

Klagenævnet for Udbud

(A.F. Wehner, Trine Heidemann Garde, Thomas Jensen)

J.nr.: 03-134.362

21. november 2003

K E N D E L S E

Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn A/S
(advokat René Offersen, København)

mod

Vejle Amt
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Indklagede, Vejle Amt, gennemførte i begyndelsen af 2003 offentlig licitation i henhold til lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (Tilbudsloven) vedrørende anlæggelsen af ca. 6 km landevej som omfartsvej sydvest for Østbirk. Entreprisen omfattede jord-, afvandings-, bundsikrings- og belægningsarbejde samt cykelstier inkl. tunneler og ombygning af skærende veje.

På baggrund af licitationsbetingelser af 27. februar 2003 afgav 8 virksomheder, herunder MT Højgaard A/S og klageren Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn A/S, den 24. marts 2003 tilbud. Umiddelbart i forbindelse med afgivelsen af tilbud, blev de indkomne tilbud under overværelse af repræsentanter fra de 8 tilbudsgivere åbnet.

MT Højgaard A/S var lavestbydende. Klagerens tilbud var det næstlaveste. Indklagede besluttede på denne baggrund at indgå kontrakt med MT Højgaard A/S vedrørende den entreprise, som licitationen vedrørte. Ved brev af 25. april 2003 blev det meddelt de øvrige tilbudsgivere, at arbejdet var overdraget til MT Højgaard A/S.

Indklagede har oplyst, at indklagede den 9. april 2003 sendte et udkast til accept til MT Højgaard A/S, hvilket blev tiltrådt, og arbejdet er påbegyndt den 22. april 2003. Kontrakten med MT Højgaard A/S blev indgået den 24. april 2003.

Den 22. maj 2003 indgav klageren, Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Vejle Amt. Klagen har været behandlet på et møde den 17. oktober 2003.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 7, 1. pkt., jf. § 6, ved efter det i licitationsbetingelserne fastsatte tidspunkt for åbning af tilbud var indtrådt at have udsat åbningen af tilbud.

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

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 2

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 5, stk. 2, 1. pkt., jf. § 6, ved at tage tilbudet fra MT Højgaard A/S i betragtning, uagtet dette tilbud var afgivet efter udløbet af den i licitationsbetingelserne fastsatte frist for afgivelse af tilbud.

I en følgeskrivelse til licitationsbetingelserne af 27. februar 2003, der er stilet til de bydende entreprenører, hedder det blandt andet:

»Åbningen af tilbud foregår, som anført i udbudsannoncen den 24. marts 2003 kl. 11.00 i Amtsgårdens mødecenter.«

I licitationsbetingelserne af 27. februar 2003 er tildelingskriteriet fastsat til »det laveste tilbud«. Endvidere er der under overskriften »Tilbud« anført følgende:

»Tilbud modtages som anført i udbudsannoncen hos

Vejle Amt
Damhaven 12
7100 Vejle

Tilbudet skal afgives skriftligt og den vedlagte tilbudskuvert skal benyttes.

Eventuelle forbehold skal tydeligt være anført på tilbudslistens side 2.

Det er entreprenørens forpligtelse at sikre sig at tilbudet, eventuelle forbehold, bliver afleveret rettidigt og oplæst ved åbningen af tilbudene.

Ikke bekendtgjorte tilbud vil blive afvist.«

I udbudsbekendtgørelse af 12. februar 2003, hvortil der var henvist i licitationsbetingelserne af 27. februar 2003, er der blandt andet anført følgende:

»6.a Sidste frist for modtagelse af tilbud:

Torsdag den 24. marts 2002 kl. 11.00

6.b Adresse:

Tilbudet mærket »Omfartsvej sydvest for Østbirk« indleveres eller sendes til Vejle Amt, Teknik og Miljø, Damhaven 12, 7100 Vejle, DANMARK.

.....

7.a Adgang til åbning af buddene:

De bydende er berettigede til at være til stede ved åbningen af buddene.

7.b Dato, klokkeslæt og sted:

Torsdag den 24. marts 2003 kl. 11.00, se punkt 1.«

Klagenævnet har lagt til grund, at såvel det i punkt 6.a som det i punkt 7.b nævnte tidspunkt er anført forkert og rettelig skulle have været mandag den 24. marts 2003. Den 24. marts 2003 genfindes således også i licitationsbetingelserne som tidspunktet for åbningen af tilbud.

I en beskrivelse af begivenhedsforløbet vedrørende afleveringen af tilbud og den efterfølgende åbning deraf 24. marts 2003, som den 25. marts 2003 er udarbejdet af indklagede, ved ingeniør Kai Egede Jensen, på klagerens opfordring og udsendt til tilbudsgiverne, er der anført følgende:

»Tilbudsgivning den 24. marts 2003, entreprise 4 omfartsvej sydvest for Østbirk.

I forbindelse med aflevering af tilbud ved ovenstående entreprise opstod der, før offentliggørelsen af tilbudene, et ønske fra en entreprenør om at få udskudt åbningstidspunktet, som følge af at han var blevet opholdt i trafikken.

Undertegnede besluttede at acceptere hans anmodning, med baggrund i et generelt ønske om priskonkurrence på Vejle Amts arbejder.

Tilbudsgivningen ved ovenstående entreprise, hvor undertegnede var mødeleder, havde følgende hændelsesforløb:

Kl. 11.00 var repræsentanter fra syv entreprenørfirmaer mødt op og afventede åbning af de afleverede bud.

Undertegnede hilste på samtlige entreprenører og udleverede en liste over de entreprenører, som havde ønsket at afgive tilbud.

Kl. 11.02 oplyste undertegnede ved udleveringen af vedlagte A4 ark, at tilbudsgivningen d.d. udskydes til kl.11.15.

Begrundelsen for udskydelsen af tilbudsåbningen var, som ovenfor anført, at en tilbudsgiver var blevet opholdt i trafikken.«

Det ark, som af Kai Egede Jensen den 24. marts 2003 blev udleveret til de fremmødte repræsentanter for tilbudsgiverne i forbindelse med afleveringen men forud for åbningen af tilbudene, havde følgende ordlyd:

»Vejle den 24. marts 2003-03-24

Tilbudsgivningen d.d. udskydes til 11,15.«

Der er for Klagenævnet afgivet forklaring af entreprenør og medindehaver af klageren, Peter Poulsen, og ingeniør Kai Egede Jensen, der har fungeret som projektleder i denne sag for indklagede.

Peter Poulsen har forklaret, at klageren gennem mange år har drevet entreprenørvirksomhed og i den forbindelse har deltaget i mange licitationer og udført meget arbejdet for indklagede. Han mødte som repræsentant for klageren hos indklagede den 24. marts 2003 ca. 20 minutter før kl. 11.00. Han medbragte klagerens tilbud. Ca. 5-10 minutter senere ankom Orla Kyed fra indklagede og tog imod tilbudene. Kl. 10.56 ankom Kai Egede Jensen. Han hilste på tilbudsgivernes repræsentanter og udleverede en liste over de entreprenører, som havde afgivet tilbud. Derefter forlod Orla Kyed og Kai Egede Jensen lokalet. Ca. 10-20 sekunder senere kom Orla Kyed igen ind i lokalet, hvor tilbudsgiverne befandt sig, og kl. 11.02 kom Kai Egede Jensen ind og udleverede en seddel med oplysning om, at tilbudsgivningen var ud-

sat til kl. 11.15. Kai Egede Jensen begrundede det med, at én tilbudsgiver sad fast i trafikken. De tilstedeværende repræsentanter fra de syv tilbudsgivere havde på det tidspunkt afleveret deres tilbud, men ingen tilbud var åbnet. Ca. 5 minutter senere ankom repræsentanten fra den sidste tilbudsgiver, MT Højgaard A/S, og afleverede sit tilbud. Kl. 11.15 blev tilbudene åbnet, og man kunne konstatere, at MT Højgaard A/S var lavestbydende. Ved tidligere licitationer hos Vejle Amt har det ofte været sådan, at man på det nøjagtige tidspunkt for udløbet af fristen for aflevering af tilbud formelt har konstateret, at dette tidspunkt var indtrådt, og at der derfor ikke kunne afgives flere tilbud.

Kai Egede Jensen har gengivet hændelsesforløbet som beskrevet i hans beskrivelse af begivenhedsforløbet af 25. marts 2003. Han har supplerende forklaret, at han ca. 10-20 minutter før kl. 11.00 den 24. marts 2003 modtog et telefonopkald fra repræsentanten fra MT Højgaard A/S, som oplyste, at han sad fast i trafikken og spurgte, om åbningen af tilbud kunne udskydes et kvarter. Han forelagde problemet for sin chef, som var indforstået med at acceptere den kortvarige udsættelse med henblik på at opnå størst mulig priskonkurrence på den opgave, licitationen vedrørte. De fandt det ikke betænkeligt, da ingen af de modtagne tilbud var åbnet på det tidspunkt. Indklagede ville have gjort det samme, uanset hvilken tilbudsgiver, der under de givne omstændigheder var blevet forsinket. Han bad straks sin sekretær om at skrive på et stykke papir, at tilbudsgivningen blev udskudt til kl. 11.15 med henblik på, at han kunne udleverede det på skrift til tilbudsgivernes repræsentanter. Da han kl. 10.56 var nede i mødesalen for at hilse på tilbudsgivernes repræsentanter, havde han allerede besluttet, at der skulle ske en kortvarig udsættelse, men han ville ikke sige noget til tilbudsgiverne, før han havde det på skrift. Han forlod igen lokalet og fik fra sin sekretær udleveret sedlen med beskeden om udsættelsen. Han gik derefter straks tilbage til lokalet, hvor tilbudsgivernes repræsentanter opholdt sig. Her annoncerede han udsættelsen og udleverede sedlen. Han ved ikke nøjagtigt, hvad klokken var, men han har på stedet erkendt, at den var 11.00, da dette skete. Kort efter mødte repræsentanten fra MT Højgaard A/S op og afleverede selskabets tilbud. Man ventede alligevel til kl. 11.15 med at åbne tilbudene, hvilket skete efter helt almindelig procedure, hvor han læste tilbudssummerne og forbehold op. Alle tilbud var blevet afleveret på selve dagen for åbningen af tilbud.

Parternes anbringender:

Klageren har gjort gældende, at det var i strid med Tilbudslovens § 7, 1. pkt., at indklagede, efter at det tidspunkt for åbning af tilbud, der var fastsat i licitationsbetingelserne, var indtrådt, udsatte åbningen af tilbudene. Beslutningen om udsættelsen er endvidere i strid med ligebehandlingsprincippet, som udtrykt i Tilbudslovens § 6, stk. 1, da den blev truffet på begæring af og til fordel for én tilbudsgiver, der som den eneste ikke havde disponeret sin tid, så man kunne være fremme i tide, og som i den mellemliggende periode potentielt kunne have været i kontakt med andre. Det samme synspunkt vil formentligt have gjort sig gældende, hvis åbningen af tilbudene var udsat, før det i licitationsbetingelserne fastsatte tidspunkt var indtrådt, idet det ikke er en saglig begrundelse, som kan opveje hensynet til ligebehandlingsprincippet, at én tilbudsgiver er forsinket. Reglen om fastsættelse af et nøjagtigt tidspunkt for afleveringen af tilbud skal sikre, at der ikke efterfølgende kan herske nogen som helst tvivl, herunder hos de øvrige tilbudsgivere, om, at alle tilbudsgivere er behandlet lige. Derfor er det efter Tilbudsloven således, at tidspunktet for åbningen af tilbud skal tages helt bogstaveligt. Dette synspunkt har støtte i den juridiske litteratur.

Indklagede har gjort gældende, at beslutningen om udsættelsen af åbningen af tilbud blev truffet før tidspunktet for åbning af tilbud, som det var fastsat i licitationsbetingelserne, var indtrådt, men blot i et sammenhængende forløb meddelt tilbudsgiverne efter dette tidspunkt, hvilket er lovmæssigt acceptabelt og har støtte helt tilbage i AB 1951, som danner grundlag for nuværende regler, uden at der har været antydninger af, at man har agtet at ændre reglerne. Det centrale er, at intet tilbud blev åbnet før udsættelsen, og ingen tilbudsgiver derved fik en konkurrencemæssig fordel ved kendskab til de øvrige tilbudsgiveres tilbud. Henset til den ubetydelige udsættelse, der i den foreliggende sag er tale om, har dette resultat også støtte i proportionalitetsprincippet.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet lægger til grund, at beslutningen om at udsætte åbningen af tilbud blev meddelt tilbudsgiverne – og derved kom til deres kundskab – den 24. marts 2003 kl. 11.02.

MT Højgaard A/S, med hvem indklagede efterfølgende valgte at indgå kontrakt, afleverede efter accept fra indklagede sit tilbud, efter at det tidspunkt for aflevering af tilbud, der var fastsat i licitationsbetingelserne, var indtrådt. Der ses ikke i Tilbudsloven at være hjemmel til at tage tilbud i betragtning, som er indleveret efter den i licitationsbetingelserne fastsatte frist for aflevering af tilbud. Indklagede har således handlet i strid med Tilbudslovens § 5, stk. 2, 1. pkt., jf. § 6, ved at have taget tilbudet fra MT Højgaard A/S i betragtning og efterfølgende besluttet at indgå kontrakt med MT Højgaard A/S. MT Højgaard A/S har således - både i forhold til tilbudsgivere, som havde disponeret således, at de kunne være til stede med henblik på at aflevere deres tilbud rettidigt og i forhold til potentielle andre tilbudsgivere, som måtte være blevet forsinket og derved have valgt at afstå fra at afgive tilbud - fået en fordel i forbindelse med afgivelse af tilbud, derved at indklagede imødekom denne tilbudsgivers ønske om udsættelse.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Vejle Amt, har handlet i strid med Tilbudslovens § 5, stk. 2, 1. pkt., jf. § 6, ved at tage tilbudet fra MT Højgaard A/S i betragtning, uagtet dette tilbud var afgivet efter udløbet af den i licitationsbetingelserne fastsatte frist for afgivelse af tilbud.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klageren, Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn A/S, betale 10.000 kr., der betales 8 uger efter modtagelsen af denne kendelse, medmindre den forinden er indbragt for domstolen.

Klagegebyret tilbagetales.

A.F. Wehner

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig