

K E N D E L S E

Nibe Entreprenør og Transport ApS
(advokat J. J. Borregaard, Nibe)

mod

Støvring Kommune
(advokat Birte Rasmussen, Aalborg)

Den 9. april 2003 iværksatte indklagede, Støvring Kommune, en offentlig licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende udførelsen af en stationsforplads ved stationen i Støvring og adgangsveje til stationen i Støvring. Licitationsbetingelserne kunne afhentes hos indklagedes tekniske rågiver, Niras Rådgivende ingeniører og planlæggere A/S fra den 11. april 2003. Licitationen vedrørte følgende 3 selvstændige entrepriser, og tildelingskriteriet var ved alle 3 entrepriser laveste bud:

Entreprise 1: Ny vej mellem Mercurvej og Borups Allé.
Entreprise 2: Stationsforpladsen.
Entreprise 3: Jernbanegade.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 2. maj 2003 havde 9 virksomheder, herunder klageren, Nibe Entreprenør og Transport ApS, og Suldrup Entreprenørforretning A/S, afgivet tilbud på udførelse af hver af de 3 entrepriser. Endvidere havde 6 af tilbudsgiverne – herunder klageren og Suldrup Entreprenørforretning A/S – i overensstemmelse med licitationsbetingelserne anført en fradragspris ved tildeling af alle 3 entrepriser samlet.

Den 27. maj 2003 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Suldrup Entreprenørforretning A/S vedrørende Entreprise 1 og Entreprise 2, og kontrakt blev herefter indgået den 13. juni 2003. Samme dag besluttede

indklagede at indgå kontrakt med Jysk Brolægning A/S vedrørende Entreprise 3, og kontrakt blev herefter indgået den 4. juni 2003.

Den 5. august 2003 indgav klageren, Nibe Entreprenør & Transport ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Støvring Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 10. december 2003.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet ved ved beslutningen om at indgå en samlet kontrakt med Suldrup Entreprenørforretning A/S vedrørende »Entreprise 1: Ny vej mellem Mercurvej og Borups Allé« og »Entreprise 2: Stationsforpladsen« at have taget hensyn til en fradragspris i tilbudene fra Suldrup Entreprenørforretning A/S, uagtet det i licitationsbetingelserne var fastsat, at tilbudsgiverne alene kunne tilbyde en fradragspris ved tildeling af alle 3 entrepriser samlet, hvoraf følger at der alene kunne blive tale om at tage fradragsprisen i betragtning, hvis der blev indgået en samlet kontrakt om alle 3 entrepriser.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet ved ved beslutningen om at indgå en samlet kontrakt med Suldrup Entreprenørforretning A/S vedrørende udførelsen af »Entreprise 1: Ny vej mellem Mercurvej og Borups Allé« og »Entreprise 2: Stationsforpladsen« at have anvendt fradragsprisen på 70.000 kr. i tilbudene fra denne tilbudsgiver 2 gange, uagtet disse tilbud oplyste én fradragspris på 70.000 kr. ved en samlet overtagelse af »Entreprise 1: Ny vej mellem Mercurvej og Borups Allé« og »Entreprise 2: Stationsforpladsen«.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 27. maj 2003 om at indgå kontrakt med Suldrup Entreprenørforretning A/S vedrørende udførelsen af »Entreprise 1: Ny vej mellem Mercurvej og Borups Allé« og »Entreprise 2: Stationsforpladsen«.

Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 828.000 kr. med procesrente fra den 5. august 2003.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4, indtil Klagenævnet har taget stilling til de øvrige påstande.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 5

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved i licitationsbetingelserne at forbeholde sig ret til på grundlag af licitationsresultatet og uden gennemførelse af en ny licitation at reducere de enkelte entreprisers omfang med indtil 30 %.

Licitationsbetingelserne fra april 2003 består af følgende dokumenter:

1. Almen orientering
2. AB 92 med supplementer
3. Særlige betingelser, som supplerer AB 92 med supplementer
4. En arbejdsbeskrivelse.

I Almen orientering er blandt andet anført:

»Støvring Kommune ønsker som bygherre tilbud på etablering af Stationsforplads og adgangsveje i Støvring.

Arbejdet udbydes i 3 selvstændige entrepriser:

Entreprise 1 - Ny vej mellem Borups Allé og Mercurvej.

Entreprise 2 - Stationsforpladsen

Entreprise 3 - Jernbanegade.

.....

Der er på de enkelte tilbudslister givet entreprenøren mulighed for at give en fradragspris ved en samlet overdragelse af de 3 entrepriser.

.....

Der gøres endvidere opmærksom på, at Støvring Kommune på grundlag af licitationsresultatet forbeholder sig ret til at reducere den enkelte entreprises omfang med indtil 30%.

.....

Arbejdet omfatter i det væsentlige følgende hovedmængder:

Entreprise 1:

ca. 4.900 m³ jordarbejde

ca. 4.800 m² befæstede arealer

31 stk. nedløbsbrønde med stik

ca. 415 m regnvandsledninger med brønde

Entreprise 2:

ca. 3.615 m³ jordarbejde

ca. 4.500 m² befæstede arealer

19 stk. nedløbsbrønde med stik

9 stk. træer

Entreprise 3:

ca. 2.200 m² rydning af eksisterende belægning

ca. 2.850 m² nye befæstede arealer

ca. 22 stk. nedløbsbrønde med stik

14 stk. træer.«

I AB 92 er i afsnit »C. Entreprisens udførelse« anført følgende i § 14, stk. 3:

»Vedrører ændringerne arbejder, hvorom der gælder enhedspriser, reguleres den aftalte entreprisensum i overensstemmelse hermed, medmindre der træffes anden aftale, jf. stk. 2. Regulering efter enhedspriser skal dog kun ske, inden for +/- 15 pct. af entreprisensummen og inden for +/- 100 pct. af de enkelte poster i tilbudslisten.«

»I AB 92 med supplementer« er til § 14, stk. 3, anført følgende:

»Eventuelle variationsprocenter, der afviger herfra, kan være specificeret i arbejdsbeskrivelserne.«

I »Særlige betingelser« hedder det blandt andet:

»1. Tilbud og licitation

Arbejdet udbydes under forbehold af myndighedernes endelige godkendelse og i 3 selvstændige entrepriser. Der ønskes gerne oplyst fradragspris for samlet overdragelse af alle 3 entrepriser.

Licitationen er offentlig.

Kriteriet for tildeling af opgaverne er laveste bud.

.....

Der gøres opmærksom på, at Støvring Kommune på grundlag af licitationsresultatet forbeholder sig ret til at reducere de enkelte entreprisers omfang med indtil 30%. Der skal i tilbudet tages højde for dette forhold, da der ikke ydes kompensation for nævnte reduktion.

.....

2. Tidsplan

Entreprise 1 skal udføres indenfor en samlet periode på 10 uger. Arbejdet forventes opstartet som 1. entreprise ca. 2. juni 2003.

Entreprise 2 skal udføres indenfor en samlet periode på 12 uger. Arbejdets opstart afventer Banestyrelsens perronarbejde, men forventes at ske ca. 1. september 2003.

Entreprise 3 skal udføres indenfor en samlet periode på 11 uger. Arbejdet forventes p.t. igangsat ca. 18. august 2003. Entreprisen skal være afsluttet 1. november 2003.«

Ad påstand 1, 2 og 3

Klageren afgav den 2. maj 2003 tilbud på alle tre entrepriser således (ekskl. moms):

Entreprise 1: 1.533.921 kr.

Entreprise 2: 2.239.719 kr.

Entreprise 3: 1.575.503 kr.

I den fortrykte rubrik »Fradragspris ved samlet overdragelse af entreprise 1, 2 og 3« var i klagerens tilbudsliste ved alle tre tilbud skrevet »10.000 kr.«.

Suldrup Entreprenørforretning A/S afgav den 2. maj 2003 tilbud på alle tre entrepriser således (ekskl. moms):

Entreprise 1: 1.558.549 kr.

Entreprise 2: 2.346.902 kr.

Entreprise 3: 1.579.910 kr.

I den fortrykte rubrik »Fradragspris ved samlet overdragelse af entreprise 1, 2 og 3« var i tilbudslisten fra Suldrup Entreprenørforretning A/S ved alle tre tilbud skrevet »70.000 kr.«.

I den fortrykte rubrik »Fradragspris ved samlet overdragelse af entreprise 1, 2 og 3« var i tilbudslisterne fra de øvrige 4 tilbudsgivere, som havde udfyldt denne rubrik, også anført samme beløb ved alle 3 tilbud.

I såvel tilbudet vedrørende Entreprise 1 som i tilbudet vedrørende Entreprise 2 fra Suldrup Entreprenørforretning A/S var endvidere anført følgende:

»Alternativ: Fradragspris v/samlet overdragelse entreprise 1+2 kr. 70.000,-«

I en indstilling af 6. maj 2003 fra indklagedes tekniske rådgiver til indklagede er anført følgende:

»Lavestbydende på entreprise 1 + 2 er Suldrup Entreprenørforretning A/S med et alternativt bud på kr. 3.765.451,00 ekskl. moms.

Det alternative bud omfatter en fradragspris ved en samlet overdragelse af entreprise 1 + 2 på kr. 70.000,00 ekskl. moms pr. entreprise. Hovedtilbudet fra Suldrup Entreprenørforretning er på kr. 3.905.451,00 ekskl. moms.

Næstlaveste bud på entreprise 1 + 2 er fra Nibe Entreprenør og Transport ApS og lyder på kr. 3.773.640,00 ekskl. moms.

Lavestbydende på entreprise 3 er Jysk Brolægning A/S med et bud på kr. 1.503.361,00 ekskl. moms. Næstlaveste er Entreprenørfirma P. Frederiksen, Nibe med et tilbud på kr. 1.574.920 ekskl. moms

.....

Begge lavest bydende firmaer er fortrolige med opgaver af den aktuelle karakter og størrelse, hvorfor vi kan anbefale, at der vedrørende entreprise 1 + 2 indledes kontraktforhandling med Suldrup Entreprenørforretning A/S, og vedrørende entreprise 3 tilsvarende med Jysk Brolægning A/S.«

Indklagede besluttede at indgå kontrakt med Suldrup Entreprenørforretning A/S på baggrund denne tilbudsgivers tilbud med en fradragspris ved indgåelse af kontrakt om Entreprise 1 og Entreprise 2 samlet. Prisen for udførelsen af de to entrepriser er i henhold til kontrakten 3.765.451 kr. ekskl. moms. Kontraktprisen fremkommer således:

Entreprise 1:	tilbudspris	1.558.549 kr.	
	fradrag	<u>70.000 kr.</u>	1.488.549 kr.
Entreprise 2:	tilbudspris	2.346.902 kr.	
	fradrag	<u>70.000 kr.</u>	<u>2.276.902 kr.</u>
			3.765.451 kr.

Indklagede besluttede vedrørende Entreprise 3 at indgå kontrakt med Jysk Brolægning A/S, som for denne entreprise var lavestbydende med et tilbud på 1.563.361 kr.

Ad spørgsmål 5

Indklagede har oplyst, at indklagede med bestemmelsen i licitationsbetingelserne om, at kommunen forbeholder sig at reducere den enkelte entreprises omfang med indtil 30 %, tilsigter at give kommunen mulighed for i perioden efter modtagelsen af tilbudene, og inden der træffes beslutning om indgåelse af kontrakt, at foretage ændringer i projektet med henblik på at gøre projektet billigere, således at denne mulighed kun ville blive anvendt, hvis det under licitationen viste sig, at et eller flere af de 3 entrepriser blev så dyre, at kommunens dispositionsbeløb vedrørende projektet ikke kunne dække udgiften ifølge det laveste bud. Under licitationen viste det sig, at der ikke blev brug for at anvende den fastsatte bestemmelse om reduktion af projektet.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at licitationsbetingelserne klart alene giver tilbudsgiverne mulighed for at anføre en fradragspris ved indgåelse af kontrakt vedrørende alle 3 entrepriser samlet, men ikke giver tilbudsgiverne mulighed for at anføre en fradragspris ved indgåelse af en samlet kontrakt alene om 2 af de 3 entrepriser. Klageren har endvidere gjort gældende, at en ordregiver kun kan tage hensyn til sådanne fradragspriser, når det udtrykkeligt er anført i licitationsbetingelserne, at der kan anføres fradragspriser, og at indklagede derfor har handlet i strid med Tilbudsloven ved at tage hensyn til den fradragspris, som Suldrup Entreprenørforretning A/S havde anført ved indgåelse af en samlet kontrakt alene om Entreprise 1 og Entreprise 2, da det ikke i licitationsbetingelserne var fastsat, at der

kunne anføres en fradragspris ved indgåelse af en samlet kontrakt om Entreprise 1 og Entreprise 2.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudet fra Suldrup Entreprenørforretning A/S med fradragsprisen 70.000 kr. ved en samlet overdragelse af Entreprise 1 og Entreprise 2 er et alternativt tilbud, og at indklagede som følge af det anførte supplement til AB 92 § 14, stk. 3, i licitationsbetingelserne havde mulighed for at tage dette alternative tilbud fra Suldrup Entreprenørforretning A/S i betragtning, da det alternative tilbud var specificeret i overensstemmelse med licitationsbetingelserne og dermed sammenligneligt med de øvrige tilbud, jf. Tilbudslovens § 9, stk. 1.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at tilbudet fra Suldrup Entreprenørforretning A/S om fradrag af 70.000 kr. ikke skal forstås således, at tilbudet indeholder et fradrag på 70.000 kr. for hver af de 2 entrepriser – Entreprise 1 og Entreprise 2 – men derimod således, at tilbudet indeholder et fradrag på 70.000 kr. ved en samlet kontrakt om disse 2 entrepriser. Klageren har i den forbindelse anført, at det fradrag på 10.000 kr., som er anført klagerens tilbud vedrørende en samlet overtagelse af alle 3 entrepriser, naturligvis betyder, at fradraget er 10.000 kr. – ikke 30.000 kr. Indklagede har derfor handlet i strid med Tilbudsloven ved at fortolke tilbudet fra Suldrup Entreprenørforretning A/S således, at tilbudet indeholdt følgende tilbudspriser, når fradraget var taget i betragtning:

Entreprise 1: 1.488.549 kr.

Entreprise 2: 2.276.902 kr.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudet fra Suldrup Entreprenørforretning A/S skal forstås således, at der tilbydes et fradrag på 70.000 kr. vedrørende hver af entrepriserne 1 og 2 – altså i alt 140.000 kr. – såfremt der indgås en samlet kontrakt om disse 2 entrepriser, idet beløbet på 70.000 kr. er anført på tilbudslisten for hver af disse to tilbud. Indklagede har endvidere anført, at alle de 6 tilbud, hvori der var anført fradragspriser på hver af de 3 tilbud med samme beløb – tilbudet fra Suldrup Entreprenørforretning A/S således med 70.000 kr. – på samme måde skal fortolkes, således at beløbet vedrører hver af de 3 entrepriser og således samlet er 3 x dette beløb – tilbudet fra Suldrup Entreprenørforretning A/S således 3 x 70.000 eller 210.000 kr.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Tilbudet fra Suldrup Entreprenørforretning A/S indeholdende en fradragspris ved samlet overdragelse af »Entreprise 1: Ny vej mellem Mercurvej og Borups Allé« og »Entreprise 2: Stationsforpladsen« er ikke et alternativt tilbud i Tilbudslovens forstand.

Indklagede har – i hvert fald under en licitation som den aktuelle, hvor licitationen vedrører 3 entrepriser vedrørende bygge- og anlægsopgaver af samme beskaffenhed eller i det væsentlige samme beskaffenhed – uden at handle i strid med Tilbudsloven i licitationsbetingelserne kunnet fastsætte, at tilbudsgiverne i deres tilbud kan give en fradragspris, hvis der indgås en samlet kontrakt om alle 3 entrepriser, således at indklagede ved afgørelsen af, hvem der skulle indgås kontakt med, kan tage hensyn til disse fradragspriser.

Indklagede kunne endvidere i licitationsbetingelserne uden at handle i strid med Tilbudsloven – desuden eller i stedet – have fastsat, at tilbudsgiverne i deres tilbud kunne give en fradragspris, hvis der indgås en samlet kontrakt om 2 af de 3 entrepriser, eller om to bestemte entrepriser, og indklagede ville i så fald ved afgørelsen af, hvem der skulle indgås kontrakt med, have været berettiget til at tage hensyn til sådanne fradragspriser.

Da indklagede imidlertid ikke i licitationsbetingelserne har fastsat, at tilbudsgiverne i deres tilbud kunne give en fradragspris ved indgåelse af en samlet kontrakt om 2 af de 3 entrepriser eller om to bestemte entrepriser, har indklagede handlet i strid med Tilbudsloven ved ved beslutningen om, hvem der skulle indgås kontrakt med, at have taget hensyn til den fradragspris, som Suldrup Entreprenørforretning A/S havde anført vedrørende indgåelse af en samlet kontrakt om entreprise 1 og 2. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 2

Formuleringen i tilbudet fra Suldrup Entreprenørforretning A/S »Fradragspris v/samlet overdragelse entreprise 1+2 kr. 70.000,-« må forstås

således, at fradragsprisen ved indgåelse af en samlet kontrakt om Entreprise 1 og Entreprise 2 er på 70.000 kr. Indklagede har derfor handlet i strid med Tilbudsloven ved at fortolke dette tilbud således, at fradragsprisen ved indgåelse af en sådan kontrakt er 140.000 kr. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 3

Efter beskaffenheden af de overtrædelser af Tilbudsloven, som Klagenævnet har fastslået ad påstand 1 og 2, tager Klagenævnet påstanden til følge.

Ad spørgsmål 5

Efter det oplyste var det indklagedes hensigt med bestemmelsen i licitationsbetingelserne om, at kommunen forbeholder sig ret til at reducere den enkelte entreprises omfang med indtil 30 %, at indklagede skulle have mulighed for i perioden efter modtagelsen af tilbudene, og inden der skulle træffes beslutning om indgåelse af kontrakt, at foretage ændringer i projektet med henblik på at gøre projektet billigere. AB 92 § 14, stk. 3, med det anførte supplement dertil i licitationsbetingelserne vedrører en anden situation, nemlig ændringer under entreprisens udførelse, og disse bestemmelser har derfor ikke betydning for indklagedes mulighed for i perioden fra tilbudene var modtaget, til der blev truffet beslutning om at indgå kontrakt med en tilbudsgiver, at foretage ændringer i det enkelte projekt.

Indklagede kunne vedrørende hver af de 3 entrepriser have udarbejdet 2 projekter – et dyrere og et billigere projekt – og have gennemført sideordnede licitationer vedrørende disse 2 forskellige entrepriser. Indklagede ville ved anvendelse af denne fremgangsmåde have haft mulighed for ved valget af projekt at tage hensyn til omkostningerne ved de 2 forskellige projekter.

Ved den valgte licitation med alene ét projekt for hver af entrepriserne har indklagede efter modtagelsen af tilbudene og inden indgåelse af kontrakt kun mulighed for at foretage begrænsede ændringer af projektet, og kun såfremt indklagede har en saglig begrundelse for at foretage ændringerne, og indklagede er i øvrigt – hvis tilbudspriserne overstiger de bevillinger, som indklagede har til disposition – henvist til at annullere licitationen med henblik på at gennemføre en ny licitation vedrørende et billigere projekt.

Indklagede kan ikke ved i en bestemmelse i licitationsbetingelserne at forbeholde sig »på grundlag af licitationsresultatet at reducere den enkelte entreprises omfang med indtil 30 %« udvide den begrænsede mulighed, der efter Tilbudsloven er til at ændre det udbudte projekt. Indklagede har således handlet i strid med Tilbudsloven ved i licitationsbetingelserne at fastsætte, at kommunen forbeholder sig ret til at reducere den enkelte entreprises omfang med indtil 30 %.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet ved ved beslutningen om at indgå kontrakt med Suldrup Entreprenørforretning A/S vedrørende »Entreprise 1: Ny vej mellem Mercurvej og Borups Allé« og »Entreprise 2: Stationsforpladsen« at have taget hensyn til en fradragspris i tilbudene fra Suldrup Entreprenørforretning A/S, uagtet det i licitations-betingelserne var fastsat, at tilbudsgiverne alene kunne tilbyde en fradragspris ved tildeling af alle 3 entrepriser samlet, hvoraf følger at der alene kunne blive tale om at tage fradragsprisen i betragtning, hvis der blev indgået kontrakt om alle 3 entrepriser samlet.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet ved ved beslutningen om at indgå kontrakt med Suldrup Entreprenørforretning A/S vedrørende udførelsen af »Entreprise 1: Ny vej mellem Mercurvej og Borups Allé« og »Entreprise 2: Stationsforpladsen« at have anvendt fradragsprisen på 70.000 kr. i tilbudene fra denne tilbudsgiver 2 gange, uagtet disse tilbud oplyste én fradragspris på 70.000 kr. ved en samlet overtagelse af »Entreprise 1: Ny vej mellem Mercurvej og Borups Allé« og »Entreprise 2: Stationsforpladsen« .

Ad påstand 3

Indklagedes beslutning af 27. maj 2003 om at indgå kontrakt med Suldrup Entreprenørforretning A/S vedrørende udførelsen af »Entreprise 1: Ny vej

mellem Mercurvej og Borups Allé« og »Entreprise 2: Stationsforpladsen« annulleres.

Ad spørgsmål 5

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved i licitationsbetingelserne at forbeholde sig ret til på grundlag af licitationsresultatet og uden gennemførelse af en ny licitation at reducere de enkelte entreprisers omfang med indtil 30 %.

Indklagede, Støvring Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Nibe Entreprenør og Transport ApS, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig