

K E N D E L S E

C. C. Contractor A/S
(advokat Erik Hørlyck, Aarhus)

mod

Campus Vejle VUC
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 228-375289 af 22. november 2012 udbød indklagede, Campus Vejle VUC, som begrænset udbud i henhold til direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en hovedentreprise om opførelse af undervisnings- administrations- og kantinelokaler. Tildelingskriteriet er »Laveste pris«.

Ved udløbet af fristen for ansøgning om prækvalifikation den 7. januar 2013 blev bl.a. C. C. Contractor A/S (klageren) og Kjæhr & Trillingsgaard A/S prækvalificeret til at afgive tilbud. Efter evaluering af tilbuddene meddelte indklagede ved brev af 19. marts 2013 klageren, at indklagede agtede at indgå kontrakt med Kjæhr & Trillingsgaard A/S, der havde afgivet tilbuddet med den laveste pris.

Den 26. marts 2013 indgav klageren 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. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 22.

april 2013 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har, efter klagenævnets afgørelse af 22. april 2013, nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbud fra Kjæhr & Trillingsgaard A/S under behandling, selvom denne tilbudsgiver har taget forbehold, der vedrører et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, idet denne tilbudsgiver har taget forbehold om forskudsbetaling for materialer, herunder betonelementer i strid med udbudsbetingelserne.

Påstand 2. (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at foretage en utilstrækkelig prissætning af forbeholdet i tilbuddet fra Kjæhr & Trillingsgaard A/S om forskudsbetaling for materialer, herunder betonelementer.

Påstand 3.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at foretage en utilstrækkelig prissætning af et forbehold i tilbuddet fra Kjæhr & Trillingsgaard A/S om, at tilbudssummen ikke indeholder omkostninger til grundvandssenkning.

Påstand 4.

Klagenævnet skal annullere beslutningen [hvorved må forstås indklagedes beslutning meddelt tilbudsgiverne den 19. marts 2013] om at indgå kontrakt med Kjæhr & Trillingsgaard A/S.

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

Andre oplysninger i sagen: Af udbudsbekendtgørelsen af 22. november 2012 fremgår bl.a.:

»III.1) Kontraktbetingelser

III.1.1) Sikkerhedsstillelse og garantier, som forlanges:

Kontrakter baseres på AB92 med tilføjelser og fravigelser.

Der skal stilles entreprenørgaranti i henhold til AB92§6.
 Bygherren stiller ikke sikkerhed i henhold til AB92§7
 Alle tilføjelser og fravigelse til AB 92, fremgår af udbudsmaterialet.

III.1.2) De vigtigste finansierings- og betalingsvilkår og/eller henvisning til relevante bestemmelser herom:

AB92 med tilføjelser og fravigelser

Alle tilføjelser og fravigelse til AB 92, fremgår af udbudsmaterialet.

...

IV.2.1) Tildelingskriterier

Laveste pris«

I udbudsbrev af 31. januar 2013 til de prækvalificerede tilbudsgivere angives det bl.a.:

»Udbudsbekendtgørelsen og nærværende udbudsbrev udgør sammen med nedenfor nævnte udbudsmateriale udbudsbetingelserne:

- Udbudsmaterialet indeholder følgende:
- Nærværende udbudsbrev af 31.01.2013
- ...
- Byggesagsbeskrivelse, BSB og Byggepladsbeskrivelse af 07.01.2013
- ...
- AB92, december 1992 — udarbejdet af Boligministeriet, suppleret af Byggesagsbeskrivelse, BSB.

...

Forbehold og alternative tilbud:

...

Udbyder er berettiget til, at se bort fra tilbud med forbehold.

Såfremt tilbudsgiver tager forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet medfører det endog, at udbyder er forpligtet til at betragte tilbuddet i sin sammenhæng som ukonditionsmæssigt og derfor forkaster det samlede tilbud.«

Af byggesagsbeskrivelse af 7. januar 2013 fremgår bl.a.:

»3. AB 92 (Tilføjelser)

...

B. Sikkerhedsstillelse og forsikring

Entreprenørens sikkerhedsstillelse

§ 6.

Stk. 6. Der holdes samlet aflevering.

...

C. Entreprisens udførelse

...

Projektgennemgang, dokumentation og prøver

§ 11.

Entreprenørerne skal deltage i projektgennemgang før arbejdets start. Før projektgennemgangen skal entreprenøren have sat sig grundigt ind i projektet.

Stk. 3. Entreprenørerne har pligt til at underrette byggeledelsen 10 dage inden produktion påbegyndes og inden materialeleverancer bestilles.

...

D. Bygherrens betalingsforpligtelse

Betaling

§ 22.

Stk. 1. Efter skriftlig anmodning til bygherren har entreprenøren en gang hver måned ret til betaling for udført arbejde mv. Bygherren skal senest 20 arbejdsdage fra modtagelse af anmodningen, jf. stk. 11 betale det beløb, der på byggepladsen er ydet kontraktmæssige arbejder og leverancer for.

Stk. 10. Entreprenørens slutopgørelse skal betales senest 30 arbejdsdage fra modtagelsen.«

AB 92 har på de anførte punkter i § 6 og 22 følgende ordlyd:

»§ 6.

Stk. 6. Forholdsmæssig frigivelse af sikkerheden skal ske ved afsnitsvis aflevering, jf. § 28, stk. 4, sidste punktum.

...

Betaling

§ 22.

Stk. 1. Efter skriftlig anmodning til bygherren har entreprenøren en gang hver måned ret til betaling for udført arbejde m.v. Bygherren skal senest 15 arbejdsdage fra modtagelse af anmodningen, jf. stk. 11, betale det beløb, der på byggepladsen er ydet kontraktmæssige arbejder og materialer for.

...

Stk. 10. Entreprenørens slutopgørelse skal betales senest 15 arbejdsdage fra modtagelsen.«

I § 6 består afvigelsen således i, at entreprenørens sikkerhed først frigives ved endelig aflevering og ikke trinvis, mens afvigelsen i § 22 består i, at betalingsfristerne forlænges fra henholdsvis 15 til 20 dage og fra 15 til 30 dage.

Af AB 92 § 22, stk. 2 og 3, der uden fravigelse er gældende for udbuddet, fremgår:

»Stk. 2. Entreprenøren kan - efter samme regler som anført i stk. 1 - til-
lige kræve betaling for materialer m.v., som er købt af entreprenøren og
ikke er leveret på byggepladsen. Hvis bygherren kræver det, skal entre-
prenøren stille sikkerhed for kontraktmæssig levering, jf. § 6. Sikker-
hedsstillelsens størrelse skal svare til den krævede betaling - inklusive
moms - for de ikke-leverede materialer.

Stk. 3. Betaling for materialer m.v. mere end 20 arbejdsdage før deres
anvendelse på byggepladsen kan alene kræves, hvis der er oplyst herom
i tilbuddet.«

Ved tilbudsfristens udløb den 12 marts 2013 havde indklagede modtaget
tilbud fra bl.a. klageren og Kjæhr & Trillingsgaard A/S. Klagerens samlede
pris er angivet at være 68.837.000 kr. mens Kjæhr & Trillingsgaard A/S'
samlede pris er angivet til 68.425.691 kr.

I tilbuddet fra Kjæhr & Trillingsgaard A/S er der på tilbudslistens forside,
under bemærkninger henvist til »vedlagte forudsætninger for tilbud dateret
12. marts 2013.«. Af disse forudsætninger fremgår bl.a.:

»Forudsætninger for tilbud.

...

Evt. grundvandssænkning ikke indregnet.

...

Betaling for materialer m. v. mere end 20 arbejdsdage før deres anven-
delse på byggepladsen, herunder betaling for betonelemen-
ter/leverancer, der færdigproduceres mere end 20 dage før indbyg-
ning/levering er forudsat. Herunder betaling af 10 pct. af kontraktsum
for betonelementer senest 10 arbejdsdage efter, at ordre til leverandør er
afgivet, såfremt denne ikke kan bortforhandles.«

Forudsætningen om grundvandssænkning benævnes i det følgende forud-
sætning 3, mens forudsætningen om forudbetaling benævnes forudsætning
10.

Som følge af Kjæhr & Trillingsgaard A/S' forudsætninger foretog indkla-
gede i forbindelse med evalueringen en kapitalisering af den mulige likvidi-
tetsforskydning, beregnet som det rentetab, som indklagede muligt ville lide
ved at skulle betale for materialerne på et fremskudt tidspunkt. Indklagede

foretog desuden en kapitalisering af udgiften til eventuel grundvandssænkning.

Den 19. marts 2013 meddelte indklagede tilbudsgiverne, herunder klageren, at Kjæhr & Trillingsgaard A/S havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, og at indklagede efter standstill - periodens udløb agtede at indgå kontrakt med Kjæhr & Trillingsgaard A/S.

Ved brev af 21. marts 2013 oplyste indklagede på klagerens forespørgsel bl.a.:

»Vi kan bekræfte, at [Kjæhr & Trillingsgaard A/S'] forbehold for indeholdelse af grundvandssænkning i tilbuddet er kapitaliseret og tillagt den tilbudte entreprisesum under evalueringen.

I relation til forbehold for fremskudt betaling for materialer... Forbeholdet har følgelig fuldt ud kunnet kapitaliseres.«

Det blev samtidig oplyst, at klagerens tilbudspris var blevet tillagt 1.656.000 kr. på grund af manglende indregning af 10 positioner i tilbudslisten i klagerens sammentælling af totalprisen.

Af en skriftlig erklæring dateret den 11. april 2013 fra indklagedes rådgiver, Lars Sørensen, CUBO Arkitekter A/S, som er afgivet under sagen, fremgår bl.a:

»Redegørelse for udførte kapitaliseringer af forudsætningerne nr. 3 grundvandssænkning og 10 forudbetaling, vedrørende Entreprise B, Hovedentreprisens tilbud af 12. marts 2013 fra Kjæhr & Trillingsgaard A/S

Ad 3/ Der vil muligvis skulle foretages grundvandssænkning i forbindelse med udgravning og støbning af springgrav, ved udvidelse af hallen bygning O. I forhold til udførelse af B hovedentreprisen, er der ikke i projektet andre dybereliggende konstruktioner, der på nogen måde kunne nødvendiggøre grundvandssænkninger.

Forbeholdet er kapitaliseret til 100.000 kr.

Franck Geoteknik har udarbejdet selvstændigt notat om dette forbehold.

Ad 10/ Der er som angivet i vedhæftede regneark, foretaget beregning af værdien af materialer herunder betonelementer. I samme regneark er

der angivet rentedage, som forskel mellem tidligste tidspunkt for betaling, i forbindelse med indkøb af materialer mv som anført i forudsætningen og det tidspunkt hvor sædvanlig betaling jvf AB92 § 22 skulle foregå.

Tidspunktet for forudbetaling er angivet, som tidligst mulige tidspunkt for forudbetalingen. Som forudsætning for forudbetalingen, er der indregnet tid til kontrahering samt tid til de i AB92 § 11 krævede projektgennemgangsmøder.

Det er ved fastsættelsen af renteprocenten, forudsat at en økonomisk stærk og kreditværdig låntager som Campus Vejle vil afholde licitation på långivning. Lån vil i konkurrence kunne indhentes til den afsatte rentesats der er 3,5 %.

Forudsætningen er kapitaliseret til 400.939,41 kr.«

Af det i notatet nævnte notat fra Franck Geoteknik A/S dateret den 9. april 2013 fremgår bl.a:

»Med de aktuelle jordbunds- og grundvandsforhold er det vor vurdering, at midlertidig tørholdelse af byggegrube med udgravningsbund ca. i kote + 0,3 kan udføres vha. simpel lænsning fra byggegrubens bund.

Hvis der lokalt træffes ”sandlommer” kan det blive nødvendigt at etablere et mindre antal sugespidses.

På deres foranledning har vi vurderet evt. udgifter til etablering og drift af sugespidses.

Driftsperioden vurderes til at være 3-5 uger, og de samlede udgifter til både etablering og drift, skønnes ikke at overstige 75.000,- ex. moms.«

Statsautoriseret revisor Kim Dalsgaard, BDO Statsautoriseret Revisionsaktieselskab, har i en erklæring af 11. april 2013 vedrørende prisfastsættelsesberegningen i relation til forudsætningen om forudbetaling bl.a. anført:

»Konklusion

Ved den udførte gennemgang er vi ikke blevet bekendt med forhold, der giver os anledning til at konkludere, at de anførte beløb i kolonnerne BMP, rente dage og renter i den af Lars Sørensen, Cubo Arkitekter A/S's udarbejdede opgørelse ikke er korrekte. Det er samtidig vores opfattelse, at den anvendte rente er på niveau med Campus Vejles VUC's finansieringsrente i pengeinstitut.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at forudsætning 10 i Kjæhr & Trillingsgaard A/S' tilbud om forskudsbetaling for materialer, herunder betonelementer, omfatter alle »materialer m.v.« generelt. Forudsætningen strider mod udbudsbetingelsernes betalingsvilkår og indebærer en betydelig og uoverskuelig risiko. Idet der ikke stilles sikkerhed, er der åbenbart tale om et forbehold overfor et grundlæggende element i udbudsbetingelserne.

Dette forbehold strider mod AB92 § 22, stk. 3, jf. stk. 2, hvorefter der kun er mulighed for at kræve forudbetaling mod fuld sikkerhedsstillelse op til 20 arbejdsdage før materialernes anvendelse. Formuleringen i § 22, stk. 3, »hvis der er oplyst herom i tilbuddet«, er ikke udtryk for en generel adgang til at kræve forudbetaling med eller uden sikkerhedsstillelse mere end 20 arbejdsdage før materialernes anvendelse.

Det fremgår af betænkning nr. 1246 (1993) om udkast til AB92, at »...det er en forudsætning for entreprenørens adgang til at opnå forudbetaling for materialer mere end 20 arbejdsdage før deres anvendelse, at der er oplyst herom i det (accepterede) tilbud. Oplysningen skal have en sådan karakter, at det af hensyn til prissammenligningheden er muligt for bygherren at fastsætte byrden herved«. Det fremgår heraf, at en tilkendegivelse om forudbetaling mere end 20 arbejdsdage før materialernes anvendelse har karakter af en afvigelse fra udbudsbetingelserne, som kun er gældende, hvis bygherren accepterer - og kan acceptere tilbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddet fra Kjæhr & Trillingsgaard A/S ikke indeholder forbehold overfor udbudsbetingelserne. Der er ikke i udbudsbetingelserne sket fravigelse fra bestemmelserne i AB 92 § 22, stk. 2 og 3, om entreprenørens mulighed for at kræve fremskudt betaling for materialer, herunder bygherrens mulighed for at kræve sikkerhedsstillelse for en sådan fremskudt betaling. Det følger af såvel ordlyden af AB 92 § 22 som af betænkning 1246 (1993) om udkast til AB 92, at det er en forudsætning for entreprenørens adgang til at opnå forudbetaling for materialer mere end 20 arbejdsdage før deres anvendelse, at der er oplyst herom i det (accepterede) tilbud. Det må således bero på en misforståelse, når klageren gør

gældende, at bestemmelserne alene hjemler forudbetaling op til 20 arbejdsdage før materialernes anvendelse på byggepladsen. Forudsætning 10 i tilbuddet fra Kjæhr & Trillingsgaard A/S skal naturligt forstås efter sin ordlyd sammenholdt med ordlyden af AB 92 § 22 stk. 3, således, at det er en »oplysning« i overensstemmelse med AB 92 § 22, stk. 3. Der er således ved forudsætningen ikke taget forbehold overfor bestemmelsen i AB 92 § 22, stk. 2, 2 pkt., om, at bygherren kan kræve sikkerhed for kontraktmæssig levering, hvis der kræves fremrykket betaling for materialer. Der er derfor hverken tale om noget forbehold overfor AB 92 § 22, stk. 2, eller udbudsbetingelserne.

Da tilbuddet fra Kjæhr & Trillingsgaard A/S således er konditionsmæssigt, er der ikke noget til hinder for, at indklagede accepterer det fremsendte tilbud inklusiv de heri indeholdte forudsætninger og indgår aftale med Kjæhr & Trillingsgaard A/S.

Det bestrides, at forudsætningen om forudbetaling på nogen måde skulle være konkurrenceforvridende. Alle tilbudsgivere har således kunnet gøre brug af muligheden i henhold til AB 92 § 22, stk. 2 og 3, for at oplyse en forudsætning om forudbetaling i deres tilbud.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at den prissætning, som indklagede har foretaget, må forstås således, at indklagede har udvalgt nogle af posterne i Kjæhr & Trillingsgaard A/S' tilbud og vurderet materialeandelen heri og på dette grundlag beregnet rentetabet ved forudbetaling. De udvalgte delposter andrager et samlet beløb på 28.944.155 kr. ud af Kjæhr & Trillingsgaard A/S' tilbudssum på 68.425.691 kr. Kjæhr & Trillingsgaard A/S' tilbud indeholder imidlertid materialer for et langt større beløb. Indklagede har således ikke foretaget prissætning af eksempelvis post B2.00 jord- og terrænarbejde, uagtet at der i denne post indgår bundsikringsmateriale, af post B3.00 kloakarbejde, uagtet der i denne post indgår levering af ledninger, af post B4.00 betonarbejde, uagtet at der i denne post indgår materialer til gulve, fundamenter og gulvisolering, af post B8.00 murerarbejde, uanset at der i denne post indgår materialer til slidlag, fliser og klinker, ved post B9.00 tømrerarbejde kun har prissat levering af tagkassetter, uagtet der i denne post også indgår materialerne gipsvægge og træbetonlofter, og af B20.00

elarbejdet, uagtet at der i denne post indgår belysnings-armaturer og kabler m.v.

Kjæhr & Trillingsgaard A/S' forbehold må naturligt efter sin ordlyd læses som et forbehold om forudbetaling uden sikkerhedsstillelse, idet forbeholdet ikke indeholder modifikationer.

Indklagedes mulige risiko går derfor langt ud over rentetabet og omfatter også risikoen for Kjæhr & Trillingsgaard A/S' konkurs o.l. Denne risiko er helt uoverskuelig og lader sig ikke prissætte.

Selvom det skulle blive lagt til grund, at en prissætning af indklagedes rentetab er tilstrækkelig, altså selvom der ses bort fra indklagedes risiko for at skulle betale materialerne mere end en gang i tilfælde af Kjæhr & Trillingsgaard A/S' konkurs, er den foretagne prissætning helt utilstrækkelig, idet forbeholdet omfatter langt flere materialer end forudsat af indklagede.

Forbeholdet er endelig stærkt konkurrenceforvridende, idet forudbetaling har stor betydning for muligheden for at opnå kontantrabat.

Indklagede har gjort gældende, at det er en nødvendig forudsætning for klagerens påstand 2, at den anførte forudsætning bliver kategoriseret som et forbehold. Skulle klagenævnet mod forventning finde grundlag for at anse forudsætningen som et forbehold, skal det i givet fald kapitaliseres for at stille tilbudsgiverne lige i forbindelse med evaluering og endelig tildeling af kontrakt. Om kapitalisering følger det af Højesterets dom af 5. april 2011 i sag 67/2008, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S, at en prissætning af forbehold skal tage udgangspunkt i, at prissætningsbeløbet med i hvert fald en høj grad af sikkerhed kan dække de omkostninger, som forbeholdet kan medføre for udbyderen.

Kapitalisering af forbehold har grundlag i ligebehandlingsprincippet, idet tilbudsgivere ikke skal kunne opnå en fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere gennem de tagne forbehold, ligesom tilbuddene skal være afgivet på lige vilkår. Proportionalitetsprincippet tilsiger, at der ved kapitalisering sker en prissætning, som indeholder de omkostninger, som med en høj grad af sikkerhed vil dække de omkostninger, som forbeholdet kan indebære for den ordregivende myndighed, men at kapitaliseringen heller ikke går videre end nødvendigt.

Indklagede har kapitaliseret en potentiel forudbetaling i henhold til en forudsætning om de materialer og komponenter, der gøres til genstand for krav om forudbetaling. Det gælder materialer, der er projektspecifikke og ordreproducerede, og hvor der indgår en relativ længere fremstillingsperiode. Entreprenører har et konkret behov for mellemfinansiering ved køb af disse materialer. Ved entreprenørens afgivelse af ordre på produktion af disse materialer, vil entreprenørens underleverandør sædvanligvis kræve betaling for at igangsætte produktion af varer. For at kunne opnå samtidig betaling fra bygherren til dækning af entreprenørens omkostninger til materialekøbet, skal entreprenøren udnytte muligheden efter AB 92 § 22, stk. 2 og 3, idet entreprenøren ellers vil skulle finansiere indkøbet, indtil materialerne leveres på pladsen. Den mellemfinansiering kan som anført undgås ved at kræve forudbetaling.

I byggeriet anvendes tillige en række andre materialer, som er lagervarer, og som indkøbes til umiddelbar anvendelse/levering og indarbejdelse på pladsen. For disse materialer vil der være samtidighed mellem entreprenørens indkøb og levering på pladsen, og der vil følgelig ikke være nogen mellemfinansiering, som omtalt ovenfor for de særproducerede materialer. Entreprenøren vil derimod for disse materialer kunne fordrø betaling fra bygherren samtidig med/umiddelbart efter entreprenørens leverandører kræver betaling for levering af materialerne. Entreprenøren vil derfor ikke have noget behov for at kræve forudbetaling af disse materialer.

Da varerne i forvejen ligger på lager, er der ikke leverings- og produktions-tid, og det giver derfor tidsmæssigt samt økonomisk ikke mening for en entreprenør at indkøbe disse varer til lager, idet entreprenøren i så fald ville binde sin kapital i materialer med unødige ekstraudgifter til følge. Af unødige ekstraomkostninger for indkøb af disse materialer kan nævnes, at et eventuelt krav om forudbetaling i givet fald vil kræve, at entreprenøren skulle stille sikkerhed i overensstemmelse med AB 92 § 6 jf. AB 92 § 22, stk. 2. Eftersom der ikke er behov for forudgående indkøb af materialerne på samme måde som for de særproducerede materialer, vil der i givet fald være tale om en unødig ekstraomkostning.

De af klageren anførte materialer, der efter klagerens opfattelse skulle have været medtaget i kapitaliseringen, angår de øvrige lagervarer.

At det ikke er lagervarer, men derimod præfabrikerede elementer og leverancer, der er tiltænkt forudbetaling af ved forudsætning 10 fra Kjæhr & Trillingsgaard A/S, fremgår af ordlyden af forudsætningen, hvor det fremhæves, at eventuel forudbetaling bl.a. vedrører betaling for betonelementer/leverancer, der færdigproduceres mere end 20 dage før indbygning/levering.

Indklagedes kapitalisering af forudsætning nr. 10 er sket ud fra ordlyden af forudsætningen og AB 92 § 22, stk. 2 og 3, som omhandlende de særproducerede materialer og i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

I relation til spørgsmålet om sikkerhed for eventuel forudbetaling gøres det gældende, at AB 92 § 22, stk. 2, ikke er fraveget. Indklagede kan derfor kræve fuld sikkerhedsstillelse for eventuelle forudbetalinger. Der er derfor ikke grundlag for nogen kapitalisering heraf.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes prissætning af forbeholdet om grundvandssenkning til 100.000 kr. på grundlag af notat af 9. april 2013 fra Franck Geoteknik A/S er en efterrationalisering. Det fremgår af dateringen, at dette notat ikke kan have foreligget, da indklagede fortog prissætningen. Af notatet fra Franck Geoteknik A/S fremgår, at omkostningerne til sugespidsen i eventuelle sandlommer skønnes ikke at overstige 75.000 kr. ud fra en driftsperiode på 3-5 uger.

For det første kan driftsperioden i praksis vise sig at være væsentlig længere end 3-5 uger, og for det andet fremgår det af notatet fra Franck Geoteknik A/S, at der ikke er taget hensyn til etablering og drift af lensepumper med henblik på tørholdelse af byggegrube. Det må på denne baggrund antages, at indklagedes risiko for tillægsbetaling på grundlag af Kjæhr & Trillingsgaard A/S' forbehold om grundvandssenkning kan blive væsentlig større end 100.000 kr., og prissætningen er derfor ikke sket med den sikkerhed, der kræves i henhold til Højesterets dom af 5. april 2011 i sag 67/2008, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke forventes at være grundlag for udførelse af grundvandssenkning under udførelse af de udbudte entrepriseopgaver. Da det ikke kan udelukkes, at der kunne opstå behov for udførelse

af mindre foranstaltninger til sænkning af grundvandet, er de potentielle omkostninger til udførelse heraf medtaget ved evaluering af tilbuddene. Der er således ud fra et forsigtighedsprincip foretaget kapitalisering af forudsætning nr. 3 i tilbuddet fra Kjæhr og Trillingsgaard A/S som et forbehold for udbudsbetingelserne.

Den fremlagte erklæring fra Franck Geoteknik A/S er ikke en efterrationalisering, men derimod en sagkyndig vurdering af den tidligere gennemførte kapitalisering udført af indklagedes rådgiver, Cubo Arkitekter A/S i forbindelse med tilbudsevalueringen. Erklæringen er indhentet til dokumentation for, at den af Cubo Arkitekter A/S gennemførte kapitalisering er korrekt.

Den sagkyndige erklæring fra Franck Geoteknik A/S konkluderer, at en eventuel driftsperiode vurderes at udgøre 3-5 uger, og at de samlede udgifter til både etablering og drift ikke skønnes at overstige kr. 75.000 ekskl. moms. Den af indklagede foretagne kapitalisering af forbeholdet overstiger således vurderingen af de eventuelle omkostninger hertil foretaget af Franck Geoteknik A/S med 33,3 %.

Udgifter til lænsepumper er ikke indeholdt i kapitaliseringen i erklæringen fra Franck Geoteknik A/S. Dette skyldes, at det ikke er nødvendigt at anvende lænsepumper, når der er etableret et sugespidsanlæg. Lænsepumper vil alene i givet fald blive anvendt under byggeriet som tørholdelse for overfladevand. Dette er imidlertid blot en vejrligsforanstaltning, der afregnes efter forbrug og ikke har nogen forbindelse med en eventuel grundvandssænkning.

Den foretagne prissætning er således foretaget i overensstemmelse højesterets præmisser i dom af 5. april 2011, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S, idet det beregnede beløb med sikkerhed eller i hvert fald en høj grad af sikkerhed dækker den tillægsbetaling, som forbeholdet ville kunne indebære for indklagede.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at klageren har påvist, at Kjæhr & Trillingsgaard A/S' tilbud ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Det følger heraf, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende at der ikke er grundlag for annullering af indklagedes beslutning om tildeling af kontrakt til Kjæhr & Trillingsgaard A/S.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1:

I klagenævnets kendelse af 22. april 2013 er det vedrørende påstand 1 anført:

»...

Vedrørende betingelse nr. 1 (»*fumus boni juris*«) bemærker klagenævnet, at et forbehold er en afvigelse fra udbudsbetingelserne, uden at udbudsbetingelserne har lagt op til, at sådanne afvigelser er tilladt.

Af såvel udbudsbekendtgørelsen som udbudsbrev og byggesagsbeskrivelse fremgår, at AB 92 i sin helhed er gældende for udbuddet bortset fra de specifikke undtagelser, der er anført i udbudsmaterialet. De undtagelser, der er gjort til AB 92 § 6 og § 22, angår forlængelse af fristen for frigivelse af den af entreprenøren stillede sikkerhed og forlængelse af betalingsfrister for udført arbejde og slutopgørelse. Der er derimod ikke sket fravigelse fra bestemmelserne i AB 92 § 22, stk. 2 og 3, om fremskudt betaling for materialer, herunder bygherrens mulighed for at kræve sikkerhedsstillelse for en sådan fremskudt betaling.

Det fremgår af AB 92 § 22, stk. 3, at en tilbudsgiver alene kan kræve fremskudt betaling for materialer, hvis tilbudsgiver har oplyst herom i tilbuddet. Kjæhr & Trillingsgaard A/S' »forudsætninger for tilbud« om, at tilbudsgiveren har forudsat »betaling for materialer m. v. mere end 20 arbejdsdage før deres anvendelse på byggepladsen«, må efter sin ordlyd sammenholdt med ordlyden af AB 92, § 22, stk. 2, naturligt forstås således, at det er en »oplysning« i overensstemmelse med AB 92 § 22, stk. 3. Der er ikke i forudsætningen taget forbehold overfor bestemmelsen i AB 92 § 22, stk. 2, 2. pkt., om, at bygherren kan kræve sikkerhed

for kontraktmæssig levering, hvis der skal ske fremrykket betaling for materialer.

Der er derfor efter en foreløbig vurdering ikke grundlag for at anse Kjæhr & Trillingsgaard A/S' »forudsætninger for tilbud« for et forbehold overfor grundlæggende elementer i udbuddet, hvorfor der ikke er udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 1.«

Det bemærkes, at muligheden for at forudsætte forudbetaling har været åben for alle tilbudsgivere.

Af de grunde, som klagenævnet har anført i kendelsen af 22. april 2013, og da det, som efterfølgende er kommet frem, ikke kan føre til andet resultat, tages klagerens påstand 1 ikke til følge.

Ad påstand 2

Af de grunde, der er anført ad påstand 1, er der ikke grundlag for at karakterisere den forudsætning, som Kjæhr & Trillingsgaard A/S har anført i sit tilbud, om »betaling for materialer m.v. mere end 20 arbejdsdage før deres anvendelse på byggepladsen« som et forbehold, idet forudsætningen ikke indeholder en afvigelse fra udbudsbetingelserne. Den prissætning, der rent faktisk er sket, kan derfor i forhold til klageren ikke anses for at være i strid med ligebehandlingsprincippet.

Påstanden tages allerede derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Det fremgår af indklagedes supplerende redegørelse til klageren af 21. marts 2013 om baggrunden for tildelingsbeslutningen, at indklagede i forbindelse med evalueringen af tilbuddene har foretaget en prissætning af Kjæhr & Trillingsgaard A/S' forbehold vedrørende grundvandssænkning. Hvordan dette er sket, fremgår af den skriftlige erklæring, som Lars Sørensen, CUBO Arkitekter A/S, har afgivet under sagen. At prissætningen er sket på en saglig og objektiv måde med et beløb, der med sikkerhed eller i hvert fald med en høj grad af sikkerhed skulle kunne dække den tillægsbetaling, som forbeholdet ville kunne indebære for indklagede, støttes af den erklæring af 9. april 2013 fra Franck Geoteknik A/S, der er indhentet under

sagen, og som udtaler sig om ikke alene den beløbsmæssige opgørelse, men tillige om de forudsætninger, der er lagt til grund.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Efter udfaldet af klagenævnets afgørelse vedrørende påstand 1-3 tages klagerens påstand 4 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Thomas Schapiro
kontorfunktionær