

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Suzanne Helsteen, Niels Sørensen)

J.nr.: 2009-0019658

11. november 2009

K E N D E L S E

Yding A/S

(advokat Janus Skak Olufsen, Viborg)

mod

Viborg Kommune.

(advokat Tina Braad, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 21-029795 af 29. januar 2009 udbød Viborg Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbs-kontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) i forbindelse med opførelsen af et nyt rådhus 12 fagentrepriser, heriblandt byggemodningsentreprisen.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 3. marts 2009 havde 9 virksomheder anmodet om at blive prækvalificerede til at afgive tilbud på byggemodningsentreprisen.

Indklagede besluttede herefter at prækvalificere følgende virksomheder:

1. MT Højgaard A/S
2. Per Aarslef A/S
3. Arkil A/S
4. Danjord A/S
5. VILS Entreprenørforretning A/S
6. Simon S. Simonsen A/S
7. Yding A/S.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 31. marts 2009, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 6. maj 2009 havde alle de prækvalificere-

de virksomheder afgivet tilbud. Den 24. juni 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med VILS Entreprenørforretning A/S, hvilket blev meddelt tilbudsgiverne ved brev af 25. juni 2009. Yding A/S fik i samme brev meddelelse om, at selskabets tilbud var afvist.

Den 2. juli 2009 indgav klageren, Yding A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Viborg Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 20. juli 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 23. oktober 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at have afvist klagerens tilbud med henvisning til, at klagerens tilbud indeholdt et forbehold for tidsplanen i udbudsbetingelserne, uagtet tilbuddet ikke indeholdt noget forbehold.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, ved at have udelukket besvarelse af spørgsmål efter den 17. april 2009, uagtet fristen for afgivelse af tilbud først udløb den 6. maj 2009.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 24. juni 2009 om at indgå kontrakt med VILS Entreprenørforretning A/S.

Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 2.851.139 kr. med procesrente fra den 28. august 2009.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 302.207,41 kr. med procesrente fra den 28. august 2009.

Indklagede har vedrørende påstand 1-3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 4 og 5 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4 og 5, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1-3.

Udbudsbetingelserne bestod af udbudsbrev af 31. marts 2009 samt byggesagsbeskrivelse, arbejds- og bygningsdelsbeskrivelse, tidsplan af 30. marts 2009, udkast til entrepriseaftale, tilbudsliste og tegningsmateriale. Der blev udsendt i alt 3 rettelsesblade.

I udbudsbrevet er tildelingskriteriet fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende underkriterier:

A. Pris 60 %

B. Kvalitet 40 %

Det fremgik ligeledes af udbudsbrevet, at eventuelle spørgsmål skulle fremsendes senest den 17. april 2009 kl. 12.00, samt at svar på spørgsmålene ville blive udsendt senest den 24. april 2009.

Byggesagsbeskrivelsen indeholder under overskriften »C. Entreprenørens udførelse – Arbejdsplan og afsætning« ad AB 92 § 9, stk. 1, følgende tilføjelse:

»Entreprenøren udarbejder arbejdsplan iht. kapitel 7 »Tidsstyring« i nærværende byggesagsbeskrivelse.«

Af byggesagsbeskrivelsens kapitel 7 fremgår:

»7.1 Generelt

Der lægges i udbuddet stor vægt på at arbejdet gennemføres inden for den tidsramme, der er angivet i udbudstidsplanen.

7.2 Tidsplan

Udbudstidsplanen indeholder byggeriets start- og sluttidspunkter, samt en beskrivelse af sanktionsbærende terminer.

Alle entreprenører er pligtige umiddelbart efter accept, at udarbejde arbejdstidsplan for byggeriet inden for rammerne af udbudstidsplanen. Denne skal forelægges for byggeledelsen senest 1 uge efter byggestart. Tidsplanen skal gennemgås med byggeledelsen, og eventuelle anvisninger indarbejdes.

Ved udarbejdelse af tidsplanen skal der tages højde for normalt forekommende vejrligsdage.

...«

Den tidsplan, der blev udsendt samtidig med udbudsbrevet, indeholdt vedrørende byggemodningsentreprisen tre underrubrikker, nemlig »Opstart«, »Modning/udgravning af kælder« og »Kloakering«. Begyndelsestidspunktet for byggemodningsentreprisen var angivet til tirsdag den 9. juni 2009. Sluttidspunktet var angivet til fredag den 25. september 2009. Tidsplanen angav ingen sanktionerede mellemterminer.

I arbejdsbeskrivelsen vedrørende byggemodningsentreprisen er såvel jordarbejder som VVS-arbejder beskrevet. Om »Byggegruber«, der er beskrevet under »Jordarbejder«, er anført:

»Entreprenøren skal foretage afgravning af jord i byggegruber til 100 mm over afretning af kapillarlag, resterne af afgravning til underkant kapillarlag og fundamentsudgravning udføres af en anden entreprenør.

...«

Indklagede udsendte den 24. april 2009 ved e-mail rettelsesblad 03 med bl.a. følgende indhold:

»Udbudstidsplan

Ny revision af entrepriseplan ETP sendes: sanktionsgivende mellemterminer på Byggemodning, Råhus og Lukning tilføjet.«

Rettelsesbladet var ledsaget af en revideret tidsplan af 22. april 2009. Under tidsplanen for byggemodningsentreprisen var indsat en yderligere rubrik, »Byggegrube klar til råhus«, med frist til den 20. juli 2009 og angivelse af, at denne frist – som den eneste under denne entreprise, bortset fra sluttidspunktet - var »sanktionsgivende deadline«. Ligesom i den tidligere udsendte tidsplan var begyndelsestidspunktet for underrubrikken »Kloakering« den 20. juli 2009.

Samtidig med rettelsesblad 03 fremsendte indklagede den 24. april 2009 svar på de spørgsmål, der var stillet under udbuddet, bl.a. således:

»Spørgsmål: Skal der ved udlægning af asfalt tages hensyn til at parkeringsarealer vil være overdækkede? Hvor i tidsplanen ligger asfaltudlægning?

Svar: Nej, kun tæppeasfalt. Tidsperiode for asfaltudlægning ikke endeligt fastlagt.«

Indklagede meddelte endelig ligeledes den 24. april 2009 tilbudsgiverne, at spørgerunden var afsluttet, og at der ikke ville blive udsendt yderligere materiale eller svar. Supplerende spørgsmål blev herefter afvist med henvisning til, at spørgerunden var afsluttet.

Af de indkomne 7 tilbud på byggemodningsentreprisen var klagerens tilbud tilbuddet med den laveste pris, mens tilbuddet fra VILS Entreprenørforretning A/S var tilbuddet med den næstlaveste pris.

Klagerens tilbud indeholdt under rubrikken »Forbehold«:

»Dansk Byggeri.
Ret til forhandling af tidsplanen.«

I indklagedes brev til tilbudsgiverne af 25. juni 2009 med meddelelsen om, at indklagede havde besluttet at tildele kontrakten til VILS Entreprenørforretning A/S, hedder det bl.a.:

»Viborg Kommune har modtaget 7 tilbud på entreprisen E001 – Byggemodning, heraf 6 konditionsmæssige tilbud.

De 6 konditionsmæssige tilbud er i overensstemmelse med udbudsbrev af 31. 03. 2009 evalueret i henhold til tildelingskriteriet »Det økonomisk mest fordelagtige tilbud« vurderet efter underkriterierne »Pris og kvalitet«.

Tilbuddet fra Yding A/S er ikke indgået i denne vurdering, idet tilbuddet er ukonditionsmæssigt. I forbindelse med tilbuddet fra Yding A/S blev der stillet forbehold over for tidsplanen.

...«

Direktør Per Yding, klageren, har forklaret, at det havde stor betydning ved tilbudsudformningen, at der ikke i første omgang var fastsat sanktionerede mellemterminer, idet der så var mulighed for at forhandle med andre entreprenører. Tidsplanen af 22. april 2009, hvor der var indsat en sanktioneret mellemtermin vedrørende »Byggegrube klar til råhus«, indebar efter hans opfattelse en stor ændring i forhold til den først udsendte tidsplan. Det var klart, at de fastsatte terminer skulle overholdes. Byggegruben kan imidlertid ikke afleveres klar til råhus, før en del af kloakarbejdet er udført. Der er derfor en indbygget modstrid i tidsplanen, idet kloakarbejdet er angivet til først at skulle begynde samme dag, som byggegruben skal være klar til råhus.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det følger af indklagedes svar på det citerede spørgsmål om tidsperiode for asfaltudlægning sammenholdt med tidsplanen af 30. marts 2009, at det, der lå fast før tilbudsgivernes modtagelse af tidsplanen af 22. april 2009, alene var den overordnede rammetidsplan, mens tidsplanen for de enkelte entrepriser skulle fastlægges og forhandles inden for denne ramme. Klagerens angivelse »ret til forhandling af tidsplan« er ikke et forbehold, men en præcisering, der refererer til punkt 7.2 i byggesagsbeskrivelsen og svaret på det citerede spørgsmål. Angivelsen »ret til forhandling af tidsplan« vedrører ikke det fastsatte afleveringstidspunkt. Det må have været åbenbart for indklagede, at klageren alene tog forbehold for arbejdstidsplanen, når henses til byggemodningsentreprisens placering i det samlede byggeri. Tidsplanen af 22. april 2009 indeholdt ikke tilstrækkelige oplysninger til bedømmelse af de forskellige arbejders placering i forhold til de sanktionsgivende terminer, og klagerens præcisering kan ikke anses for et forbehold for den sanktionsgivende mellemtermin. Klageren havde ikke mulighed for ved spørgsmål at få afklaret den uklarhed, som var indeholdt i tidsplanen af 22. april 2009.

Indklagede har gjort gældende, at entreprisens tidsmæssige udstrækning fremgår af udbudsbetingelserne. Klagerens angivelse »ret til forhandling af tidsplan«, der er anført under »Forbehold«, kan kun naturligt opfattes som

et forbehold for tidsplanen og dermed for et grundlæggende element. Angivelsen vedrører efter sit indhold ikke arbejdstidsplanen. Klageren bærer risikoen for, at angivelser i tilbuddet er uklare. Angivelsen havde i øvrigt været helt unødvendig, såfremt den kun angik arbejdstidsplanen inden for byggemodningsentreprisen, men hverken udbudstidsplanen eller den sanktionerede mellemtermin.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ifølge Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, var forpligtet til at besvare alle spørgsmål, som var fremsat så betids, at de kunne have været besvaret senest seks dage før tilbudsfristen.

Indklagede har gjort gældende, at fristen i Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, er en minimumsfrist, der er fastsat til beskyttelse af tilbudsgiverne, og som skal sikre, at tilbudsgiverne har tilstrækkelig lang tid til at udarbejde tilbuddet, uden at der kommer nye og supplerende oplysninger. Heraf følger også, at en forlængelse af denne frist og dermed begrænsning i indklagedes muligheder for i tilbudsperioden at fremkomme med supplerende oplysning, ikke er i strid med artikel 39, stk. 2.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at betingelserne for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med VILS Entreprenørforretning A/S er opfyldt. Dette gælder, uanset om der ikke gives klageren medhold i påstand 1, men alene i påstand 2.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Angivelsen »Ret til forhandling af tidsplanen« i klagerens tilbud er anført i rubrikken for forbehold og er også efter sin ordlyd et forbehold for et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, nemlig tidsplanen.

Der er ikke grundlag for at fortolke angivelsen således, at den alene skulle vedrøre den del af tidsplanen, der ikke var sanktioneret, nemlig placeringen af kloakarbejderne, som klageren selv stod for. I så fald ville angivelsen være uden indhold.

Uanset, at den sanktionerede mellemtermin, der var fastsat i tidsplanen af 22. april 2009, indebar, at klageren muligvis ville være nødsaget til at indlede sit kloakarbejde før det begyndelsestidspunkt, der var angivet herfor i tidsplanerne, nemlig den 20. juli 2009, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 2

Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, må forstås således, at det sikrer den tilbudsgiver, der »i tide« anmoder om supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne, lejlighed til at få svar på sine spørgsmål senest 6 dage før fristen for afgivelse af tilbud. Der er ikke grundlag for at fastslå, at indklagede ikke ville have haft mulighed for senest 6 dage inden udløbet af fristen for modtagelse af tilbud den 6. maj 2009 at besvare spørgsmål stillet også efter den 17. april 2009. Indklagede har således ikke været berettiget til at afkorte den periode, i hvilken der kan stilles spørgsmål, som sket.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 3

Det forhold, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, som sket, medfører ikke, at der er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, ved at have udelukket besvarelse af spørgsmål efter den 17. april 2009, uagtet fristen for afgivelse af tilbud først udløb den 6. maj 2009.

Klagen tages ikke til følge ad påstand 1 og 3.

Indklagede, Viborg Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Yding A/S, betale 10.000 kr.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Helle Seidelin
kontorfuldmægtig