

K E N D E L S E

Gustav H. Christensen A/S
(advokat Anker Søndergaard, Herning)

mod

Morsø Spildevand A/S
(advokat Erik Hørlyck, Aarhus)

Indklagede, Morsø Spildevand A/S, indbød i maj 2013 i en begrænset licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) otte virksomheder til at afgive tilbud på »Separatkloakering af Øster Jølby, etape II, 2013«. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. juni 2013 havde syv af de otte indbudte virksomheder, herunder Gustav H. Christensen A/S, afgivet tilbud. Indklagede besluttede herefter at tildele kontrakten til K.E. Andersen & Søn A/S.

Den 2. august 2013 indgav klageren, Gustav H. Christensen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 26. august 2013 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at have afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, fordi klagerens tilbud manglede udfyldelse af tilbudslistens position 2.1.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 1, ved ikke at have besluttet at indgå kontrakt med klageren, der var lavestbydende, vedrørende »separat kloakering af Øster Jølby etape II 2013«, idet tildelingskriteriet var »laveste pris«.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har vedrørende påstand 2 nedlagt påstand om, at klagen afvises.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbrev af maj 2013 står blandt andet:

»Tilbudsgrundlag.

Tilbudet skal afgives, og arbejdet skal udføres på grundlag af følgende materiale:

1. Nærværende udbudsbrev.
2. Tillæg til AB92 (TAB)
3. Særlige Betingelser (SB)
4. Arbejdsbeskrivelse (AB)
5. Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG), herunder tilbudslistes (TBL).
6. Bilag og tegninger ifølge bilags- og tegningsfortegnelsen i udbuddet.
7. AB92

...

Tildeling af entreprisen.

Entreprisen tildeles den entreprenør, der har det laveste bud. Der ønskes ikke alternative bud.«

I »Tillæg til AB 92 (TAB)« står vedrørende »Entreprenørens tilbud, ad § 3, stk. 3« blandt andet, at »Den samlede tilbudssum er at betragte som det bindende tilbud«.

I »Særlige betingelser (SB)« står i afsnit 3.5 om »Rydning« følgende:

»Buske, krat, levende hegn og lignende, inkl. f.eks. eventuelle fundamenter for skilte, master og hegn, der hindrer arbejdets gennemførelse, skal ryddes. Ved rydning af træer og større buske skal stød og større rødder graves op og fjernes.

Ingen rydning må udføres før bygherrens tilsyn har accepteret omfanget.

Skilte, kantafmærkningspæle, autoværn, hegn og lignende, der skal reetableres på samme sted og i samme højde, skal tages op på en sådan måde at materialerne kan genanvendes. Hvis materialerne påføres skader ved manglende agtpågivenhed, skal erstatningsmaterialerne leveres af entreprenøren uden udgift for bygherren.

Alle ved rydningen fremkomne overskudsmaterialer, som ikke skal tilfalde lodsejeren, er at betragte som entreprenørens og skal derfor fjernes af denne.

Det påhviler entreprenøren at sætte sig ind i rydningsarbejdets omfang ved selvsyn. Rydningsarbejder, som entreprenøren ved tilbuddets afgivelse ikke kunne være bekendt med, afregnes som ekstraydelser.

Entreprenøren skal sikre faste genstande, træer, hegn m.v., som ikke berøres af entreprisens gennemførelse, og beskytte dem forsvarligt mod overlast.«

I »Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)« står vedrørende »2. Forberedende arbejder, Pos 2.1, Rydning«, at »den faste sum skal dække alle ydelser vedrørende rydning«.

I klagerens tilbud af 18. juni 2013, der er afgivet på indklagedes tilbudsliste, står blandt andet:

»Tilbudsvilkår

Det samlede tilbud er bindende uanset tilbudslistens øvrige indhold. Tilbudsliste skal være udfyldt som angivet. De i tilbudslisterne anførte totalsummer skal for hver position indeholde dækning for alle biydelser, administrationsudgifter m.m.

Hvor der er angivet mængder, skal entreprenøren regne med disse.

Undertegnede: Gustav H. Christensen A/S

tilbyder hermed at udføre ovennævnte entreprise til fast tid og pris i henhold til udleverede tegninger, beskrivelser, tilbudslistes og arbejdsplaner.

Tilbud excl. Moms, kr	8.101.130,00
Moms 25%, kr	2.025.282,50
Samlet tilbud incl. Moms, kr	10.126.412,50

...

Eventuelle forbehold: _____

...

Prisblad for delpriser – sammenstilling, side 2

Delarbejder		Kr. excl. Moms
1.	Arbejdsplads m.v.	603500
2.	Forberedende arbejder	378200
3.	Afstivning og tørholdelse af ledningsgrav	485500
4.	Reetablering	1329930
5.	Kloakarbejder	3852450
6.	Ekstraarbejder	1451550
I alt excl. moms at overføre til tilbudsblad, side 1		8101130

«

Klagerens tilbud var vedlagt et prisblad for delpriser, hvori blandt andet står:

»Arbejdsplads m.v.

Pos.	Vedr. pos. 1.1 se udbudsbrev	Enhed	Mængde	Enhedspris	I alt excl. moms
1,1	Indretning og drift af arbejdsplads	-	1	sum	250000
1,2	Færdselsmæssige foranstaltninger				
1.2.1	Afspærring og afmærkning	-	1	sum	50000
1.2.2	Færdselsmæssige foranstaltninger	-	1	sum	50000
...					
1.3	Ledninger				

1.3.1	Krydsning af andre anlæg				
	a. Dræn	stk.	10	500	5000
...					
1.3.5	Gravning af prøvehuller i mark/grønt areal	stk.	2	3000	6000
1.0 Arbejdsplads m.v. i alt I alt excl. moms at overføre til sammenstilling delpriser, side 2					603500

...

Forberedende arbejder

Pos.		Enhed	Mængde	Enhedspris	I alt excl. moms
2.1	Rydning.	-	-	sum	
2.2	Muldafrømning				
	a. Muldjord at af-rømme og bortskaffe	m ²	0		0
	b. Muldjord at af-rømme og oplægge i depot	m ²	400	20	8000
2.3	Oplukning i befæstede arealer				
2.3.1	Sporing af asfalt				
	a. Dybde 30-90 mm	lbm	810	50	40500
...					
	c. Dybde 150-210 mm	lbm	0		0
2.3.2	Opbrydning og bortskaffelse af asfaltbelægninger				
	a. Tykkelse 0-30 mm	lbm			0
...					
2.3.4	Optagning og deponering af chaus-sé- og brosten, samt SF-sten	lbm	0		0
...					
2.3.8	Optagning og bortskaffelse af kantsten	m			0
2.0 Forberedende arbejder i alt I alt excl. moms at overføre til sammenstilling delpriser,					378200

side 2	
--------	--

«

Udover klageren afgav seks virksomheder tilbud med følgende samlede priser:

Tilbudsgiver	»Samlet tilbud incl. Moms, kr«
Arkil A/S – Anlæg	13.067.506,88
Ib G. Jensen A/S	10.851.081,25
Ivan Jakobsen Entreprenørfirma A/S	11.330.875,00
K.E. Andersen & Søn A/S	11.110.000,00
Salling Entreprenørfirma A/S	13.977.525,00
Thisted Entreprenør Forretning ApS	11.224.162,00

Indklagede kontaktede klageren den 27. juli 2013 og anmodede om et møde vedrørende klagerens tilbud. Efter afholdelse af mødet afviste indklagede klagerens tilbud ved brev af 3. juli 2013, hvori blandt andet står:

»Tilbud afvist.

Ved vores gennemgang af jeres tilbud på Øster Jølby separatkloak etape II, den 1. juli, måtte vi meddele, at vi afbrød gennemgangen af tilbuddet, for at konsultere vores advokat. Vi har nu haft kontakt til vores advokat.

Vi kan hermed meddele, at Morsø Spildevand A/S afviser jeres tilbud på Øster Jølby separatkloak etape II. Tilbuddet er ikke konditionsmæssigt, grundet manglende udfyldelse af tilbudslistens pos. 2.1.«

Ved brev af 9. juli 2013 rettede klageren henvendelse til indklagede vedrørende afvisningen af klagerens tilbud. I brevet står blandt andet:

»I henhold til mine oplysninger, var tilbudsprisen fra Gustav H. Christensen A/S lavest, men ikke desto mindre har Morsø Spildevand A/S ved brev af den 3. juli 2013 oplyst min klient, at tilbuddet efter Morsø Spildevands side ikke er konditionsmæssigt, og at det derfor bliver afvist.

Baggrunden for at tilbuddet ikke er konditionsmæssigt skyldes angiveligt, at min klient i punkt 2.1 ikke har anført et beløb til rydning.

Jeg skal ved nærværende brev oplyse, at jeg ikke finder det korrekt, at Morsø Spildevand A/S har været berettiget til at afvise tilbuddet, og idet tilbuddet er afslået, skal jeg derfor ved nærværende brev varsle et erstatningskrav mod Morsø Spildevand A/S som følge af den ukorrekte afvisning.

1. Rydning

Af tilbudslisten, der er udarbejdet af bygherre, er der ikke udfyldt punkt 2.1 vedrørende rydning.

Baggrunden herfor er at der hverken i enhed eller mængde er angivet antal herfor, og beløbet er således ikke anført.

Det skal til orientering oplyses, at det korrekte beløb under alle omstændigheder var kr. 0.

Ad. AB 92 incl. tillæg til AB 92

Det fremgår heraf tilføjelsen § 3 stk. 3, at eventuelle regnefejl i entreprenørens tilbud skal rettes på en måde, der kan godkendes af bygherren.

Idet prisen for rydningen som nævnt er kr. 0, synes der ikke at være noget berettiget argument for, at tilsidesætte dette. Der vil videre ikke kunne ske afvisning af dette uden at høre budgiver.

3. Tildeling af entreprise

I henhold til entreprisematerialet, tildeles entreprisen til den entreprenør, der har det laveste bud.

Den entreprenør der har det laveste bud er min klient Gustav H. Christensen.

4. Tilbudsvilkår

Det fremgår ikke af vilkårene hvad virkningen er af manglende udfyldelse af en ydelse er. Navnlig når der hverken angives sum eller mængde. Derfor kan buddet ikke forkastes med baggrund i den manglende udfyldelse af posten.«

Ved brev af 12. juli 2013 fastholdt indklagede afvisningen af klagerens tilbud. I brevet står blandt andet:

»Afvisningen fastholdes desuagtet. Deres klient har ikke udfyldt tilbudslistens pos. 2.1 om rydning. Der er ikke anført mængde i denne pos., og det betyder, at der skulle have været anført en fast sum.

Det samme er i øvrigt sket med det næstlaveste tilbud, der derfor også er afvist.

Der er ikke tale om en regnefejl, men om en manglende udfyldelse. Det vil kunne anføres, at netop en sådan udeladelse af en sum – eller flere – giver en konkurrencemæssig fordel, hvis den bydende sikres en adgang til efter tilbudsafgivelsen at justere – eller netop undlade at justere – sin pris ved at »berigtige« sit tilbud med efterfølgende afgivelse af den udeladte sum.

Det ville ikke harmonere med ligebehandlingsprincippet.

Uden en sådan sum kan tilbuddet ikke sammenlignes med de øvrige tilbud. Dermed kan den krævede gennemsigtighed heller ikke opnås.

Det følger herefter af ligebehandlingsprincippet, at min klient har ret, om end ikke nødvendigvis pligt, til at afvise tilbuddet...

Min klient har således handlet i overensstemmelse med tilbudsloven og de bagvedliggende principper, og et erstatningsansvar herfor afvises naturligtvis.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at licitationsbetingelserne ikke indeholder faste principper og beskrivelser af, hvorledes tilbudslisten skal udfyldes. Der er ikke under position 2.1 angivet sum eller mængde, hvorfor undladelse af at udfylde dette punkt eller angivelse af 0 kr. har samme vægtning. Klagerens udfyldelse af prisbladet er derfor ikke mangelfuldt, hvilket underbygges af de øvrige positioner i prisbladet. Udbudsbetingelserne stiller ikke mindstekrav om fuldstændig udfyldelse af tilbudslisten, hvorfor den manglende udfyldelse af position 2.1 ikke kan medføre, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt. Klageren har været konsekvent ved udfyldelse af tilbudslisten, og klageren har de steder, hvor der er angivet enhed eller mængde, anført en pris. Under position 1.1, 1.2.1 og 1.2.2 er der angivet beløb, idet der bedes om en sum for en mængde, mens der for position 2.1 alene er angivet sum, men ingen mængde. Beløbet ville i klagerens tilbud under alle omstændigheder have været 0 kr. Det afgørende for tilbuddet er ikke de enkelte poster i tilbudsbladene, men den samlede pris, hvilket fremgår af tilbudslisten.

Indklagede har gjort gældende, at udfyldelse af tilbudslistens position 2.1 med en fast sum (der kunne være 0 kr.) var et mindstekrav. Dette følger af formuleringen i tilbudslisten side 1 om, at »Tilbudslister skal være udfyldt som angivet« sammenholdt med position 2.1 i »Tilbuds- og afregningsgrundlaget«, hvori står, at »Den faste sum skal dække alle ydelser vedrørende rydning«. Det er ikke afgørende, at ordet »mindstekrav« ikke er anvendt. Klagerens manglende udfyldelse af tilbudslistens position 2.1 er identisk med et forbehold, som ville have givet klageren mulighed for at kræve merbetaling for rydning, hvorfor det ville være i strid med ligebehandlingsprincippet at tage tilbuddet fra klageren under behandling. Det er uden betydning, at der ikke var angivet enhed og mængde i tilbudslistens position 2.1, idet det udtrykkeligt fremgår af licitationsbetingelserne, at der skulle afgives en fast sum for rydning. Det er muligvis rigtigt, at klagerens tilbud skulle fortolkes som om, der havde stået 0 kr. i position 2.1. Det er imidlertid ikke omfattet af klagenævnets kompetence at tage stilling til den materielretlige forståelse af et tilbud. Hvis klageren virkelig havde ønsket at afgive et tilbud, hvorefter der ikke skulle betales særskilt for eventuelle rydningsarbejder, kunne klageren blot have skrevet 0 kr. i tilbudslisten. Klagerens udfyldelse af positionerne 1.1, 1.2.1 og 1.2.2 godtgør, at klageren var helt opmærksom på forskellen på at udfylde med fast sum og udfylde med en sum baseret på multiplikation af en enhedspris og en anslået mængde.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at licitationen skal tildeles den lavestbydende. Da klagerens tilbud var konditionsmæssigt, skulle ordren derfor tildeles klageren.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke henhører under klagenævnets kompetence at tage stilling til, hvilken tilbudsgiver en udbyder skulle have indgået aftale med, hvorfor påstanden skal afvises.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I kendelsen om opsættende virkning af 26. august 2013 udtalte klagenævnet:

»Det fremgik af tilbuds- og afregningsgrundlaget, at »den faste sum [vedrørende position 2.1] skal dække alle ydelser vedrørende rydning« og af tilbudslisten, som klageren afgav tilbud på, at »tilbudslisten skal være udfyldt som angivet«. Heraf – eller af de resterende udbudsbetingelser – følger dog ikke, at udfyldelse af samtlige tilbudslistens punkter, herunder position 2.1, var et mindstekrav.

Det fremgik endvidere af tilbudslisten, at »det samlede tilbud er bindende uanset tilbudslistens øvrige indhold«, og af tillægget til AB 92, at »den samlede tilbudssum er at betragte som det bindende tilbud«.

Klageren havde udfyldt tilbudslistens position 2.0, der klart angav den totale sum for »forberedende arbejder«, til 378.200 kr., ekskl. moms. Denne sum, der var overført til »prisblad for delpriser – sammenstilling« på tilbudslistens side 2 i klagerens tilbud, indgik desuden klart i beregningen af klagerens samlede tilbudssum på 8.101.130 kr., ekskl. moms. Da klageren – bortset fra position 2.1 – havde udfyldt samtlige positioner i tilbudslisten vedrørende »forberedende arbejder«, må klagerens tilbud forstås således, at rydning var inkluderet i den totale sum for »forberedende arbejder«, som klageren havde angivet. Klageren har da også oplyst, at »beløbet [i position 2.1] under alle omstændigheder ville have været kr. 0«.

Den manglende udfyldelse af position 2.1 kan derfor ikke medføre, at indklagede var berettiget til at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Der er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at klageren får medhold i den nedlagte påstand 1, hvorfor betingelsen om *fumus boni juris* er opfyldt.«

Klagenævnet bemærker, at et forbehold er en afvigelse fra licitationsbetingelserne, uden at licitationsbetingelserne har lagt op til, at sådanne afvigelser er tilladt. Da klagerens manglende udfyldelse af position 2.1 ikke kan anses for at være en afvigelse fra licitationsbetingelserne (et forbehold), giver den yderligere bevisførelse, som har fundet sted efter kendelsen af 26. august 2013, ikke klagenævnet grundlag for at ændre sin opfattelse.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Indklagede havde i henhold til tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, fastsat tildelingskriteriet »laveste pris«. Af de syv tilbudsgivere var det klageren, hvis tilbud som følge af det ad påstand 1 anførte ikke skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, der afgav tilbuddet med den laveste pris. Kontrakten skulle derfor i overensstemmelse med indklagedes tildelingskriterium have været tildelt klageren.

Påstanden tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at have afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, fordi klagerens tilbud manglede udfyldelse af tilbudslistens position 2.1.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 1, ved ikke at have besluttet at indgå kontrakt med klageren, der var lavestbydende, vedrørende »separat kloakering af Øster Jølby etape II 2013«, idet tildelingskriteriet var »laveste pris«.

Indklagede, Morsø Spildevand A/S, skal i sagsomkostninger til klageren, Gustav H. Christensen A/S, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig