

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Niels Sørensen og Vibeke Steenberg)

J.nr.: 2009-0020926

8. juni 2010

K E N D E L S E

O K Entreprise A/S

(advokat Erik Dreyer, Tønder)

mod

Tønder Forsyning A/S

(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Ved annonce i Jydske Vestkysten den 3. november 2009 iværksatte Tønder Forsyning A/S en offentlig licitation efter Tilbudsloven, jf. lov-bekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 af lov om om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter. Licitationen vedrørte en rammeaftale for fornyelse af vandledninger udført ved opgravning. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

24 virksomheder havde anmodet om udbudsmaterialet, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 4. december 2009 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Subtera A/S
2. Munck Forsyningsledninger A/S
3. Entreprenør Poul Erik Jensen A/S
4. Drengsted Entreprenørfirma A/S
5. Frieberg A/S
6. Otto Chrestensen A/S
7. KAMCO A/S
8. Chr. Johansens Eftf. A/S
9. Niels-Kristian Nissen
10. Kurt Christensen Aps
11. Kjellkvist A/S
12. O K Entreprise A/S (Klager)

Den 18. december 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Subterra A/S.

Den 23. december 2009 indgav klageren, O K Entreprise A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Tønder Forsyning A/S. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 2. februar 2010 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Kontrakt blev indgået den 4. marts 2010.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved i indklagedes licitation vedrørende rammeaftale for fornyelse af vandledning udført ved opgravning at have anset klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt som følge af, at klageren i sit tilbud ikke havde udfyldt tilbudslistens pkt. 501.50, idet udfyldelsen heraf ikke var en betingelse for at anse tilbuddet for konditionsmæssigt.

Påstand 2

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.777.571,90 kr. med procesrente fra den 23. december 2009.

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

Indklagede har vedrørende påstand 2 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 2, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1.

I licitationsbetingelserne (»Udbudsbrev«) fra indklagedes rådgiver EnviDan A/S af 8. oktober 2009 er blandt andet anført følgende:

- » På vegne af Tønder Forsyning A/S fremsendes hermed udbudsmaterialet for rammeaftalen for fornyelse af vandledninger ved opgravning.

...

Nærværende udbud opfatter:

- Gravearbejdet i forbindelse med fornyelse af vandledninger og udførelse af vedligeholdelses opgaver ved opgravning, inkl. udførelse af gravearbejdet ved "No-dig" arbejder og etablering af afspærringsmaterialer for begge entrepriser.

Der indgås en rammeaftale. Rammeaftalen har en varighed på 2 år, med mulighed for forlængelse i et år af gangen til i alt 4 år. Forventet opstart den 4. januar 2010.

...

Fremsendt udbudsmateriale omfatter dokumenter iht. nedenstående:

- Nærværende udbudsbrev

...

- TBL – Tilbudsliste – "Opgravning"

...

De ydelser der er indeholdt i entreprisen fremgår af tilbudslisten. Ydelserne i tilbudslisten er nærmere beskrevet i "Tilbuds- og afregningsgrundlag", hvor de er angivet med samme nummerorden som posterne i tilbudslisten.

Udbuddet sker som offentlig licitation. Der udbydes i henhold til Tilbudsloven.

Tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud...

...«

I tilbudslisten, der er dateret den 24. november 2009, side 4, er blandt andet anført følgende:

»TILBUDSLISTE – Opgravningsarbejde

Post	Betegnelse	Pris kr. excl. moms
1	Arbejdsplads mv.	
2	Forberedende arbejder	
3	Etablering af ledningsgrav	
4	Retablering	
5	Afsluttende arbejder	
6	Supplerende ydelser	
7	Vinterforanstaltninger	

...

TILBUDSLISTE, OPTION

Post	Betegnelse	Pris kr. excl. moms
501	Option	

...«

I efterfølgende skemaer i tilbudslisten var punkterne 1-7 nærmere specificeret, således at tilbudsgiverne ved udfyldelse heraf nærmere angav prisen for de enkelte delposter. Tilsvarende var der anført et skema vedrørende afsnit »501 Option«. Heri hedder det blandt andet:

»

						Udført	
Post	Betegnelse	Enhed	Mængde	Enhedspris	I alt kr. excl. moms	Mængde	I alt kr. excl. moms
...							
	Andet						
501.50	Eventuelle ekstra omkostninger ved forlængelse af rammeaftalen med yderligere 1 år uden over den første aftaleperiode på 2 år (maksimal forlængelse til i alt 5 år) Sum pr. gang						
				Sum			

Sum af hovedafsnit 501 overføres til side 4

kr.

.....

.....«

Kolonnerne vedrørende mængde og enhedspris fremstod i skemaet som udfyldt fra indklagedes side.

Klageren havde i sit tilbud af 3. december 2009 tilbudt:

»...at udføre de i nærværende tilbudsliste angivne arbejder med alle nødvendige ydelser for de angivne priser.

Alle priser er ekskl. moms:

Jordarbejde (post 1-7)

kr. 1.040.732,50

Samlet entreprisenum i alt

kr. 1.040.732,50

.....«

Klageren havde i sit tilbud i relation til hovedafsnit »501 – Option« udfyldt samtlige kolonner vedrørende »enhedspris« og »i alt kr. excl. moms«, bortset fra post 501.50 om eventuelle meromkostninger ved forlængelse af rammeaftalen med 1 år. Klageren havde endvidere udfyldt sumangivelsen under skemaet i dette hovedafsnit, og sumbeløbet var endvidere anført i skemaet på tilbudslistens side 4, der er gengivet ovenfor.

Indklagedes rådgiver, EnviDan A/S, orienterede i et brev af 15. december 2009 Tønder Forsyning A/S om resultatet af licitationen. Det fremgår heraf blandt andet, at tilbuddene fra klageren, Niels-Kristian Nissen, Kurt Christensen Aps og Kjellkvist A/S blev anset for ikke konditionsmæssige, da de ikke havde udfyldt post 501.50 om eventuelle meromkostninger ved forlængelse af rammeaftalen med 1 år, idet denne post ikke kunne prissættes. Det fremgik herudover blandt andet, at indklagedes advokat anbefalede, at der

»... træffes tildelingsbeslutning på grundlag af laveste pris, hvilket vil sige Subtera A/S.

På baggrund af ovenstående er det EnviDan A/S anbefaling, at Subtera A/S indkaldes til kontraktsforhandling...«

Af et brev af 18. december 2009 fra EnviDan A/S til blandt andre klageren fremgår blandt andet, at tilbuddet fra Subtera A/S var det laveste af de konditionsmæssige tilbud, at indklagede anså tilbuddet fra Subtera A/S som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at indklagede på den baggrund ville indlede kontraktsforhandlinger med Subtera A/S. Det fremgår videre, at klagerens tilbud, såfremt det havde været konditionsmæssigt, prismæssigt ville have været det laveste.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at virksomhedens tilbud var konditionsmæssigt, og at indklagede derfor har været uberettiget til at se bort fra det. Der var ikke i licitationsbetingelserne stillet krav om udfyldelse af tilbudslisten, og manglende udfyldelse af tilbudslistens pkt. 501.50 kan derfor ikke begrunde en afvisning af klagerens tilbud. Dertil kommer, at der efter ordlyden af det nævnte punkt kun skulle anføres »eventuelle« mer-

omkostninger ved forlængelse af rammeaftalen med et år, og at den manglende udfyldelse derfor måtte forstås således, at ikke ville være nogen meromkostninger forbundet med forlængelse af rammeaftalen. Dette fremgår i øvrigt også af, at summen af hovedafsnit 501 viser, at der ikke er ekstraomkostninger under pkt. 501.50.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt, idet klageren ikke havde udfyldt tilbudslistens pkt. 501.50. Indklagede var derfor berettiget til at afvise klagerens tilbud. Indklagede har herved nærmere henvist til, at det fremgår af udbudsskrivelsen, at tilbudslisten var en del af licitationsbetingelserne, ligesom det fremgik, at der blev udbudt en rammeaftale med en varighed på 2 år med forlængelse i 1 år ad gangen til i alt 4 år, og at de bydende i konsekvens heraf var opfordrede til ved udfyldelse af pkt. 501.50 at oplyse omkostningerne pr. år ved forlængelse af rammeaftalen. Klageren udfyldte ikke denne position, hvorfor klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt. Det er ikke korrekt, at klagerens tilbud skulle forstås således, at forlængelse kunne ske vederlagsfrit for indklagede. I så fald skulle klageren have anført »0« i den pågældende position. Det var ikke muligt at prissætte afvigelsen. Det har væsentlig betydning, at omkostningerne på forhånd er fastlagt, idet indklagedes forhandlingsposition ellers ville være svag.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Der var ikke i licitationsbetingelserne stillet som et mindstekrav, at tilbudslisten blev udfyldt. Som følge heraf var udfyldelse af listens pkt. 501.50 heller ikke et sådant krav.

Det omtvistede punkt i licitationsbetingelserne vedrørte »eventuelle meromkostninger«. Klageren havde i sit tilbud udfyldt samtlige andre punkter under tilbudslistens hovedafsnit 501 vedrørende optioner og herunder punktet »Sum af hovedafsnit 501«, der er anført umiddelbart under pkt. 501.50. På denne baggrund må tilbuddet fra klageren naturligt forstås således, at klageren ikke ville stille krav om meromkostninger ved en forlængelse af rammeaftalen som anført under pkt. 501.50. Den manglende udfyldelse af dette punkt kunne derfor ikke medføre, at indklagede var berettiget til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt, således som det skete.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved i indklagedes licitation vedrørende rammeaftale for fornyelse af vandledning udført ved opgravning at have anset klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt som følge af, at klageren i sit tilbud ikke havde udfyldt tilbudslistens pkt. 501.50, idet udfyldelsen heraf ikke var en betingelse for at anse tilbuddet for konditionsmæssigt.

Indklagede, Tønder Forsyning A/S, skal i sagsomkostninger til klageren, O K Entreprise A/S, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig