

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Michael Jacobsen, Ole Bajda Nielsen)

J.nr.: 04-151-597/

2005-0002357

25. oktober 2005

K E N D E L S E

Hoffmann A/S
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Skjern Kommune
(advokat Lone Møller, Århus)

I foråret 2003 gennemførte indklagede, Skjern Kommune, en totalentreprisekonkurrence i form af begrænset udbud uden prækvalifikation efter lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (Tilbudsloven) vedrørende projektering og udførelse af en udbygning af Skjern Hallen til Skjern Kulturcenter. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Der indkom tilbud fra følgende virksomheder:

1. NCC Construction A/S
2. MT Højgaard A/S
3. Hoffmann A/S
4. Vagn Henriksen A/S
5. Hansen & Larsen A/S

I juni 2003 besluttede Skjern Kommune at tildele opgaven til 5. Hansen & Larsen A/S (Hansen & Larsen), og kontrakt blev indgået den 30. oktober 2003.

Den 9. juni 2004 indgav klageren, 3. Hoffmann A/S (Hoffmann), klage til Klagenævnet over indklagede, Skjern Kommune. Klagen har været behandlet på møder 13. januar, 31. august og 1. september 2005.

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 Hansen & Larsen i betragtning, uagtet tilbudet ikke opfyldte licitationsbetingelserne vedrørende økonomisk ramme, idet det af Hansen & Larsen afgivne tilbud på projektpakke 1 (grundprojekt 1) lød på 26.614.000 kr. ekskl. moms og således overskred den fastsatte økonomiske ramme på 25 mio. kr. ekskl. moms.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 9, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Hansen & Larsen i betragtning, uagtet tilbudet ikke opfyldte licitationsbetingelserne vedrørende økonomisk ramme, og uagtet der ikke i licitationsbetingelserne var fastsat ufravigelige mindstekrav til alternative tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Hansen & Larsen i betragtning, uagtet tilbudet for så vidt angår projektpakkerne 2-6 ikke opfyldte licitationsbetingelserne vedrørende tidsplan, idet det af Hansen & Larsen afgivne tilbud indeholdt følgende forbehold: »Tidsplanen må forhandles ved projektpakke 2 til 6. Afhængig af den valgte pakke.«

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 9, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Hansen & Larsen i betragtning, uagtet tilbudet ikke opfyldte licitationsbetingelserne vedrørende tidsplan, og uagtet der ikke i licitationsbetingelserne var fastsat ufravigelige mindstekrav til alternative tilbud.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 7 ved ikke at lade åbningen af tilbudene finde sted under overværelse af de bydende.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 2, og bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 (Tilbudsbekendtgørelsen) § 10, stk. 2, ved ikke at anføre underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge.

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 tilbuddene på grundlag af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« ikke at have foretaget en objektiv og saglig vurdering af tilbuddene i forhold til de i licitationsbetingelserne anført underkriterier til tildelingskriteriet.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede under de førte forhandlinger har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, Tilbudsbekendtgørelsens § 11 og det almindelige EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved

- a. at forhandle med Hansen & Larsen uden for rammerne af det af Hansen & Larsen afgivne tilbud forud for og/eller efter tildeling af kontrakten til Hansen & Larsen, samt
- b. at give Hansen & Larsen en videre adgang end de øvrige tilbudsgivere til at foretage ændringer og optimeringer af tilbudsprojektet.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, Tilbudsbekendtgørelsens § 11, stk. 4, og det almindelige EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved i forbindelse med forhandlingerne at give Hansen & Larsen oplysninger om klagerens tilbud, som ikke var gjort offentligt tilgængelige i henhold til Tilbudslovens § 7.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Hansen & Larsen i betragtning, uagtet tilbuddet ikke opfyldte licitationsbetingelserne vedrørende konkurrenceforslagets omfang, idet det af Hansen & Larsen afgivne tilbud ikke indeholdt en projekt- og bygningsdelsbeskrivelse med angivelse af materialer og principper, der enten ikke var fastlagt i licitationsbetingelserne eller afveg herfra.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Hansen & Larsen i betragtning, uagtet det ikke var muligt at vurdere dette tilbud i henhold til de i licitationsbetingelserne fastlagte bedømmelseskriterier, idet tilbuddet ikke indeholdt oplysninger, der muliggjorde en vurdering af tilbuddet i henhold til underkriterium 3. »Materialekvalitet og teknisk kvalitet samt kvantitet« og underkriterium 4. »Drifts- og vedligeholdsekonomi«.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, og stk. 2, jf. § 6, og det almindelige EU-retlige gennemsigthedsprincip ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriterium 1. »Arkitektonisk kvalitet og funktionalitet« ikke at have anvendt den i licitationsbetingelserne anførte beregningsmodel, hvorefter projekterne ville blive tildelt fra 0 til 40 points.

Klagenævnet har endvidere besluttet at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 13

Om indklagede har overtrådt Tilbudslovens 11, stk. 2, ved ikke at have ført forhandlingerne med tilbudsgiverne i henhold til en procedure, der var tilkendegivet over for tilbudsgiverne senest ved forhandlingernes begyndelse.

Indklagede har erkendt at have overtrådt Tilbudsloven som omtalt i påstand 5. Indklagede har nedlagt påstand om, at klagerens øvrige påstande ikke tages til følge, og om, at det konstateres, at indklagede ikke har overtrådt Tilbudsloven som angivet i spørgsmål 13.

Skjern Hallen bestod af to idrætshaller med betegnelserne hal I og hal II samt nogle tilhørende bygninger. Den udbudte opgave gik ud på at opføre forskellige nybygninger i tilknytning til Skjern Hallen, således at resultatet blev et nyt samlet bygningskompleks med betegnelsen Skjern Kulturcenter. Nybygningerne skulle bestå af endnu en idrætshal, dvs. en træningshal benævnt hal III, en koncertsal, en foyer, en musikskole, et klubhus og forskellige andre lokaler. Ud over at angå det beskrevne grundprojekt skulle tilbudene yderligere angå forskellige »projektpakker«, dvs. grundprojektet suppleret på forskellig måde. Af betydning for sagen er kun projektpakke 3, der gik ud på udførelse af grundprojektet, men med en større hal III med tilskuerpladser.

Licitationsbetingelserne var udarbejdet af indklagedes tekniske rådgiver, Cowi A/S (Cowi), og licitationen blev hos Cowi forestået af afdelingschef Bjarne Nielsen.

I licitationsbetingelserne var angivet, at indklagede forbeholdt sig »ret til at vælge den økonomisk mest fordelagtige løsning«, hvilket Klagenævnet forstår som en angivelse af, at tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige bud«. I licitationsbetingelserne var endvidere angivet følgende ikke prioriterede underkriterier til tildelingskriteriet:

1. Arkitektonisk kvalitet og funktionalitet.
2. Totalentreprisesum.
3. Materialekvalitet og teknisk kvalitet samt kvantitet.
4. Drifts- og vedligeholdøkonomi.

Det var endvidere angivet, at underkriterium 1. ville blive vægtet med 40 % og de øvrige underkriterier tilsammen med 60 %. Herom anførtes nærmere:

»Ved bedømmelsen af pkt. 1 tildeles projekterne fra 0-40 point. Bedste projekt i projektpakken får 40 point.

Ved bedømmelsen af punkt 2+3+4 gøres projekterne økonomisk sammenlignelige ved korrektion for tilbudt kvalitet og kvantitet samt drifts- og anlægsøkonomi. Laveste korrigerede tilbud får 60 point. Øvrige tilbud tildeles et lavere antal point svarende til den procentvise afvigelse fra laveste tilbud.

Det tilbud, der ud fra ovenstående vægtningsmodel opnår flest point, udpeges som det mest fordelagtige tilbud for bygherren i hver projektpakke.«

Det var endvidere angivet, at forslagene, dvs. tilbudene, ville blive bedømt af en dommerkomité bestående af nærmere angivne repræsentanter for indklagede og forskellige idrætsforeninger m.m. I dommerkomitéen skulle desuden indgå medlemmer udpeget af Totalentrepriseudvalget (et udvalg, der er nedsat af forskellige organisationer i byggebranchen bl.a. med det formål at udpege sagkyndige til bedømmelsesudvalg ved totalentrepriser). Totalentrepriseudvalget udpegede på et tidspunkt følgende sagkyndige som medlemmer af dommerkomitéen: Arkitekt Clara Rigenstrup og ingeniør Niels Bobach.

I licitationsbetingelserne var angivet, at den økonomiske ramme for grundprojektet var 25 mio. kr. ekskl. moms, og at totalentreprenøren skulle afholde samtlige udgifter ved byggeriet inden for den økonomiske ramme, bortset fra bygherreleverancer m.m.

I licitationsbetingelserne var endvidere angivet:

»Tilbudsprojektet skal have et omfang og udføres på en sådan måde, at det er muligt for bygherren at bedømme:

- Standard for bygningsdele og overflader.
- Principper, standarder og virkemåde for konstruktioner og installationer.
- Omfang og kvalitetsniveau for tilbudte komponenter.

Beskrivelser og redegørelser skal være disponeret på en sådan måde, at de klart angiver, hvorledes licitationsbetingelsernes krav og ønsker er opfyldt.

Tilbuddet skal derfor som minimum indeholde følgende:

...

Projekt- og bygningsdelsbeskrivelse, der angiver materialer og principper, der enten ikke er fastlagt i udbudsmaterialet eller afviger herfra.

...«

Licitationsbetingelsernes krav til materialer og principper var indeholdt i en række skemaer for hvert rum. Disse krav havde i langt det væsentligste karakter af funktionskrav.

I licitationsbetingelserne indgik en tidsplan, i henhold til hvilken kontrakt ventedes indgået omkring månedsskiftet maj-juni 2003, og byggeriet skulle udføres fra september 2003 og være færdigt med udgangen af august 2004.

I klagerens tilbud var tilbudssummerne for grundprojektet og projektpakke 3 henholdsvis 25 mio. kr. og 33.868.000 kr. I Hansen & Larsens tilbud var tilbudssummerne for grundprojektet og projektpakke 3 henholdsvis 26.614.000 kr. og 33.741.136 kr.

Klagerens tilbud indeholdt en ret detaljeret beskrivelse på ca. 40 sider af udførelse og materialer. Hansen & Larsens tilbud indeholdt kun en ganske kortfattet beskrivelse af udførelse og materialer, angivet på en tegning.

I klagerens tilbud var anført: »Tidsplanen er tilknyttet hovedtilbudet.«

I Hansen & Larsens tilbud var anført: »Forbehold: Tidsplanen må forhandles ved projektpakke 2-6 afhængig af den valgte pakke.«

Med hensyn til hal III, foyer, hovedindgang og parkeringsplads gik klagerens og Hansen & Larsens projekter i hovedtræk ud på følgende:

Klagerens projekt: Hal III skulle bygges parallelt med hal II og med høj tagrejsning. Den nye foyer skulle placeres mellem hal I og hal II og føres ud til Ranunkelvej, som Skjern Hallen lå ved. Hovedindgangen til Skjern Kulturcenter skulle etableres ved Ranunkelvej for enden af foyeren. En eksisterende parkeringsplads syd for Skjern Hallen skulle beholdes og tjene som parkeringsplads for Skjern Kulturcenter.

Hansen & Larsens projekt: Hal III skulle bygges på tværs af hal II og skulle opføres med fladt, buet tag. Den nye foyer skulle placeres nogenlunde som i klagerens projekt, men hovedindgangen skulle placeres i nærheden af hal III, således at en gang fra hovedindgangen førte hen til den del af foyeren, der lå længst fra Ranunkelvej. Der skulle anlægges en ny parkeringsplads i nærheden af hovedindgangen.

I et notat af 20. maj 2003 til dommerkomitéen, udarbejdet af dommerkomitéens tekniske sagkyndige medlem, ingeniør Niels Bobach, udtaltes om Hansen & Larsens projekt:

»De tekniske installationer er overordnet beskrevet som overholdene byggeprogrammet.

...«

Den 21. maj 2005 blev der i dommerkomitéen holdt en afstemning om de tilbudte projekters forhold til underkriterium 1. Arkitektonisk kvalitet og funktionalitet. Afstemningen angik både grundprojektet og projektpakke 3. Efter forudgående aftale i dommerkomitéen gav ingen af komitéens medlemmer ved afstemningen nogen af tilbudene under 20 points.

Ved afstemningen fik klagerens tilbud tilsammen 375 points for grundprojektet og 375 points for projektpakke 3, medens Hansen & Larsens tilbud tilsammen fik 215 points for grundprojektet og 220 points for projektpakke 3.

Den 27. maj 2003 sendte Bjarne Nielsen, Cowi, sålydende e-mail til bl.a. tilbudsgiverne:

»...

Evalueringen af tilbudene er nu ved at være i den afsluttende fase. Dommerkomitéen har været samlet 2 gange. På sidste møde blev vurderingen af tilbudenes arkitektoniske kvalitet og funktionalitet afsluttet. I henhold til udbudsmaterialet er denne del vægtet med 40 %.

De sidste 60 % vedrører totalentreprisesum/Materialekvalitet og teknisk kvalitet samt kvantitet/Drifts- og vedligeholdsekonomi.

Arbejdet med at gøre projekterne økonomisk sammenlignelige pågår.

I den forbindelse vil bygherren i henhold til "Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, § 11" gøre brug af retten til at forhandle om de modtagne tilbud.

Proceduren vil være, at alle bydende indledningsvis inviteres til tilbudsforhandlinger mandag den 2. juni 2003. Særskilt invitation vil tilgå de bydende. Efter denne forhandlingsrunde vil det blive vurderet om der er behov for yderligere forhandlinger – evt. med en mindre kreds af de bydende.«

Den 28. maj 2003 indkaldte Bjarne Nielsen tilbudsgiverne til særskilte forhandlinger den 2. juni 2003. Disse indkaldelser skete ved enslydende e-mails af sålydende indhold:

»...

I inviteres hermed til afklarings/forhandlingsmøde mandag den 2. juni 2003 kl. 11. Mødet finder sted...

Mødets hovedtema vil være at få belyst mulighederne i projektpakke 3 for følgende:

- Faste tribuner udgår.
- Der etableres sportsgulv på hele gulvarealet.
- Hallens geometri tilpasses således at der i træningssituationer kan være 2 baner ved siden af hinanden adskilt af net.
- Hallens geometri tilpasses således at der i håndboldkampsituationer kan være den tilskuerkapacitet som der er fastsat i udbudet. Blot etableret som teleskoptribuner.
- Teleskoptribunerne er bygherreleverance.

Der ønskes på mødet belyst de økonomiske konsekvenser af ovenstående.

...«

Under forhandlingsmødet med klageren den 2. juni 2003 gav klageren ifølge et håndskrevet notat udtryk for, at klagerens tilbud vedrørende projektpakke 3 ville blive reduceret til 30.159.000 kr. ved gennemførelse af de nævnte foranstaltninger.

Den 4. juni 2003 sendte Bjarne Nielsen en e-mail til bl.a. tilbudsgiverne, i hvilken der blev givet udtryk for, at kommunen havde udvist interesse for at gennemføre projektpakke 3, og at de økonomiske muligheder herfor skulle drøftes på et byrådsmøde.

Den 13. juni blev der holdt en ny afstemning i dommerkomiteen, nu kun om projektpakke 3. Ved denne afstemning blev der ikke givet under 30 points til nogen tilbudsgivere. Klagerens tilbud fik på ny tilsammen 375 points, medens Hansen & Larsens tilbud nu tilsammen fik 374 points i modsætning til 220 points ved afstemningen den 21. maj 2005.

Senere samme dag sendte Bjarne Nielsen en e-mail bl.a. til tilbudsgiverne, i hvilken der blev givet udtryk for, at projektpakke 3 skulle gennemføres, at dommerkomitéen havde vurderet tilbudsgivernes projektpakke 3 endnu en gang, og at resultatet var, at der nu ville blive ført forhandlinger med klageren og med Hansen & Larsen.

Den 17. juni 2003 holdt Bjarne Nielsen særskilte forhandlinger med klageren og Hansen & Larsen. Ifl. et notat udarbejdet af klageren foreslog klageren under forhandlingen med klageren forskellige nærmere angivne besparelser

Forhandlingerne med Hansen & Larsen den 17. juni 2003 blev opsummeret i et brev af 18. juni 2003 fra Hansen & Larsen til Cowi. I dette brev reduceredes Hansen & Larsens tilbudspris vedrørende projektpakke 3 med en række nærmere angivne besparelser, således at Hansen & Larsens tilbudspris vedrørende projektpakke 3 udgjorde 28 mio. kr. Blandt besparelserne var »Parkeringsareal udgår af projektet 2.150.000 kr.« og »Forhandlingsrabat 461.136 kr.«.

I en e-mail af 20. juni 2003 til bl.a. tilbudsgiverne foretog Bjarne Nielsen følgende bedømmelse af tilbudene vedrørende projektpakke 3 (kun angivelserne vedrørende klageren og Hansen & Larsen er medtaget i gengivelsen nedenfor):

»

...

Dommerkomitéen har nu afsluttet bedømmelsen af de indsendte projekter.

Bygherren har besluttet at gennemføre projektpakke 3 med følgende justeringer:

...

På den baggrund er projekterne blevet vurderet i henhold til udbudsmaterialets vurderingskriterier og pointskala. Desuden er resultaterne af forhandlingerne med i første omgang alle 5 bydende og i sidste ende Hoffmann og Hansen & Larsen indregnet.

Projektpakke 3 – samlet bedømmelse

	Hoffmann	Hansen & Larsen
Korrigeret pris	30.834.000,00	28.000.000,00
Point i alt	94	100

...

På ovenstående baggrund vurderer dommerkomitéen, at projektet fra Hansen & Larsen er det økonomisk mest fordelagtige for bygherren.

Projektet vil nu blive indstillet til byrådet til endelig godkendelse.

Yderligere information, herunder udstilling af forslagene, vil komme efter byrådsmødet tirsdag den 24. juni 2003.

...«

Den 24. juni 2003 vedtog byrådet at tildele opgaven til Hansen & Larsen.

Ved en e-mail den 3. juli 2003 meddelte Bjarne Nielsen tilbudsgiverne, at byrådet havde tildelt opgaven til Hansen & Larsen, og at tilbudsgivernes projekter ville blive udstillet på nærmere angivne dage i august 2003.

I en e-mail den 19. august 2003 til Bjarne Nielsen spurgte klageren, hvorfor der manglede to plancher i det projekt fra Hansen & Larsen, der var udstillet.

Bjarne Nielsen svarede ved en e-mail samme dag, i hvilken det udtaltes:

»...

De udstillede plancher fra vinderprojektet viser det resultat, som er forhandlet i forbindelse med vurderingen af tilbudene. Arkitekten mangler at udarbejde facadetegninger, som svarer til de justerede grundplaner.

...«

Efter byrådets beslutning af 24. juni 2003 fortsatte forhandlingerne mellem Cowi og Hansen & Larsen om projektets udformning m.m. I en protokoludskrift vedrørende et byrådsmøde den 9. september 2003 udtaltes herom bl.a.:

»Efterfølgende er der sket en yderligere bearbejdelse af projektet i byggeudvalget.

Bearbejdelsen har bl.a. medført udvidelse af den nye hal og ændring af hallens indretning, ændring af hovedindgangene, ændring af facaden mod nord og visse kvadratmeterreduktioner i nybyggeriet.

Ændringerne af det oprindelige projekt, som blev godkendt af Byrådet i juni 2003, har medført en øget udgift på 1.300.000 kr.«

Hansen & Larsens endelige projekt forelå med nogle tegninger dateret 24. september 2003.

I et notat af 30. oktober 2003 fra Cowi udtaltes:

»I forbindelse med kontraktsforhandlingerne er der truffet følgende økonomiske aftaler:

Tilbudssum, projektpakke 3	kr. 33.741.136,00.
<u>Fraddrag</u>	
Faste tribuner udgår, sportsgulv i stedet for	kr. -2.500.000,00
Fri loftshøjde reduceres fra 12 meter til 9 meter	kr. -500.000,00
Buet tag ændres til taghældning 1:40	kr. -130.000,00
Parkeringsareal udgår af projektet	kr. -2.150.000,00
Forhandlingsrabat	kr. -461.136,00
<u>Tillæg</u>	
Diverse projekttilretninger*)	kr. 1.000.000,00
Revideret tilbudssum projektpakke 3	<u>kr. 29.900.000,00</u>

*)

- Grundarealet af hal III øget
- Hovedindgang og facader mod nord revideret
- Etablering af faste ståpladser ("hylder")
- Etablering af depotplads ved hal III

Tidsplan og vinterforanstaltninger

Det er aftalt, at projektets tidsplan forlænges med 3 måneder således at byggeriet afleveres senest 31. marts 2005...

...«

På et ikke oplyst tidspunkt under Cowis forhandlinger med Hansen & Larsen foretog Cowi en detaljeret opstilling vedrørende materialeanvendelse m.m. i Hansen & Larsens projekt.

Indklagedes kontrakt med Hansen & Larsen blev indgået den 30. oktober 2003.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaringer af Hans Bøgh Thomsen, Steffen Hansen, Bjarne Nielsen, John Christensen, Clara Rigenstrup, Niels Bobach og Viggo Nielsen.

Hans Bøgh Thomsen har bl.a. forklaret: Han er projektchef hos klager og har deltaget i sagen fra begyndelsen. Under det første forhandlingsmøde holdt man sig til de emner, der var angivet på forhånd. Til brug for det andet forhandlingsmøde havde klager udarbejdet en liste over mulige besparelser. Arkitekturen blev ikke drøftet under forhandlingsmøderne.

Steffen Hansen har bl.a. forklaret: Han er afdelingsleder hos klageren. Han har deltaget lidt i sagen og var med til at fastsætte tilbudsprisen. Han deltog i det første forhandlingsmøde. Det drejede sig ikke om andet end de emner, der var angivet på forhånd.

Bjarne Nielsen har bl.a. forklaret: På udbudets tidspunkt var han afdelingschef i Cowi og havde opgaven med bygherrerådgivning for indklagede. Han deltog i udfærdigelsen af licitationsbetingelserne og var med til at vurdere tilbudene. Kravet om, at grundprojektet skulle holdes inden for 25 mio. kr., var ikke ubetinget, da man ikke ville afskrive muligheden for at få flere penge til rådighed. På tidspunktet for den første afstemning i dommerkomitéen var projektpakke 3 ved at komme ind i billedet. Hansen & Larsens tilbud havde et grundlæggende arkitektonisk problem, som alle var utilfredse med, dvs. det buede tag over hal III og hovedindgangens placering med en smal gang fra hovedindgangen til foyeren. Under forhandlingerne bad man Hansen & Larsen om at vurdere disse ting. Ved den anden afstemning i dommerkomitéen forelå der en tegning af et ændret projekt fra Hansen & Larsen, hvor de omtalte ændringer var indarbejdet. Hansen & Larsens tilbud indeholdt de oplysninger, der var nødvendige for den tekniske vurdering. Den detaljerede opstilling over materialeanvendelse m.m. i Hansen & Larsens projekt blev udarbejdet efter tilbudsvurderingen.

John Christensen har bl.a. forklaret: Han er direktør hos indklagede og indgår i indklagedes direktion og deltog som sådan i sagen. Det, som faldt

dommerkomitéen for brystet ved Hansen & Larsens projekt, var det buede tag og hovedindgangens placering med en smal gang til foyeren. Nogenlunde på tidspunktet for den første afstemning i dommerkomitéen var man ved at gå over til projektpakke 3. Ved den anden afstemning i dommerkomitéen var der sket nogle drastiske ændringer i Hansen & Larsens projekt, der derfor blev oplevet som mere interessant, og skiftet til projektpakke 3 var nu sket. Ved den første afstemning vedtog dommerkomitéen at give points i intervallet 20 til 40 points. Han husker ikke aftaler om ændring i dette.

Clara Rigenstrup har bl.a. forklaret: Hun er arkitekt og blev af Totalentrepriseudvalget udpeget til at indtræde i dommerkomitéen. Klagerens projekt var klart det bedste, og Hansen & Larsens projekt var klart det ringeste. Hun har deltaget i mange dommerkomitéer, og det var usædvanligt, at der blev holdt afstemning. Den anden afstemning var uforståelig for hende. Man skulle pludselig stemme om et andet projekt, men der var ikke nye ting på bordet. Derimod talte man om at ændre Hansen & Larsens projekt, så det kom til at ligne klagerens projekt, fordi man godt kunne lide dispositionen i klagerens projekt. Hun var rystet og har aldrig været ude for noget lignende. Hun vil ikke lægge navn og rygte til sådan noget, og hun sendte derfor flere e-mails til Bjarne Nielsen, om at det skulle oplyses, at hun var uenig i dommerkomitéen vurdering. En sådan oplysning blev imidlertid ikke givet.

Niels Bobach har bl.a. forklaret: Han er ingeniør og blev udpeget til at indtræde i dommerkomitéen som teknisk fagdommer. I Hansen & Larsens tilbud var der overhovedet ikke redegjort for, hvordan Hansen & Larsens projekt opfyldte licitationsbetingelserne, der kun indeholdt funktionskrav. Han udarbejdede en opstilling med teknisk vurdering af tilbudene. Da man ikke hænger nogen ud i en dommerkomité, skrev han om Hansen & Larsens projekt blot, at det overholdt byggeprogrammet, dvs. licitationsbetingelserne. Han deltog i den første afstemning. Tilbudene fra de tre eksterne tilbudsgivere, herunder klageren, skilte sig klart ud, hvorimod man kunne se, at de to lokale tilbudsgivere, herunder Hansen & Larsen, ikke var vant til projektkonkurrencer. Ved den første afstemning i dommerkomitéen sagde borgmesteren, at uanset hvad teknikerne mente, var der et bestemt projekt, dvs. et af de lokale, der fik hans stemme. Niels Bobach deltog ikke i den anden afstemning.

Viggo Nielsen har bl.a. forklaret: Han er indklagedes borgmester. Af forskellige grunde havde indklagede i mange år haft et beløb på 25 mio. kr. til

rådighed, og det endte med, at man besluttede sig til at bruge pengene på Skjern Kulturcenter. De forskellige projektpakker blev medtaget i licitationsbetingelserne for at få en pris frem, da man kun havde beløbet 25 mio. kr. På tidspunktet for den første afstemning i dommerkomitéen var der opstået interesse for at gennemføre projektpakke 3. Man fik skaffet de nødvendige ekstra penge, hvilket var sket ved den anden afstemning. Hansen & Larsens oprindelige projekt var ikke så godt. Hansen & Larsen har aldrig kunnet tegne. Der blev imidlertid givet klare signaler til Hansen & Larsen om, at det buede tag og foyeren m.m. skulle ændres. Man må gå ud fra, at det var Hansen & Larsens således ændrede projekt, der blev stemt om ved den anden afstemning.

Parterne har skriftligt og mundtligt redegjort for deres synspunkter.

Klagenævnet udtaler

Generelt

Det fremgår ikke klart af sagens bilag, hvorledes indklagedes og/eller Cowis forhandlinger med Hansen & Larsen nærmere forløb. Bl.a. er dateringen usikker for et antal tegninger vedrørende Hansen & Larsens projekt, som blev udarbejdet under forhandlingerne. Navnlig på baggrund af de afgivne forklaringer lægger Klagenævnet imidlertid til grund, at der skete følgende:

Efter at have modtaget tilbudene opfordrede indklagede og/eller Cowi Hansen & Larsen til at ændre projektet, så det kom til at svare til klagerens projekt med hensyn til udførelsen af taget på hal III og placeringen af hovedindgangen samt i konsekvens heraf med fortsat anvendelse af den hidtidige parkeringsplads i stedet for anlæg af en ny parkeringsplads.

Hansen & Larsen var indforstået hermed og gik derfor i gang med at ændre projektet som beskrevet, hvilket indgik i grundlaget for den anden afstemning i dommerkomitéen. Desuden blev der gennemført forskellige andre ændringer i projektet end de omtalte.

Endvidere blev materialeanvendelse ol. ved udførelse af Hansen & Larsens projekt fastlagt i detaljer under forhandlinger mellem Cowi og Hansen & Larsen. Disse forhandlinger fandt sted efter Cowis vurdering af tilbudene.

Ad påstand 1

Det var et krav i licitationsbetingelserne, at grundprojektet skulle holdes inden for en økonomisk ramme på 25 mio. kr. Efter sin karakter, og da kravet var ubetinget, var kravet en grundlæggende licitationsbetingelse. Hansen & Larsens tilbud opfyldte ikke kravet, og det var derfor i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, at indklagede desuagtet tog Hansen & Larsens tilbud i betragtning. Påstanden tages herefter til følge.

Ad påstand 3 og 4

Licitationsbetingelserne angav ikke særlige tidsplaner for projektpakkerne, selvom disse omfattede mere end grundprojektet, således at det var nærliggende at gå ud fra, at projektpakkerne ville tage længere tid at udføre end grundprojektet. Tidsplanen i licitationsbetingelserne fremtrådte således som først og fremmest knyttet til grundprojektet. Selvom en tidsplan i licitationsbetingelser normalt er et grundlæggende element, kan tidsplanen i den foreliggende sag derfor ikke anses for en grundlæggende licitationsbetingelse med hensyn til projektpakkerne.

Det var herefter ikke en overtrædelse af Tilbudsloven, at indklagede tog Hansen & Larsens tilbud i betragtning, selvom det indeholdt forbehold over for tidsplanen med hensyn til projektpakkerne, og dette forbehold bevirkede heller ikke, at tilbudet skulle anses for et alternativt tilbud.

Påstand 3 og 4 tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 5

Klagenævnet konstaterer, at indklagede har overtrådt Tilbudsloven som angivet i påstanden.

Ad påstand 6

Tilbudslovgivningen foreskriver, at underkriterier skal angives i prioriteret rækkefølge, med mindre dette ikke er muligt, jf. Tilbudsbekendtgørelsens § 10, stk. 3. Dette krav kan opfyldes ved angivelse i licitationsbetingelserne af, hvorledes underkriterierne vægtes indbyrdes.

I den foreliggende sag angav licitationsbetingelserne ikke en vægtning for hvert af underkriterierne 2.-4., men angav kun en samlet vægtning for disse underkriterier. Det er imidlertid ikke oplyst, at det ikke var muligt at angive en vægtning for hvert af underkriterierne 2.-4. Herefter, og da det i licitationsbetingelserne yderligere var angivet, at underkriterierne var anført uprioriteret, opfyldte licitationsbetingelserne ikke Tilbudslovgivningens krav om angivelse af underkriterierne i prioriteret rækkefølge. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 7

Denne påstand sigter til, at indklagede efter klagerens opfattelse overtrådte Tilbudslovens ligebehandlingsprincip ved at vurdere Hansen & Larsens tilbud to gange og ved at fratække udgiften til anlæg af parkeringsplads ved vurderingen af tilbudet.

Som anført nedenfor konstaterer Klagenævnet, at indklagede har overtrådt Tilbudsloven som angivet i påstand 8 og 9. De forhold, som påstand 7 angår, er reelt dækket af overtrædelserne i henhold til påstand 8 og 9, og Klagenævnet finder derfor ikke anledning til at tage selvstændig stilling til påstand 7.

Ad påstand 8

Indklagede og/eller Cowi forhandlede med Hansen & Larsen om de ændringer i den arkitektoniske og planmæssige udformning af Hansen & Larsens projekt, der er omtalt ovenfor under Generelt, og det er ikke oplyst, at de andre tilbudsgivere fik lejlighed til at foretage ændringer i den arkitektoniske og planmæssige udformning af deres projekter. Påstanden tages herefter til følge.

Ad påstand 9

Som anført ovenfor under overskriften Generelt lægger Klagenævnet til grund, at indklagede og/eller Cowi under forhandlingerne med Hansen & Larsen efter tilbudenes modtagelse opfordrede Hansen & Larsen til at ændre projektet, så det på forskellige punkter kom til at svare til klagerens projekt. Påstanden tages herefter til følge.

Ad påstand 10

Licitationsbetingelsernes krav om en projekt- og bygningsdelsbeskrivelse var et grundlæggende element i licitationsbetingelserne, da det ikke var muligt at bedømme tilbud, der ikke indeholdt en sådan beskrivelse, med hensyn til underkriterierne 3. Materiale kvalitet og teknisk kvalitet samt kvantitet og 4. Drifts- og vedligeholdøkonomi.

Hansen & Larsens tilbud indeholdt ikke en projekt- og bygningsdelsbeskrivelse med angivelse af materialer og principper, og Cowi måtte da også under forhandlingerne med Hansen & Larsen få lagt materialeanvendelse m.m. fast i enkeltheder.

Ved at tage Hansen & Larsens tilbud i betragtning, selvom tilbudet ikke indeholdt en projekt- og bygningsdelsbeskrivelse med angivelse af materialer og principper, overtrådte indklagede Tilbudsloven som angivet i påstanden, hvorfor påstanden tages til følge.

Ad påstand 11

Ad de grunde, der er nævnt ad påstand 10, tages påstanden til følge.

Ad påstand 12

I forbindelse med den første afstemning i dommerkomitéen var der enighed blandt komitéens medlemmer om, at ingen af tilbudene skulle have under 20 points med hensyn til underkriterium 1. Arkitektonisk kvalitet og funktionalitet. Ved den anden afstemning må der have været enighed om, at ingen af tilbudene skulle have under 30 points med hensyn til dette underkriterium, hvilket lægges til grund.

Når det i licitationsbetingelser er angivet, at tilbudene med hensyn til et underkriterium vil blive bedømt efter en skala fra 0 til 40 points, er det i strid med de bestemmelser, der nævnes i påstanden, at anvende en skala fra 20 til 40 points eller en skala fra 30 til 40 points. Påstanden tages herefter til følge.

Ad spørgsmål 13

Indklagede og/eller Cowi forhandlede med Hansen & Larsen om de ændringer i projektets arkitektoniske og planmæssige udformning, der er omtalt ovenfor under Generelt, selvom det ikke var tilkendegivet over for tilbudsgiverne, at der ville ske forhandlinger om projekternes arkitektoniske

og planmæssige udformning. Klagenævnet konstaterer herefter, at indklagede har overtrådt Tilbudsloven som angivet i spørgsmålet.

Som følge af omfanget og karakteren af indklagedes overtrædelser annullerer Klagenævnet indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Hansen & Larsen.

Det pålægges indklagede at betale sagsomkostninger til klageren. Om omkostningsbeløbets størrelse bemærkes: Ifølge en opgørelse fra klagerens advokat påregnes klagerens udgift til sin advokat i sagens anledning at ville udgøre ca. 400.000 kr. inkl. moms. Omkostningsbeløbet fastsættes i overensstemmelse hermed, hvorved bemærkes, at sædvanligt proceduresalær af sagsgenstandens værdi, ca. 30 mio. kr., ville udgøre et væsentligt højere beløb.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede, Skjern Kommune, har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Hansen & Larsen A/S i betragtning, uagtet tilbudet ikke opfyldte licitationsbetingelserne vedrørende økonomisk ramme, idet det af Hansen & Larsen A/S afgivne tilbud på grundprojektet lød på 26.614.000 kr. ekskl. moms og således overskred den fastsatte økonomiske ramme på 25 mio. kr. ekskl. moms.

Påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 7 ved ikke at lade åbningen af tilbudene finde sted under overværelse af de bydende.

Påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 2, og Tilbudsbekendtgørelsens § 10, stk. 2, ved ikke at anføre underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge.

Påstand 8

Indklagede har under de førte forhandlinger handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, Tilbudsbekendtgørelsens § 11 og det almindelige EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved

- a. at forhandle med Hansen & Larsen A/S uden for rammerne af det af Hansen & Larsen A/S afgivne tilbud forud for og/eller efter tildeling af kontrakten til Hansen & Larsen A/S, samt
- b. at give Hansen & Larsen A/S en videre adgang end de øvrige tilbudsgivere til at foretage ændringer og optimeringer af tilbudsprojektet.

Påstand 9

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, Tilbudsbekendtgørelsens § 11, stk. 4, og det almindelige EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved i forbindelse med indklagedes forhandlinger med tilbudsgiverne at give Hansen & Larsen A/S oplysninger om klagerens tilbud, som ikke var gjort offentligt tilgængelige i henhold til Tilbudslovens § 7.

Påstand 10

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbuddet fra Hansen & Larsen A/S i betragtning, uagtet tilbuddet ikke opfyldte licitationsbetingelserne vedrørende konkurrenceforslagets omfang, idet det af Hansen & Larsen A/S afgivne tilbud ikke indeholdt en projekt- og bygningsdelsbeskrivelse med angivelse af materialer og principper, der enten ikke var fastlagt i licitationsbetingelserne eller afveg herfra.

Påstand 11

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbuddet fra Hansen & Larsen A/S i betragtning, uagtet det ikke var muligt at vurdere dette tilbud i henhold til de i licitationsbetingelserne fastlagte bedømmelseskriterier, idet tilbuddet ikke indeholdt oplysninger, der muliggjorde en vurdering af tilbuddet i henhold til underkriterium 3. »Materialekvalitet og teknisk kvalitet samt kvantitet« og underkriterium 4. »Drifts- og vedligeholdøkonomi«.

Påstand 12

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, og stk. 2, jf. § 6, og det almindelige EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriterium 1. »Arkitekto-

nisk kvalitet og funktionalitet« ikke at have anvendt den i licitationsbetingelserne anførte beregningsmodel, hvorefter projekterne ville blive tildelt fra 0 til 40 points.

Spørgsmål 13

Indklagede har overtrådt Tilbudslovens 11, stk. 2, ved ikke at have ført forhandlingerne med tilbudsgiverne i henhold til en procedure, der var tilkendegivet over for tilbudsgiverne senest ved forhandlingernes begyndelse.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 7.

Påstand 3 og 4 tages ikke til følge.

Indklagede Skjern Kommunes beslutning om at indgå kontrakt med Hansen & Larsen A/S annulleres.

Klagegebyret tilbagebetales.

Indklagede, Skjern Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Hoffmann A/S, betale 400.000 kr., der skal betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes

Joan Bach
kontorfuldmægtig