

K E N D E L S E

Tømrermester Hans Kirk Randers A/S
(advokat Jeppe Svenning, Aarhus)

mod

Norrdjurs Kommune
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

Den 15. august 2014 iværksatte indklagede, Norrdjurs Kommune, en licitation af en tømrerentreprise på opførelse af en ny daginstitution i Grenaa. Tømrerentreprisen omfattede blandt andet levering og montering af tagkassetter. Der var tale om en offentlig licitation efter tilbudslovens afsnit I (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter). Tildelingskriteriet var fastsat til ”laveste pris”. Tømrerentreprisen havde været udbudt to gange tidligere henholdsvis den 18. september 2013 og den 18. december 2013, men begge licitationer var annulleret.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 9. september 2014 havde indklagede modtaget tilbud fra klageren, Tømrermester Hans Kirk Randers A/S (herefter ”Hans Kirk”), og følgende virksomheder:

- Haslund Byggefirma A/S
- Aalsrode Tømrerfirma A/S

Den 25. september 2014 besluttede Norrdjurs Kommune at annullere licitationen med den begrundelse, at der var en uoverensstemmelse mellem be-

skrivelsen af kravene til tagkassetter i licitationsbetingelserne og tegningsmaterialet.

Den 9. oktober 2014 indgav Hans Kirk klage til Klagenævnet for Udbud over Norddjurs Kommune. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Hans Kirk har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Norddjurs Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, idet Norddjurs Kommune ikke har erklæret tilbuddet fra Aalsrode Tømrerfirma A/S for ikke konditionsmæssigt, uagtet at tilbudslisten er udfyldt ufyldtestgørende og ukorrekt under punkt 8.01, hvor der ikke er angivet leverandør af tagkassetter.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Norddjurs Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at annullere genudbuddet af 15. august 2014 vedrørende tømrerentreprisen, uagtet at annullering af genudbuddet er usaglig.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Norddjurs Kommunes beslutning af 25. september 2014 om at annullere genudbuddet.

Hans Kirk har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Norddjurs Kommune har nedlagt påstand om, at påstand 1 afvises, subsidiært ikke tages til følge, og har i øvrigt påstået, at den øvrige del af klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbrev af 15. august 2014 står blandt andet:

”Udbudsform: Norddjurs Kommune udbyder etablering af ny daginstitution i Grenaa i offentlig licitation.

Udbud i fagentreprise under følgende opdeling:

Genudbud – B. Tømrerentreprisen inkl. Komplettering

Der gøres opmærksom på, at udbuddet er et genudbud af det tidligere udbud af 18.12.2013.

...

Såfremt tilbudsgiverne finder, at der er ydelser beskrevet i tegninger og som ikke er fuldt dækket af tilbudsspecifikationerne, tilføjes manglende ydelser under ”øvrige arbejder” i tilbudsspecifikationen under det pågældende arbejde.

...

Tildelingskriterium: Laveste pris”

Norrdjurs Kommune har oplyst, at baggrunden for, at det blev nødvendigt at iværksætte en ny licitation vedrørende entreprisen ved udbudsbrev af 15. august 2014, var, at kommunen ikke nåede at indgå kontrakt med den vindende tilbudsgiver inden udløbet af vedståelsesfristen.

Endvidere var det kommunens opfattelse, at det krav, der var blevet stillet ved licitationen af 18. december 2013 om anvendelse af tagkassetter i opbygning med en uorganisk stålkonstruktion, medførte en uhensigtsmæssig begrænsning i antallet af leverandører. Det var derfor ved den fornyede licitation vedrørende tømrerentreprisen en forudsætning, at der skulle være mulighed for levering af tagelementer med uorganiske såvel som organiske opbygninger, således at flere leverandører kunne byde på opgaven.

I fagbeskrivelsen af tømrerentreprisen står:

” ...

Arbejdets udførelse.

...

Type- tagkassetter.

Enten selvbærende BS 60 tagelementer udført i galvaniseret stål og mineraluld, incl. dampspærre.

Leveres færdig fra fabrik som leverandør TAGELEMENT A/S, att. Peehr Ø. Svensson (tlf. ...), ... eller tilsvarende.

Eller selvbærende tagelementer incl. dampspærre leveret fra fabrik som leverandør Lättelement AB, att: Kurt Carlsen, (tlf: ...) ... eller tilsvarende. For mere info se: www.lattelement.se.

...

Uanset entreprenørens valg af leverandør jfr. ovennævnte referencer, skal der tages afsæt i den projekterede bærende stålkonstruktion, jfr. tegning nr. 21-0-01A, 21-0-10A, samt 21-X-01A, hvad angår bærelinier, spændretninger, vederlag etc.

...”

Der henvises således i fagbeskrivelsen til 2 forskellige referenceprodukter fra henholdsvis Tagelement A/S og Lättelement AB. Det er oplyst under klagesagen, at leverandøren Tagelement A/S leverer tagkassetter med uorganisk materiale, mens leverandøren Lättelement AB leverer organiske tagkassetter.

I tegningsmaterialet, herunder tegning nr. 21-0-01A, til tømrerentreprisen, står der om tagkonstruktionen:

”Tagdæk

Trapezplader dimensioneres og fastgøres iht. LEV.

Uorganiske tyndplade tagkassetter dimensioneres og fastgøres iht. LEV.”

Endvidere var der flere steder i tegning nr. 210 omtalt en ”stålbaseret uorganisk tagkonstruktion”.

Dette tegningsmateriale var også blevet anvendt ved licitationen af 18. december 2013. Kommunen har oplyst, at tegningsmaterialet ved en fejl ikke var blevet bragt i overensstemmelse med den reviderede fagbeskrivelse af tømrerentreprisen, da det blev anvendt ved licitationen af 15. august 2014. Materialet afspejlede derfor ikke de ændringer, som kommunen havde ønsket gennemført med hensyn til kravene til tagkassetter.

I tilbudslisten pkt. 8.0 tømrerarbejdet står blandt andet:

”NB!

Ad 8.01 Leverandør af tagkassetter ønskes oplyst.....”

Følgende tilbud fremgår af licitationsoversigten:

1. Hans Kirk: 7.664.156,00 kr.

2. Haslund Byggefirma A/S: 7.720.900,00 kr.

3. Aalsrode Tømrerfirma A/S: 8.323.000,00 kr.

Hans Kirk og Haslund Byggefirma A/S havde begge, jf. tilbudslistens pkt. 8.0, oplyst Lättelement AB som leverandør af tagkassetter. Aalsrode Tømrerfirma A/S, der havde afgivet tilbuddet med den højeste pris, havde i sin tilbudsliste tilkendegivet, at leverandøren af tagkassetter ville blive oplyst ved forhandling.

Efter en henvendelse af 12. september 2014 fra Tagelement A/S blev Norddjurs Kommune opmærksom på, at der ikke var overensstemmelse mellem beskrivelsen af kravene til tagkassetterne i fagbeskrivelsen for tømrerentreprisen og det vedlagte tegningsmateriale. Der står i henvendelsen fra Tagelement A/S:

” ...

Det er nævnt at man kan få tilbud fra Lättelement, men der står ingen steder at det er tilladt at anvende tagelementer med organiske materialer. Det vil sige at hvis man bruger Lättelement, så skal det være uorganiske materialer.

Som det også klart fremgår af alle tegninger, tværsnit m.v. så er der overalt beskrevet ”stålbaseret uorganisk tagkonstruktion”.

Der er ingen steder beskrevet at der er givet dispensation for at der må anvendes tagelementer med organiske materialer.

...

Derfor er de 2 laveste tilbudsgivere på tømrerentreprisen ikke konditionsmæssig, da der i deres tilbud er indregnet tagelementer fra Lättelement.

...

Efter vores kendskab er der 1 tilbudsgiver som overholder bygherrens udbud, da han bevidst har fravalgt tilbud fra Lättelement, da det tilbud ikke overholder bygherrens udbud.”

Norddjurs Kommune tog på baggrund af henvendelsen fra Tagelement A/S ved e-mail af 22. september 2014 kontakt til Lättelement AB med henblik på blandt andet at få afklaret, om de tilbudte tagkassetter fra Lättelement opfyldte det krav om en stålbaseret, uorganisk tagkonstruktion, som fremgik af tegningsmaterialet.

Der står blandt andet i e-mail af 22. september 2014:

”Efter licitationen har Norddjurs Kommune modtaget en henvendelse, hvori det anføres, at tilbud, som har indregnet tagelementer fra Lättelement AB, ikke er konditionsmæssige, idet:

...

4. De tilbudte Lättelement er opbygget af organisk materiale.

...

Jeg er bekendt med, at der har været korrespondance mellem Dem og Lars Lomholt Nielsen fra DRIAS A/S [Norddjurs Kommunes bygherrerådgiver], men jeg vil bede om Jeres skriftlige tilbagemelding på, om ovenstående seks påstande gør sig gældende for de tilbud, I måtte have sendt til de tre tilbudsgivere; Tømrermester Hans Kirk A/S, Haslund Byggefirma A/S, Aalsrode Tømrerfirma i forbindelse med tømrerentreprisen for en ny daginstitution i Grenaa.”

Lättelement AB ved Kurt Carlsén besvarede denne mail den 22. september 2014, og bekræftede herved, at:

”Der indgår organisk materiale i konstruktionen af elementerne. Undersiden er en heldækkende stålfolie som sikrer effektivt mod nedfald af konstruktionen.”

Den 24. september 2014 modtog Hans Kirk en e-mail fra Lättelement AB. I e-mailen står:

”Hej Claus, jeg fortalte for nogle dage siden at Norddjurs Kommune havde henvendt sig til Lättelement Ab. Lättelement havde ellers overfor bygherrerådgiveren Lars Lomholt på DRIAS afvist at indgå i en slags dialog om enkelte punkter i tilbud/offert som uretmæssigt var faldet i hænderne på en konkurrent.

Dette ledte til at kommunen overfor Lättelement efterfølgende stillede nogle specifikke og konkrete spørgsmål. ... Endeligt har vi svaret på der er afgivet ligeværdige tilbud/offert også til Ålsrode og Haslund. ...”

Ved brev af 25. september 2014 meddelte Norddjurs Kommune, at licitationen vedrørende tømrerentreprisen var annulleret:

”Norddjurs Kommune har efterfølgende modtaget en indsigelse mod den gennemførte proces, idet der er gjort opmærksom på, at udbudsmaterialet har været uklart med hensyn til, om tagelementer må indeholde

organiske komponenter eller ej, dvs. om et tilbud med tagelementer fra Lättelement AB er konditionsmæssigt eller ej.

Fejlen er opstået, fordi den tilknyttede byggerådgiver ikke har ændret i teksten på tegninger, tværsnit mv. fra forrige genudbud på tømrerentreprisen. Det har medført, at det af tegningsmaterialet for det senest afviklede genudbud fortsat er fremgået, at der blandt andet skal leveres en ”stålbaseret uorganisk tagkonstruktion”. Samtidig er det på side 4 og 5 i fagbeskrivelsen for tømrerentreprisen blandt andet fremgået, at tagelementer enten kan leveres som leverandør Tagelement A/S eller tilsvarende, eller som leverandør Lättelement AB eller tilsvarende. Da tagelementer fra Lättelement AB er organiske, opstår uklarheden omkring, hvorvidt tagelementerne skal være uorganiske eller ej.

Ved en gennemgang af de modtagne tilbud kan det ikke udelukkes, at dette forhold har haft betydning for tilbudsgiverne ved deres angivelse af tilbud, herunder for prioritering og prissætning af tilbuddene. Dette skønnes at kunne have direkte betydning for grundlaget for tildeling af kontrakten, og Norddjurs Kommune ser sig på denne baggrund desværre nødsaget til at annullere det afholdte udbud på tømrerentreprisen med henvisning til, at udbudsmaterialet har været uklart.

Norddjurs Kommune vil imidlertid genudbyde tømrerentreprisen og foranledige, at den tilknyttede byggerådgiver justerer udbudsmaterialet således, at det klart fremgår at tilbud med såvel uorganiske som organiske tagelementer er konditionsmæssige. ...”

Den 29. september 2014 rettede Hans Kirk henvendelse til kommunen vedrørende annullationen af licitationen. I henvendelsen står der:

”Det fremgår blandt andet af skrivelse af 25. september 2014, at udbudsmaterialet har været uklart med hensyn til, om tagelementer må indeholde organiske komponenter eller ej.

...

Efter det oplyste har Norddjurs Kommune modtaget tilbud fra tre tilbudsgivere. Alle tre tilbudsgivere har afgivet tilbud med organisk materialet fra Leverandøren Lättelement AB. En eventuel uklarhed i udbudsmaterialet kan derfor ikke antages at have haft betydning for tilbudsgiverne, som det er fremhævet af Norddjurs Kommune.

Norddjurs Kommune har efter det oplyste ikke modtaget indsigelser fra tilbudsgiverne vedrørende uklarheder i udbudsmaterialet. Angivelsen i tegningsmaterialet har således ikke haft betydning for tilbudsgiverne.

Hvis der måtte være en uklarhed i udbudsmaterialet, er uklarheden under alle omstændigheder bagatelagtig, og uklarheden har således ikke

haft indflydelse på udbuddets afvikling. Som følge heraf kan Norddjurs Kommune ikke lovligt annullere udbuddet.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Som det fremgår nedenfor, har klagenævnet besluttet ikke at tage stilling til påstand 1, herunder spørgsmålet om afvisning af påstanden. Parternes anbringender herom er derfor ikke gengivet i denne kendelse.

Ad påstand 2

Hans Kirk har gjort gældende, at annulationen er usaglig. Kommunen har bevisbyrden for, at uklarheden i licitationsbetingelserne ikke er bagatelagtig og/eller, at uklarheden med sikkerhed har haft indflydelse på licitationens afvikling, jf. klagenævnets kendelse af 14. januar 2005, Bakkely A/S mod Menighedsrådet i Ølstykke Sogn. Denne bevisbyrde er ikke løftet.

Det er i sagen ubestridt, at alle tre tilbudsgivere indhentede tilbud fra leverandøren Lättelement AB, og at kommunen var bekendt hermed ved annulationen den 25. september 2014. Allerede af den grund var der ikke blandt tilbudsgiverne tvivl om, hvorvidt tagkassetterne skulle være uorganiske eller ej, idet Lättelement AB kun leverer organiske tagkassetter. Derfor foreligger der ikke en uklarhed, som har haft betydning for tilbudsgivernes pris-sætning og prioritering. Dette understøttes af, at der heller ikke er fremkommet indsigelser fra de tre tilbudsgivere før eller efter licitationen.

Hans Kirk har videre anført, at kommunen ikke kan udlede af en delpris, hvorvidt en eventuel uklarhed i licitationsbetingelserne har haft betydning for tilbudsgiverne, herunder hvordan tilbudsgiverne fastsætter delprisen. Indklagede kan således ikke konstatere, hvilken avance tilbudsgiverne har lagt oven i delprisen.

Norddjurs Kommune har gjort gældende, at det følger af praksis fra såvel EU-Domstolen, de danske domstole og Klagenævnet for Udbud, at ordregivende myndigheder som det klare udgangspunkt er berettiget til at annullere et udbud, medmindre annulationen forfølger et helt åbenbart usagligt formål eller er i strid med ligebehandlingsprincippet. Norddjurs Kommunes

annullation af tømrerentreprisen skyldtes uklarheder og modstridende oplysninger i licitationsbetingelserne og tegningsmaterialet. En annullation med henblik på at udrede sådanne uklarheder og modstridende oplysninger forfølger utvivlsomt det saglige formål at give alle tilbudsgivere et ensartet grundlag for at afgive tilbud.

Der er endvidere en klar formodning for, at uklarheden og de modstridende oplysninger konkret har haft betydning for tilbudsafgivelsen og dermed for udfaldet af udbudsforretningen. Den samlede entreprisensum i tilbuddet fra Aalsrode Tømrerfirma A/S var således betydeligt højere end tilbuddene fra de øvrige tilbudsgivere. Dels kunne denne prisdifference henføres specifikt til delprisen på levering af tagkassetter, dels havde Aalsrode Tømrerfirma A/S i modsætning til de to øvrige tilbudsgivere ikke i sit tilbud angivet at ville levere tagkassetter fra Lättelement AB. Der er således en formodning for, at Aalsrode Tømrerfirma A/S har været påvirket af licitationsbetingelsernes uklarhed, og at denne uklarhed har haft en direkte og konkret betydning for virksomhedens prioritering og prissætning af tilbuddet.

Ad påstand 3

Hans Kirk har gjort gældende, at beslutningen om at annullere licitationen skal annulleres som følge af overtrædelsen af tilbudslovens § 2, stk. 3.

Norrdjurs Kommune har gjort gældende, at annullationen af udbuddet er sagligt begrundet og dermed er sket i overensstemmelse med praksis fra såvel EU-Domstolen, de danske domstole og klagenævnet. Beslutningen om annullation af licitationen med henblik på iværksættelse af en ny licitation er således lovlig, og der er ikke grundlag for at annullere denne.

Norrdjurs Kommune har subsidiært gjort gældende, at såfremt klagenævnet måtte finde, at udbudsreglerne er overtrådt, har overtrædelsen ikke en karakter, der kan danne grundlag for annullation af beslutningen om at annullere udbuddet.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 2

Klagenævnet lægger til grund, at der er uoverensstemmelser mellem på den ene side licitationsbetingelserne og på den anden side det tilhørende tegningsmateriale. I licitationsbetingelserne er således fastsat, at der kunne tilbydes tagkassetter fra enten Tagelement A/S eller tilsvarende eller Lättelement AB eller tilsvarende. Dette indebærer valgfrihed mellem elementer med eller uden organisk materiale, idet Lättelement AB alene leverer elementer med organiske materialer. Derimod må tegningsmaterialet forstås som indeholdende et ufravigeligt krav om, at elementerne skulle være af uorganisk materiale. I tegning 21-0-01A hedder det således, at ”uorganiske tyndplade tagkassetter dimensioneres og fastgøres”, ligesom der i tegning 210 omtales en ”stålbaseret uorganisk tagkonstruktion”.

Norrdjurs Kommune har erkendt, at tegningsmaterialet stammede fra den tidligere licitation af 18. december 2013, og at der – ved en fejl – ikke var blevet foretaget den fornødne tilretning heraf i forhold til den nye fagbeskrivelse for tømrerentreprisen, som tillod anvendelse af *enten* organiske *eller* uorganiske tagkassetter.

En ordregiver kan lovligt annullere et udbud eller en licitation, hvis annullationen ikke forfølger et formål, der er i strid med ligebehandlingsprincippet eller i øvrigt må anses for usagligt, jf. herved Højesterets dom af 18. august 2011 (trykt i Ugeskrift for Retsvæsen 2011, side 3129).

På den anførte baggrund er der efter klagenævnets vurdering ikke grundlag for at antage, at Norrdjurs Kommune ved annullationen har forfulgt et formål, der er i strid med ligebehandlingsprincippet, eller i øvrigt må anses for usagligt.

Hans Kirks anbringende om, at alle 3 tilbudsgivere, herunder Aalsrode Tømrerfirma A/S, havde indhentet tilbud fra leverandøren Lättelement AB og dermed ikke havde været i tvivl om forståelsen af licitationsbetingelserne og tegningsmaterialet, kan ikke føre til et andet resultat. Uanset om Aalsrode Tømrerfirma A/S måtte have indhentet et tilbud på organiske tagkassetter fra Lättelement AB, kan det ikke heraf udledes, at virksomheden – eller andre potentielle tilbudsgivere – ikke var i tvivl om forståelsen af licitationsbetingelserne og tegningerne vedrørende tagkassetterne. Virksomheden havde således ikke i sit tilbud lagt sig fast på at anvende tagkassetter fra Lättelement AB, men havde alene tilkendegivet i tilbudslisten pkt. 8.0, at leverandøren ville blive oplyst ved forhandling.

Påstand 2 og 3 tages derfor ikke til følge.

Klagenævnet kan afgøre en klagesag helt eller delvist, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 10, stk. 2. På den anførte baggrund har klagenævnet besluttet ikke at tage stilling til påstand 1, herunder spørgsmålet om afvisning af påstanden.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Tømrermester Hans Kirk Randers A/S skal i sagsomkostninger betale 20.000 kr. til Norddjurs Kommune, der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig