

K E N D E L S E

Kjæhr og Trillingsgaard A/S
(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Kerteminde Forsyning Renovation A/S
(advokat Jess Aagaard, Kerteminde)

Den 16. juni 2010 iværksatte indklagede, Kerteminde Forsyning Renovation A/S, en begrænset licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) vedrørende ombygning af Langeskov Genbrugsplads. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 16. juni 2010 til 6 udpegede ansøgere, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 6. juli 2010 havde bl.a. klageren, Kjæhr og Trillingsgaard A/S, og Entreprenørgården Munkebo A/S (herefter benævnt Entreprenørgården) afgivet tilbud.

Den 2. august 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Entreprenørgården.

Den 20. oktober 2010 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på et møde den 29. marts 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 10 ved efter tilbudsfristens udløb at have forhandlet med Entreprenørgården om forbehold angående sikkerhedsafskærmning, akustiklofter og solceller uagtet, at denne tilbudsgiver ikke var lavestbydende.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at tildele den udbudte entreprisekontrakt om ombygning af Langeskov Genbrugsplads til klageren, uagtet at klageren var lavestbydende.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 2. august 2010 om tildeling af den udbudte kontrakt til Entreprenørgården.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Licitationsmaterialet blev udsendt af COWI A/S på vegne af indklagede den 16. juni 2010. Som en del af licitationsmaterialet var vedlagt Særlig Arbejdsbeskrivelse (SAB), Særlige Betingelser (SB) og en tilbudsliste.

I SAB er bl.a. anført følgende:

»...

11.8 Arbejdsmiljø og sikkerhed

Generelt henvises til dokument nr. 5.015 Plan for sikkerhed og sundhed.

Der henvises i øvrigt til

- AT-vejledning nr. A.2.1 Nedstyrtnings- og gennemstyrtningsfare på bygge og anlægspladser mv.

...

- AT-meddelelse nr. 4.09.2 Faldsikring

...

9.2.2 Elementer

...

Alle ydelser i forbindelse med montage skal være indeholdt i tilbuddet.

...

9.3.7 Klinkegulve og vægfliser

Der udlægges klinker som anvist på gulvplan i tegningsmaterialet. I bruseniche udføres klinker med fald mod afløb.

Inden udlægning af klinker skal betonen rengøres og behandles med betonbinder.

...

9.4.4 Tagbeklædning

...

Græstag:

...

- Evt. faldsikringsnet (efter behov)

...

9.4.8 Lofter

2x13mm gipslofter monteret ifølge Danogips montageanvisninger. Spartlet i alle samlinger med papirstrimmel.

...

9.4.9 Gulvbelægninger gangareal og kontor/køkken

Klinker ifølge pkt. 1.1.7 Murerarbejder.

...

9.6.8 Solceller

Der er tale om et funktionsudbud. Arbejdet omfatter alle arbejder for den fuldstændige færdiggørelse af 16m² solcelleanlæg inkl. dimensionering, levering, montering og idriftsættelse. Arbejdet inkluderer alle tilslutninger, inverter, monteringsstativ for fastgørelse i tagkonstruktion og monteringsbeslag. Anlægget placeres på tag som angivet i tegningsmaterialet. ... Anlægget skal i øvrigt monteres iht. leverandørens anvisninger. De viste afstande mellem solcellerækker er vejledende og skal i øvrigt overholde leverandørens anvisninger.

Inden bestilling af solcelleanlæg skal principdiagrammer og monteringsstegninger/arbejdstegninger sendes i 3 eksemplarer til byggeledelsen for gennemsyn.

...«

I SB er bl.a. anført følgende:

»...

Ad § 2, stk. 6

Ved afgivelse af tilbud kræves tilbudslisten udfyldt med en samlet sum (tilbudssum) for hele arbejdet samt enhedspriser for samtlige anførte ydelser.

...

Ad § 5, stk. 4

Ved tilbudsafgivning skal entreprenøren angive de underentreprenører, der påtænkes anvendt.

...«

I tilbudslisten er anført, at alle »tilbudslistens poster og rubrikker skal være udfyldt, og alle de i tilbudslisten ønskede oplysninger skal gives. Er tilbudslisten ikke udfyldt i overensstemmelse hermed, kan det pågældende tilbud blive betragtet som ugyldigt.«

Af tilbudslisten for klagerens tilbud fremgår, at klagerens tilbudspris andrager 7.179.200 kr. I dette beløb indgår under post 9.4.8 et beløb af 35.400 kr. for spartling og lægning af linoleumsgulve og under post 9.5.3 et beløb af 32.162 kr. for inddækninger og fodblik. Det fremgår videre, at klageren ikke har taget forbehold.

Af tilbudslisten for tilbuddet fra Entreprenørgården fremgår, at Entreprenørgårdens tilbudspris andrager 7.144.000 kr. I dette beløb indgår under post 9.3.3 et beløb af 90.000 kr. vedrørende klinker og membran på gulve. Det fremgår videre at post 9.4.8 om spartling og lægning af linoleumsgulve ikke er udfyldt, og post 9.5.3 om inddækninger og fodblik er angivet med en enhedspris på 0 kr., mens rubrikken »sum« for denne post er udfyldt. Af tilbudslisten punkt 9.6.8 om »Solcelleanlæg inkl. inverter og nettilslutning mv.« er anført en pris på 54.800 kr. Endvidere har Entreprenørgården i rubrikken om forbehold anført følgende:

»excl evt faldsikringsnet ved tagbeklædning kr. 237.312

Lofter udføres i glatte plader uden akustikregulering

Tillæg solcelleanlæg kr. 87.000,-
Dansk Byggeris standardforbehold af maj 2008«

Indklagedes rådgiver vedrørende licitationen, COWI A/S, har i en e-mail af 7. juli 2010 til indklagede anført følgende vedrørende det af Entreprenørgården anførte under rubrikken »forbehold«:

»...

Forbeholdet vedr. etablering af faldsikringsnet ved tagbelægning er ikke relevant i forhold til nærværende entreprise, idet kravene til udførelse af tagkonstruktionen ikke må antages at indebære, at der er krav om etableres faldsikringsnet, som sikkerhedsforanstaltning.

Forbeholdet prissættes således til 0 kr.

Den manglende etablering af akustiklofter vurderes at udgøre en merpris på 20.000 kr. fordelt på 10.000 kr. til materialer og 10.000 kr. til arbejds løn.

Entreprenøren har tilkendegivet i tilbuddet, at der udover prissætning af solcelleanlæg i tilbudslisten skal der betales yderligere 87.000 kr. for etablering af solcelleanlæg.

Dette forbehold vurderes udelukkende at vedrøre et krav om merbetaling fra Entreprenørgården Munkebo, hvorfor der anvendes på den af Entreprenørgården Munkebo oplyste pris.

Hertil kommer følgende af Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008, som i pkt. 5 indebærer at vejrligsbestemte vinterforanstaltninger afregnes som ekstraarbejder.

Konsekvenserne af Dansk Byggeris standardforbehold er ikke prissat, idet summen af de to øvrige forbehold vedr. akustiklofter og tillæg for solcelleanlæg til sammen udgør 107.000 kr.

Dette indebærer, at Entreprenørgården Munkebo ikke har afgivet det laveste tilbud, da tilbudssummen som minimum udgør 7.251,000 kr.

Da tilbuddet fra Kjæhr og Trillingsgaard ikke indeholder forbehold og tilbudssummen er 7.179.200 kr. er det således Kjæhr og Trillingsgaard, der har afgivet den laveste pris på entreprisen.

...«

Ved e-mail af 2. august 2010 meddelte indklagede, at Entreprenørgården havde afgivet tilbud med laveste pris. Klageren anmodede ved e-mail af 5.

august 2010 om en redegørelse for indklagedes vurdering, og ved skrivelse af 24. august 2010 besvarede indklagede den anmodning således:

»Som bekendt er arbejdet overdraget til Entreprenørgården A/S Munkebo som lavestbydende.

Det er korrekt, at Entreprenørgården A/S havde taget forbehold for opgaveløsninger, som I ikke havde taget forbehold for.

Imidlertid har sagen været gennemgået og nøje drøftet med vores advokat, og det er konkluderet, at forbeholdene ikke fik betydning for budrækkefølgen, hvorfor vi gik i forhandling med lavestbydende.

Forbeholdene havde en sådan karakter, at de ikke gav anledning til at ændre den afgivne tilbudssum på kr. 7.144.000 excl. moms.«

Under sagen er der afgivet forklaring af renovationschef Klavs Clemens Nielsen og af anlægsingeniør Joakim Krenz.

Klavs Clemens Nielsen har som vidne forklaret bl.a., at han har stået for byggesagen hos indklagede. Projektet gik ud på at fjerne en eksisterende plads med mandsskabsskur og hal til kemikalier og derpå etablere noget nyt. Han deltog i prissætningen af Entreprenørgårdens forbehold, og der var ingen kontakt til denne tilbudsgiver, før prissætningen var sket. Indklagede var ikke enig i alle COWI's prissætninger, og vidnet vurderede derfor selv forbeholdene. Der var ikke for vidnet tvivl om indholdet af forbeholdene. I projektet og som en del af tilbuddet fra Entreprenørgården var et solcelleanlæg, og angivelse af solcelleanlæg under forbeholdene måtte derfor betyde et alternativt tilbud. Forbeholdet kunne derfor prissættes til 0 kr. Det ville være unødvendigt at anvende faldsikringsnet, fordi der er tale om et fladt tag, og der ville være stillads hele vejen rundt om bygningen i fuld højde, ligesom der ville være en kraftig forskalling, som man ville falde ned på, hvis man faldt fra taget under opførelsen. Vidnet er uddannet akustikingeniør, og det er klart for ham, at COWI's skøn over prissætningen af forbeholdet vedrørende akustiklofterne er helt forkert. Merprisen kan højst andrage 1.500-2.000 kr. Det må være en fejl fra COWI's side, at der i tilbudslisten er medtaget punkterne 9.4.8 om spartling og lægning af linoleumsgulve og 9.5.3 om inddækninger og fodblik, da disse ydelser ikke var en del af projektet. Indklagede mente ikke, at klagerens tilbudspris burde reduceres for priserne i punkt. 9.4.8 og 9.5.3.

Joakim Krenz har som vidne forklaret bl.a., at han er bygningsingeniør og ansat hos indklagede. Han har ikke deltaget i forberedelsen af projektet, men han skulle assistere Klavs Clemens Nielsen ved evalueringen af tilbudene. Vidnet regnede priserne igennem og nåede samme konklusioner som Klavs Clemens Nielsen.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at der i licitationsmaterialet var stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle indregne omkostninger til sikkerhedsafskærmning i tilbuddet. Entreprenørgården havde ikke indregnet disse omkostninger i tilbuddet, men havde i stedet anført en tillægspris på 237.000 kr. udover tilbudssummen. Der kan ikke bortses fra denne omkostning, fordi det var et krav, at der skulle etableres faldsikringsnet ved tagbeklædning, jf. henvisningen i SAB til dokument nr. 5.015 (Plan for sikkerhed og sundhed) samt AT-vejledning nr. A.2.1 (Arbejdstilsynets vejledning om Nedstyrtning- og gennemstyrtningssfare på bygge- og anlægspladser mv.). AT-vejledningen omhandler bestemmelserne i byggepladsbekendtgørelsen og bestemmer, at der selv ved arbejder på flade tage med en hældning på under 15 grader og med en tagkant på mere end 3,5 meter over det omgivende underlag, skal træffes sikkerhedsforanstaltninger mod faren for nedstyrtning i form af rækværk eller lignende effektiv sikring.

Endvidere fremgår det af SAB punkt 9.4.8, at der skulle opsættes akustiklofter ved ombygningen, men Entreprenørgården tog i sit tilbud forbehold for akustiklofter, og indklagedes egen rådgiver har vurderet, at forbeholdet for akustiklofter skulle kapitaliseres til 20.000 kr. Endelig anføres i SAB punkt 9.6.8 bl.a., at solceller skulle monteres, men Entreprenørgården tog i sit tilbud forbehold for solceller, idet der var oplyst en tillægspris herfor på 87.000 kr. uden for tilbudssummen. Intet sted i tilbudslisten er der i øvrigt holdepunkter for indklagedes antagelse om, at der maksimalt var tale om en alternativ pris.

Indklagede skulle have indregnet de oplyste tillægspriser på afskærmning og solceller i tilbuddet fra Entreprenørgården i tilbudssummen, ligesom indklagede skulle have kapitaliseret forbeholdet over for akustiklofter i

tilbuddet fra Entreprenørgården. Tilbuddet fra Entreprenørgården var efter indregning af de nævnte poster ikke tilbuddet med den laveste pris.

Subsidiært har klageren gjort gældende, at indklagede skulle have afvist tilbuddet fra Entreprenørgården, fordi der ikke i tilbudslisten fra denne tilbudsgiver var anført nogen pris for positionerne 9.4.8 og 9.5.3.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har kapitaliseret og indregnet Entreprenørgårdens 3 forbehold i den beregnede tilbudssum, og at kapitaliseringen, der blev foretaget på baggrund af licitationsbetingelserne, var objektiv, saglig og korrekt. Således var Entreprenørgården efter indregningen af de 3 forbehold fortsat lavestbydende.

For så vidt angår faldsikringsnet har indklagede gjort gældende, at sikring under udførelse af tagbeklædningsarbejder ikke var påkrævet på grund af det skridsikre underlag, og at der ved tilrettelæggelse af entreprisens udførelse kunne etableres sikring til brug for tagbeklædningsarbejder, idet der dels skulle etableres stillads til facadearbejder, der var en del af hovedentreprenørens ydelser, dels kunne anvendes sikkerhedsbælte med line.

For så vidt angår kapitaliseringen af forbeholdet for akustiklofter, har indklagede gjort gældende, at prisen højst kan fastsættes til 2.000 kr. som sket.

For så vidt angår solcelleanlægget har indklagede gjort gældende, at det ikke giver nogen mening at tage »tillæg« for en ydelse, der faktisk var omfattet af det afgivne bud og indeholdt i den samlede entreprisum. Indklagede skulle kun aftage ét solcelleanlæg, og indklagede kunne kun opfatte forbeholdet som en alternativ pris på et alternativt solcelleanlæg, der kunne fravælges, hvorfor forbeholdet blev kapitaliseret til 0 kr. Subsidiært vil der maksimalt kunne blive tale om en kapitalisering af forbeholdet svarende til differencen mellem 87.000 kr. og 55.800 kr. eller 31.200 kr.

Indklagede kunne med rette anse tilbuddet fra Entreprenørgården for konditionsmæssigt, idet den afgivne tilbudsliste, jf. bilag A for pkt. 9.4 og 9.5, indeholdt alle de i SAB'en beskrevne arbejder, og idet ydelserne i henhold til pkt. 9.4.8 og 9.5.3 var udgået, og indklagede skulle derfor ikke afvise tilbuddet fra Entreprenørgården.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at klageren – efter indregning af kapitaliserede forbehold i tilbuddet fra Entreprenørgården – var lavestbydende, og at klageren derfor i henhold til det fastsatte tildelingskriterium, »laveste pris«, skulle have haft den udbudte kontrakt tildelt.

Klageren har subsidiært og svarende til det i det subsidiære anbringende under påstand 1 gjort gældende, at tilbuddet fra Entreprenørgården skulle have været afvist som ikke-konditionsmæssigt, hvorfor klageren også uanset indklagedes forkerte kapitalisering af Entreprenørgårdens forbehold ville have været lavestbydende.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede korrekt har tildelt kontrakten til Entreprenørgården, der efter kapitaliseringen af forbeholdene fortsat var lavestbydende.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelser af tilbudsloven var helt grundlæggende og umiddelbart konstaterbare, og at de begåede overtrædelser havde åbenbar og væsentlig skadevirkning for klageren.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere indklagedes tildeling af den udbudte kontrakt til Entreprenørgården.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Af tilbudslisten fra Entreprenørgården fremgår, at Entreprenørgården under punktet »forbehold« har anført et tillæg for solcelleanlæg med 87.000 kr. Dette må, når det anførte er angivet under punktet »forbehold«, forstås som et forbehold, uanset at der også i tilbudslisten under punkt. 9.6.8 er anført en pris for solcelleanlæg.

Entreprenørgården bærer risikoen for den uklarhed, der kan bestå i, at Entreprenørgården har anført en pris for solcelleanlæg i såvel tilbudslisten

punkt. 9.6.8 og under punktet »forbehold«, og indklagede har ikke med føje kunnet anse angivelsen som et alternativt tilbud eller prissætte forbeholdet til differencen mellem prisen i punkt 9.6.8 og prisen i punktet om forbehold.

Indklagede har, når henses til det af COWI anførte, ikke godtgjort, at prissætningen af forbeholdet vedrørende akustiklofter har kunnet ske til blot 2.000 kr.

Arbejde på tag og under omstændigheder, hvor der kan være nedstyrtningsfare, er reguleret af bekendtgørelse nr. 589 af 22. juni 2001 om indretning af byggepladser og lignende arbejdssteder bl.a. af §§ 20-23, jf. nu bekendtgørelse nr. 1516 af 16. december 2010 om bygge- og anlægsarbejde bl.a. §§ 37-38. Af § 4 i såvel bekendtgørelse nr. 589 som bekendtgørelse nr. 1516 fremgår, at forpligtelserne ifølge bekendtgørelsen påhviler arbejdsgivere, virksomhedsledere, arbejdsledere og øvrige ansatte efter arbejdsmiljølovgivningens almindelige regler. Det påhviler således efter disse bestemmelser entreprenøren – og dermed tilbudsgiverne – at sikre byggepladsen efter de herom gældende bestemmelser.

Indklagede har derfor ikke kunnet gå ud fra, at Entreprenørgården ikke ville finde det nødvendigt at opsætte faldsikringsnet, navnlig da der i tilbuddet var taget forbehold for udgifter hertil. Den angivne pris for forbeholdet vedrørende faldsikringsnet burde derfor være indgået i indklagedes beregning af tilbuddet med den laveste pris.

Endelig skulle indklagede have prissat Dansk Byggeris standardforbehold, som Entreprenørgården havde angivet i forbeholdsrubrikken.

Entreprenørgården har derfor ikke været lavestbydende, og klagenævnet tager herefter påstanden til følge.

Ad påstand 2

Som følge af det ad påstand 1 anførte tages påstanden til følge.

Ad påstand 3

Som følge af det ad påstand 1 og 2 konstaterede tages påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 10 ved efter tilbudsfri-
stens udløb at have forhandlet med Entreprenørgården Munkebo A/S om
forbehold angående sikkerhedsafskærmning, akustiklofter og solceller, uag-
tet at denne tilbudsgiver ikke var lavestbydende.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens
§ 2, stk. 3, ved ikke at tildele den udbudte entreprisekontrakt om ombyg-
ning af Langeskov Genbrugsplads til klageren, uagtet at klageren var la-
vestbydende.

Indklagedes beslutning af 2. august 2010 om at indgå kontrakt med Entre-
prenørgården Munkebo A/S annulleres.

Indklagede, Kerteminde Forsyning Renovation A/S, skal i sagsomkostnin-
ger til klageren, Kjæhr og Trillingsgaard A/S, betale 75.000 kr., der betales
inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig