

K E N D E L S E

M.J. Eriksson A/S  
(advokat Jørn Hedin, Vordingborg)

mod

Fuglebjerg Kommune  
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Den 6. maj 2002 indhentede indklagede, Fuglebjerg Kommune, ved en begrænset licitation i henhold til lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (Tilbudsloven) tilbud om 2 entrepriser på udvidelsen af Fuglebjerg Renseanlæg, et procesanlæg (B1) og et slammineringsanlæg (B2) inklusive maskinleverancen (M2).

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. maj 2002 kl. 9.30, havde 5 virksomheder afgivet tilbud på B1 og 4 virksomheder på B2, inklusive M2.

Den 4. juni 2002 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Jakobsen og Blindkilde A/S, og kontrakt blev herefter indgået.

Den 21. juni 2002 indgav klageren, M.J. Eriksson A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse den 21. juni 2002 anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle tillægges opsættende virkning. Den 10. juli 2003 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 14. marts 2003.

Klageren har overfor indklagede nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved under licitationen af entreprise B1 på Fuglebjerg rensningsanlæg at have

- a. forhandlet med næstlavest bydende, i fortsættelse heraf
- b. entereret med næstlavest bydende, den 4. juni 2002 at have indgået kontrakt med virksomheden Jakobsen og Blindkilde A/S
- c. anvendt tildelingskriteriet mest fordelagtig tilbud, uagtet det intet sted i licitationsbetingelserne er angivet, at tildeling kunne ske på grundlag af dette kriterium, ligesom
- d. dette ikke indeholder relevante underkriterier.

#### Påstand 2

»Udgår.«

#### Påstand 3

»Udgår.«

#### Påstand 4

Klagenævnet skal pålægge indklagede til betale 372.500 kr. med procesrente fra den 21. juni 2002.

#### Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid Tilbudsloven § 4, ved ikke at anvende »samme tidspunkt« for de indbudtes afgivelse af tilbud, bl.a. idet klagerens tilbud i henhold til licitationsbetingelserne var afleveret pr. post senest kl. 9.30 den fastsatte licitationsdato den 27. maj 2002. Ved licitationens start kl. 10.00 fik bl.a. næstlavestbydende udsat afleveringsfristen til næste dag kl. 10.00, idet licitationen blev udsat til dette tidspunkt.

#### Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid Tilbudsloven § 6 og licitationsretlige grundsætninger, ved til en licitation – entreprise B2 Fuglebjerg rensningsanlæg – i beskrivelsen uden saglig grund at foreskrive en speciel membran, som kun én af licitationsdeltagerne, Jakobsen og Blindkilde A/S, kan købe i Danmark.

Indklagede har vedrørende påstand 1, 5 og 6 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 4 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1,5 og 6.

Af sagens oplysninger fremgår følgende:

Den 6. maj 2002 udbød EnviDan Øst A/S (i det følgende benævnt EnviDan) på indklagedes vegne arbejdet med udførelsen af Fuglebjerg Renseanlæg ved en begrænset licitation 2 entrepriser, henholdsvis et procesanlæg (B1) og et slammineraliseringsanlæg (B2) inklusiv maskinleverancen (M2).

Forhåndsmøder, var fastsat således:

Entreprise B1: Tirsdag den 14. maj 2002 kl. 10.00 på Fuglebjerg Renseanlæg.

Entreprise B2 og M2: Samme dag og sted kl. 11.30.

Licitationerne var fastsat til afholdelse således:

Tirsdag den 27. maj 2002 kl. 10.00: Entreprise B1 på Fuglebjerg Renseanlæg. Samme dag og sted kl. 11.00: Entreprise B2 og M2. Tilbud, der måtte blive fremsendt pr. post, skulle være indkommet på Fuglebjerg Rådhus på licitationsdagen senest kl. 9.30.

Det er oplyst, at begge licitationer efter en tilbudsgivers anmodning blev udsat til onsdag den 28. maj 2002, hvor de blev gennemført med de ovenfor nævnte tidsintervaller.

Der var åbnet mulighed for at byde både på entreprise B1 og B2 (inklusive M2). De nærmere vilkår ville blive oplyst på forhåndsmødet.

Af licitationsbetingelserne for entreprise B1 fremgår, at tildelingskriteriet var »laveste bud set i relation til de samlede arbejder«.

Alternative tilbud ville blive modtaget, hvis de alene omhandlede udførelsesmåden eller alternative materialer.

Kravene til den membran, der skulle anvendes, var fastsat således:

»Membranen skal være en polyethylenmembran af typen GSE Colortex Green Grass, som har en grøn, ru overflade (forhandles af John Hundrup tl...) Membranen skal have en tykkelse på min. 1,0 mm. Geomembranen skal være diffusionstæt og fuldtsvejst. Alle svejsninger skal foretages af certificerede plastsvejsere.«

Ved licitationen den 28. maj 2002 kl. 10.00 fremkom følgende tilbud på entreprise B1:

»Alle priser er ekskl. moms

Entreprenør	Entrepriessum
Jakobsen og Blindkilde A/S .....	5.603.386
Elmer og Steen Christensen A/S .....	6.006.918
NCC A/S .....	7.372.327
M.J. Eriksson A/S .....	5.530.720
Clausen og Mikkelsen A/S .....	6.399.841 «

(Notatet er udfærdiget af teknisk assistent hos klageren, Kjeld Hansen. Dets indhold er ubestridt.)

Ved licitationen samme dag kl. 11.00 vedrørende entreprisen B2 og M2 blev ifølge et notat udarbejdet af Kjeld Hansen afgivet følgende bud:

»Alle priser er ekskl. moms

Entreprenør	Entrepriessum
Dalsgaard og Barslund A/S .....	3.286.047
Jakobsen og Blindkilde A/S .....	2.824.960
NCC A/S .....	5.460.819
M. J. Eriksson A/S .....	3.083.260 «

Ifølge et notat udarbejdet af Stig Herlet, der er projektleder hos indklagedes tekniske rådgiver EnviDan, var de afgivne bud således:

»Alle priser er  
ekskl. moms

[I et tilføjet  
håndskrevet no-  
tat i højre mar-  
gin er anført føl-  
gende:]

Entreprenør	Entreprisesum	Evt. forbehold	
Dalsgaard og Barslund A/S .....	3.286.047	.....	
Jakobsen og Blindkilde A/S .....	2.824.960	..... Dekort 425.000	8.428.346 <u>425.000</u> 8.003.346
NCC A/S .....	5.460.819	.....	12.833.146
M. J. Eriksson A/S .....	3.083.260	Dekort .....membran 100.000	8.613.980«

Det fremgår af sagen, at det af Jakobsen og Blindkilde A/S afgivne tilbud på B2 og M2 ikke var dateret, medens virksomhedens tilbud på B1 var dateret, og at der på tilbudsblanketten vedrørende B2 var tilføjet, at der »gives en dekort på 425.000 kr.«, hvis denne virksomhed fik tildelt begge entrepriser.

Det er ikke under sagen været muligt at fastslå, på hvilket tidspunkt oplysningen om dekort blev skrevet på tilbudsblanketten.

Ved skrivelse af 4. juni 2002 tilskrev indklagedes tekniske rådgiver klageren således:

»Tilbudene afgivet i forbindelse med licitationen den 28. maj 2002 er nu blevet vurderet.

Vi skal i den forbindelse på vegne af Fuglebjerg Kommune meddele Dem, at arbejdet er overdraget til det firma der vurderes af have afgivet det mest fordelagtige tilbud.«

Det er under sagen oplyst, at virksomheden, John Hunderup, der ikke er en produktionsvirksomhed, men en salgsvirksomhed, sælger den omhandlede

membran til de virksomheder/offentlige institutioner, der måtte ønske at købe produktet. Der er for Klagenævnet fremlagt en omfattende referenceliste til dokumentation herfor.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaringer af teknisk assistent Kjeld Hansen, projektleder Per Engkebølle og tilbudschef Birte Eriksson, alle ansatte hos klageren samt af projektleder Stig Herlet, ansat hos EnviDan.

Teknisk assistent Kjeld Hansen har forklaret, at han den 27. maj 2002 mødte til licitationerne kl. ca. 9.50. Han fik da besked på, at begge licitationer var udsat til næste dag, samme tid og samme sted. Han tog klagerens tilbud med hjem. Den 28. maj 2002 var han til stede, da licitationen vedrørende B1 blev gennemført. Han noterede de afgivne tilbud og kunne konstatere, at klageren havde vundet denne licitation. Han tog derefter på et tilsynsjob og vendte tilbage til licitationen kl. 11.00, da licitationen vedrørende B2 og M2 blev gennemført. Han noterede de afgivne bud og hørte intet om, at en af de bydende ville yde en dekort på 425.000 kr., hvis vedkommende fik begge entrepriser tildelt. Hvis denne dekort var blevet nævnt, ville han have noteret det. Han meddelte klagerens kontor, at den første licitation var vundet, den anden tabt.

Projektleder Per Engkebølle har forklaret, at han, der ikke var til stede under licitationsmødet, af Kjeld Hansen blev orienteret om, at klageren havde vundet licitationen vedrørende B1 og tabt vedrørende B2. Han forespurgte Stig Herlet om, hvornår klageren kunne begynde at arbejde på entreprise B1. Han fik det svar, at der »ville komme et brev«. Derefter kom den skrivelse, hvori det meddeltes, at klageren ikke havde fået tildelt entreprisen.

Tilbudschef Birte Eriksson har forklaret, at hun telefonisk fik oplyst, at klageren ikke ville få entreprisen, fordi klagerens »betontilbud« var for billigt. Dette forstod hun ganske enkelt ikke, fordi klageren havde aftale med en af landets førende betonentreprenører om, at denne skulle være underentreprenør for klageren på betondelen af entreprisen. Skrivelsen, hvori det meddeltes, at indklagede havde valgt det mest fordelagtige tilbud, forekom uforståelig, idet tildelingskriteriet var »laveste pris«.

Projektleder Stig Herlet har forklaret, at B1 entreprisen hovedsagelig var en betonentreprise, B2 primært en jordentreprise. Hvis en tilbudsgiver kunne

magte begge opgaver, kunne vedkommende byde på begge, enkeltvis eller samlet. Indklagede måtte vælge mellem de afgivne tilbud således, at den, der samlet i begge entrepriser samlet set ville være »billigst«, skulle have entrepriserne. Var der ikke fremkommet tilbud omfattende begge entrepriser, måtte man have indstillet det laveste tilbud fra hver entreprise til accept. Det krav, der blev stillet vedrørende membran, skyldtes, at man kendte dette produkts kvalitet. Det var for indklagede meget afgørende, at membranen ikke blev utæt med uoverskuelige miljøkonsekvenser til følge. Der var intet til hinder for, at et produkt med samme kvalitet kunne accepteres.

Da licitationen den 27. maj 2002 blev udsat, fik alle tilbudsgivere, bortset fra en jydsk virksomhed, tilbudskuverterne udleveret. Tilbudet fra den jydsk virksomhed blev anbragt i et pengeskab. Denne tilbudsgivers repræsentanter meddelte, at man ikke ønskede at møde næste dag. Tilbudet blev åbnet på licitationsdagen.

Ved licitationens gennemførelse den 28. maj 2002 blev tilbudene på B1 åbnet kl. 10.00. Klagerens dekort på 100.000 kr. vedrørende membranen blev oplyst. Ingen af de bydende havde bemærkninger i den anledning.

Tilbudene på B2 og M2 blev åbnet og oplæst kl. 11.00. Han noterede de afgivne tilbud på et skema. Han oplyste de mødene, at Jakobsen og Blindkilde A/S havde tilbudt en dekort på 425.000 kr., hvis virksomheden fik tildelt begge entrepriser. Dette svarede til det, der var anført i denne virksomheds tilbud. Fra de mødene fremkom ingen bemærkninger hertil.

#### Parternes anbringender:

Klageren har til støtte for de påstandene 1, 5 og 6 gjort gældende, at klageren var lavest bydende på entreprise B1, der herefter skulle være tildelt klageren. Det fremgår af skrivelsen af 4. juni 2002 til klageren, at tildelingskriteriet reelt var »det mest fordelagtige«, uanset tildelingskriteriet i licitationsbetingelserne for begge entreprisers vedkommende var »lavest pris«.

Det tidspunkt, der er fastsat for gennemførelse af en licitation, bør ikke kunne udsættes alene med den begrundelse, at en potentiel tilbudsgiver ikke

havde nået at udarbejde tilbud. Tilbudslovens § 7 er til hinder for den af indklagede truffe beslutning om, at udskyde licitationerne et døgn.

Indklagede burde ikke have accepteret Jakobsen og Blindkilde A/S's tilbud på B2 som konditionsmæssigt. Der er ingen forklaring fremkommet på, hvornår tilføjelsen om en dekort på 425.00 kr. er fremkommet. Det kan være sket efter, at denne virksomheds repræsentanter blev bekendt med, at denne virksomhed havde tabt licitationen vedrørende B1.

Som licitationerne var tilrettelagt, forelå der to selvstændige licitationer vedrørende to selvstændige entrepriser. Hvert tilbud på hver enkelt entreprise burde derfor være bedømt særskilt. Det, der skete, var en »fællesbedømmelse«, men en sådan havde intet grundlag i licitationsbetingelserne. Der ville intet have været til hinder for, at indklagede kunne foretrække at vælge en entreprenør, der magtede begge opgaver med de deraf følgende besparelser, men indklagede burde have givet samtlige bydende mulighed for at tilbyde at løse opgaven under den forudsætning, at virksomheden fik begge entrepriser givet i opdrag og fik mulighed for at tilbyde dekort. Indklagede har herved tilsidesat det i tilbudsloven rummede ligebehandlingsprincip.

Den af indklagede stillede betingelse vedrørende membranen må anses for ubeføjet, idet denne betingelse forudsætningsvis synes at afskære klageren et konditionsmæssigt tilbud.

Indklagede har til støtte for sine påstande gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for de påståede overtrædelser af Tilbudsloven. Der er – uanset den uheldige formulering af skrivelsen af 4. juni 2002 – sket tildeling efter tildelingskriteriet »laveste pris«, hvilket alle bydende utvivlsomt har vidst. Der er ingen bevistvivl vedrørende dekorten på 425.000 kr. Dekorten blev »registreret« af Stig Herlet og meddelt de øvrige bydende. Ingen af de bydende har fået en fortrinsstilling, forstået på den måde, at man kunne indrette sit tilbud efter de tilbud, der allerede var afgivet. Den skete udsættelse af licitationen indebar ikke en tilsidesættelse af tilbudslovens princip om ligebehandling af de bydende. De til membranen stillede krav må ud fra ethvert synspunkt anses som sagligt begrundet. For indklagede var det af største vigtighed, at membranen utvivlsomt for en næsten uoverskuelig årrække ville »holde tæt«. En utæthed kunne medføre uoverskuelige miljømæssige problemer, der kunne medføre ganske alvorlige økonomiske konsekvenser



for indklagede. Indklagede ville i givet fald acceptere et andet produkt med samme kvaliteter, som det, klageren anså for »foreskrevet«. Egenskaberne skulle blot være de samme.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1, 5 og 6

Klagenævnet lægger til grund, at de udbudt entrepriser B1 og B2 samt M2 var to selvstændige entrepriser, uanset licitationsbetingelserne stort set var identiske for begge.

Klagenævnet lægger endvidere til grund, at tildelingskriteriet vedrørende begge entrepriser var »laveste pris«, og at indklagede har anvendt dette tildelingskriterium.

Den omstændighed, at en tilbudsgiver ønsker en licitation udsat, er ikke tilstrækkelig grund til at udsætte tidspunktet for gennemførelse af licitationerne. Indklagede burde i overensstemmelse med det bekendtgjorte have gennemført licitationerne som meddelt.

Klagenævnet har ikke mulighed for at fastslå, på hvilken måde og på hvilket tidspunkt tilføjelsen i Jakobsen og Blindkilde A/S's tilbud om dekorten på 425.000 kr. er tilført denne virksomheds tilbud. Klagenævnet lægger til grund, at denne dekort er indgået i indklagedes vurdering af det fra denne virksomhed afgivne tilbud.

Det fremgår af licitationsbetingelserne, i hvilket omfang indklagede ville acceptere alternative tilbud. Der er heri intet nævnt om muligheden for at afgive tilbud med dekort, såfremt en tilbudsgiver fik tildelt begge entrepriser. Ved at tilbyde dekort på entreprise B2 og M2, såfremt entreprise B1 tildeles, opstår der en forrykkelse af de under entreprise B1 afgivne tilbud på den måde, at forskellene mellem de afgivne tilbudssummer ikke længere er i overensstemmelse med tilbudene, men vil komme til at bero på efterfølgende omstændigheder, nemlig, at der på entreprise B2 og M2 fremkom et tilbud med en dekort, der utvivlsomt fik konsekvenser for et af samme virksomhed allerede afgivet tilbud på entreprise B1.

Idet der i licitationsbetingelserne ikke var adgang til at afgive tilbud med den konsekvens, at en tildeling af begge entrepriser kan medføre dekort, er der fra indklagedes side ikke sket ligebehandling af tilbudsgiverne.

Klagenævnet finder det ikke godtgjort, at indklagede har forhandlet pris m.v. med Jakobsen og Blindkilde A/S, før licitationen B2 blev gennemført.

Det af indklagede stillede krav vedrørende membranen anses for sagligt begrundet og kan, da virksomheden John Hunderup Import og Eksport sælger produktet til de virksomheder, der måtte ønske at købe det, ikke anses for en overtrædelse af lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

Indklagede har handlet i strid med lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (Tilbudsloven), ved uden saglig grund at udsætte licitationerne fra den 27. maj 2002 til den 28. maj 2002.

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens ligebehandlingsprincip, ved uden grundlag i licitationsbetingelserne at acceptere det af Jakobsen og Blindkilde A/S' afgivne tilbud på entreprisen B2 og M2, idet dette forrykkede tilbudssummerne vedrørende entreprisen B1, uden at de øvrige tilbudsgivere havde mulighed for at tilbyde tilsvarende dekort.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Fuglebjerg Kommune, har handlet i strid med lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (Tilbudsloven) § 7, ved uden saglig grund at udsætte licitationerne fra den 27. maj 2002 til den 28. maj 2002.

Indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ligebehandlingsprincip, ved uden grundlag i licitationsbetingelserne at acceptere det af Jakobsen og Blindkilde A/S' afgivne tilbud med dekort på entreprisen B2 og M2, idet dette forrykkede forholdet mellem tilbudssummerne vedrørende entreprisen B1, uden at de øvrige tilbudsgivere havde mulighed for at tilbyde tilsvarende dekort.

Indklagede, Fuglebjerg Kommune, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, M.J. Eriksson A/S.

Klagegebyret tilbagetales.

A.F. Wehner

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach  
kontorfuldmægtig