

K E N D E L S E

Foreningen af Rådgivende Ingeniører
(selv)

mod

Nykøbing F. Kommune
(advokat Klaus Døssing, Nykøbing F. Kommune)

Ved udbudsbekendtgørelse af 17. februar 1998 udbød indklagede, Nykøbing F. Kommune, som begrænset udbud efter direktiv 93/38 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) en tjenesteydelse, som i udbudsbekendtgørelsens overskrift er anført som »Ingeniørvirksomhed (Levering af tjenesteydelser)« og yderligere i udbudsbekendtgørelsen er beskrevet således: »Ingeniørvirksomhed som totalrådgivning. Ledningsforstærkning af ca. 3,1 km fjernvarmeledning samt renovering af kloak- og vandledninger, der frilægges i forbindelse med fjernvarmearbejderne. Udbygning af to oliefyrede fjernvarmecentraler.«

Den 6. april 1998 besluttede kommunen at prækvalificere 8 tilbudsgivere, hvoraf 7 afgav tilbud inden fristen udløb den 29. april 1998. I udbudsbetingelserne af 6. april 1998 var tildelingskriteriet fastsat således (»Konkurrencebetingelser« afsnit 4.2.):

»Ordren tildeles det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Kriterierne for udvælgelse er i uprioriteret rækkefølge:

Tilbudspris

Ydelsesbeskrivelse for forslagsfasen

Ydelsesbeskrivelse for projektfasen

Ydelsesbeskrivelse for byggeledelse og fagtilsyn

Ydelsesbeskrivelse for økonomi og tidsstyring

Ydelsesbeskrivelse for kvalitetssikring af egne arbejder.«

De 7 virksomheder afgav tilbud med følgende samlede tilbudspriser:

1. ISC Rådgivende Ingeniører A/S	1.675.400 kr.
2. Crone og Koch Rådgivende Ingeniører A/S	2.853.100 kr.
3. Bruun og Sørensen Energiteknik A/S	3.302.200 kr.
4. Carl Bro A/S	4.059.260 kr.
5. Nellesmann, Nielsen og Rauschenberger A/S	4.311.025 kr.
6. Skude og Jacobsen A/S	4.747.000 kr.
7. Lemming og Eriksson Rådgivende Ingeniører A/S	7.089.000 kr.

Efter en vurdering af de 7 tilbud besluttede kommunen at undlade at tage 3 tilbud – nemlig tilbudene fra nr. 1, 2 og 3 – i betragtning, idet de 3 tilbud indeholdt forbehold, som gjorde dem ukonditionsmæssige. Blandt de resterende 4 tilbud vurderede kommunen tilbudet fra Carl Bro A/S som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og besluttede den 5. juni 1998 at der skulle indgås kontrakt med Carl Bro A/S. Kontrakten blev indgået den 16. juni 1998.

Ved klageskrift af 14. september 1998 har Foreningen af Rådgivende Ingeniører indgivet klage til Klagenævnet for Udbud over Nykøbing F. Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 12. januar 1999.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at anmode tilbudsgiveren ISC Rådgivende Ingeniører A/S om nærmere oplysninger om rådgivningskoordinatorens og byggelederens tilstedeværelse på projektkontoret, og om hvilke ressourcer (antal timer) der var afsat til de øvrige ydelser, uagtet at tilbudet fra denne tilbudsgiver ikke var unormalt lavt i forhold til ydelsen, jf. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 5, 1. afsnit.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1).

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved i sin henvendelse efter Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 5, 1. afsnit, til tilbudsgiveren ISC Rådgivende Ingeniører A/S at anmode om følgende specifikke oplysninger:

- a. Hvorvidt ISC Rådgivende Ingeniører A/S kunne bekræfte, at rådgivningskoordinatorens tilstedeværelse på projektkontoret var indregnet i

tilbudet med fuld tid for hele projekt- og anlægsperioden, dog ikke år 2000, hvor tilstedeværelsen kunne være ad hoc efter behov.

- b. Hvorvidt byggelederens tilstedeværelse på projektkontoret var indregnet i tilbudet med fuld tid for hele anlægsperioden, dog ikke år 2000, hvor tilstedeværelsen kunne være ad hoc efter behov.

Påstand 3.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at undlade at tage tilbudet fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S i betragtning, uagtet tilbudet ikke indeholdt noget forbehold.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3).

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at undlade at tage tilbudet fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S i betragtning, uagtet det forbehold, som tilbudet indeholdt, ikke var af et sådant indhold, at indklagede var berettiget til at undlade at tage tilbudet i betragtning, men alene var et forbehold, som skulle prissættes.

Påstand 5.

Indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved ikke at have givet tilbudsgiveren ISC Rådgivende Ingeniører A/S en fyldestgørende begrundelse for sin beslutning om ikke at tage tilbudet fra denne tilbudsgiver i betragtning.

Påstand 6.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved i udbudsbetingelserne at fastsætte tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriteriet »tilbudspris«, uagtet det ikke er muligt for indklagede på grundlag af dette tildelingskriterium at tage stilling til, hvilken tilbudsgiver der skal tildeles ordren,

- a. idet det ifølge beskrivelsen i udbudsbetingelserne af den udbudte ydelse endnu ikke er besluttet, om den del af ydelsen, der vedrører vejetablettering i hele vejens bredde samt heraf afledte projektudvidelser (delprojekt 6), skal gennemføres.
- b. idet det ifølge beskrivelsen i udbudsbetingelserne af den udbudte ydelse endnu ikke er besluttet, om den del af ydelsen, der vedrører projektudvidelse vedrørende ledningsforstærkning med udvidet varmegrundlag (delprojekt 7), skal gennemføres.
- c. idet det ifølge beskrivelsen i udbudsbetingelserne af den udbudte ydelse fremgår, at den udbudte ydelse vil udgå af rådgivningsaftalen, såfremt det efterfølgende besluttet at udbyde i hovedentreprise.

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

Ad påstand 1 og 2.

I »Beskrivelse«, der er en del af udbudsbetingelserne, hedder det i afsnit 13. Projektkontor følgende:

»Bygherren stiller et lokale til rådighed for op til 3 af totalrådgiverens ansatte på projektet. Lokalet er beliggende i Forsyningsafdelingen og således centralt placeret iht. samarbejdsrelationerne i kommunen. Totalrådgiveren er forpligtiget til i hele projektperioden at lade projektkontoret være bemanded, da der vil skulle ske megen koordinering og samarbejde med bygherrens personale, herunder tegnestuen. Rådgivningskoordinator og tilsynsførende/byggeledelse må ikke varetages af samme person.«

I rettelsesblad nr. 1 af 1. maj 1998, der i det væsentlige fremtræder som en gengivelse af spørgsmål og svar på et spørgemøde afholdt den 22. april 1998, hedder det:

»Spørgsmål 1

Er der et minimumskrav til rådgiverkoordinatorens tilstedeværelse på projektkontoret hos Nykøbing F. Kommune under henholdsvis projekteringen og udførelsen?

Svar

Rådgivningskoordinatorens tilstedeværelse forudsættes i hele projekt- og anlægsperioden, dog ikke i år 2000, hvor tilstedeværelse kan være ad hoc efter behov.

Spørgsmål 2

Er der et minimumskrav til byggeleders tilstedeværelse på projektkontoret hos Nykøbing F. Kommune.

Svar

Byggeledernes tilstedeværelse forudsættes i hele anlægsperioden, dog ikke i år 2000, hvor tilstedeværelsen kan være ad hoc efter behov.«

I en skrivelse af 28. maj 1998 fra kommunens tekniske rådgiver til ISC Rådgivende Ingeniører A/S hedder det:

»Vi er nu ved at have gennemgået samtlige tilbud på totalrådgivningen vedr. ovenstående. Vi kan derfor konstatere, at jeres tilbud, ud fra en vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, er lavt sammenholdt med de øvrige modtagne tilbud.

Med hjemmel i TYD art. 37 bedes I derfor bekræfte følgende forhold:

- at rådgivningskoordinatorens tilstedeværelse på projektkontoret er indregnet i tilbuddet for hele projekt- og anlægsperioden, dog ikke i år 2000, hvor tilstedeværelsen kan være ad hoc efter behov,

- at byggelederens tilstedeværelse på projektkontoret er indregnet i tilbuddet for hele anlægsperioden, dog ikke i år 2000, hvor tilstedeværelsen kan være ad hoc efter behov.

Det skal bemærkes, at ovenstående formuleringer, der fremgår af rettelsesblad nr. 1, efter vores opfattelse kun kan opfattes således, at de respektive personer skal være til stede på projektkontoret på »fuld tid« i de anførte perioder. I bedes ligeledes bekræfte, at I er enige heri.

Endelig bedes I bekræfte, at rådgivningskoordination og byggeledelse ikke varetages af samme person.

Såfremt ovenstående forhold kan bekræftes bedes angivet, hvilke ressourcer (antal timer), der er afsat til de øvrige ydelser, opdelt på følgende faser:

- Forslagsfasen (for samtlige delprojekter)
- Hovedprojekt (for samtlige delprojekter, herunder også projekt for oliecentraler)
- Licitation og kontrakt (for samtlige delprojekter)
- Projektopfølgning (for samtlige delprojekter).«

I skrivelse af 29. maj 1998 fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S til kommunens tekniske rådgiver hedder det:

»Idet vi henviser til Deres fax af 28. maj 1998, skal vi oplyse, at ISC har tilbudt ydelser i overensstemmelse med udbudsmaterialet og at tilstedeværelse af rådgivningskoordinator og byggeleder, er afstemt efter hvad vi ud fra udbudsmaterialet har skønnet nødvendigt og tilstrækkeligt for løsning af opgaven.

I øvrigt kan vi bekræfte at rådgivningskoordination og byggeledelse er adskilt.

Med hensyn til det estimerede timeforbrug kan følgende oplyses:

- | | |
|--------------------------|------------|
| – Forslagsfasen | 1000 timer |
| – Hovedprojekt | 2000 timer |
| – Licitation og kontrakt | 50 timer |
| – Projektopfølgning | 200 timer |

Vi håber ovenstående er fyldestgørende.«

I en skrivelse af 2. juni 1998 fra kommunens tekniske rådgiver til ISC Rådgivende Ingeniører A/S hedder det:

»Hermed bekræftes modtagelsen af Deres telefax af 29. maj 1998.

De bekræfter ikke tilstrækkeligt præcist alle de i vores telefax af 28. maj 1998 anførte forhold. De bedes derfor præcist bekræfte, at følgende forhold, der fremgår af rettelsesblad nr. 1..... spørgsmål 1 og 2, er indeholdt i Deres tilbud:

- Rådgivningskoordinatorens tilstedeværelse forudsættes i hele projekt- og anlægsperioden, dog ikke år 2000, hvor tilstedeværelsen kan være ad hoc efter behov.

- Byggelederens tilstedeværelse forudsættes i hele anlægsperioden, dog ikke år 2000, hvor tilstedeværelsen kan være ad hoc efter behov.

Det skal bemærkes, at ovenstående formuleringer indebærer, at de respektive personer skal være til stede på projektkontoret på »fuld tid« i de anførte perioder.«

I en skrivelse af 2. juni 1998 fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S til kommunens tekniske rådgiver hedder det:

»Idet vi henviser til Deres fax af 2. juni 1998, skal vi oplyse, at ISC ikke har forudsat tilstedeværelse på fuld tid for Rådgivningskoordinator og Byggeleder, hvilket heller ikke er krævet i udbudsmaterialet.

Det står dog fast at vi har indregnet den tilstedeværelse, der er vurderet tilstrækkelig i hele projekt- og anlægsperioden, og vi bekræfter, at vi vil indsætte de ressourcer, der er nødvendige for opgavens løsning i overensstemmelse med udbudsmaterialets krav.

Vi håber ovenstående er fyldestgørende.«

I en indstilling af 2. juni 1996 fra kommunens tekniske rådgiver til kommunen vedrørende udbudet hedder det bl.a.:

»Forbehold er kapitaliseret, og den kapitaliserede værdi er tillagt tilbudsprisen. Det skal bemærkes, at der for 2 tilbudsgiveres vedkommende er afgivet forbehold, hvis rækkevidde ikke har kunnet fastlægges og kapitaliseres. Disse forbehold knytter sig til tilstedeværelsen af rådgivningskoordinator og byggeleder på Nykøbing F. Kommunes projektkontor, hvor det anføres, at tilstedeværelsen i visse perioder kun vil være efter behov. Det er i udbudsmaterialet præcist anført, at tilstedeværelsen er forudsat i hele den pågældende periode, og altså ikke kun efter behov. Da rækkevidden af »efter behov« ikke kan fastlægges entydigt, og dermed ikke kan kapitaliseres, indebærer forbeholdene, at de tilbud, hvortil forbeholdene er knyttet, udskydes, og således ikke kan komme i betragtning. Det skal i den sammenhæng bemærkes, at tilbudsgiver iht. EU's udbudsregler både er berettiget og forpligtet til at udskyde tilbud, der indeholder forbehold, hvis rækkevidde ikke kan fastlægges. Det skal samtidig bemærkes, at rækkevidden af forbeholdene ikke kan fastlægges via henvendelse til de respektive tilbudsgivere. En sådan henvendelse vil have karakter af en forhandling, hvilket der er klart forbud mod i henhold til EU's udbudsregler for begrænset udbud.

.....

Resultatet af den samlede bedømmelse fremgår af vedlagte skemaer.

Som det fremgår af skemaerne, har ISC A/S afgivet et i forhold til de øvrige bydende særdeles lavt tilbud, uden at dette tilsyneladende er gået ud over kvaliteten på ydelserne, og uden at der er knyttet særlige forbehold til tilbuddet.

Med hjemmel i.....er der derfor efterfølgende foretaget en nærmere afklaring af indholdet i ISC A/S tilbud, således at det er sikret, at det lave tilbud ikke skyldes en fejlregning eller lignende.

.....

Besvarelsen af henvendelsen har gjort det klart, at der til ISC's tilbud er knyttet et forbehold om tilstedeværelsen af henholdsvis projektkoordinator og byggeleder. Rækkevidden af dette forbehold har ikke kunnet fastlægges, hvorfor ISC's tilbud er udskudt jf. bemærkningerne ovenfor.«

Ad påstand 1.

Klageren har til støtte for sin påstand gjort gældende, at en udbyder efter Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 1, 1. afsnit, alene er forpligtet til at rette forespørgsel til en tilbudsgiver, når et tilbud er unormalt lavt, og at udbydere alene i disse tilfælde er berettigede til at rette forespørgsel til en sådan tilbudsgiver. Tilbudet fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S var lavt, men ikke unormalt lavt. Den omstændighed, at et tilbud er lavt, indicere ikke nødvendigvis, at der ved udarbejdelsen af tilbudet er begået fejl, eller at tilbudet ikke dækker den udbudte ydelse fuldt ud, idet tilbudsgiver kan have gode grunde til at afgive et lavt tilbud. Udbudsbetingelserne vedrørende den aktuelle tjenesteydelse indeholdt en række uklare punkter, og ISC Rådgivende Ingeniører A/S valgte ved sin kalkulation at fortolke de uklare punkter vedrørende ydelsen indskrænkende, for at tilbudet kunne blive lavere.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudet fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S allerede på grund af tilbudsprisen var unormalt lavt i forhold til alle de øvrige tilbud, og at indklagede efter artikel 34, stk. 1, 1. afsnit var såvel berettiget som forpligtet til at rette forespørgsel til denne tilbudsgiver. Kommunen lagde ved sin vurdering vægt på, at tilbudets omkostninger svarede til kun ca. ¼ af de udgifter, som kommunen selv havde budgetteret med, at honorarprocenten efter tilbudet var usædvanlig lav, og at de 2 næst laveste tilbud, som begge blev udskudt på grund af forbehold, begge – trods forbeholdene – var markant højere end tilbudet fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S. Under hensyn til indholdet af forbeholdene i de 2 tilbud, der som følge af forbeholdene ikke kunne tages i betragtning, havde indklagede endvidere grund til at formode, at den lave tilbudspris i tilbudet fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S kunne skyldes, at tilbudets bemanning af projektkontoret ikke opfyldte udbudsbetingelserne.

Klagenævnet udtaler:

Bestemmelsen i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk.5, 1. afsnit, hvorefter en ordregiver skal rette forespørgsel til en tilbudsgiver, hvis et tilbud er unormalt lavt, og som således afskærer en ordregiver fra i denne situation uden videre at afvise et sådant tilbud, er primært medtaget som en beskyttelse af tilbudsgiverne. Klagenævnet kan tiltræde Nykøbing F. Kommunes vurdering, hvorefter det tilbud, som ISC Rådgivende Ingeniører A/S havde afgivet, var unormalt lavt i forhold til ydelsen, og Klagenævnet kan således fastslå, at kommunen har handlet i nøje overensstemmelse med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke uden videre at beslutte, at dette tilbud ikke skulle tages i betragtning, men at rette forespørgsel i overensstemmelse med artikel 34, stk. 5, 1. afsnit, til ISC Rådgivende Ingeniører A/S. Påstand 1 tages således ikke til følge.

Ad påstand 2.

Klageren har gjort gældende, at en henvendelse til en tilbudsgiver efter artikel 34, stk. 5, 1. afsnit, skal være holdt i generelle vendinger, og at henvendelsen i det konkrete tilfælde alene skulle have indeholdt en forespørgsel om årsagen til det lave tilbud, men derimod ikke måtte indeholde en anmodning om en uddybning af tilbudet. En forespørgsel af dette indhold indebærer i forhold til den pågældende tilbudsgiver en krænkelse af ligebehandlingsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at kommunen har udformet sin forespørgsel til ISC Rådgivende Ingeniører A/S på en sådan måde, at det stod denne tilbudsgiver klart, hvori kommunens usikkerhed med hensyn til indholdet af tilbudet bestod, og at en sådan udformning ikke er i strid med artikel 34, stk. 5, 1. led.

Klagenævnet udtaler:

Det fremgår klart af kommunens forespørgsel af 28. maj 1998 til ISC Rådgivende Ingeniører A/S, hvilke 2 vilkår i udbudsbetingelserne forespørgslen vedrører – nemlig rådgiverkoordinatorens og byggelederens tilstedeværelse på kommunens projektkontor – og det fremgår klart af forespørgslen, hvorledes kommunen opfatter disse 2 vilkår. Tilsvarende fremgår det lige så klart af første afsnit i svaret af 29. maj 1998 fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S, at denne tilbudsgivers tilbud ikke på disse 2 punkter opfylder udbudsbetingelserne. Det følger heraf, at kommunen har fremsendt en klar forespørgsel indeholdende 3 spørgsmål til den pågældende tilbudsgiver, som da heller ikke har givet anledning til tvivl hos denne pågældende tilbudsgiver,

og at den pågældende tilbudsgiver på grundlag af forespørgsel har afgivet et klart svar på de fremsatte 3 spørgsmål.

På denne baggrund finder Klagenævnet det ikke i strid med EU-udbudsreglerne, at kommunen i sidste afsnit i skrivelsen af 28. maj 1998 som et supplement til de 3 spørgsmål yderligere anmodede tilbudsgiveren om en timeopgørelse, idet den pågældende tilbudsgiver selv kunne afgøre, om man ønskede tillige at fremsende disse oplysninger.

Det ville imidlertid have indebåret en overtrædelse af EU-udbudsreglerne, hvis kommunen trods en klar bekræftende besvarelse af de 3 første spørgsmål, havde anset tilbudet fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S for ukonditionsmæssigt, blot fordi de ønskede oplysninger om timefordelingen ikke også var blevet fremsendt.

Påstand 2 tages således ikke til følge.

Ad påstand 3 og 4.

I afsnit 1.2. Forbehold i »Konkurrencebetingelser«, der er en del af udbudsbetingelserne, hedder det:

»Evt. forbehold skal klart fremgå af tilbudslisten og vedlægges som bilag med en nøje beskrivelse af, hvilke punkter i udbudsmaterialet, der er taget forbehold for, og hvad forbeholdet går ud på.

Ved bedømmelse af tilbudet vil forbehold blive vurderet og kapitaliseret. Den kapitaliserede værdi tillægges tilbudet.

Såfremt forbehold er af en sådan art, at udbudsgrundlaget ændres væsentligt, vil tilbudet blive kasseret.«

I afsnit 4. Bedømmelse af tilbud hedder det i afsnit 4.1.:

»Efter modtagelse af tilbudene vil disse blive gennemgået, og evt. forbehold vil blive vurderet. Såfremt der er behov for afklaring, vil bygherren skriftligt rette henvendelse til tilbudsgiveren, der skriftligt skal besvare de stillede spørgsmål. Kopi af spørgsmål og svar vil tilgå samtlige bydende.«

Klagenævnet udtaler:

Det var i afsnit 13 i »Beskrivelse« fastsat, at projektkontoret i hele projektperioden skulle være bemanded, og denne udbudsbetingelse blev ved Rettel sesblad nr. 1 af 1. maj 1998 præciseret således, at projektkontoret i hele projekt- og anlægsperioden bortset fra år 2000 skulle være bemanded med rådgiverkoordinatoren og byggelederen. Det fremgår utvetydigt af skrivelserne af 29. maj og 2. juni 1998 fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S, at dette selskabs tilbud ikke omfattede den foreskrevne bemanning af projektkonto-

ret »fuld tid«, man alene omfattede den bemanning, som skønnes nødvendig og tilstrækkelig for løsning af opgaven.

Da besvarelse fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S indebar, at indklagede måtte konstatere, at tilbudet fra denne tilbudsgiver indeholdt et forbehold, og da forbeholdet vedrørte væsentlige udbudsbetingelser, var indklagede såvel berettiget som forpligtet til at undlade at tage tilbudet fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S i betragtning. Disse påstande tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5.

ISC Rådgivende Ingeniører A/S skrev den 17. juni 1998 således til kommunens tekniske rådgiver:

»Efter at have modtaget resultat af Deres evaluering af vort tilbud skal vi på baggrund af vor korrespondance efter tilbudsgivningen anmode om at få oplyst, hvad der forstås ved »I henhold til de i udbudsmaterialet fastlagte kriterier«, idet vi kun kan fortolke dette som en diskvalifikation af ISC, hvilket vi ikke mener, der er belæg for.«

Kommunens tekniske rådgiver besvarede denne forespørgsel ved en skrivelse af 23. juni 1998, hvori hedder:

»Hermed bekræftes modtagelsen af Deres brev af 17. juni 1998.

Som anført i vores brev af 16. juni 1998, (der med samme ordlyd er fremsendt til alle tilbudsgivere, der ikke er kommet i betragtning), er opgaven overdraget til Carl Bro as, hvis tilbud er det økonomisk mest fordelagtige iht. de i udbudsmaterialet fastlagte kriterier.

Det indebærer, jf. konkurrencebetingelserne pkt. 1.2 vedlagt udbudsmaterialet, at følgende forhold har indgået i vurderingen:

- Tilbudsforbehold er kapitaliseret i det omfang, dette er muligt.
- Forbehold af en sådan art, at udbudsgrundlaget ændres væsentligt, betyder, at tilbud kasseres.

Der henvises samtidig til konkurrencebetingelsernes pkt. 4, hvor der er anført, hvilke kriterier der er lagt til grund ved tildeling af ordren.

Jeres tilbud er selvsagt blevet vurderet på lige vilkår med de øvrige. Deres tilbudspræciseringer supplerende det fremsendte tilbud, jf. Deres breve af 29. maj 1998 og 6. juni 1998, har dog indgået i vurderingen.«

Klagenævnet udtaler:

Kommunens skrivelse af 23. juni 1998 til ISC Rådgivende Ingeniører A/S indeholder ikke en dækkende redegørelse for, hvorfor denne tilbudsgiver ikke fik tildelt ordren. Efter indholdet af denne skrivelse må man tro, at denne tilbudsgivers tilbud er blevet bedømt på grundlag af tildelingskriteri-

erne sammen med de andre tilbud, og at denne bedømmelse førte til, at dette tilbud ikke blev vurderet som det økonomisk mest fordelagtige. Den faktiske situation under udbudet var imidlertid, at kommunen efter at have modtaget svarene af 29. maj 1998 og 2. juni 1998 fra ISC Rådgivende Ingeniører A/S konkluderede, at tilbudet fra denne tilbudsgiver indeholdt forbehold vedrørende rådgiverkoordinatorens og byggelederens tilstedeværelse på kommunens projektkontor, og at disse forbehold var af en sådan beskaffenhed, at kommunen var berettiget og forpligtet til ikke at tage dette tilbud i betragtning. Kommunen har overtrådt EU-udbudsreglerne ved at give ISC Rådgivende Ingeniører A/S denne ukorrekte begrundelse.

Ad påstand 6.

I »Beskrivelse« hedder det i afsnit 1.1. Delprojekter:

- »De ydelser, der skal bydes på, er opdelt i 7 delprojekter, og der skal bydes på samtlige ydelser.
- Hovedledningforstærkning (delprojekt 1)
Forstærkning af ca. 2,65 km fjernvarmeledninger
- Centraler (delprojekt 2)
Udbygning af kapaciteten ved opstilling af en ny kedel på henholdsvis central Øst og central Nord.
- Kloak (delprojekt 3)
Renovering af ca. 2,8 km kloakledninger. Kloakledningerne renoveres i takt med, at der graves op for forstærkning af fjernvarmeledninger.
- Vand (delprojekt 4)
Renovering af ca. 1,2 km vandledninger. Vandledningerne renoveres i takt med, at der graves op for forstærkning af fjernvarmeledninger.
- El (delprojekt 5)
Nedlægning af 1,5 km eltomrør samt 10kV elkabel
- Vejretablering samt aftalte projektudvidelser som følge heraf (delprojekt 6)
- Projektudvidelse vedr. ledningsforstærkning med udvidet varmegrundlag (delprojekt 7)
Projektudvidelse såfremt fjernvarmeledninger skal opdimensioneres til også at kunne dække et større område i Nykøbing F. (udvidet varmegrundlag).

Rådgiverydelsen i forbindelse med de enkelte delprojekter omfatter udarbejdelse af forslag og projekt, projekteringsledelse, projektopfølgning, byggeledelse og fagtilsyn. Totalrådgiveren skal endvidere i tæt samarbejde med bygherren forestå rådgiverkoordineringen på tværs af delprojekterne.

De enkelte delprojekter samt rådgiverkoordinering er nærmere beskrevet i det følgende.

Det skal bemærkes, at der ikke er truffet endelig politisk beslutning om omfanget af delprojekt 6 samt delprojekt 7. Omfanget af delprojekt 6 omfatter som minimum øget vejretablering iht. DS 425, men om der skal foretages udvidet vejretablering i hele vejens bredde afventer beslutning.«

I »Udkast til aftale om teknisk rådgivning og bistand«, der er en del af udbudsbetingelserne, er rådgiverens ydelser opregnet således:

1. Rådgivning i forbindelse med udarbejdelse af forslag.
2. Rådgivning i forbindelse med projekteringsfasen samt udarbejdelse af hovedprojekt.
3. Rådgivning i forbindelse med udbud, afholdelse af licitationer og kontraktsforhandlinger med entreprenører og leverandører.
4. Rådgivning i forbindelse med udførelse af projektopfølgning.
5. Rådgivning i forbindelse med byggeledelse og fagtilsyn.
6. Rådgivning i forbindelse med særlige ydelser ud over de under 1–5 anførte iværksat efter skriftlig aftale.

Vedrørende punkt 5 er anført følgende: »Såfremt hovedentrepriseudbud vælges, udgår byggeledelsen af rådgivningsaftalen.«

Klageren har gjort gældende, at der ikke på det tidspunkt, da indklagede skulle tage beslutning om, hvilken tilbudsgiver der skulle indgås kontrakt med, var taget stilling til, om delprojekt 6 og 7 skulle gennemføres, og om entreprenørarbejderne skulle udbydes som fagentrepriser eller som totalentreprise, og at indklagede som følge heraf ikke ved udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud havde mulighed for som foreskrevet i udbudsbetingelserne at anvende underkriteriet »tilbudsprisen«, da det ikke på dette tidspunkt var muligt at vide, hvad den enkelte tilbudsgivers tilbudspris for de rådgivningsydelser, som rent faktisk senere skulle udføres, var.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke indebærer nogen overtrædelse af EU-udbudsbetingelserne at udbyde en ydelse, hvoraf enkelte dele muligvis ikke bliver aktuelle, eller en ydelse, som muligvis vil blive suppleret af en tillægsydelse, blot det af udbudsbetingelserne klart fremgår, hvilke ydelser der skal afgives tilbud på.

Klagenævnet udtaler:

Det fremgår utvetydigt af udbudsbetingelserne, at der samlet udbydes 7 delprojekter, og at tilbudsgivere skal afgive et samlet tilbud på alle 7 delprojekter med angivelse af dels en samlet pris, dels priser for hvert enkelt delprojekt. På baggrund heraf refererer »tilbudspris« som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« utvivlsomt til

denne samlede tilbudspris og de 7 priser for delprojekterne. Det fastsatte tildelingskriterium med underkriteriet »tilbudspris« er således lovligt.

Under hensyn til princippet om ligebehandling er det dog en forudsætning for kriteriets lovlighed, at der på tidspunktet for udbudets iværksættelse hverken formelt eller reelt var truffet beslutning, om i hvilket omfang delprojekt 6 skulle udføres, om delprojekt 7 skulle udføres, og om entreprenørarbejderne skulle udbydes som fagentrepriser eller som hovedentreprise, da der i modsat fald er en risiko for, at tilbudsgivere ved afgivelsen af deres tilbud kan misbruge en eventuel viden om disse beslutninger. Det er endvidere ligeledes under hensyn til princippet om ligebehandling en forudsætning for kriteriets lovlighed, at der heller ikke på det tidspunkt, da udbyderen skal tage stilling til, hvilken tilbudsgiver der skal indgås kontakt med, hverken formelt eller reelt var truffet beslutning, om i hvilket omfang delprojekt 6 skulle udføres, om delprojekt 7 skulle udføres, og om entreprenørarbejderne skulle udbydes som fagentrepriser eller som hovedentreprise, da der i modsat fald er en risiko for, at disse beslutninger, som ikke må have indflydelse på udbyderens afgørelse efter det fastsatte tildelingskriterium af, hvilken tilbudsgiver der skal indgås kontrakt med, rent faktisk får indflydelse på denne beslutning.

Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Nykøbing F. Kommune, har handlet i strid med EU-udbudsbestemmelserne ved i sin skrivelse af 23. juni 1998 at give tilbudsgiveren ISC Rådgivende Ingeniører A/S en forkert begrundelse for, at denne tilbudsgiver ikke havde fået tildelt kontrakten.

Klagen tages iøvrigt ikke til følge.

Indklagede, Nykøbing F. Kommune, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, Foreningen af Rådgivende Ingeniører.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig