

K E N D E L S E

Brdr. Thybo A/S  
(advokat Peter Agentoft Nielsen, Horsens)

mod

Horsens Kommune  
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Den 18. august 2020 iværksatte Horsens Kommune en offentlig licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med senere ændringer) vedrørende en hovedentreprise på ombygning af Østbirk Skole. Tildelingskriteriet var fastsat til det tilbud, som var prisbilligst.

Licitationsmaterialet blev sammen med udbudsbrevet uploadet på iBinder den 18. august 2020.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 9. september 2020 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Egil Rasmussen A/S
2. Raunstrup Tømrer Vejle A/S
3. Brdr. Thybo A/S
4. Torntoft & Mortensen A/S
5. A/S Nortvig Horsens

Horsens Kommune besluttede efterfølgende at indgå kontrakt med Torntoft & Mortensen A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 7. oktober 2020.

Den 21. oktober 2020 indgav Brdr. Thybo A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Horsens Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Brdr. Thybo A/S har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Horsens Kommune har handlet i strid med princippet om ligebehandling i tilbudsloven § 2, stk. 3, ved at have antaget et tilbud fra Torntoft & Mortensen A/S, der indeholdt et forbehold for et grundlæggende element, da Torntoft & Mortensen A/S havde taget forbehold for den udbudte tidsplan.

Subsidiært skal Klagenævnet for Udbud konstatere, at Horsens Kommune har handlet i strid med princippet om ligebehandling i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at have prissat forbeholdet.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Horsens Kommune har handlet i strid med princippet om ligebehandling i tilbudslovens § 2, stk. 3, og reglen om alternative tilbud i § 9, stk. 1, ved at have behandlet et forbehold som et alternativt tilbud, til trods for at det ikke overholdt udbudsmaterialets mindstekrav.

#### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Horsens Kommune har handlet i strid med tilbudsloven § 7 ved ikke at have gjort de bydende bekendt med eventuelle forbehold.

#### Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Horsens Kommunes beslutning om at tildele kontrakten til Torntoft & Mortensen A/S.

Brdr. Thybo A/S har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Horsens Kommune har vedrørende påstand 1-4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

### Sagens nærmere omstændigheder

I licitationsbetingelserne i udbudsbrev af 18. august 2020 fremgår blandt andet følgende vedrørende afgivelse af tilbud og tildelingskriterier:

”Der ønskes tilbud i hovedentreprise iht. fast tid og fast pris.  
Priser angives iht. medsendte beskrivende tilbudsliste.

Tilbud skal være lagt op på iBinder senest onsdag d. 09.09.2020 kl. 10.00.

Bygherre vil vælge det tilbud som for ham er prisbilligst.”

Om dokumenter og aftalegrundlag fremgår af samme brev følgende:

”...

- Udbudsbrev d. 18.08.2020
- Byggesagsbeskrivelse d. 18.08.2020
- AB18 med supplerende bestemmelser Horsens Kommune.
  - o Bilag 1 Arbejdsklausuler, bilag til kontrakt
  - o Bilag 3 Digital aflevering
- Beskrivende tilbudsliste af d. 18.08.2020
- Tegninger jf. tegnings- & dokumentliste d. 18.08.2020
- Udbudstidsplan d. 18.08.2020”

Følgende skulle ifølge udbudsbrevet blandt andet være indeholdt i hovedentreprisen og dermed under den samlede tilbudssum:

- ”Deltagelse i udarbejdelse af tidsplan, med udgangspunkt i start og slut tidspunkt.”

Det fremgår desuden af udbudsbrevet, at tidsplanen var i henhold til udbudstidsplanen, og at resultatet ville blive offentliggjort på iBinder senest fredag den 11. september 2020.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 9. september 2020 havde fem virksomheder som anført afgivet tilbud, herunder blandt andet Brdr. Thybo A/S og Torntoft & Mortensen A/S. Alle tilbud blev vurderet som konditionsmæssige.

Af tilbuddet fra Torntoft & Mortensen A/S fremgår blandt andet følgende:

”Vedr.: 20.097 Østbirk Skole Ombygning

Vi har hermed fornøjelsen at fremsende tilbud på ovennævnte byggesag iht. udbudsbrev af 18.08.2020 samt tilhørende udbudsmateriale og rettel-  
sesblade tilgængeligt på iBinder på tilbudstidspunktet.

Tilbudssum i alt (ekskl. stipulerede ydelser), ekskl. moms kr.  
9.695.550,00

...

Tilbuddet er specificeret i den på iBinder uploadede tilbudsliste.

Forudsætninger:

- Tilbuddet er afgivet under forudsætning af, at tidsplanen forlæn-  
ges med min. 1 måned. Såfremt dette ikke kan lade sig gøre, skal  
tilbuddet tillægges kr. 200.000,- ekskl. moms.

...”

Efter tilbudsfristens udløb modtog de bydende via iBinder senere samme dag  
underretning om licitationsresultatet. Af underretningen fremgår følgende:

”

<b>Bydende</b>	<b>Tilbudspris</b>	<b>Forbehold</b>
Eigil Rasmussen A/S	10.784.356 kr.	Ingen
Raunstrup Tømrer Vejle A/S	10.814.190 kr.	Ingen
Brdr. Thybo A/S	10.191.855 kr.	Ingen
Torntoft & Mortensen	9.695.550 kr.	Se tilbudsbrev
A/S Nortvig	12.295.000 kr.	Ingen

”

Der blev ikke udarbejdet en evalueringsrapport.

Den 14. september 2020 besvarede Horsens Kommune en henvendelse fra  
Brdr. Thybo A/S angående forbeholdet fra Torntoft & Mortensen A/S. I kom-  
munens mail står der blandt andet:

”Med oplysningen i tilbud listen, henviser Torntoft & Mortensen til op-  
lysning i Deres tilbud, om en merpris for overholdelse af udbudstidspla-  
nen.

I henhold til tilbudsloven § 9 er det muligt for bygherren at antage et alternative tilbud, med mindre det fremgår af udbudsmaterialet, at bygherren ikke ønsker alternative tilbud.

Torntoft & Mortensen tilbud indeholder oplysning om en merpris for overholdelse af udbudstidsplanen, tilbud inkl. den oplyste merpris er således et alternativ tilbud.”

Den 17. september 2020 anmodede Brdr. Thybo A/S om aktindsigt i tilbuddet fra Torntoft & Mortensen A/S.

Ved brev af 30. september 2020 fremsendte Horsens Kommune til Brdr. Thybo A/S en redegørelse for håndteringen af licitationen, hvorved kommunen fastholdt sin vurdering.

Horsens Kommune indgik den 7. oktober 2020 entreprisekontrakt med Torntoft & Mortensen A/S. Af kontrakten fremgår blandt andet:

”8.	Tidsfrister		
8.1	Byggeriet udføres, iht. den aftalte hovedtidsplan dateret rev. den 9.4.2020		
	...		
9.	Aflevering og Dagbod		
9.1	Der er aftalt aflevering den 18-03-2021 i henhold til den aftalte hovedtidsplan.		
	...		
10.	Entreprisesum		
10.1	Entreprisesummen udgør ekskl. moms	Kr.	9.067.835,00
	Overholdelse af hovedtidsplan jf. udbud	kr.	200.000,00
	Optionspriser	<u>kr.</u>	<u>177.165 00</u>
	Samlet pris	kr.	9.445.000,00
	<u>25 % moms</u>	<u>Kr.</u>	<u>2.361.250 00</u>
	<u>I alt inkl. moms</u>	<u>Kr.</u>	<u>11.806.250 00”</u>

Brdr. Thybo A/S modtog aktindsigt i Torntoft & Mortensen A/S’ tilbud den 9. oktober 2020.

Parternes anbringender

### Ad påstand 1 og 2

Brdr. Thybo A/S har gjort gældende, at Horsens Kommune ikke var berettiget til at antage tilbuddet fra Torntoft & Mortensen A/S, da tilbuddet indeholdt et forbehold for et grundlæggende element i form af et forbehold for tidsplanen.

Udbudstidsplanen var fastlagt af Horsens Kommune i udbudsmaterialet. Det fremgik af udbudsbrevet, at Horsens Kommune ønskede tilbud i henhold til fast tid og fast pris, og at hovedentreprisen skulle udføres i henhold til udbudstidsplanen. Det var endvidere anført, at hovedentreprenøren skulle deltage i udarbejdelse af tidsplan med udgangspunkt i start og sluttidspunkt.

Der var således ikke fra Horsens Kommunes side lagt op til, at man i sit tilbud kunne afvige den fastsatte tidsplan. En del af udbudsgrundlaget var AB 18, og det følger heraf i § 4, stk. 4, at udbudsmaterialet skal indeholde en udbudstidsplan, der angiver start og sluttidspunkt for arbejdet. Dertil kommer, at der efter § 4, stk. 2, skal bydes på grundlag af de oplysninger, der er indeholdt i udbudsmaterialet.

Oplysningerne i udbudsmaterialet vedrørende tidsplanen kunne derfor udelukkende ses som et mindstekrav til tilbudsgiverne, da det flere steder var præciseret, at tilbud skulle afgives i henhold til den udbudte tidsplan.

Torntoft & Mortensen A/S tilbød en pris på 9.695.550 kr., som fremkom ved sammenlægning af delsummerne fra den udfyldte tilbudsliste. Tilbudsprisen var under forudsætning af, at tidsplanen kunne forlænges med minimum en måned, idet tilbuddet i modsat fald skulle tillægges 200.000 kr. ekskl. moms.

Tilbuddet indeholdt dermed et forbehold for udbudstidsplanen. Tidsplanen er af afgørende betydning for de bydende, da den er med til at afgøre, om man som tilbudsgiver byder ind på en opgave. Tilbudsgiveren indhenter tilbud fra sine underentreprenører i henhold til tidsplanen og kan af den grund være nødsaget til at finde andre underentreprenører, hvis dem, han har henvendt sig til, ikke kan finde tid. Tidsplanen kan også afskære en tilbudsgiver fra at afgive et tilbud, hvis tidsplanen er for stram fra ordregiverens side. Den fastsatte tidsplan har derfor en direkte indvirkning på prisen og feltet af potentielle tilbudsgivere.

Et forbehold over for tidsplanen udgør dermed et forbehold over for et grundlæggende element, og ordregiveren er derfor forpligtet til at afvise tilbuddet og er ikke berettiget til at antage tilbuddet eller prissætte forbeholdet. Horsens Kommune er enig i, at et forbehold over for tidsplanen er et forbehold over for et grundlæggende element, hvilket også er fastslået af klagenævnet, jf. blandt andet kendelse af 19. april 2016, Zøllner A/S mod Hundested Havn I/S og Halsnæs Kommune.

Selvom Torntoft & Mortensen A/S oplyste en pris, forbeholdet skulle prissættes med, var Horsens Kommune ikke berettiget til at prissætte forbeholdet, da kommunen var forpligtet til at afvise tilbuddet. Ifølge licitationsresultatet havde Horsens Kommune heller ikke prissat forbeholdet, men blot antaget tilbuddet med forbehold. Horsens Kommune har således accepteret et forbehold over for tidsplanen og har valgt ikke at prissætte forbeholdet.

Hvis der ikke var tale om et forbehold over for et grundlæggende element, var Horsens Kommune forpligtet til at prissætte forbeholdet sagligt, objektivt og forsigtigt i henhold til Højesteretsdom refereret i UfR2011.1955. En prissætning på 0 kr. er ikke den korrekte prissætning af et forbehold af så afgørende betydning. Prissætningen burde som minimum være foretaget med prisen på 200.000 kr., som var oplyst af Torntoft & Mortensen A/S.

Det bestrides, at tilbuddet fra Torntoft & Mortensen A/S indeholdt to tilbud, hvoraf der til det ene var anført et forbehold over for udbudstidsplanen. Tilbuddet fra Torntoft & Mortensen A/S kan derfor ikke anses at indeholde et alternativt tilbud i henhold til tilbudslovens § 9, stk. 1, da der alene blev afgivet et tilbud på 9.695.550 kr., hvilket støttes af evalueringresultatet, som blev offentliggjort.

Horsens Kommune har i hele licitationsprocessen desuden behandlet tilbuddet fra Torntoft & Mortensen A/S som ét tilbud med et forbehold, som Horsens Kommune ifølge entreprisekontrakten har prissat.

En ordregiver kan i øvrigt efter tilbudslovens § 9, stk. 1, kun antage alternative tilbud, såfremt de alternative bud opfylder de mindstekrav, der fremgår af udbudsbetingelserne.

En ordregiver er ikke berettiget til at sidestille samtlige forbehold – også forbehold over for grundlæggende elementer – med alternative tilbud, da det vil

eliminere ordregivernes forpligtigelse til at forkaste tilbud med forbehold overfor grundlæggende elementer. Dette kan ikke være hensigten med tilbudslovens § 9, da denne fremgangsmåde vil skabe en særdeles uklar konkurrencesituation for tilbudsgiverne.

For at iagttage ligebehandlingsprincippet skal det været tydeligt for ordregiveren og tilbudsgiverne, om en tilbudsgiver ud over det ordinære tilbud afgiver flere alternative tilbud. Såfremt en tilbudsgiver ønsker at afgive alternative bud, bør der afgives et ordinært tilbud, der overholder alle mindstekrav i udbudsmaterialet. I dette ordinære tilbud kan tilbudsgiveren yderligere afgive alternative tilbud, hvor det klart og tydeligt er præciseret, at der er tale om alternative tilbud, således at det er klart for ordregiveren og de andre tilbudsgivere, at der er afgivet mere end ét tilbud, og således at ordregiveren ikke blot bruger tilbudslovens § 9 til at se bort fra forbehold for grundlæggende elementer.

Det bestrides, at klagenævnets kendelse af 28. oktober 2008, Bjarne Larsen mod Morsø Kommune, er identisk med denne sag, da der i tilbuddet fra Fredsø Vognmandsforretning ApS klart var afgivet to tilbud, ét ordinært og ét alternativt. Dertil kommer, at Horsens Kommune ikke var berettiget til at prissætte forbeholdet fra Torntoft & Mortensen A/S. Da dette ikke skete, opnåede Torntoft & Mortensen A/S en uberettiget konkurrencefordel.

Horsens Kommune har på denne baggrund handlet i strid med princippet om ligebehandling i tilbudslovens § 2, stk. 3, og reglen om alternative tilbud i § 9, stk. 1, ved at have behandlet et forbehold som et alternativt tilbud, selvom det ikke overholdt udbudsmaterialets mindstekrav.

Horsens Kommune har overordnet gjort gældende, at Horsens Kommune var berettiget til at antage tilbuddet fra Torntoft & Mortensen A/S på 9.895.550 kr. ekskl. moms, som var det billigste tilbud.

Horsens Kommune har nærmere gjort gældende, at Torntoft & Mortensen A/S afgav to tilbud, ét på 9.695.550 kr. ekskl. moms med forbehold for udbudstidsplanen, idet tilbuddet forudsatte, at udbudstidsplanen kunne forlænges med minimum en måned, og ét tilbud på 9.895.550 kr. ekskl. moms, der blev afgivet uden forbehold.



Torntoft & Mortensen A/S var juridisk forpligtet til at indgå kontrakt med et indhold svarende til begge de tilbudte løsninger, og Horsens Kommune havde aftaleretligt frit valg mellem disse løsninger, hvilket er det afgørende kriterium for, om der foreligger et tilbud. Det er i den sammenhæng uden betydning, hvad tilbuddene måtte være benævnt – ”alternativt tilbud”, ”supplerende tilbud”, ”sideordnet tilbud”, ”tilbud nr. 2” eller lignende.

Horsens Kommune bestrider ikke, at Torntoft & Mortensen A/S’ tilbud på 9.695.550 kr. ekskl. moms indeholdt et forbehold for udbudstidsplanen, og at et sådant forbehold udgør et grundlæggende element, hvorfor dette tilbud ikke kunne antages og måtte afvises som ukonditionsmæssigt.

Det følger af tilbudslovens § 9, at tilbudsgivere er berettiget til at afgive alternative tilbud, medmindre andet specifikt fremgår af udbudsmaterialet, jf. også klagenævnets kendelse af 28. oktober 2008, Bjarne Larsen mod Morsø Kommune.

Horsens Kommune havde ikke taget et sådant forbehold i udbudsbetingelserne, og tilbudsgiverne var derfor berettiget til at afgive et alternativt tilbud. Det følger implicit heraf, at tilbudsgiverne kan afgive flere ordinære tilbud. Horsens Kommune var derfor berettiget og forpligtet til at antage Torntoft & Mortensen A/S’ tilbud på 9.895.550 kr. ekskl. moms, da det var det laveste tilbud, der opfyldte samtlige krav i udbudsbetingelserne. Det fremgår af entreprisekontrakten mellem Horsens Kommune og Torntoft & Mortensen A/S, at der til enterprisesummen på den baggrund blev tillagt 200.000 kr. for overholdelse af udbudstidsplanen.

Selvom der ikke måtte være tale om et alternativt tilbud, bestrides det, at der skulle gælde et krav om, at det ”ordinære tilbud” skal overholde alle mindstekrav i udbudsmaterialet, for at det alternative tilbud kan tages i betragtning. Dette er ikke et krav efter tilbudsloven. Der henvises endvidere til klagenævnets kendelse af 31. august 1998, Miri Stål A/S mod Ringsted Kommune.

Princippet om ligebehandling er derfor behørigt iagttaget, da alle tilbuddene blev vurderet på baggrund af de samme vilkår og dermed også på et fuldt sammenligneligt grundlag. Alle tilbuddene opfyldte vilkårene i udbudsmaterialet, og tilbuddet fra Torntoft & Mortensen A/S var konditionsmæssigt.

Torntoft & Mortensen A/S har derfor ikke opnået en uretmæssig konkurrencefordel.

Da det antagne tilbud således levede op til alle kravene i udbudsmaterialet, og da tilbuddene ligeledes blev vurderet på samme grundlag, kan der ikke være sket en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, jf. tilbudslovens § 2, stk. 3.

Det bestrides, at udspecificeringen af enterprisesummen i kontrakten kan tages til indtægt for, at tilbuddet fra Torntoft & Mortensen A/S var behæftet med et forbehold.

### Ad påstand 3

Brdr. Thybo A/S har gjort gældende, at Horsens Kommune har overtrådt tilbudslovens § 7 ved ikke at have offentliggjort Torntoft & Mortensen A/S' forbehold, da de offentliggjorde licitationsresultatet.

Da licitationsresultatet blev offentliggjort den 9. september 2020, var det alene med en bemærkning om, at Torntoft & Mortensen A/S havde taget et forbehold, men det fremgik ikke, hvilket forbehold der var tale om.

Brdr. Thybo A/S havde derfor ikke mulighed for at vurdere forbeholdet, da licitationsresultatet blev offentliggjort. Denne vurdering kunne først foretages, da selskabet modtog en redegørelse fra Horsens Kommune og aktindsigt i tilbuddet fra Torntoft & Mortensen A/S. Dette bevirkede, at Horsens Kommune imens kunne indgå kontrakten med Torntoft & Mortensen A/S.

I iBinder er dokumentet ikke låst. Det er derfor muligt for ordregiveren at gøre bydende bekendt med forbehold, når ordregiveren informerer om evalueringresultatet.

Horsens Kommune har gjort gældende, at Horsens Kommune ikke har tilsidesat tilbudslovens § 7.

Licitationen blev gennemført digitalt via iBinder, hvor samtlige bydende skulle uploade deres tilbud inden for tilbudsfristen. Efter tilbudsfristens udløb genererede Horsens Kommune igennem systemet et resultat over indkomne tilbud, som blev sendt til de bydende.

De udsendte oplysninger levede op til forpligtelsen i tilbudslovens § 7, idet der både blev oplyst om entreprisesummen og tilstedeværelsen af forbehold. Meddelelsens indhold gjorde det muligt for tilbudsgiverne at vurdere, om de var enige i udfaldet af licitationen, eller om der var grundlag for at stille supplerende spørgsmål.

Horsens Kommune havde ikke mulighed for at ændre i dokumentet og dermed heller ikke mulighed for nærmere at beskrive, hvad Torntoft & Mortensen A/S' forbehold gik ud på. Derimod kunne de bydende efterfølgende stille supplerende spørgsmål til Horsens Kommune.

Brdr. Thybo A/S kontaktede flere gange Horsens Kommune telefonisk, hvor selskabet fik oplyst, hvad forbeholdet i Torntoft & Mortensen A/S' tilbud angik. Dette understøttes af den mailkorrespondance, der er fremlagt i sagen, hvor det blandt andet fremgår, at Brdr. Thybo A/S og Horsens Kommune var i telefonisk dialog vedrørende forbeholdets formulering og karakter.

Da Brdr. Thybo A/S fik oplysning om, hvad forbeholdet angik, har selskabet haft mulighed for at vurdere og sammenholde sit tilbud med tilbuddet fra Torntoft & Mortensen A/S og dermed også sikre, at licitationen blev gennemført i overensstemmelse med tilbudslovens regler og formål. Endvidere har Brdr. Thybo A/S haft god tid til at vurdere, om der var grundlag for at indgive en klage, inden kontrakten med Torntoft & Mortensen A/S blev indgået. Brdr. Thybo A/S modtog svar på henvendelsen den 14. september 2020, og kontrakten blev først indgået den 7. oktober 2020.

Tilbudslovens § 7 og bestemmelsens formål er derfor behørigt iagttaget, og Brdr. Thybo A/S har ikke lidt noget retstab.

#### Ad påstand 4

Brdr. Thybo A/S har gjort gældende, at Horsens Kommune under henvisning til det ad påstand 1-3 anførte har overtrådt væsentlige regler og principper i tilbudsloven, som har haft indflydelse på kommunes evaluering af tilbuddene og dermed på tildelingsbeslutningen, og at tildelingsbeslutningen derfor skal annulleres.

Horsens Kommune har under henvisning til det ad påstand 1-3 anførte gjort gældende, at Horsens Kommune har gennemført licitationen, herunder tilbudsvurderingen, i fuld overensstemmelse med reglerne i tilbudsloven.

Hvis ikke Horsens Kommune havde antaget tilbuddet fra Torntoft & Mortensen A/S, ville Horsens Kommune have handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2.

Det forhold, at Torntoft & Mortensen A/S også havde afgivet et tilbud, der ikke lovligt kunne antages, og det forhold, at det var dette tilbud, der var beskrevet i meddelelsen om licitationsresultatet, ændrer ikke på, at Torntoft & Mortensen A/S havde afgivet tilbuddet med den bedste pris.

Selv hvis klagenævnet måtte finde, at der i medfør af tilbudslovens § 7 var pligt til også at oplyse om licitationsresultatet for så vidt angår Torntoft & Mortensen A/S' sideordnede tilbud, ændrer dette ikke på, at det sideordnede tilbud var det bedste. Der vil i så fald være tale om en rent formel fejl uden konkret betydning for tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Torntoft & Mortensen A/S tilbød at udføre hovedentreprisen med en tilbudssum på 9.695.550 kr. ekskl. moms.

I underretningen om licitationsresultatet oplyste Horsens Kommune i overensstemmelse hermed, at Torntoft & Mortensen A/S' tilbudspris var 9.695.550 kr. Tildelingskriteriet var laveste pris. Der blev ikke udarbejdet en evalueringsrapport, og tilbudsgiverne modtog ikke anden underretning om, hvilken afgørelse der var truffet med hensyn til ordretildelingen, jf. tilbudslovens § 14, som derfor må anses for givet med underretningen om licitationsresultatet. Det er på denne baggrund klagenævnets opfattelse, at Horsens Kommune har antaget Torntoft & Mortensen A/S' tilbud på 9.695.550 kr., hvilket også støttes af specifikationen af enterprisesummen i entreprisekontrakten.

Torntoft & Mortensen A/S' tilbud på 9.695.550 kr. ekskl. moms blev afgivet under forudsætning af, at tidsplanen kunne forlænges med minimum en måned. Det kan ubestridt lægges til grund, at dette udgjorde et forbehold for udbudstidsplanen, og at forbeholdet dermed vedrørte et grundlæggende element.

Horsens Kommune var på denne baggrund forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Den omstændighed, at Torntoft & Mortensen A/S i sit tilbud havde anført, at entreprisesummen skulle tillægges et beløb på 200.000 kr., såfremt tidsplanen ikke kunne forlænges, hvorved Torntoft & Mortensen A/S reelt selv prisatte forbeholdet, kan ikke føre til, at Horsens Kommune var berettiget til at antage tilbuddet med tillæg af dette beløb, sådan som det fremgår af entreprisekontrakten.

Påstanden tages derfor til følge.

#### Ad påstand 2 og 3

Klagenævnet kan efter klagenævnslovens § 10, stk. 2, blandt andet afgøre en sag i realiteten helt eller delvis. Hvis klagenævnet behandler en sag delvis, tager nævnet ikke stilling til den øvrige del af klagen. Under hensyn til klagenævnets resultat vedrørende påstand 1, tager nævnet ikke stilling til påstand 2 og 3.

#### Ad påstand 4

Efter karakteren af den overtrædelse, som klagenævnet har konstateret i relation til påstand 1, tages påstanden til følge.

#### Herefter bestemmes:

##### Ad påstand 1

Horsens Kommune har handlet i strid med princippet om ligebehandling i tilbudsloven § 2, stk. 3, ved at have antaget et tilbud fra Torntoft & Mortensen A/S, der indeholdt et forbehold for et grundlæggende element, da Torntoft & Mortensen A/S havde taget forbehold for den udbudte tidsplan.

Ad påstand 2 og 3

Klagenævnet tager ikke stilling til påstandene.

Ad påstand 4

Horsens Kommunes beslutning om at tildele kontrakten til Torntoft & Mortensen A/S annulleres.

Horsens Kommune skal i sagsomkostninger til Brdr. Thybo A/S betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig