

K E N D E L S E

TL Byg A/S
(advokat Rasmus B. Bylov, Aalborg)

mod

Region Midtjylland
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 047-080292 af 3. marts 2015, offentliggjort den 7. marts 2015, udbød Region Midtjylland, Regionshospitalet Viborg, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) et bygge- og anlægsarbejde i form af en entreprise vedrørende aptering af et nyt akutcenter ved Regionshospitalet Viborg. Værdien blev i udbudsbekendtgørelsen anslået til mellem 50 og 65 mio. kr.

Region Midtjylland prækvalificerede følgende virksomheder:

- Hustømrerne A/S
- Raunstrup Tømrer Århus
- STB Byg A/S
- Thomas Andersen A/S
- TL Byg A/S

Udbudsmaterialet blev udsendt den 8. maj 2015, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 9. juli 2015 besluttede Region Midtjylland at indgå kontrakt

med Thomas Andersen A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 30. oktober 2015.

Den 19. februar 2016 indgav TL Byg A/S (TL Byg) klage til Klagenævnet for Udbud over Region Midtjylland. Klagen har været behandlet skriftligt.

TL Byg har nedlagt følgende påstande, idet påstand 8, som angik aktindsigt, er frafaldet, efter at anmodningen om aktindsigt er imødekommet, ligesom også påstand 10 er frafaldet:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet), artikel 2, og det EU-udbudsretlige ligebehandlings- og/eller gennemsigtighedsprincip ved ikke at afvise tilbuddet fra Thomas Andersen A/S, uagtet at dette tilbud indeholdt forbehold over for de tilbudte priser og/eller den udbudte ydelse, som vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og/eller uagtet at den økonomiske rækkevidde af dette tilbuds forbehold er så usikker, at forbeholdet ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan prissættes.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet), artikel 2, og det EU-udbudsretlige ligebehandlings- og/eller gennemsigtighedsprincip ved ikke at afvise tilbud fra Thomas Andersen A/S, uagtet at dette tilbud indeholdt forbehold, hvorved ansvar og risiko for indregning af betydelige mængder i Thomas Andersen A/S' tilbudssum blev overført til Region Midtjylland, hvilket vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet), artikel 2, og det EU-udbudsretlige ligebehandlings- og/eller gennemsigtighedsprincip ved ikke at foretage en prissætning af forbeholdet, som kan efterprøves, da det hverken fremgår af Thomas Andersen A/S' forbehold eller Region Midtjyllands prissætning heraf, hvilke mængder der regnes med.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) artikel 2, og det EU-udbudsretlige ligebehandlings- og/eller gennemsigtighedsprincip ved ikke at afvise tilbud fra Thomas Andersen A/S, uagtet at dette tilbud med forbehold tilsidesatte de form- og/eller mindstekrav til tilbud, som er indeholdt i udbudsbetingelserne, jf. udbudsbrevet, side 2, afsnit 1 og 2, og AB 92 med Region Midtjyllands tilføjelser og fravigelser, ad § 2, stk. 2.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstandene 1 - 4)

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet), artikel 2, og det EU-udbudsretlige ligebehandlings- og/eller gennemsigtighedsprincip ved ikke at afvise tilbud fra Thomas Andersen A/S, uagtet at dette tilbud indeholdt alternative tilbud, som vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 1-5)

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet), artikel 2, subsidiært udbudsloven, § 2, stk. 1, og det EU-udbudsretlige ligebehandlings-, forhandlings- og/eller gennemsigtighedsprincip ved indgåelse af entreprisekontrakt af den 30. oktober 2015 med bilag A-E, som indeholder væsentlige ændringer af de tilbudte priser og/eller arbejder fra Thomas Andersen A/S og/eller den udbudte ydelse og/eller grundlaget i øvrigt for udbuddet (udbudsbetingelserne), som ikke kan gennemføres uden konkurrenceudsættelse, dvs. ved et fornyet udbud.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet), artikel 2, og det EU-udbudsretlige ligebehandlings- og/eller gennemsigtighedsprincip ved grov tilsidesættelse af udbudstidsplanen, grov tilsidesættelse af reglerne om aktindsigt, herunder tiden for svar på TL Byg A/S' anmodning(er) om aktindsigt, den senere aktindsigt og/eller den manglende aktindsigt, grov tilsidesættelse af reglerne om offentliggørelse af kontraktindgåelse i Den Europæiske Unions Tidende og/eller de mange nye doku-

menter vedrørende prisfastsættelse m.v., som ligger efter tildelingsbeslutningen i tidsmæssig henseende.

Påstand 9 (subsidiær i forhold til påstand 1-7)

Klagenævnet skal konstatere, at forholdene, der er angivet under påstandene 1, 2, 3, 4, 5, 6 og/eller 7, tilsammen vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og/eller hvis økonomiske rækkevidde er så usikker, at forbeholdet ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan prissættes.

Påstand 11

Region Midtjylland tilpligtes til TL Byg A/S at betale kr. 8.207.642,00, subsidiært et mindre beløb fastsat efter Klagenævnets skøn, med procesrente fra klagens indgivelse og til betaling finder sted.

Påstand 12 (subsidiær i forhold til påstand 11)

Region Midtjylland tilpligtes til TL Byg A/S at betale kr. 115.622,00, subsidiært et mindre beløb fastsat efter klagenævnets skøn, med procesrente fra klagens indgivelse og til betaling finder sted.

Region Midtjylland har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Region Midtjylland har vedrørende påstand 6, 7 og 9 nedlagt principal påstand om, at klagen afvises, og subsidiær påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Region Midtjylland har vedrørende påstand 11 og 12 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 11 og 12, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 7 og 9.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen af 3. marts 2015 fremgår:

” ...

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene
E06 - Apteringsentreprisen – storentreprise.

I forbindelse med opførelsen af akutcenter Viborg, umiddelbart syd for Regionshospitalet Viborg skal der udføres aputeringsarbejder.

Det samlede byggeprojektet omfatter ca. 24.500 m² nybygning og ca. 7000 m² ombygning i det eksisterende hospital.

Entreprisen indeholder blandt andet følgende arbejder:

Diverse indvendige nedbrydningsarbejder i forbindelse med ombygningen i det eksisterende hospital, etablering af indvendige gipsvægge, døre og lofter, slidlag inkl. lyddug, gulvbelægninger samt flise- og klinkearbejder.

...

II.1.9) Oplysninger om alternative tilbud

Alternative tilbud vil blive taget i betragtning: nej

...

IV.1.2) Grænse for, hvor mange økonomiske aktører der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage

Forventet antal økonomiske aktører: 5

...

IV.2.1) Tildelingskriterier

Laveste pris

...”

...

Af udbudsbrevet af 8. maj 2015 fremgår bl.a.:

”Tilbudsfrist og tilbudsliste [side 2 afsnit 1 og 2]:

...

Tilbud afleveres i en udfyldt, underskrevet pdf fil og en låst excel-fil. Den bydende har ansvaret for formlerne i excel-filen, herunder korrekt sammentælling, samt at teksten i tilbudslisten er enslydende med den udsendte pdf.-fil. Samtlige poster på tilbudslisten skal udfyldes.

Alternative tilbud modtages ikke.

Spørgefrist:

Eventuelle spørgsmål til udbudsmaterialet skal stilles skriftligt pr. e-mail til moc@midtconsult.dk senest den 10. juni 2015 kl. 12.00, hvor spørgefristen udløber. Spørgsmål stillet efter dette tidspunkt vil kun blive besvaret i det omfang, der er muligt senest 6 dage inden tilbudsfristens udløb.

...

Orienterings- og besigtigelsesmøde:

Entreprenøren skal sætte sig grundigt ind i og skaffe sig fuld oversigt over alle stedlige forhold, som kan have betydning for gennemførelsen af arbejdet. Den bydende er pligtige til at besigtige forholdene på stedet inden tilbud gives, således at alle forhold, som kan have indflydelse på

prisen, er indeholdt i tilbuddet. Ukendskab til ovennævnte kendte forhold vil ikke blive honoreret.

...

Forbehold:

Bygherren ønsker ikke at modtage tilbud med forbehold.

Såfremt tilbuddet indeholder forbehold, vil bygherren således altid være berettiget til at afvise tilbuddet. Bygherren vil desuden være forpligtet til at afvise et tilbud med forbehold, såfremt forbeholdet relaterer sig til et grundlæggende element i udbudsmaterialet, eller hvis forbeholdet ikke kan prissættes objektivt og på tilstrækkeligt sikkert grundlag.

Såfremt bygherren ikke afviser tilbuddene, er denne forpligtet til at prissætte forbeholdene. Hvis forbeholdet kan prissættes, er bygherre i medfør af praksis fra Klagenævnet for Udbud forpligtet til at prissætte forbeholdet til den maksimale omkostning, som forbeholdet kan risikere at medføre for bygherren. Tilbudsgiver opfordres derfor kraftigt til at begrænse forbehold og i stedet søge eventuelle uklarheder opklaret ved at stille spørgsmål.

...”

Udbudsmaterialet indeholdt et bilag ”Dørskema”, hvor hvert dønummer er angivet med en 6 cifret typekode og dørtypebetegnelse. Derudover er der for hvert dønummer angivet krav til bredde, højde, brandkrav, ADK, lydkrav, vægtykkelse, bundskinne, glasudskæring, karm, overflade dørblad og beslagsæt nr. For så vidt angår beslagsæt nr. indeholder dørskemaet bagerst en nærmere beskrivelse af, hvad det enkelte beslagsæt omfatter. For visse dørtypetkoder (type-id) er angivet flere forskellige beslagsæt, afhængigt af hvor døren konkret er placeret. Bilaget indeholder i alt 16 sider med ca. 39 dørlinier pr. side. I tilbudslisten er der ikke for de angivne dørtyper sondret mellem de forskellige krav til beslagsæt, glasudskæring og lydkrav, som var gældende for den pågældende dørtype, afhængigt af hvor i byggeriet døren skulle placeres.

Tilbudslisten er for så vidt angår døre således ikke identisk med ”dørskemaet”, idet tilbudslisten i modsætning til ”dørskemaet” ikke tager højde for de tilfælde, hvor samme dørtype (afhængig af dørens placering) skal leveres med forskellige beslagsæt, glasudskæring og lydkrav.

Eksempelvis er døre med dørtypetkoden 321.525 omfattet af brandkrav 30 (EI2 30-C) angivet med såvel beslagsæt nr. 13 som beslagsæt nr. 11. I tilbudslisten er der kun en position for døre med dørtypetkoden 321.525. Tøm-

ermester Thomas Andersen A/S har for denne dør brugt beslagsæt 11 (det billigste) og i sin præcisering, jf. nedenfor, angivet tillægsprisen for beslagsæt nr. 13.

I BSB byggesagsbeskrivelsen fremgår bl.a.:

”1.7. Verificering af mængder:

1.7.1 Generelt

Når den konditionsmæssigt lavestbydende entreprenør er fundet og underretning har fundet sted, starter standstill perioden frem mod kontrakt. I standstill perioden skal entreprenøren deltage i en mængdeverificering af det udbudte projekts mængder. Verificeringen skal ende op med, at der opnås enighed om prissætningsgrundlaget.

Mængdeverificeringen betyder:

- At tildelingsbeslutningen udelukkende træffes på grundlag af de mængder, der er angivet i tilbudslisten, og at den efterfølgende mængdeverificering således ikke ændrer indholdet af den trufne tildelingsbeslutning.
- ...
- At justering af prisen i forbindelse med mængdeverificeringen sker på baggrund af de af entreprenøren tilbudte enhedspriser...
- At prisen efter kontraktindgåelsen er fast, og at entreprenøren derfor efter kontraktindgåelsen overtager risikoen for mængderne i udbudsmaterialet,
...”

Af ”W31 Arbejdsbeskrivelse” fremgår blandt andet:

”3.5.8 Beslag og besætning

Generelt

Indvendige døre, porte, glaspartier og -vægge m.v. skal beslås som angivet i Dørskema - indvendige døre og Beslagliste - indvendige døre.

...

Beslåning, generelt

Døre og partier skal leveres med udfræsninger og gennemboringer for kabler, motorer og elektromagnetiske låse, el-slutblik samt fleksible karmoverføringer for tilslutning af automatik, ADK og ABDL.

...

Dørautomatik

Dørautomatik dimensioneres af leverandør efter dørenes vægt og funktion.

Dørautomatik skal være CE-mærket, typeafprøvet og certificeret iht. DIN 18650 (Low Energy) og godkendt iht. EN 1154 og EN 1158.

Dørautomatik skal kunne kombineres med adgangskontrol (ADK) og ABA-anlæg herunder dørlukningsanlæg (ABDL).

...

3.5.9 Døre

Der skal påregnes koordinering med øvrige entreprenører i forbindelse med tilslutning af dørautomatik, ADK og dørlukkere herunder ABDL.

Nærværende entreprenør leverer og monterer

- ...
- alle dørlukkere (inkl, ABDL) og automatik (inkl. kabling og tilslutning til åbningstryk og nødafbrydere på døre uden ADK).
- alle åbningstryk og nødafbrydere (ekskl. åbningstryk for døre med ADK og inkl. tilslutning til automatik på døre uden ADK).

• ...

Bemærk at for døre uden ADK skal nærværende entreprenør færdiggøre alt arbejdet ekskl. tilslutning til 230 volt.

El- og sikringsentreprenør leverer og monterer

- ...
- alle ADK-systemer inkl. controllere, transmission og server.

...

4.1.9 Materialer og produkter

...

Dørautomatik

Dørautomatik, ADK og dørlukkere herunder ABDL leveres og monteres iht. Dørskema og beslagsliste og som beskrevet i pkt. 3.5.9.”

I BSB byggesagsbeskrivelsen er henvist til dokumentet ”AB 92 med Region Midtjyllands tilføjelser og afvigelser”. Af dette dokument fremgår blandt andet, at

”De bydende skal gøre sig bekendt med arbejdsvilkårene på stedet og selv foretage supplerende undersøgelser, der anses for nødvendige for tilbudsgivningen

...

Delpriser, bygherren har anmodet om at få oplyst i tilbuddet, er bindende for entreprenøren”

Af ”AB 92 med Region Midtjyllands tilføjelser og afvigelser” § 2, stk. 2, fremgår desuden:

”Tilbud skal afgives i henhold til følgende dokumenter, der danner grundlag for såvel afgivelse af tilbud, som overdragelse og udførelse af arbejdet:

- Evt. fremsendt tillæg til udbudsmaterialet
- Udbudsskrivelse
- Tilbudsliste
- Byggesagsbeskrivelse
- Entreprisebeskrivelse
- ...”

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde Region Midtjylland modtaget tilbud fra blandt andre Thomas Andersen A/S og TL Byg.

Af tilbuddet af 2. juli 2015 fra Thomas Andersen A/S, der havde en tilbuds-sum eksklusiv moms på 72.966.429,57 kr., fremgår blandt andet:

”Forbehold:

Præcisering til tilbud fra Thomas Andersen A/S.”

Af bilaget ”Præcisering til tilbud på E06 fra Thomas Andersen A/S” fremgår:

”Uklarheder i forbindelse med placering af ydelser på tilbudslisten under W31-321 Indvendige døre.

Det er ikke muligt særskilt at placere døre med lydkrav, glasudskæring på tilbudslistens punkter. Ligesom der til nogle type-id hører flere forskellige beslagssæt, hvilket heller ikke er muligt at placere særskilt på tilbudslisten.

Derfor er der ved sammenfald/uklarhed valgt at indregne den billigste dør/beslagssæt der opfylder det angivne type-id.

Som tillægspris kan der oplyses følgende. Priserne er pr. stk. ud for hver type id, der er ikke opgjort et antal:

[oplistning]”

Bilagets oplistning indeholder 53 tillægspriser fordelt på 20 id-numre med tillægspriser pr. stk. eksklusiv moms på mellem 315 kr. og 40.340 kr.

Af tilbudssummen på i alt ca. 73 mio. kr. relaterede ca. 26 mio. kr. sig til ”indvendige døre og vinduer”.

Primo juli 2015 rettede TL Byg flere gange henvendelse til Region Midtjylland med bemærkning om, at tilbuddet fra Thomas Andersen A/S efter virksomhedens vurdering var ukonditionsmæssigt blandt andet som følge af, at ikke hele tilbuddet var indleveret som angivet i udbudsbrevet under ”Tilbudsfrist og tilbudsliste”, at der reelt var tale om et alternativt tilbud for så vidt angår præciseringen, og at præciseringen var et forbehold, der forpligtede Region Midtjylland til at afvise tilbuddet.

Region Midtjylland afviste ved brev af 9. juli 2015 indsigelsen fra TL Byg. Samme dag orienterede regionen tilbudsgiverne om, at Thomas Andersen A/S havde afgivet tilbuddet med den laveste pris. Af brevet til TL Byg herom fremgår blandt andet:

”Samtlige tilbud er vurderet at være konditionsmæssige.

Som det fremgår af ovenstående er det Tømrermester Thomas Andersen A/S, der har afgivet den laveste pris. Prisen er afgivet med forbeholdet: ”Præcisering til tilbud fra Thomas Andersen A/S”. For sammenligning af priserne er forbeholdet kapitaliseret.

Forbeholdet er kapitaliseret til 5.449.560,00 kr. Tømrermester Thomas Andersen A/S korrigerede tilbud bliver hermed 78.415.989,57 kr., hvilket er den laveste pris.

På baggrund heraf meddeles det, at bygherren agter at foretage kontrahering med Tømrermester Thomas Andersen A/S vedr. E06- Aptering-sentreprisen.”

Det fremgik desuden, at TL Byg havde afgivet tilbuddet med den næstlaveste pris på 81.570.000 kr.

På forespørgsel fra TL Byg oplyste Region Midtjylland den 17. august 2015 blandt andet, at:

”De nødvendige enheder og mængder til prissætning af de manglende døre og beslagsæt kan desuden udledes af dørskema, der blev udsendt til tilbudsgiverne den 28. maj 2015 med rettelsesblad 01.”

Parterne fortsatte via deres advokater korrespondancen herom. I forbindelse hermed fremsendte Region Midtjylland den 22. oktober 2015 et excelskema til TL Byg. Det blev i brevet anført, at skemaet

”tager således udgangspunkt i projektets dørskema, som indeholder alle døre, hvortil der er tilføjet priser på "lydkrav", "glasudskæring" og "beslagsæt" til hver enkelt dør i det omfang, det måtte være relevant. Excel-arket samler disse priser til en delsum og efterfølgende til en totalsum på kr. 5.449.560 ekskl. moms. Kapitaliseringen er i øvrigt baseret på de enhedspriser, der er tilbudt som tillægspriser i præciseringen af tilbuddet fra Tømrmester Thomas Andersen A/S.”

Af bilag D til den kontrakt, der den 30. oktober 2015 blev indgået mellem Thomas Andersen A/S og Region Midtjylland, fremgår blandt andet:

”Forudsætninger/Præciseringer.
Tilbudslisten/

W14 Gipsvægge:

Entreprenøren er indstillet på at løbe risikoen og acceptere mængderne som angivet på tilbudslisten.

Hvis man fra rådgiverens side accepterer, at væggene skal overholde funktionskravene til lyd og brand, vægtykkelse mfl. og den endelige opbygning af gipsvægge er entreprenørens valg / ansvar under hensyn til ovenstående krav. Dette tillæg giver mulighed for at optimere og reducere antallet af vægtyper.

W28 Gulve Linoleum R9:

Mængden i den tilrettede tilbudsliste stemmer ikke overens med vores opmåling. [...]

Det er aftalt mellem Projektgruppen Viborg, at arealet kontrolmåles senere, og evt. difference afregnes efterfølgende på aftaleseddel.

Besparelsesoversigt/

Døre. Omfang af glas:

Hele afsnittet skal gennemgås. Den oplyste pris (her fradrag) på glasudskæring skal genberegnes ift. Hvor meget glas man ønsker at undlade. – Desuden ser det ud til, at der er regnefejl i afsnittet.

Derudover er der en række punkter der kræver efterfølgende gennemgang og evt. priskorrektion så som ”Dørkarne type minimere omfanget af stålkarme”, ”Omfang af blyglas”, [...]

Kontrakten/

10. Ændring i entreprisen:

Ændringer kan afregnes efter de opgivne enhedspriser frem til det punkt, hvor projektets fremdrift gør, at der løber ekstra omkostninger på enhedspriserne.”

Region Midtjyllands rådgiver under udbuddet har i et notat af 8. januar 2016 redegjort for, hvordan kapitaliseringen af forbeholdet er sket. Det fremgår heraf blandt andet:

” ...

Thomas Andersen havde vedlagt et skema som beskrev tillægsprisen til den enkelte standard dørtype for at komme op på samme kvalitetsniveau som var gældende i udbudsmaterialet. Det var dermed relativt nemt at sammenligne "pære" med "pære" idet PV kunne kapitalisere Thomas Andersens tillægspriser med udgangspunkt i udbudsmaterialets dørskema A-N-X-XX-6-32-601.x1sx, omdøbt til Thomas Andersen enhedspriser A-N-X-XX-6-32-601.x1sx

Alle nødvendige tal og mængder var tilstede i forbindelse med det afgivne tilbud og vi har taget hvert af Thomas Andersens tillægspunkter og isoleret dem i dørskemaet og tilføjet tillægsprisen.

Det er gjort ved hjælp af de filter/sorterings værktøjer der er i Excel og gør det meget let at isolerer de enkelte punkter.

På denne måde er tillægsprisen fremkommet og selvom den lægges oven i tilbuddet er der stadig en solid margin til nr. 2, hvorfor PV anbefalede at Regionen gik ind i videre forhandlinger samt kontraktindgåelsen med Thomas Andersen.

Eksempel:

På de næste sider er et eksempel på et af punkterne, illustreret med 4 udklip.

Først isoleres døre efter type-id 321.530, derefter på beslagsæt nr. 16 og til sidst tilføjes tillægsprisen 19.790.

I dørskema er der flere kolonner til tillægspriser, da den enkelte dør kan have flere tillægspriser, f.eks. med et beslagsæt i stedet for et andet og f.eks. brandkrav til en glasudskæring.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1-3

TL Byg har gjort gældende, at det efter formuleringen af udbudsbetingelserne må lægges til grund, at Region Midtjylland i udbuddet lægger op til, at forbehold ikke vil blive accepteret, men at tilbudsgiverne i stedet skal stille spørgsmål til regionen. På den baggrund skal råderummet for at antage tilbud med forbehold fortolkes indskrænkende. Udbudsbetingelserne har

således ”lukket” for forbehold, som ellers normalt bliver betragtet som ikke grundlæggende elementer.

Tømrermester Thomas Andersen A/S har ubestridt taget et forbehold over for priserne i tilbudslisten. Forbeholdet omfatter, at et betydeligt antal af entreprisens døre ikke er prissat på tilbudslisten. Regionen har allerede af den grund været forpligtet til at afvise tilbuddet.

Særligt vedrørende påstand 1, 1. led, at tilbuddet fra Tømrermester Thomas Andersen A/S indeholdt forbehold over for de tilbudte priser og/eller den udbudte ydelse, som vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, har TL Byg gjort gældende, at et forbehold over for de tilbudte priser er et forbehold, der vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Forbeholdet er under alle omstændigheder i strid med grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, idet det fører til, at tilbudsgiver ikke bærer det fulde ansvar og den fulde risiko for beregning af tilbuddet, hvilket netop var tilbudsgivernes opgave, at betydelige og nødvendige ydelser i pågældende arbejdsbeskrivelser m.v., f.eks. lyd, el, beslagsæt, glasudskæringer og skydedøre, ikke er indeholdt/prissat i det afgivne tilbud, hvilket medfører betydelige ekstraarbejder, som berettiger Tømrermester Thomas Andersen A/S til tidsfristforlængelse, jf. AB92 § 24, stk. 1, nr. 1, hvilket er et forbehold, der skal sidestilles med et forbehold over for tidsplanen, at prissætning af et uklart forbehold, der relaterer sig til en række kerneydelser i den udbudte entreprise, og som efter Regions Midtjyllands opfattelse har en værdi på 5,4 mio. kr., skal anses som et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, at ansvar og risikoen for indregning af betydelige mængder og arbejdsmetode i Thomas Andersen A/S’ tilbudssum er overført til Region Midtjylland (bygherren), som efter udbudsbetingelserne skulle være tilbudsgiverens (entreprenørens) opgave at indregne, jf. forudsætningsvist AB 92 § 2, stk. 2, og § 10, stk. 2, og at forbeholdet dermed påvirker pris/leverance.

Når et tilbud indeholder forbehold for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, er Region Midtjylland ikke blot berettiget, men forpligtet til at forkaste det pågældende tilbud. Det gælder, uanset om forbeholdet kan prissættes eller ej.

Det bestrides, at den omstændighed, at mængderisikoen pålægges bygherren, i modsætning til tilbuddene fra de øvrige bydende, ikke har nogen be-

tydning, blot fordi ”den vindende tilbudsgiver, jf. byggesagsbeskrivelsens punkt 1.7, er berettiget til en justering af entreprisesummen, såfremt de endelige mængder afviger fra de mængder, der er angivet i tilbudslisten.” Denne regulering er ikke helt så enkel, jf. i det hele Byggesagsbeskrivelsen, punkt 1.7. I udbuddet er opgørelsen af mængder afgørende for, hvem af de bydende som vinder priskonkurrencen.

TL Byg har vedrørende påstand 1, 2. led, – hvorefter den økonomiske rækkevidde af forbeholdet er så usikker, at forbeholdet ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan prissættes på et tilstrækkeligt sikret grundlag, hvorfor regionen var forpligtet til at forkaste tilbuddet fra Thomas Andersen A/S – gjort gældende, at prissætning er umulig på det fornødne objektive grundlag, da forbeholdet er formuleret generelt og ubestemt. Forbeholdet indeholder således alene en række enhedspriser på ydelser i entreprisen uden angivelse af antallet på hver ydelse. Forbeholdet henviser ikke til andre dokumenter, hvorfra relevante mængder kan udledes – heller ikke dørskemaet.

Region Midtjylland har primo 2016 fremsendt et notat af 8. januar 2016, som er en efterfølgende og kompliceret redegørelse for, hvordan forbeholdet i Thomas Andersen A/S’ tilbud er prissat. Henset til, at Region Midtjylland i de forudgående ca. 6 måneder ikke har været i stand til at redegøre for, hvordan forbeholdet er prissat, at notat af 8. januar 2016 er udarbejdet med henblik på denne sag, og at TL Bygs beregnere ikke kan prisfastsætte forbeholdet ud fra de angivne bemærkninger, skal notatet ikke tillægges nogen bevismæssig betydning i sagen.

Herudover har Region Midtjylland fremsendt et notat dateret mandag 6. juli 2015, der indeholder et omfattende og kompliceret analysearbejde vedrørende alle 10 udbudte entrepriser, herunder blandt andet en pris på kr. 5.449.560,00 for forbeholdet i Tømrermester Thomas Andersen A/S’ tilbud. Formålet med notatet er at dokumentere, at forbeholdet er prissat forud for tildelingsbeslutningen. Efter bilagets datering er forbeholdet prissat ca. to arbejdsdage efter tilbudsfristens udløb. Kapitaliseringsnotatet er på over 30 A3-sider med flere tusinde tidskrævende mellemregninger, som herudover skal udledes af et kompliceret dørskema, som er på over 20 A4 sider med igen flere tusinde tidskrævende poster/ydelser. Der er derfor ikke alene med notatet af 6. juli 2016 ført bevis for, at forbeholdet i Thomas Andersen A/S’ tilbud reelt er prissat forud for tildelingsbeslutningen.

Den omstændighed, at Region Midtjylland på vegne af Thomas Andersen A/S udfører en så omfattende og tidskrævende prisfastsættelse af betydelige leverancer og arbejder i priskonkurrencen, medfører – udover at mængderisikoen herved pålægges bygherren, i modsætning til tilbuddene fra de øvrige tilbudsgivere – en tidsmæssig fordel for Thomas Andersen A/S, således at denne entreprenør (i forhold til de øvrige tilbudsgivere) har haft længere tid til at prisfastsætte de øvrige udbudte leverancer/arbejder i priskonkurrencen. Det er i direkte strid med lighedsgrundsætningen. Det fremgår i øvrigt af den indgåede entreprisekontrakt af 30. oktober 2015, at netop mængderisikoen har spillet en stor rolle for Thomas Andersen A/S i udbuddet, idet det fremgår, at ”Entreprenøren er indstillet på at løbe risikoen og acceptere mængderne som angivet på tilbudslisten. Hvis man fra rådgiverens side accepterer, at ... den endelige opbygning af gipsvægge er entreprenørens valg.”

Det er i forbeholdet uklart, hvad de forbeholdte enhedspriser relaterer sig til, og hvilke ydelser der er omfattet af pågældende pris. At TL Bygs afdeling for beregning, der består af 5 mand med over 30 års anciennitet, ikke har været i stand til at bekræfte beregningerne, skyldes hverken ”manglende kendskab til filter-/sorteringsværkstøjer, der er i excel, eller manglende vilje”, som tidligere anført af Region Midtjylland, men at forbeholdet ganske enkelt ikke kan prissættes ud fra de bilag, som Region Midtjylland har anført i form af dørskemaet og forbeholdet, på et tilstrækkeligt sikret grundlag.

At forbeholdet ikke har kunnet prissættes tilstrækkelig sikkert, støttes af, at forbeholdet indeholder syv forskellige enhedspriser til en dørtype (type-id) 321.500, som ikke eksisterer i dørskemaet. Det er således ikke matematisk muligt at prisfastsætte de forbeholdte ydelser ”Lydkrav 35 dB”, hvor enhedsprisen er angivet til kr. 655, ”EL lås m.v. + beslagsæt nr. 13 i stedet for nr. 11”, hvor enhedsprisen er angivet til kr. 4.810, ”Beslagsæt nr. 2 i stedet for nr. 10”, hvor enhedsprisen er angivet til kr. 365, ”Beslagsæt nr. 3 i stedet for nr. 10”, hvor enhedsprisen er angivet til kr. 315, ”Glasudskæring i dørblad med brandkrav 30”, hvor enhedsprisen er angivet til kr. 5.240, ”Glasudskæringer i dørblad med brandkrav 60”, hvor enhedsprisen er angivet til kr. 8.840, eller ”Glasudskæringer i dørblad med lydkrav 35 dB”, hvor enhedsprisen er angivet til kr. 4.810.

Region Midtjylland har antaget, ”at der er tale om en skrivefejl”, og at der således skulle have stået dørtype (type-id) 321.520. Dette har karakter af rent gætterier og i øvrigt ikke korrekt. Det er korrekt, at dørtype (type-id) 321.520 indgår i dørskemaet, men dørtype (type-id) 321.520 indgår ikke på nogen måde ”i de varianter, der er omfattet af tillægspriserne i Tømrermester Thomas Andersen A/S’ tilbud.”

Forbeholdet indeholder desuden henvisninger til beslagsæt, som ikke eksisterer i dørskemaet. Vedrørende dørtype (type-id) 321.688 indeholder tilbuddet et forbehold for ”Beslagsæt nr. 34 i stedet for nr. 31”. Der findes imidlertid ikke et beslagsæt nr. 34 til dørtype (type-id) 321.688. Det er således heller ikke muligt at prissætte dette forhold på et sikkert grundlag. Region Midtjylland anerkender i processkrift A, at beslagsæt nr. 34 ikke findes til dørtype (type-id) 321.688. Dørtype (type-id) 321.688 findes i dørskemaet med såvel beslagsæt nr. 30, nr. 31 og nr. 33, som er forskellige ydelser med forskellige værdiansættelser. Det har karakter af rent gætterier, når Region Midtjylland vælger en prisfastsætning med beslagsæt nr. 31, som i øvrigt har den laveste værdiansættelse.

Region Midtjyllands prisfastsættelse af forbeholdet indeholder heller ikke en korrekt opgørelse af mængderne i dørskemaet. Eksempelvis er dørtype (type-id) 321.525 vedrørende glasudskæring m.v., fastsat med for små mængder. Region Midtjylland mangler således 1 stk. dørunnummer 11.274. Heller ikke for dørtype (type-id) ”321.605 – skydedør BD30 komplet med automatik”, er mængden korrekt opgjort, idet den er indeholdt 38 gange i dørskemaet, men alene medtaget 5 gange i Region Midtjyllands prisfastsættelse af forbeholdet. Der mangler således alene for denne dørtype en prisfastsættelse af 33 stk. til en samlet værdi af 744.480 kr. ekskl. moms.

Region Midtjyllands argumentation med ADK-funktioner er et ”klodset” forsøg på at rede den manglende prisfastsættelse af 33 stk. branddøre til en værdi af 744.480 kr. ekskl. moms, idet det bemærkes, at det af entreprisens arbejdsbeskrivelse fremgår at ”El- og sikringsentreprenør [læs: tredjemand] leverer og monterer: ... alle ADK-systemer inkl. controllere, transmission og server”.

Det er videre ubestridt, at Tømrermester Thomas Andersen A/S’ tidsmæssig fordel og fordel ved fralægning af mængderisikoen for betydelige ydelser

ikke er prissat og ikke kan prisfastsættes på det fornødne objektive grundlag.

At forbeholdet er prissat alt for lavt støttes desuden af, at Thomas Andersen A/S' tilbud efter kapitaliseringen af forbeholdet fortsat er 8,6 mio. kr. lavere end tilbuddene fra henholdsvis STB Byg A/S og TL Byg.

TL Byg har særligt vedrørende påstand 2 gjort gældende, at tilbuddet fra Tømrermester Thomas Andersen A/S indeholdt forbehold, hvorved ansvar og risiko for indregning af de nødvendige mængder i Thomas Andersen A/S' tilbudssum blev overført til Region Midtjylland. Forbeholdet vedrører derfor grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

TL Byg har særligt vedrørende påstand 3 gjort gældende, at Region Midtjyllands prissætning af forbeholdet ikke kan efterprøves, da det hverken fremgår af Tømrermester Thomas Andersen A/S' forbehold eller Region Midtjyllands prissætning heraf, hvilke mængder prissætningen regner med.

Region Midtjylland har ikke bestridt, at tilbuddet fra Tømrermester Thomas Andersen A/S indeholdt en præcisering, der må betragtes som et forbehold. Regionen har derimod bestridt, at forbeholdet angår grundlæggende elementer, og har videre gjort gældende, at forbeholdet kunne prissættes tilstrækkelig præcist, hvorfor regionen ikke har været forpligtet til at afvise tilbuddet fra Tømrermester Thomas Andersen som ukonditionsmæssigt.

Det bestrides, at regionen i udbudsbetingelserne har forpligtet sig til at afvise tilbud med forbehold. Regionen har i udbudsbrevet således blot beskrevet de principper for behandling af tilbud med forbehold, der følger af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Som det fremgår af såvel den præciserende tekst i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud som de oplyste tillægspriser, relaterer forbeholdet i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud sig ikke til indholdet og omfanget af den udbudte og tilbudte ydelse, men udelukkende til en usikkerhed i forhold til, hvorledes denne ydelse i relation til de efterspurgte dørtyper kan/skal prissættes. Tilbuddet indeholder således alle de udbudte/efterspurgte ydelser, og alle de udbudte/efterspurgte ydelser er prissat i tilbuddet. Forbeholdet relaterer sig udelukkende til den omstændighed, at

visse af de udbudte/efterspurgte ydelser er prissat via enhedspriser og ikke indgår i tilbudssummen.

Da Tømrermester Thomas Andersen A/S dels har alle udbudte ydelser med i sit tilbud, dels utvetydigt har angivet, hvorledes de ydelser, der er omfattet af præciseringen i tilbuddet, skal prissættes, kan/skal præciseringen i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud ikke betragtes som et forbehold overfor udbudsmaterialets grundlæggende elementer, herunder tidsplanen.

Forbeholdet relaterer sig til en mindre del af det samlede udbud, nemlig et konkret krav til enkelte af de døre, der indgik i tilbuddet. Prissætningen af forbeholdet er foretaget af regionens rådgiver, Midtconsult, i forbindelse med vurderingen af de indkomne tilbud på apteringsentreprisen. Prissætningen er foretaget på baggrund af de bindende tillægspriser, der fremgår af præciseringen i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud. Det fremgår således præcist heraf, hvilke beslagsæt der er medregnet, og hvad merprisen er for at udskifte et beslagsæt til et andet (og dyrere) beslagsæt, og/eller for opfyldelse af lydkrav og/eller glasudskæring. Kapitaliseringen er sket direkte i dørschemaet med henblik på at sikre, at samtlige ”manglende ydelser” blev prissat. Kapitaliseringen er således sket for alle døre med beslagsæt, lydkrav og glasudskæringer, der ikke er prissat i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud.

Det er med præciseringen i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud muligt umiddelbart at identificere, hvilke dele af udbudsmaterialet og dermed tilbuddet, der ikke indgår i tilbudssummen, og hvorledes de pågældende dele skal prissættes. Forbeholdet er således så præcist formuleret, at det uden videre er muligt at prissætte forbeholdet objektivt og med den fornødne sikkerhed.

At forbeholdet i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud reelt er prissat forud for tildelingsbeslutningen, fremgår ikke alene af, at der er overensstemmelse mellem beløbet i det interne indstillingsnotat og den som bilag D fremlagte kalkulation, men tillige af, at beløbet tillige stemmer overens med det beløb, der fremgår af regionens tildelingsbrev af 9. juli 2015 til TL Byg.

Tømrermester Thomas Andersen A/S har i sit tilbud prissat de ydelser, der er omfattet af præciseringen i selskabets tilbud. Forskellen mellem Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud og de øvrige tilbudsgiveres tilbud

er således udelukkende, om de pågældende priser er multipliceret med de fornødne mængder og medtaget i den samlede tilbudssum eller ej. Tømrermester Thomas Andersen A/S har således ikke haft længere tid til at prissætte de øvrige udbudte leverancer/arbejder end de øvrige tilbudsgivere. Dette understøttes i øvrigt af, at præciseringen i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud er prissat i indstillingsskrivelsen af 6. juli 2015, der er udarbejdet 4 kalenderdage og 2 arbejdsdage efter, at tilbudsgiveren afgav tilbud.

Regionen har generelt mængderisikoen for alle mængder angivet i udbudsmaterialet, jf. bl.a. bestemmelserne om mængdeverificering i byggesagsbeskrivelsens punkt 1.7. Hverken Tømrermester Thomas Andersen A/S eller de øvrige tilbudsgivere har således risikoen for, at de mængder, der er angivet i tilbudslisten, svarer til de reelle mængder, idet den vindende tilbudsgiver, jf. byggesagsbeskrivelsens punkt 1.7, er berettiget til en justering af enterprisesummen, såfremt de endelige mængder afviger fra de mængder, der er angivet i tilbudslisten. Realiteten er derfor, at regionen med præciseringen i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud har en bedre position end tilfældet ville have været, hvis TL Byg havde vundet udbuddet. Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud indeholder således – henset til at præciseringen udelukkende relaterer sig til ydelser, som ikke er prissat separat i tilbudslisten – i modsætning til tilbuddet fra TL Byg mere målrettede/detaljerede enhedspriser, som kan anvendes ved en efterfølgende mængdeverificering.

Forbeholdet er hverken generelt eller ubestemt formuleret. Forbeholdet relaterer sig således – som det fremgår af overskriften – til placeringen af ydelser på tilbudslisten under W31-321, indvendige døre. Af den efterfølgende tekst fremgår det desuden, at forbeholdet relaterer sig til ”døre med lydkrav, glasudskæring på tilbudslistens punkter. Ligesom der til nogle type-id hører flere forskellige beslagssæt”. Endelig er der i forbeholdet ud for hver dørtype (specificeret med type-id) angivet en tillægspris for de ydelser, som ikke er medtaget i den samlede tilbudssum. Der er således tale om et meget konkret forbehold, der relaterer sig til nogle specifikke punkter på tilbudslisten vedrørende nogle specifikke døre, ligesom forbeholdet for så vidt angår de omfattede døre er konkretiseret til helt bestemte forhold vedrørende den enkelte dørtype. Det er således ikke korrekt, når TL Byg anfører, at ”forbeholdet er formuleret ... generelt og ubestemt”.

Beslaglisten indeholder ikke ydelser, der skal prissættes separat. Dette er imidlertid ikke udtryk for, at beslag ikke er prissat. De relevante beslag er angivet i dørschemaet og således prissat under den dørtype, beslaget relaterer sig til/er relevant for.

Det er korrekt, at dørtype (type-id) 321.500 ikke eksisterer i dørschemaet. Henset til at den dørtype, der er omfattet af de pågældende tillægspriser, ikke er relevant for udbuddet, kunne regionen have prissat denne del af præciseringen i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud til 0 kr. Da dørtypene (type-id) i præciseringen af Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud i øvrigt er angivet i kronologisk orden, har regionens rådgiver – ud fra et forsigtighedssynspunkt i forbindelse med præciseringen af forbeholdet – antaget, at der var tale om en skrivefejl, og at der således skulle have stået dørtype (type-id) 321.520. Denne dørtype indgår således i byggeriet, således som det også fremgår af dørschemaet i de varianter, der er omfattet af tillægspriserne i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud.

Særligt for så vidt angår dørtype (type-id) 321.688 tiltræder regionen, at der i dørschemaet ikke er et krav om anvendelse af dørtype (type-id) 321.688 med beslagsæt nr. 34. Også denne del af præciseringen i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud kunne derfor være prissat til 0 kr. Også her, har regionens rådgiver dog – ud fra forsigtighedsmæssige hensyn – valgt at antage, at der er tale om en skrivefejl. I dørschemaet indgår dørtype (type-id) 321.688 således med såvel beslagsæt nr. 31 som beslagsæt nr. 33. Forskellen mellem beslagsæt 31 og 33 er, som det fremgår af beslaglisten i dørschemaet afslutningsvis, i øvrigt udelukkende forskellige ADK (automatisk adgangskontrol) funktioner. Regionen har således ud fra et forsigtighedshensyn i forbindelse med prissætningen lagt til grund, at tillægsprisen relaterer sig til levering af dørtype (type-id) 321.688 med beslagsæt nr. 33 fremfor beslagsæt nr. 31. Denne del af præciseringen i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud relaterer sig til én enkelt dør.

På baggrund af de konkrete omstændigheder har regionen med rette kunnet antage, at der har været tale om en skrivefejl i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud.

For så vidt angår mængderne af dørtype (type-id) 321.525 og dørtype (type-id) 321.605 bemærkes, at regionen ved en fornyet kontrol af prissætningen af forbeholdet ikke har kunnet identificere uoverensstemmelser mellem

dørskemaet og de prissatte mængder for dørtype (type-id) 321.525. Dørn timer 11.274 er således placeret på 2. etage og prissat i bilag D s. 4, 24. række.

Særligt for så vidt angår dørtype (type-id) 321.605 indeholder dørskemaet 38 døre, heraf 2 døre uden pumpe (E12 30) og 36 døre med pumpe (E12 30-C). 5 af de 36 døre med pumpe (E12 30-C) indeholder desuden ADK (automatisk adgangskontrol) funktioner. Tilbudslisten indeholder under position W31 mulighed for at angive enhedspriser for dørtype (type-id) 321.605 uden pumpe (E12 30) og med pumpe (E12 30-C). For så vidt angår den pågældende dørtype med pumpe (E12 30-C) er det i tilbudslisten ikke muligt særskilt at prissætte de 5 døre, der indeholder ADK-funktioner. De 33 døre, TL Byg omtaler, omfatter alle døre uden ADK-funktioner, og er derfor ikke omfattet af præciseringen i Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud. Det er derfor ikke korrekt, når TL Byg gør gældende, at prissætningen af forbeholdet ikke indeholder en korrekt opgørelse af de relevante mængder.

For så vidt angår TL Bygs bemærkninger om, at mængderisikoen har spillet en betydelig rolle for Tømrermester Thomas Andersen A/S, bemærkes, at entreprisekontrakten relaterer sig til mængderisikoen efter indgåelse af kontrakt, hvor mængderisikoen efter mængdeverificeringen, jf. også byggesagsbeskrivelsens punkt 1.7, er overgået til entreprenøren.

TL Bygs minutiøse gennemgang af regionens prissætning af forbeholdet viser med al tydelighed, dels at TL Byg uden videre har kunnet gennemskue prissætningen, dels at prissætningen er foretaget på et gennemskueligt og sikkert grundlag. Selv hvis der – hvilket bestrides – er belæg for yderligere prissætning af forbeholdet, vil en sådan yderligere prissætning utvivlsomt kunne rummes inden for den økonomiske forskel, der er mellem Tømrermester Thomas Andersen A/S' tilbud og TL Bygs tilbud på mere end 3 mio. kr. ekskl. moms.

Ad påstand 4

TL Byg har gjort gældende, at den del af tilbuddet fra Thomas Andersen A/S, der betegnes "Præcisering til tilbud fra Thomas Andersen A/S", ikke opfylder de form-/minimumskrav til tilbud, som er indeholdt i udbudsbrevet under punktet "Tilbudsfrist og tilbudsliste", hvorfor tilbuddet er ukonditionsmæssigt.

Tilbud skulle i henhold til udbudsbrevet ”afleveres i en udfyldt, underskrevet pdf-fil og en låst excel-fil”. Af AB 92 med Region Midtjyllands tilføjelser og fravigelser fremgik videre, at tilbud skulle afgives i henhold en nærmere angivet opregning af dokumenter. Tilbud skulle således afgives/afleveres i henhold til tilbudslisten/den udsendte pdf-fil. De bydendes tilbud kan således ikke afgives på anden måde/form. Tilbud der ikke opfyldte disse krav var således ikke konditionsmæssige.

Thomas Andersen A/S har afgivet sit tilbud af 2. juli 2015 i såvel den udsendte pdf-fil/tilbudsliste som i et ”eget” dokument ”Præcisering til tilbud på E06 fra Thomas Andersen A/S”. Tilbuddet er dermed ikke i overensstemmelse med kravene i udbudsbrevet og AB 92 med Region Midtjyllands tilføjelser og fravigelser. At selv små afvigelser fra mindstekrav skal føre til afvisning følger blandt andet af klagenævnets kendelse af 6. august 2001 Oxford Research mod Faaborg Kommune, hvor der var pligt til at afvise et tilbud på 16 sider, da udbudsbetingelserne indeholdt begrænsning på 15 sider for tilbud. Tilsvarende afgørelsen U2005.1648V hvor der var pligt til at afvise et tilbud, der blev afgivet kl. 11.15, da udbudsbetingelserne indeholdt bestemmelse om, at tilbud skulle afgives kl. 11.00, klagenævnets kendelse af 14. maj 2008, Trans-Lift ApS mod DSB, hvor et tilbud på gelænder med ”95 cm” var ukonditionsmæssigt, da udbudsbetingelserne krævede gelænder på ”1 meter”, og klagenævnets kendelse af 26. maj 2010, MK Riisager Transport ApS mod Hjørring Kommune, hvor der var pligt til at afvise tilbud, som manglende udfyldning af en rubrik i tilbudslisten om ”entreprise/rutenummer”.

Det bestrides, at den manglende overholdelse af kravet i udbudsbrevet er berettiget i medfør af den nu ophævede implementeringsbekendtgørelse (bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011) § 12, stk. 1, nr. 1.

Region Midtjylland har gjort gældende, at Thomas Andersen A/S har afleveret sit tilbud i en underskrevet pdf-fil og en låst excel-fil inden for den angivne frist. Desuden er alle poster i tilbudslisten udfyldt. Den omstændighed, at Thomas Andersen A/S – ud over tilbudslisten – vedlagde sit tilbud et dokument med priser, som Thomas Andersen A/S ikke har kunnet identificere på tilbudslisten, indebærer ikke, at formkravet til tilbuddets indhold i udbudsbrevet ikke er opfyldt.

Såfremt klagenævnet måtte nå frem til, at tilbuddet fra Thomas Andersen A/S ikke opfylder formkravene i udbudsbrevet, har Region Midtjylland gjort gældende, at regionen har været berettiget til at bortse fra denne manglende opfyldelse af formkravene, jf. implementeringsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011) § 12, stk. 1, nr. 1.

Ad påstand 5

TL Byg har gjort gældende, at den del af tilbuddet fra Thomas Andersen A/S, der betegnes ”Præcisering til tilbud fra Thomas Andersen A/S”, jf. det, der er anført ad påstand 1-4, reelt skal anses som et alternativt tilbud. Det fremgår af udbudsbrevet af 8. maj 2015, at ”Alternative tilbud modtages ikke”. Tilbuddet skulle også derfor have været afvist.

Region Midtjylland har ikke bestridt, at alternative tilbud ikke ville blive modtaget. Tilbuddet fra Thomas Andersen A/S indeholdt imidlertid ikke alternative tilbud, jf. det der er anført ad påstand 1-4.

Da der mellem parterne er enighed om, at der ikke kunne afgives alternative tilbud, har TL Bygs påstand 5 ikke nogen selvstændig mening i forhold til påstandene 1-4.

Ad påstand 6

TL Byg har gjort gældende, at den entreprisekontrakt, der blev indgået den 30. oktober 2015 mellem Thomas Andersen A/S og Region Midtjylland, indeholder væsentlige ændringer i grundlaget for udbuddet, herunder pris-konkurrencen, i relation de kontraktvilkår og udbudsbetingelser, herunder ændringer af tidsplaner m.v., og/eller væsentlige ændringer af de tilbudte priser og arbejder fra Thomas Andersen A/S, herunder lempelser af ansvaret og risici, f.eks. yderligere forbehold for de tilbudte priser vedrørende ”W14 Gipsvægge”, ”W28 Gulve Linoleum R9”, ”Døre. Omfang af glas” og ”ekstraomkostninger på enhedspriser”. Ændringerne er af en sådan karakter, at de ikke kan gennemføres uden et fornyet udbud.

Det fremgår af entreprisekontraktens pkt. 4 og entreprisekontraktens bilag D, at der er aftalt besparelser, herunder ændrede ydelser, på i alt 9.508.078 kr. ekskl. moms, således at tilbudssummen efter Region Midtjyllands kapitalisering af Thomas Andersen A/S’ forbehold og mængeverificering redu-

ceres fra 78.902.275,67 kr. ekskl. moms til 69.394.197,67 kr. ekskl. moms. Disse besparelser, herunder ændrede ydelser, svarer således til 12 procent af tilbudssummen/kontraktsummen.

Herudover indeholder entreprisekontrakten en række væsentlige ændringer/forbehold i forhold til de tilbudte priser og/eller den udbudte ydelse, jf. entreprisekontraktens bilag D, pkt. W14 m.f.

Endvidere indeholder entreprisekontraktens bilag A og B væsentlige ændringer til den oprindelige udbudstidsplan, som skal indgå i afvejningen af, hvorvidt der er tale om væsentlige udbudsudløsende ændringer.

De besparelser, herunder ændrede ydelser, forbehold/forsætninger m.v., der er aftalt i forbindelse med kontraheringen af entreprisekontrakten, er at betragte som væsentlige udbudsudløsende ændringer efter de kriterier, der følger af EU-domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext. Dette støttes tillige af, at de aftalte forbehold m.v. ikke er omfattet af den bagatelgrænse, som i dag fremgår af udbudsloven § 180. Værdien af de samlede ændringer udgør således langt mere end 15 procent af tilbudssummen.

Det fremgår af de oprindelige udbudstidsplaner for nybyggeri og ombygning, at nybyggeriet og ombygningen skulle have været påbegyndt henholdsvis den 30. marts 2015 og 7. august 2015, men nybyggeriet blev først påbegyndt i november 2015, ligesom ombygningen blev udskudt tilsvarende. I den forbindelse blev entreprisekontrakten indgået den 30. oktober 2015. Det faktiske byggeri er således forskudt med ca. 6 måneder i forhold til de oprindelige udbudstidsplaner, som tilbudsgiverne har afgivet deres respektive tilbud på baggrund af. Hvis den faktiske byggeperiode havde været kendt, herunder tidspunktet herfor på året, ville det sandsynligvis – og potentielt – have resulteret i andre priser fra de øvrige bydende. Der er således tale om et brud på lighedsgrundsætningen.

Region Midtjylland har gjort gældende, at påstanden er så uklar, at den ikke er egnet til at danne grundlag for behandling af sagen vedrørende denne påstand, subsidiært at påstanden må antages alene at angå de besparelser, der fremgår af bilag D til entreprisekontrakten.

Region Midtjylland har vedrørende det subsidiære anbringende særligt gjort gældende, at der i forbindelse med indgåelse af entreprisekontrakten er aftalt besparelser på i alt 9.508.078 kr. ekskl. moms, og således at tilbudssummen efter kapitalisering af Thomas Andersen A/S' forbehold og mængdeverificering derved er reduceret fra 78.902.275,67 kr. svarende til et samlet fradrag på 12 %.

De pågældende besparelser har været nødvendige for at bringe det samlede projekt inden for den økonomiske ramme, der har været til rådighed for projektet. En del af projektet er et såkaldt kvalitetsfondsprojekt, hvilket indebærer, at der ikke kan skaffes yderligere økonomiske midler til denne del af projektet, der i det hele finansieres af staten. De indarbejdede besparelser relaterer sig til kvalitetsfondsprojektet og har således været nødvendige for at få økonomien i kvalitetsfondsprojektet til at hænge sammen.

De besparelser, der er aftalt i forbindelse med kontraheringen og således efter accept af Thomas Andersen A/S' tilbud, er ikke at betragte som en væsentlig udbudsudløsende ændring efter de kriterier, der følger af EU-domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Pressetext.

Den aftalte besparelse er desuden indenfor den bagatelgrænse, som i dag fremgår af udbudslovens § 180, og som må anses som en kodificering af den praksis, som også gjaldt forud for den nye udbudslov, jf. blandt andet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om kontraktændringer fra 2013. Værdien af den samlede ændring udgør således mindre end 15 % af tilbudssummen (kontraktsummen) og overstiger isoleret set ikke tærskelværdien for udbudspligtige bygge- og anlægsarbejder.

Som det fremgår af byggesagsbeskrivelsens punkt 1.7 (bilag 3) skulle entreprenøren efter mængdeverificeringen overtage mængderisiko.

I forbindelse med den besparelsesrunde, der blev gennemført under kontraheringen med Tømrermester Thomas Andersen A/S, blev de aftalte besparelser ikke implementeret i tegnings- og beskrivelsesmaterialet, hvorfor det ikke var muligt at foretage en 100 % mængdeverificering af konsekvensen af besparelserne.

Bemærkningerne i bilag D til entreprisekontrakten vedrørende tilbudslistens position W14, gipsvægge, er således begrænset til gipsvæggene, samt den

besparelse, der er aftalt vedrørende gipsvæggene, og indebærer, at entreprenøren overtager mængderisikoen til trods for, at tegningsmateriale mv. ikke er opdateret.

Tilsvarende er bemærkningen vedrørende den opdaterede tilbudsliste position W28, gulve, linoleum, R9, udtryk for, at entreprenøren for så vidt angår denne ydelse ikke overtager mængderisikoen, før en uoverensstemmelse mellem mængden i tilbudslisten og den mængde, der i øvrigt kan konstateres af projektmateriale, er afklaret, hvilket først kunne ske, når projektmateriale var opdateret.

Tilsvarende gør sig gældende for så vidt angår døre, når det gælder omfanget af glas.

Endelig for så vidt angår bemærkningerne om ændring af entreprisen og muligheden for at afregne enhedspriser fremhæves, at denne bemærkning udelukkende udtrykker det almindelige entrepriseretlige princip om, at en entreprenør ikke er bundet ud over afgivne enhedspriser og er berettiget til tillægsbetaling, såfremt projektændringen fremgår på et tidspunkt, hvor entreprenøren som følge af projektets fremdrift påføres ekstraomkostninger ud over enhedspriserne, jf. også eksempelvis Erik Hørlyck, *Entreprise - Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer*, 7. udgave s. 211.

Bemærkningerne i bilag D til entreprisekontrakten (bilag 23) relaterer sig således ikke til grundlaget for udbuddet/priskonkurrencen, men de besparelser, der konkret i forbindelse med indgåelse af entreprisekontrakten inden for ændringsadgangen efter udbudsreglerne blev aftalt mellem regionen og Tømrermester Thomas Andersen A/S.

De uddrag af de oprindelige udbudstidsplaner, som TL Byg har henvist til, omfatter opstart af henholdsvis nybyggeriet og ombygning. Den entreprise, som sagen omhandler, er imidlertid en apteringsentreprise, som i sagens natur ikke skal udføres i forbindelse med opstart af byggeriet. Som det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, er apteringsentreprisen først annonceret 3. marts 2015 og med en udførelsesperiode i 34 måneder fra tildeling af kontrakten. Det følger af udbudsbrevet, at tilbud skulle afgives den 22. juni 2015. Realiteten er således, at den faktiske byggeperiode har været kendt for tilbudsgiverne, herunder TL Byg. Endelig fremgår det af regionens en-

treprisekontrakt med Tømrermester Thomas Andersen A/S punkt 6, at aflevering af henholdsvis nybygning og ombygning er udskudt med 2 måneder i forhold til det, der er oplyst i udbudstidsplanen. Denne udskydelse skyldes forsinkelser med forudgående entrepriser, og er således et resultat af den ret til tidsfristforlængelse, som Tømrermester Thomas Andersen A/S under alle omstændigheder ville have i medfør af AB 92 § 24. Udskydelse af afleveringsterminen med 2 måneder kan ikke betragtes som en væsentlig udbudsudløsende ændring.

Ad påstand 7

Anbringenderne vedrørende påstand 7 gengives ikke, da klagenævnet ikke træffer afgørelse vedrørende denne påstand.

Ad påstand 9

TL Byg har ikke anført selvstændige anbringender til støtte for denne påstand.

Region Midtjylland har gjort gældende, at påstanden allerede er omfattet af påstandene 1-7 og derfor skal afvises.

Region Midtjylland har subsidiært henvist til det, der er anført ad påstand 1-7.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1-3

Region Midtjylland har i udbudsbrevet af 8. maj 2015 beskrevet, hvordan ordregiveren kan forholde sig ved modtagelse af tilbud med forbehold. Beskrivelsen indeholder ingen begrænsninger i forhold til de reaktionsmuligheder, der, jf. udbudsdirektivets artikel 2, er fastlagt i EU-retlig og national retspraksis og klagenævnspraksis. Der er derfor ikke grundlag for at fastslå, at regionens rum for at antage tilbud med forbehold skal fortolkes indskrænkende.

Tilbuddet fra Tømrermester Thomas Andersen A/S af 2. juli 2015 indeholdt ubestridt et forbehold, og afgørende bliver derfor, om forbeholdet var af en karakter, så Region Midtjylland var forpligtet til at afvise tilbuddet.

Forbehold over for tilbudte priser vil ofte være forbehold overfor grundlæggende elementer. Dette særligt i udbud, hvor tildelingskriteriet er ”laveste pris”.

Omfanget og karakteren af de døre, der skulle leveres, var detaljeret beskrevet i ”dørskemaet”. Samme detaljeringsgrad genfindes ikke i tilbudslisten, hvorfor en linje i tilbudslisten kunne omfatte flere døre, der ikke fuldt ud var identiske. Dette var tilfældet for så vidt angår beslagsæt, lydkrav og glasudskæring.

Forbeholdet i tilbuddet fra Tømrermester Thomas Andersen A/S omfattede alene den situation, hvor en dør ikke entydigt kunne indføres på tilbudslisten som følge af forskellige beslagsæt, lydkrav og glasudskæring. Forbeholdet angik derimod ikke antallet af døre eller prisen på de enkelte dele til/på døren. Forbeholdet omfattede desuden kun en mindre del af den samlede apteringsentreprise.

Under disse omstændigheder vedrører forbeholdet ikke et grundlæggende element.

Såfremt forbeholdet herefter kan prissættes på en måde, som er objektiv, saglig og i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet i forhold til såvel Tømrermester Thomas Andersen A/S som de øvrige tilbudsgivere, har Region Midtjylland ikke været forpligtet til at afvise tilbuddet på grund af forbeholdet.

Prissætningen af forbeholdet er sket på grundlag af ”dørskemaet”, hvor alle døre og alle elementer på dørene er specificeret. Af forbeholdet fremgår specifikt, at det alene angår indvendige døre, at det skyldes manglende mulighed for at placere dørene i tilbudslisten ud fra beslagsæt, lydkrav og glasudskæring, at den samlede tilbudssum er beregnet på grundlag af det billigste alternativ, og hvad tillægsprisen vil være for hver enkelt type id. Prissætning af forbeholdet har dermed kunnet beregnes matematisk på grundlag af dørskemaet sammenholdt med forbeholdets specifikke angivelser og dermed objektivt og sagligt.

Klagenævnet finder ikke grundlag for at antage, at Tømrermester Thomas Andersen A/S ved forbeholdet har fået en tidsmæssig fordel i forhold til andre tilbudsgivere eller har afløftet en risiko, der påhviler andre tilbudsgivere.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 1-3 til følge.

Ad påstand 4

Det er ikke gjort gældende, at der med tilbuddet fra Tømrermester Thomas Andersen A/S ikke blev indleveret ”en udfyldt, underskrevet pdf fil og en låst excel-fil”.

Udbudsbrevets punkt ”Tilbudsfrist og tilbudsliste” indeholder ikke forbud mod, at der med tilbuddet kan indleveres andre dokumenter.

Påstand 4 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Der er mellem parterne enighed om, at der ikke kunne afgives alternative tilbud. Tilbud, der afviger fra kravene i udbudsmaterialet i tilfælde, hvor der ikke er adgang til at afgive alternative tilbud, er at betragte som et tilbud med forbehold.

På den baggrund og under henvisning til det, der er anført ad påstand 1-3, tages påstand 5 ikke til følge.

Ad påstand 6

Som påstanden er formuleret sammenholdt med de anbringender, TL Byg har fremsat vedrørende denne påstand, må den forstås således, at TL Byg påstår, at de besparelser, der fremgår af bilag D til entreprisekontrakten og ændringen i leveringstid ligger ud over, hvad der kan aftales uden fornyet udbud. I dette omfang er påstanden tilstrækkelig klar.

Klagenævnet bemærker indledningsvis, at efter påstandene og det i sagen oplyste, har alle tilbudsgivere afgivet tilbud på samme grundlag. Ændrin-

gerne er sket, efter at regionen har meddelt de deltagende virksomheder, hvilken tilbudsgiver der havde afgivet tilbuddet med den laveste pris.

Det fremgår af bl.a. EU-Domstolens domme i navnlig sag C-454/06, Presetext, og sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, at det er afgørende, om ændringerne har været væsentlige og herunder haft en sådan karakter, at det har forrykket den økonomiske balance til fordel for den vindende tilbudsgiver.

Af artikel 72, stk. 4, i det nye udbudsdirektiv (2014/24/EU) af 26. februar 2014, der er en kodificering af tidligere praksis, fremgår, at det navnlig skal tillægges betydning, om ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt. Det fremgår endvidere, at en ændring normalt må anses for væsentlig, hvis a) ændringen indfører betingelser, som ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren, b) ændringen ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for, eller c) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde.

Af udbudslovens § 180, der gennemfører udbudsdirektivets artikel 72, stk. 2, fremgår, at ændringer af en kontrakt ikke anses som ændringer af grundlæggende elementer, når værdien af ændringerne er lavere end 15 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt, for så vidt angår bygge- og anlægskontrakter, medmindre der herved ændres i kontraktens overordnede karakter.

TL Byg har ikke anført forhold, der giver grundlag for at opgøre værdien af de konkrete ændringer til mere end 15 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt. Der er endvidere ikke grundlag for at anse ændringerne for så væsentlige, at de enkeltvis eller samlet udgør en ændring af grundlæggende elementer.

Påstand 6 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 7

Da påstanden ikke har betydning for sagens påstand 10 og 11, og henset til påstandens karakter, behandles den ikke, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 2.

Ad påstand 9

På grundlag af det, der er anført ad påstand 1-7, og da påstanden ikke i forhold til påstand 1-7 har et selvstændigt indhold, tages påstand 9 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

TL Byg A/S skal i sagsomkostninger til Region Midtjylland betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjerner
specialkonsulent