridelser for aflevering af projekt i henhold til ad § 2, stk. 3 skal der af entreprenøren erlægges en dagbod på 4.000 kr....«

Civilingeniør Halldor Ragnarsson, Pihl og Søn A/S, har forklaret, at dette forbehold blev taget på grund af tidspres. De frister, der er angivet i forbeholdet, indebærer imidlertid, at detailprojektet vil foreligge i god tid, inden de 3 faser skal påbegyndes. Endvidere skal projektet vedrørende LT 31 og LT 32, som også efter forbeholdet skal foreligge den 2. april 1996, i de 2 senere faser anvendes helt analogt, i 2. fase vedrørende henholdsvis LT 21 og LT 22 og i 3. fase vedrørende LT 11 og LT 12. Endvidere vil der den 2. april 1996 foreligge projekt vedrørende de 2 af de 3 tanke, der skal nedbrydes og bygges op igen, nemlig S 31 og S 32. Principskitsen viser iøvrigt, hvordan arbejdet skal udføres, og der vil således pr. 2. april 1996 kun mangle detaljerne vedrørende de sekundærtanke, der kun skulle ombygges, nemlig S 11, S 12 og S 21.

Projektchef Bjarne Mogensen, Krüger A/S, har forklaret, at fristen 2. april 1996 er fastsat for aflevering af hele projektet for at sikre, at hele projektet er færdigt. Bygherren og Krüger A/S har behov for fra starten at kende hele projektet, bl.a. fordi der skal ske en nøje koordinering af alle delene i projektet. Man har endvidere ved fastsættelsen af denne frist taget højde for, at der i de

enkelte entrepriser kunne være detaljer, som ikke passer ind i helheden, og at de nødvendige tillempninger skal kunne foretages, inden arbejdet går i gang.

Klageren har gjort gældende, at forbehold b ikke efter sit indhold indebærer en så afgørende fravigelse fra udbudsvilkårene, at indklagede er berettiget til at undlade at tage tilbudet i betragtning som ukonditionsmæssigt. Klageren har særligt anført, at den tidsfrist, der er fraveget ved forbeholdet, ikke efter udbudsvilkårene er sanktioneret med dagbod.

Indklagede har gjort gældende, at forbeholdet under hensyn til klagerens baggrund for at indsætte denne frist i udbudsvilkårene indebærer en så afgørende fravigelse fra udbudsvilkårene, at indklagede er berettiget og forpligtet til ved tildelingen af ordren at bortse fra klagerens tilbud. Indklagede har særligt anført, at den pågældende tidsfrist efter udbudsvilkårene er sanktioneret med dagbod.

Ad forbehold c.

Civilingeniør Halldor Ragnarsson, Pihl og Søn A/S, har forklaret, at der altid vil være nogle fortolkningsspørgsmål i et projekt som det aktuelle. Under et tidligere projekt, som Pihl og Søn A/S udførte for indklagede, holdt man møder med henblik på drøftelse af tvivlsspørgsmål og opnåede enighed om, hvordan spørgsmålene skulle afklares. Man undgik på den måde at gå fejl af hinanden.

Klageren har gjort gældende, at dette forhold ikke gør tilbudet ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet udtaler:

Ad forbehold A, B og C.

Efter formuleringen af disse forbehold er det usikkert, hvordan forbeholdene skal forstås, og efter bevisførelsen kan Klagenævnet ikke fastslå, at forbeholdene ikke medfører afgørende ændringer i forhold til udbudsvilkårene. Risikoen for, at forbehold formuleres på en sådan måde, at der opstår tvivl om deres rækkevidde, påhviler tilbudsgiveren. På baggrund heraf finder Klagenævnet, at de pågældende forbehold medfører, at indklagede har været berettiget og forpligtet til ikke at tage tilbudet fra Armton A/S i betragtning ved tildelingen af ordren, og den omstændighed, at indklagede har taget det i betragtning, indebærer herefter en tilsidesættelse af det ligebehandlingsprincip, der ligger til grund for direktivet om offentlige bygge- og anlægskontrakter. Klagenævnet træffer derfor afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand 1.

Uanset om det lægges til grund, at henvendelsen fra Krüger A/S til Armton A/S alene har indeholdt en forespørgsel til Armton A/S, om selskabet ville frafalde de 7 forbehold, der var knyttet til selskabets tilbud, findes indklagede herved at have indladt sig i forhandling med en tilbudsgiver om nedsættelse af tilbudsprisen, og efter beskaffenheden af disse forbehold findes indklagede ved at indlade sig i denne forhandling at have handlet i strid med det ligebehandlingsprincip, der ligger til grund for direktivet om offentlige bygge- og anlægskontrakter. Klagenævnet træffer derfor afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand 2.

Efter beskaffenheden af indklagedes tilsidesættelse af direktivet om offentlige bygge- og anlægskontrakter annullerer Klagenævnet indklagedes beslutning om at tildele ordren til Armton A/S, jf. klagerens påstand 3.

Ad forbehold a, b og c.

Efter lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 1, jf. § 3, behandler Klagenævnet klager over ordregivere, mens der ikke efter loven er hjemmel til, at en ordregiver kan indbringe tvivlsspørgsmål vedrørende EU- udbudsreglerne eller tvivlsspørgsmål vedrørende et konkret udbud for Klagenævnet. Efter det oplyste har indklagede nedlagt påstand I på baggrund af, dels at indklagede ved den videre behandling af udbudet skal tage stilling til, om tilbudet fra klageren er konditionsmæssigt, dels at indklagede på forhånd har taget stilling til dette spørgsmål og vurderet, at klagerens tilbud på grund af forbehold a, b og c er ukonditionsmæssigt. Klageren har ved sin påstand over for indklagedes påstand I tilkendegivet, at klageren er indforstået med, at Klagenævnet under denne sag også afgør dette spørgsmål og ikke blot henviser klageren til senere at indgive en ny klage til Klagenævnet herom. På denne baggrund har Klagenævnet besluttet tillige at tage stilling til indklagedes påstand I.

Efter det oplyste om baggrunden for, at fristen for afleveringen af hele projektmateriale i udbudsvilkårene blev fastsat til 2. april 1996, findes klagerens forbehold b om aflevering af dele af projektmateriale henholdsvis ca. 2 og ca. 3 måneder efter fristens udløb at indebære en afgørende ændring i forhold til udbudsvilkårene. Indklagede vil derfor ved tildelingen af ordren være berettiget og forpligtet til at bortse fra klagerens tilbud. Klagenævnet træffer derfor afgørelse i overensstemmelse med indklagedes påstand I.

Klagenævnet har herefter ikke fundet tilstrækkelig anledning til at tage stilling til forbehold a og c.

Efter lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 1, kan der indgives klager til Klagenævnet over ordregivere, og Klagenævnet vil i forbindelse med behandlingen af sådanne klager tage stilling til, om ordregivere ved deres handlinger eller undladelser har tilsidesat EU-retlige regler om offentlige udbud. Det ligger derimod uden for Klagenævnets kompetence at tage stilling til, hvilken tilbudsgiver en ordregiver i den konkrete situation skal tildele ordren. Allerede som følge heraf afviser Klagenævnet indklagedes påstand II.

Herefter bestemmes:

I/S Avedøre Kloakværk har handlet i strid med Rådets direktiv 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter ved at tage tilbudet fra Armton A/S i betragtning ved tildelingen af ordren om udførelse af bygningsentreprisen i forbindelse med ombygningen af Avedøre Kloakværk, uagtet tilbudet som følge af nedennævnte forbehold var ukonditionsmæssigt:

»Forudsætninger og præciseringer

Det forudsættes at

- (A) - der udføres kun afrensning af tanke i områder, hvor der udføres betonarbejde eller lægning af PEH-rør. I tilbudet er der ikke indeholdt nogen form for afrensning i sekundærtanke 11-12.
- (B) -

at alle eksisterende afløbsrender kan afmonteres ved frihugning i ender samt løft med simpel understøtning til depot. Vort tilbud er baseret på, at alle afløbsrender kan genanvendes.

(C) -

strømforbrug for byggepladsdrift inklusive pumper er i tilbudet indeholdt med 50.000 kr. ekskl. moms.«

I/S Avedøre Kloakværk har handlet i strid med rådets direktiv 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter ved at optage forhandling med Armton A/S om, at selskabet skulle frafalde de forbehold, som selskabet havde taget i sit tilbud.

I/S Avedøre Kloakværks beslutning om at indgå aftale med Armton A/S om udførelse af bygningsentreprisen i forbindelse med ombygningen af Avedøre Kloakværk annulleres.

I/S Avedøre Kloakværk vil handle i strid med Rådets direktiv 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter ved at tage tilbudet fra E. Pihl og Søn A/S i betragtning ved tildelingen af ordren om udførelse af bygningsentreprisen i forbindelse med ombygningen af Avedøre Kloakværk, idet nedennævnte forbehold gør tilbudet ukonditionsmæssigt:

»For tilbudet har vi forudsat følgende:

(b) -

at detailprojektet afleveres til Dem i faser som følger:

Fase 1:

Senest den 2. april 1996 afleveres projektmateriale vedrørende LT31-32, og ST31-32

Fase 2:

Senest den 3. juni 1996 afleveres projektmateriale vedrørende LT21-22 og ST21-22

Fase 3:

Senest den 1. juli 1996 afleveres projektmateriale vedrørende LT11-12 og ST11-12.«

I/S Avedøre Kloakværks påstand II afvises.