

K E N D E L S E

M. J. Eriksson A/S
(advokat Morten Winsløw, Greve)

mod

Aarhus Kommune
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 186-336519 af 22. september 2015 udbød Aarhus Kommune som begrænset udbud to anlægsentrepriser på Aarhus Ø: Anlæg af Bernhardts Jensens Boulevard (delaftale 1) og etablering af Rekreativ forbindelse Nord (delaftale 2).

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 4. november 2015, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. december 2015 havde fire af de fem prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud på delaftale 2, bl.a. Aarsleff - Danjord JV I/S og M. J. Eriksson A/S. Den 22. december 2015 besluttede Aarhus Kommune at indgå kontrakt med Aarsleff - Danjord JV I/S.

Den 29. december 2015 indgav M. J. Eriksson A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Aarhus Kommune. M. J. Eriksson A/S fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning.

Klagenævnet har besluttet ikke at tage stilling til, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, og har i stedet afgjort sagen, jf. lov om hånd-

hævelse af udbudsreglerne m.v. (nu lov om Klagenævnet for Udbud) § 10, stk. 6. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

M. J. Eriksson A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at forkaste M. J. Eriksson A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til M. J. Eriksson A/S' manglende opfyldelse af udbudsmaterialets krav om, at tilbudsposten i TAG'en afsnit 1.0.1.1-2. ikke må overstige 5 %, uanset at tilsidesættelse af dette krav ikke kunne føre til, at M. J. Eriksson A/S' tilbud skulle forkastes.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Aarhus Kommunes beslutning af 22. december 2015 om at tildele Aarsleff - Danjord JV I/S kontrakten om delaftale 2 Aarhus Ø, Rekreativ forbindelse Nord.

M. J. Eriksson A/S har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbetingelserne af 4. november 2015 er anført følgende vedrørende ”Bestemmelser om Udbud og Tilbud (BUT)”:

” ...

2.7 Tildelingskriterium

Tildelingskriteriet er laveste pris. Kontrakten tildeles således den tilbudsgiver, der har tilbudt den laveste tilbudssum.

...

3. Procedurer og konkurrencevilkår

...

3.1.6 Tilbudsgivers forbehold

Det præciseres, at forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, herunder kontrakten, medfører, at Aarhus Kommune har pligt til at se bort fra tilbuddet. Ved forbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, har Aarhus Kommune ret til at se bort fra tilbuddet.

...

”Tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG)” indeholder til brug for afgivelse af tilbud og afregning med den vindende entreprenør forudsætninger for fastsættelse af mængder i tilbudslisten, som vedrører omfanget af ydelser under de enkelte poster og underposter i tilbudslisten.

Tilbudslistens hovedpost 1 omfatter ”Arbejdsplads”, og tilbudslistens post 1.0.1 ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads”. For så vidt angår post 1.0.1 ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads” skulle tilbudsgiveren bl.a. dels afgive tilbud på ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads” (underpost 1.0.1.1), dels ”Drift af arbejdsplads herunder leje og drift af mandskabsvogne, container” (underpost 1.0.1.2).

Underpost 1.0.1.2 ”Drift af arbejdsplads herunder leje og drift af mandskabsvogne, container” var udelukkende relevant, hvis den fastlagte byggetid blev overskredet, og entreprenøren som konsekvens heraf var berettiget til betaling for forlænget byggetid.

”Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)” for arbejdet indeholder følgende bestemmelse:

”...

1.0.1.1-2 Indretning, drift og rømning af arbejdsplads

Entreprenørens faste tilbudspris skal indeholde alle udgifter til etablering, drift, ryddeligholdelse og fjernelse af arbejdsplads med tilhørende stationært materiel og installationer m.v.

Den faste sum skal omfatte alle de i SAB - Styring og samarbejde anførte ydelser i det omfang, de pågældende ydelser ikke er indeholdt i efterfølgende poster og underposter.

Endvidere skal prisen indeholde alle udgifter til nødvendige generelle interimsforanstaltninger og til retablering af arbejdsområdet efter arbejdets afslutning.

Fornøden opvarmning, rengøring og belysning af alle skure skal være indregnet i tilbuddet. Udgifter i forbindelse med gener på grund af strømafbrydelse eller manglende vand, er bygherren uvedkommende.

Alle udgifter i forbindelse med sikkerheds- og sundhedsforanstaltninger skal være indeholdt i tilbuddet.

Udgifter til renholdelse af offentlige og private veje efter f.eks. affalds-transporter skal afholdes af entreprenøren og være indeholdt i tilbudsprisen.

Alle udgifter til etablering af kontorskur med de angivne muligheder for it-forbindelser.

Denne post må ikke overstige 5 % af den samlede tilbudssum.
...

Af "Fælles betingelser Anlægsarbejder i Aarhus Kommune" af 24. juni 2014 fremgår:

" ...

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

M. J. Eriksson A/S afgav på delaftale 2 et tilbud på 94.679.000 kr. Prisen på udførelse af punkt 1.0.1.1-2 "Indretning, drift og rømning af arbejdsplads" var på i alt 5.595.707 kr.

Den 22. december 2015 meddelte Aarhus Kommune M. J. Eriksson A/S, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt, idet det ikke opfyldte kravet i Tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG) punkt 1.0.1.1-2, "Indretning, drift og rømning af arbejdsplads". I brevet står endvidere:

" ...

... Henset til at afvigelsen i M. J. Eriksson A/S' tilbud desuden ikke kan prissættes, er Aarhus Kommune derfor nødsaget til at afvise M. J. Eriksson A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt. Tilbuddet fra M. J. Eriksson A/S er således ikke indgået i tilbudsvurderingen.
..."

Aarsleff – Danjord JV I/S afgav næstlaveste tilbud på 98.630.000 kr.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

M. J. Eriksson A/S har overordnet gjort gældende, at M. J. Eriksson A/S som lavestbydende på delaftale 2 skal tildeles kontrakten, og at der ikke var grundlag for at forkaste M. J. Eriksson A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt.

M. J. Eriksson A/S har erkendt ikke at have overholdt bestemmelsen i TAG'en punkt 1.0.1.1-2, der kun er gengivet et sted i udbudsmaterialet, og som går ud på, at 2 mindre betydende poster ikke i sig selv må overstige 5 % af den samlede tilbudssum. Bestemmelsen kan ikke betragtes som et væsentligt minimumskrav, men kan alene opfattes som en ordensforskrift og kan ikke sidestilles med et forbehold, der vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Overskridelsen af 5 %-grænsen har ikke nogen som helst indflydelse på tildelingskriteriet. Udbudsbetingelserne kan ikke opfattes anderledes end, at det er den samlede laveste tilbudssum, der er udslagsgivende for, hvem kontrakten tildeles. Det er af absolut underordnet betydning om 2 mindre betydende poster er prissat til < 5 % eller til 5,91%. I den forbindelse bemærkes, at posterne i punkt 1.0.1.1. og 1.0.1.2 er tilbudt i henholdsvis fast pris (1.0.1.1.) og en pris, det sandsynligvis slet ikke bliver relevant at bringe i anvendelse fordi prisen på 26.187 kr. skal gælde pr. uge, hvis byggetiden overskrides (1.0.1.2.). Det vil ikke medføre nogen form for relevant skadevirkning for de øvrige tilbudsgivere, hvis M. J. Eriksson A/S tildeles kontrakten på delaftale 2. De øvrige tilbudsgivere vil ikke kunne påstå, at M. J. Eriksson A/S' tilbud skal tilsidesættes som ukonditionsmæssigt som en følge af, at tilbudsgiverne ikke er blevet behandlet lige. Det skyldes, at der ikke kan peges på antydningen af en konkret skadevirkning for de øvrige bydende som følge af, at de øvrige bydende vel har holdt sig indenfor de 5 % i punkt 1.0.1.1 og 1.0.1.2., men notorisk har tilbudt en samlet, væsentlig højere tilbudssum, der ikke kunne give de pågældende berettigede forventninger om at få tildelt kontrakten. Aarhus Kommune har i øvrigt uret i, at den konstaterede afvigelse fra grænsen på 5 % ikke lader sig prissætte. Det beløb, M. J. Eriksson A/S' tilbud overstiger de 5 % i henhold til tilbudslistens punkt 1.0.1.1 og 1.0.1.2, er i alt 861.757 kr. Lægges dette beløb til M. J. Eriksson A/S' tilbud, er det fortsat utvivlsomt, at M. J. Eriks-

son A/S skal tildeles kontrakten på delaftale 2 i henhold til det valgte tildelingskriterium.

Sund fornuft tilsiger, at det aldrig har været hensigten med udbudsretlige regler, der skal værne mod forskelsbehandling og uigennemsigtige krav i udbudsmaterialet samt mod forskelle i tilbudsgiveres grundlag for at afgive deres tilbud, at en kommune skal afskære sig fra at kunne antage det billigste tilbud i en situation, hvor der sker overtrædelse af en bestemmelse, der notorisk ingen betydning har for ligebehandlingen af de bydende eller for gennemsigtheden i udbudsprocessen – og grundlæggende ingen betydning har for det valgte tildelingskriterium.

M. J. Eriksson A/S har endvidere henvist til Fælles Betingelser for anlægsarbejder i Aarhus Kommune. Det fremgår af den for entreprisen gældende præcisering til AB 92 § 3, stk. 3, at "[å]benbare fejl i tilbudslistens enhedspriser korrigeres, således at differencen fordeles ligeligt over alle tilbudslistens enhedspriser, og den samlede tilbudssum opretholdes". Det må opfattes som et fornuftigt princip om at tilstræbe at opretholde hensynet til det væsentlige, således at det er den samlede tilbudssum, der er i fokus. Åbenbare, ubetydelige fejltagelser må vige for dette. Præciseringen til AB 92 § 3, stk. 3, skal læses i sammenhæng med AB 92 § 3, stk. 3, der i sidste punktum dokumenterer, at der konkurreres på den samlede pris.

Det lader heller ikke til, at Aarhus Kommune tillægger enhedsprisen vægt, jf. det uddybende svar, hvori der henvises til, at den påståede ukonditionsmæssighed er knyttet til den omstændighed at post 1.0.1.1. andrager 5,5 % af den samlede tilbudssum.

Uddybningen fra Aarhus Kommune i mailen af 23. december 2015 gør det i øvrigt uklart, om kommunen med formuleringen af hovedpunkt 1 "Arbejdsplads", underpunkt 1.0.1.1-2, i realiteten har ment, at det alene var underpunkt 1.0.1.1, der ikke måtte overstige 5 % og ikke, som en umiddelbar læsning fører til, underpunkt 1.0.1.1. og underpunkt 1.0.1.2.

Denne uklarhed medfører i sig selv, at der ved vurderingen af de bydendes tilbud bør ses bort fra ordensforskriften i TAG'en om maksimering til 5 %, da den er såvel uklar som betydningsløs.

Aarhus Kommune har ikke i udbudsmaterialet anført, at manglende iagttagelse af bestemmelsen kunne føre til afvisning af tilbuddet.

Forrangen indebærer bl.a., at princippet bag AB 92 § 3, stk. 3, med den valgte præcisering må antages at gælde forud for ordensforskriften i TAG'en om maksimering af posterne 1.0.1.1 og 1.0.1.2 til 5 %.

Afslutningsvis har M. J. Eriksson A/S bestridt, at der er en likviditetsmæssig fordel ved at opnå forudbetaling af en del af entreprisen, idet pengeinstitutterne ikke forrenter indsatte beløb.

Aarhus Kommune har fastholdt, at M. J. Eriksson A/S' tilbud er ukonditionsmæssigt, og som en konsekvens heraf bestridt, at kommunen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise M. J. Eriksson A/S' tilbud.

"Tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG)" indeholdt i pkt. 1.0.1.1-2 et utvetydigt krav om, at underpost 1.0.1.1 "Indretning, drift og rømning af arbejdsplads" ikke måtte overstige 5 % af den samlede tilbudssum.

M. J. Eriksson A/S' samlede tilbud lød på 94.679.000 kr., og virksomhedens pris for underpost 1.0.1.1 "Indretning, drift og rømning af arbejdsplads" på 5.202.902 kr. svarede til 5,5 % af den samlede tilbudssum.

Da M. J. Eriksson A/S' tilbud således ikke opfylder kravet i tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG) punkt 1.0.1.1-2, har kommunen været berettiget til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Det bemærkes i den forbindelse, at M. J. Eriksson A/S har erkendt, at virksomhedens tilbud ikke opfylder kravet i tilbuds- og afregningsgrundlaget (TAG) punkt 1.0.1.1-2. M. J. Eriksson A/S har imidlertid anført, at "5%-grænsen ikke øver nogen som helst indflydelse på tildelingskriteriet", og at det derfor "ikke vil medføre nogen form for relevant skadevirkning for de øvrige bydende hvis [M. J. Eriksson A/S] tildeles kontrakten på delaftale 2."

Eftersom kommunen i sit udbudsmateriale har stillet et udtrykkeligt krav om, at underposten "Indretning, drift og rømning af arbejdsplads" ikke må

overstige 5 % af tilbudssummen, er det irrelevant, om det pågældende forhold har indflydelse på tildelingskriteriet.

M. J. Eriksson A/S har desuden gjort gældende, at afvigelsen i virksomhedens tilbud let kunne prissættes som differencen mellem det prissatte beløb på 5.202.902 kr. ekskl. moms og 5 % af tilbudssummen på 94.679.000 kr. ekskl. moms eller 4.733.950 kr.

Aarhus Kommune har bestridt, at afvigelsen i M. J. Eriksson A/S' tilbud kan prissættes som differencen mellem M. J. Eriksson A/S' pris på underposten og 5 % af virksomhedens tilbudssum. En prissætning af afvigelsen i M. J. Eriksson A/S' tilbud kræver, at det er muligt at prissætte den likviditetsmæssige fordel, M. J. Eriksson A/S har fået frem for de øvrige tilbudsgivere ved at fravige 5 %-kravet. Aarhus Kommune har med henvisning hertil fastholdt, at afvigelsen i M. J. Eriksson A/S' tilbud ikke lader sig prissætte.

Aarhus Kommune har i øvrigt bemærket, at M. J. Eriksson A/S – uanset om afvigelsen i virksomhedens tilbud lader sig prissætte eller ej – var berettiget til at afvise M. J. Eriksson A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt, jf. også ”Bestemmelser om Udbud og Tilbud (BUT)” pkt. 3.1.

Aarhus Kommune har vedrørende M. J. Eriksson A/S' bemærkninger om AB92 § 3, stk. 3, henvist til det ovenfor anførte, idet Aarhus Kommune samtidig har bemærket, at der ikke er tale om en ”åbenbar fejl”, hvorfor henvisningen til præciseringen af AB92 § 3, stk. 3, i ”Fælles Betingelser Anlægsarbejder i Aarhus Kommune” allerede af denne grund af irrelevant. Hertil kommer i øvrigt, at det ikke er givet, at M. J. Eriksson A/S' tilbudssum ville have været den samme, såfremt virksomhedens pris på ”Indretning, drift og rømning af arbejdsplads” havde været lavere, idet en høj pris på denne underpost som nævnt kan have givet M. J. Eriksson A/S likviditetsmæssige fordele.

M. J. Eriksson A/S har endelig gjort gældende, at det er uklart, om 5 %-kravet i ”Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)” punkt 1.0.1.1-2 udelukkende relaterer sig til tilbudslistens underpost 1.0.1.1 eller til den samlede sum af tilbudslistens underposter 1.0.1.1. og 1.0.1.2.

Aarhus Kommune har heroverfor gjort gældende, at det klart følger af ordlyden af ”Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)” punkt 1.0.1.1-2, at 5 %-kravet relaterer sig til underpost 1.0.1.1. Kommunen henviser i den forbindelse til både overskriften til punktet og angivelsen af kravet i sidste punktum, jf. særligt formuleringen ”denne post”, idet det samtidig fremhæves, at tilbudslisten ikke indeholder en samlet post omfattende både underpost 1.0.1.1 og underpost 1.0.1.2. Underpost 1.0.1.2 er i øvrigt udelukkende relevant, hvis projektet forsinkes, og entreprenøren som følge heraf er berettiget til betaling for forlænget byggetid.

Endelig har Aarhus Kommune gjort gældende, at uanset at kravet måtte være uklart, er M. J. Eriksson A/S’ tilbud ukonditionsmæssigt, og en eventuel uklarhed i udbudsmaterialet har derfor ikke haft betydning for konditionsmæssigheden i tilbuddet.

Aarhus Kommune var derfor forpligtet og under alle omstændigheder berettiget til at afvise M. J. Eriksson A/S’ tilbud som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 2

M. J. Eriksson A/S har gjort gældende, at klagenævnet efter det under påstand 1 anførte skal annullere Aarhus Kommunes tildelingsbeslutning.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere kommunens tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af ”Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)” vedrørende ”Arbejdsplads”, at posten vedrørende 1.0.1.1-2 ikke måtte overstige 5 % af den samlede tilbudssum. M. J. Eriksson A/S afgav med sit tilbud på 94.679.000 kr. tilbuddet med den laveste tilbudssum, mens Aarsleff - Danjord JV I/S med en pris på 98.630.000 kr. afgav tilbuddet med den næstlaveste tilbudssum. M. J. Eriksson A/S’ tilbud vedrørende post 1.0.1.1-2 udgjorde mere end 5 % af det samlede tilbud. Som anført af Aarhus Kommune, ville M. J. Eriksson A/S derved opnå en likviditetsmæssig fordel ved efter påkrav at kunne få dette beløb udbetalt. Forbeholdet kunne ikke prissættes, da det er

et forbehold vedrørende prisen. Aarhus Kommune var derfor berettiget til at se bort fra M. J. Eriksson A/S' tilbud.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det følger af det under påstand 1 anførte, at Aarhus Kommunes tildelingsbeslutning ikke annulleres.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

M. J. Eriksson A/S skal betale sagsomkostninger til Aarhus Kommune med 7.500 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne påstand.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig