

K E N D E L S E

Toft Entreprise A/S
(advokat Lene Dinesen, Fredericia)

mod

Kerteminde Kommune
(advokat Karina Dolmer Andersen, Odense)

I november 2022 iværksatte Kerteminde 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 et såkaldt ”Vandlaboratorie” på Kerteminde Havn. Tildelingskriteriet var fastsat til ”laveste pris”.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 19. december 2022 havde 5 virksomheder afgivet tilbud, bl.a. Toft Entreprise A/S (Toft Entreprise) og Per Aarsleff A/S (Aarsleff). Den 20. december 2022 besluttede Kerteminde Kommune at indgå kontrakt med Aarsleff, og kontrakt blev herefter indgået. Aarsleff har efter det oplyste påbegyndt arbejdet.

Den 30. januar 2023 indgav Toft Entreprise klage til Klagenævnet for Udbud over Kerteminde Kommune.

Toft Entreprise A/S har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Per Aarsleff A/S har afgivet ukonditionsmæssigt tilbud, idet der kun er givet tilbud på jordarbejde omhandlende klasse 1 jord, uanset det fremgik af tilbudsliste (bilag 1), samt tilbudsmaterialets tilbud og svar (bilag 2) at der skulle tages højde for at gives tilbud på både klasse 1 og 2 jord.

Underpåstand til Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2 stk. 3, ved bedømmelsen af Per Aarsleff A/S' tilbud at acceptere, at tilbudsgiver ikke har afgivet konditionsmæssigt bud, idet der kun er givet tilbud på jordarbejde omhandlende klasse 1 jord, uanset det fremgik af tilbudsliste (bilag 1), samt tilbudsmaterialets tilbud og svar (bilag 2) at der skulle tages højde for at gives tilbud på både klasse 1 og 2 jord.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven § 7a og offentlighedsloven § 7 om retten til aktindsigt, ved ikke på forespørgsel at have udleveret Per Aarsleff A/S' tilbudsliste der ligger til grund for den samlede tilbudssum, hvorfor det ikke har været muligt at sammenligne de indkomne tilbud, jf. tilbudsloven § 2 stk. 3. I forlængelse heraf skal Klagenævnet pålægge indklagede at udlevere Aarsleffs udfyldte tilbudsliste til klager.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 10, jf. § 8 stk. 1 nr. 1 ved efter udløb af fristen for afgivelse af tilbud at have indledt forhandling (og måske allerede indgået kontrakt) med Per Aarsleff A/S om dennes tilbud, idet Kerteminde Kommunes kapitaliseringen af tilbudsgivers forbehold var behæftet med fejl, og en korrekt kapitaliseringsberegning vil vise, at Per Aarsleff A/S ikke var billigste tilbudsgiver.

Påstand 4:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2 stk. 3, ved bedømmelsen af Per Aarsleff A/S' tilbud at have taget hensyn til, og prissat Per Aarsleffs' forbehold for corona og krig i Ukraine til en samlet sum på kr. 0,00 og ikke tillagt forbeholdet en tidsmæssig betydning, selv om forbeholdet, uden der er tale om force majeure, giver tilbudsgiver ret til tidsfristforlængelse, uanset det fremgår af tilbudsmaterialet, at entreprisen skal være afsluttet senest den 9.6.2023.

Påstand 5:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Kerteminde Kommunes beslutning af 20.12.2022 om at indlede forhandlinger med Aarsleff i den kommende tid, og hvis der allerede er indgået kontrakt, så skal denne annulleres. Subsidiært konstatere at Toft Entreprise A/S har krav på erstatning opgjort efter princippet om positiv opfyldelsesinteresse for det tab, Toft Entreprise A/S har mistet, ved at kontrakten er tildelt Per Aarsleff A/S.”

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

Klagenævnet har udskilt behandlingen af påstand 2, der vedrører en klage over Kerteminde Kommunes afslag på at give aktindsigt i delpriserne i tilbuddet fra Aarsleff, til særskilt behandling. Ved afgørelse af 13. marts 2023 har klagenævnet opretholdt kommunens afgørelse.

Sagens nærmere omstændigheder

I licitationsbetingelserne er bl.a. anført:

”Projektet omfatter etablering af beton bassin, trædæk med underliggende stål konstruktion, plantebede i corten, belægninger omkring konstruktionen samt tekniske installationer.

Entreprisen omfatter følgende omtrentlige hovedmængder:

Jordarbejder	700 m ³	
Fliser, Belægningssten og chaussèsten		80 m ²
Asfaltarbejder	150 m ²	
Betonarbejder	1.200 lbm	
Stålarbejder	300 lbm	
Træarbejder	113 m ²	

Entreprisen skal udføres i tidsrummet 2/1 2023 til 9/6 2023.

...”

Af licitationsbetingelserne fremgår bl.a. desuden om entreprenørens tilbud:

”ad § 5 Eventuelle regnefejl eller manglende udfyldelse af tilbudslistens enkelte poster skal udfyldes på en måde, som kan godkendes af bygherren, og så de rettede poster er lige med den samlede tilbudssum. Den samlede sum er således et bindende tilbud, idet tilbudssummen er afgivet på fast pris og tid.”

Af licitationsbetingelserne fremgår følgende om tilbudslistens position 02.05, ”Råjordsarbejder, forurenede klasse 1-2 byjord” med en angivet teoretisk mængde på 700 m³:

”...

Post 02.05 Råjordsarbejder, forurenede klasse 1-2

Enhedsprisen skal omfatte alle ydelser i forbindelse med afgravning, transport, deponeringsafgift samt alle ydelser i forbindelse med kontrol

Tilbudslistens mængder beregnes på grundlag af digitalt terræn model. Det teoretiske volumen for afgravet jord udregnes som voluminet mellem færdig jordoverflade og terræn.

Afregningsmængden regnes lige de i tilbudslisten angivne afgravningsmængder.

I tilbudslistens mængder er ikke medregnet jord fra dræn- og ledningsgrave – disse skal indeholdes.

...”

Under licitationen blev der bl.a. stillet følgende spørgsmål:

”Post 02.05 – Vil bygherren afholde deponeringsafgifter for jord, forstået således at vores pris er transport til deponi inkl. kartering? Vi kender ikke fordelingen imellem kl. 1 og 2 jord på nuværende tidspunkt.”

Kerteminde Kommune besvarede spørgsmålet således:

”I prisen skal indeholdes: transport kartering og deponi op til klasse 1-2 byjord, bygherre betaler for afgift for klasse 3 og over fordelingen imellem klasse 1 og 2 er ikke kendt”.

Under licitationen stillede Aarsleff spørgsmål om, hvorvidt følgende forbehold kunne accepteres:

”På tidspunktet for afgivelse af dette tilbud er der stor usikkerhed omkring situationen med Ukraine og Rusland, herunder om konflikten vil få indvirkning på dette projekt og den tilbudte ydelse. Tilsvarende er COVID-19 fortsat en ubestemmelig risikofaktor.

Påvirkningen kan bl.a. udmønte sig i lange leveringstider eller andre forsinkelser på arbejder på den kritiske vej. Dette vil xxx naturligvis arbejde for ikke sker, men aktuelt er xxx nødsaget til at tage forbehold for ændringer som følge af konsekvenserne udspringende af situationen i Ukraine herunder sanktioner mod Rusland eller hindringer udspringende af forhold vedr. COVID-19.

Dette forbehold tages for at sidestille dette tilbud med tilbud, som er afgivet før man kendte situationen omkring Ukraine eller COVID 19. Eventuelle påvirkninger udspringende fra situationen med Ukraine og Rusland eller COVID-19 vil derfor skulle håndteres i henhold til de almindelige regler for ændringer herunder i forhold til tidsfristforlængelse, uanset at man kendte til problematikken omkring Ukraine eller COVID-19, forud for tilbud blev afgivet og aftale indgået.”

Kerteminde Kommune besvarede spørgsmålet således:

”Nye opståede situationer af den ovenstående type vil betragtes som Force majeure og give ret til tidsfristforlængelse derfor vil et forbehold som angivet ovenfor blive prissat til kr. 0,-”.

Af tilbuddet fra Aarsleff fremgår: ”Post 02.05 – Jord er regnet som klasse 1”.

På baggrund heraf lagde kommunen et tillæg på 100 kr. pr. m³ for klasse 2 jord til Aarsleffs tilbud som kapitalisering af forbeholdet, svarende til et samlet tillæg på 70.000 kr. vedrørende position 02.05, således at Aarsleffs tilbudsposition 02.05 herefter udgjorde 445 kr. pr. m³.

Toft Entreprises tilbud vedrørende position 02.05 lød på 365 kr. pr. m³.

Kerteminde Kommune har oplyst, at Aarsleffs tilbud vedrørende position 02.05 efter tillægget på 100 kr. pr. m³ oversteg gennemsnitsprisen af de 3 øvrige tilbudsgiveres tilbudsposition 02.05 med 16 %.

Den 20. december 2022 meddelte Kerteminde Kommune tilbudsgiverne følgende:

”Der er i dag afholdt licitation på projektet Vandlaboratoriet der skal opføres på Kerteminde havn.

Nedenstående er de modtagne tilbud oplistet:

Aarsleff - pris kr. 5.550.816, forbehold: corona og jord klasse 1.
Toft Entreprise - pris kr. 5.664.956, forbehold: Ingen.
Munck Have og Anlæg - pris kr. 5.697.754,76, forbehold: Ingen
Jorton - pris kr. 6.269.000,00, forbehold
Arkil - pris kr. 6.453.584, forbehold: Ingen

Aarsleff har taget 2 forbehold, det ene er et generelt forbehold mod corona og dette er også stillet som spørgsmål under tilbudsgivningen, dette er prissat til kr. 0. det andet forbehold er at de har prissat jorden som klasse 1 umiddelbart risikosættes dette til kr. 100 kr. pr kubikmeter svarende til samlet set kr. 70.000,- såfremt at alt jord er klasse 2 dette er 80 kr. mere pr. kubikmeter end Toft entreprise som har bud nummer 2.

Vi takker for de indkomne bud og forventer at indlede forhandlinger med Aarsleff i den kommende tid.

...”

Aarsleffs ”forbehold mod corona” gengiver det spørgsmål, der blev stillet under licitationen.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Toft Entreprise har gjort gældende, at forskellen mellem tilbuddene fra Aarsleff og Toft Entreprise udgjorde 114.140 kr.

Af Kerteminde Kommunes meddelelse af 20. december 2022 om tildelingen fremgår, at kommunen har godkendt Aarsleffs tilbud med forbehold og på eget initiativ har kapitaliseret forbeholdene til 70.000 kr. og tillagt dette til Aarsleffs tilbud, således at dette derfor fortsat er det billigste tilbud, 114.140 kr. billigere end Toft Entreprise.

Kerteminde Kommune har ikke i licitationsmaterialet åbnet for, at kommunen kan/vil kapitalisere en eventuel fejl eller mangel og dermed acceptere fejl fra tilbudsgivernes side for efterfølgende selv at tilrette de indkomne tilbud for eventuelle fejl, sådan som sket.

På trods af, at det direkte fremgår af tilbudslstens post 02.05, at det både er forurenat klasse 1 og 2 jord, og på trods af spørgsmål og svar vedrørende denne position har Aarsleff alligevel kun regnet post 02.05 som klasse 1 jord, hvilket fremgår af Aarsleffs tilbudsbrevs forside under punktet forudsætninger.

Det var ikke tilladt under licitationen at fremkomme med alternative tilbud.

Det fremgik heller ikke af licitationsmaterialet, at tilbudsgiveren måtte betinge tilbuddet af forbehold eller opstille egne forudsætninger for udførelsen af entreprisen.

De 4 andre tilbudsgivere har da heller ikke afgivet tilbud med forbehold.

Kommunens accept af Aarsleffs forbehold er direkte i modstrid med licitationsbetingelserne og resulterer i en forskelsbehandling af tilbudsgiverne, hvilket er i strid med tilbudsloven § 2, stk. 3. Tilbuddet skulle have været afvist.

Kerteminde Kommune har gjort gældende, at det ikke fremgår af licitationsmaterialet, at kommunen vil/skal forkaste et tilbud, såfremt det indeholder et forbehold. Kommunen har således ikke fastsat, at forbehold ikke accepteres, og det er således de almindelige regler og praksis herfor, der er gældende for bedømmelsen af, om kommunen havde ret til at kapitalisere forbeholdet.

Der er tale om et forbehold, der objektivt kunne prissættes, og som kommunen valgte at kapitalisere. Kommunen har gjort dette sagligt og korrekt.

Tilbuddet fra Aarsleff er således ikke ukonditionsmæssigt, og kommunen har derfor heller ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet ved på objektivt grundlag, sagligt og korrekt, at kapitalisere et tillæg for klasse 2 jord.

Ad påstand 3

Toft Entreprise har gjort gældende, at det fremgår af licitationsmeddelelsen af 20. december 2022, at kommunen har kapitaliseret forbeholdet på følgende vis:

”Aarsleff har prissat jorden som klasse 1 umiddelbart risikosættes dette til kr. 100 kr. pr kubikmeter svarende til samlet set kr. 70.000,- såfremt at alt jord er klasse 2 dette er 80 kr. mere pr. kubikmeter end Toft entreprise som har bud nummer 2.”

Da kommunen ikke har imødekommet forespørgslen om udlevering af Aarsleffs tilbudslister, er det ikke på det foreliggende grundlag muligt at vide, hvor stort et beløb der samlet set er afsat til jordarbejder, heller ikke underbeløbene, hvilket vil sige, at det ikke er muligt at vide, hvilket beløb Aarsleff har afsat i sit tilbud i post 02.05 råjordsarbejder, forurenede klasse 1-2 byjord.

Det vides kun, at Aarsleffs tilbud indeholder beregning af klasse 1 jord, og ingen klasse 2 jord.

Kommunens kapitalisering af jordforbeholdet er ikke korrekt udregnet. Toft Entreprise har fremlagt en prisliste fra Klintholm I/S, der støtter dette synspunkt. Den fremlagte prisliste fra Klintholm I/S og Toft Entreprises beregninger viser således, at en korrekt udregning, der foruden at tage højde for højere deponeringspris for klasse 2 end for klasse 1 jord også tager højde for længere kørsel til deponi for klasse 2 jord samt avance, vil føre til, at differencen mellem klasse 1 og klasse 2 jord opgøres til 118.746 kr. Dermed ville Aarsleffs tilbud reelt være 5.669.562 kr. Da Toft Entreprises tilbud er på 5.664.956 kr., er det det billigste med en forskel på 4.606 kr. Det var derfor i strid med tilbudslovens § 10, at kommunen ville indlede forhandlinger med Aarsleff og måske også har indgået kontrakt.

Kerteminde Kommune har gjort gældende, at det fremgår af tilbudslovens § 10, at ordregiver kun må forhandle med lavestbydende. Efter kapitaliseringen af forbeholdet vedrørende klasse 2 jord var Aarsleff den lavestbydende.

Toft Entreprises beregning kan ikke lægges til grund, da den ikke er retvisende for den udbudte opgave eller for det oplyste om jordbundsforholdene, men bl.a. bygger på forudsætninger, som ikke fremgår af den udbudte opgave, herunder at der skal indgå en lige vægt med klasse 1 og klasse 2 jord samt en dækningsgrad på 21,3 %. Kommunen har prissat tilbudsposition 02.05 i forhold til kommunens vurdering af markedsprisen, og således at det beregnede tillæg (prissætning for klasse 2 jord) overstiger gennemsnittet af de øvrige tilbudsgiveres prissætning på tilbudsposition 02.05.

Kommunen har således ikke har handlet i strid med tilbudslovens § 10, jf. § 8, stk. 1, nr. 1, ved at have indledt forhandling og indgå kontrakt med Aarsleff.

Ad påstand 4

Toft Entreprise har gjort gældende, at Aarsleff ikke har taget forbehold for nye opståede situationer, men derimod de allerede kendte situationer.

Det giver ikke mening at tage et almindeligt force majeure forbehold, idet force majeure altid er gældende for entrepriser, uanset om der er taget forbehold for det eller ej.

Det forbehold, som Aarsleff har taget, er ikke et force majeure forbehold, og det er heller ikke et omkostningsneutralt forbehold. Det er derfor ikke korrekt at sætte et sådant forbehold til 0 kr.

Enhver tilbudsgiver skal tage højde for den nuværende verdenssituation i sit tilbud, både hvad angår eventuelle problematiske materialeleverancer, prisforhøjelser, forsinkelser mv., og skal alligevel kunne udføre arbejdet både til den tilbudte pris og inden for den fastsatte tidsramme.

Det er således, som tilbudsmaterialet er formuleret, tilbudsgiverens risiko, om der kan skaffes materialer som forventet. De andre tilbudsgivere har taget højde for dette i deres tilbud.

At Kerteminde Kommune har accepteret et sådant forbehold og kapitaliseret det til 0 kr., giver Aarsleff en fordel frem for de andre tilbudsgivere i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2 stk. 3.

Aarsleffs tilbud ville ikke være det billigste, hvis dette forbehold var kapitaliseret korrekt.

Kerteminde Kommune har gjort gældende, at Aarsleffs forbehold svarede helt til det spørgsmål, som var stillet under licitationen, og som kommunen besvarede med, at et sådant forbehold ville blive prissat til 0 kr.

Kommunen har således ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet ved at have accepteret forbeholdet om krig og corona og ved at have prissat forbeholdet til 0 kr., da forbeholdet på gennemsigtig vis og under iagttagelse af ligebehandlingsprincippet er legitimeret af kommunen forud for tilbudsafgivelse ved samtidig meddelelse til alle tilbudsgivere.

Ad påstand 5

Toft Entreprise har gjort gældende, at det udgør en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet og tilbudsloven, hvis kommunen vælger at fastholde kontraktindgåelse med Aarsleff, og hvis revurdering af tilbuddet resulterer i, at Aarsleffs tilbud ikke er det laveste, jf. tilbudsbetingelserne og tildelingskriteriet "laveste bud", og jf. tilbudsloven § 10.

Hvis kommunen vælger at fastholde kontraktindgåelse med Aarsleff uden at revurdere tilbuddet, eller det ved revurdering viser sig, at Aarsleffs tilbud ikke var det laveste, har kommunen handlet ansvarspådragende, og Toft Entreprise vil være berettiget til erstatning opgjort efter princippet om positiv opfyldelsesinteresse, svarende til den fortjeneste Toft Entreprise har mistet ved ikke at få tildelt kontrakt.

Kerteminde Kommune har gjort gældende, at der ikke foreligger omstændigheder, der kan medføre, at kommunens beslutning af 20. december 2022 om at tildele kontrakten til og indlede forhandlinger med Aarsleff skal annulleres. Der foreligger heller ikke omstændigheder eller dokumentation, der kan medføre, at Toft Entreprise skal tildeles erstatning.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1 og 3

Aarsleff havde i sit tilbud i tilbudslistens position 02.05, "Råjordsarbejder, forurenede klasse 1-2 byjord" med en angivet teoretisk mængde på 700 m³, taget forbehold, idet tilbuddet som angivet i det vedlagte tilbuds-brev var baseret udelukkende på klasse 1 jord.

Et sådant forbehold vedrører ikke et grundlæggende element, og Kerteminde Kommune har derfor haft ret, men ikke pligt til at tage Aarsleffs tilbud i betragtning, dersom forbeholdet kunne prissættes på en sådan måde, at den fordel, som Aarsleff måtte have ved forbeholdet, med sikkerhed var elimineret.

Efter oplysningerne om de tilbudte priser i de øvrige tilbud finder klagenævnet, at den kapitalisering af forbeholdet, som Kerteminde Kommune har foretaget ved at tillægge 100 kr. pr. m³ jord, i alt 70.000 kr., til Aarsleffs tilbud, er sagligt begrundet og dækkende for formålet med kapitaliseringen. Toft Entreprises henvisning til beregninger, som virksomheden har foretaget, kan

ikke heroverfor tillægges betydning, navnlig under hensyn til, at Toft Entreprises eget tilbud på tilbudslistens position 02.05. lød på 365 kr. pr. m³.

Påstandene tages ikke til følge.

Ad påstand 4

Uanset, at et forbehold om tidsforlængelse på grund af navnlig krigen i Ukraine som anført af Toft Entreprise er uden selvstændig betydning, da det vil være dækket af reglerne om force majeure, har Kerteminde Kommune ikke overtrådt tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at prissætte forbeholdet, som alle tilbudsgiverne da også havde fået oplyst ville blive accepteret uden prissætning.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 5

Det følger af det, der er anført, at der ikke er grundlag for at tage påstanden til følge.

Sagsomkostninger

Under hensyn til skriftvekslingens begrænsede omfang og til, at klagen vedrører overtrædelse af tilbudsloven, fastsættes sagsomkostningerne som anført nedenfor.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

Toft Entreprise A/S skal i sagsomkostninger til Kerteminde Kommune betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Kontorelev