

K E N D E L S E

Løgten murer- og entreprenørforretning A/S
(advokat Hans Erik Steffensen, Århus)

mod

Århus Kommune
(advokat Tina Braad, Århus)

Ved udbudsbrev af ikke oplyst dato iværksatte Århus Kommune i foråret 2004 5 offentlige licitationer efter Tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende fagdelte byggeentrepriser om genopretning og modernisering af Vestergårdskolen. Tilbudene skulle bedømmes efter tildelingskriteriet »det laveste bud«.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 15. marts 2004 til en række virksomheder.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 20. april 2004 havde fem virksomheder afgivet tilbud vedrørende murerentreprisen, bl.a. Murerfirmaet Baarup ApS og Løgten murer- og entreprenørforretning A/S. Den 28. april 2004 besluttede indklagede at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen, mens licitationerne vedrørende de øvrige fagentrepriser blev fastholdt.

Den 11. oktober 2004 indgav klageren, Løgten murer- og entreprenørforretning A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Århus Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 3. februar 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet ved ikke som begrundelse for at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen for modernisering og genopretning af Vestergårdskolen at anføre, at ingen af de bydende havde afgivet tilbud, der lå inden for indklagedes økonomiske rammer for entreprisen, uagtet dette var indklagedes begrundelse for at annullere licitationen.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen for modernisering og genopretning af Vestergårdskolen, uagtet der ikke var en saglig begrundelse herfor, idet moderniseringen ville kunne gennemføres inden for de foreliggende økonomiske rammer.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven § 6, stk. 1, og § 12, stk. 1, ved at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen for modernisering og genopretning af Vestergårdskolen, da den anførte begrundelse for annullationen ikke var saglig, idet det blev anført, at annullationen var begrundet i »forhold i billigste bydendes bud«.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS i betragtning, uanset at dette tilbud ikke var i overensstemmelse med licitationbetingelserne, idet der ikke var afgivet enhedspris for så vidt angår elevator (position 1.10.04) og ståltrappe med altanrepos (position 1.15.08), idet oplægning og omstøbning af stål (position 1.11.02) var anført med et klart fejlagtigt lavt beløb, og idet tilbudet ikke indeholdt ydelser i henhold til rettelsesblad nr. 1 og 2.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved ikke at foretage prissætning af Murerfirmaet Baarup ApS' tilbud for så vidt angår nedbrydning (position 1.11.01),

ophugning klinker (position 1.11.03) og opmuring og reparation af murværk (position 1.11.05).

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved ikke at beslutte at indgå kontrakt med klageren, idet tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS ikke kunne tages i betragtning, og idet klageren herefter var lavestbydende.

Påstand 7

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 3.824.713,70 kr. med procesrente fra klageskriftets indlevering samt sagens omkostninger.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb, der er mindre end anført i påstand 7.

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

Indklagede har vedrørende påstand 7 og 8 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 7 og 8, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 6.

Sagens nærmere omstændigheder:

Den 15. marts 2004 udsendte indklagedes totalrådgiver, Søren Jensen, Rådgivende Ingeniørfirma A/S, en skrivelse til en række virksomheder. I skrivelserne var bl.a. anført følgende:

»Vestergårdskolen – Genopretning og modernisering

For Århus Kommunale Skolevæsen fremsendes hermed udbudsmateriale vedrørende bygningsmæssig genopretning og modernisering på ovennævnte skole.

Projektet udbydes i offentlig licitation i fagentrepriser.

.....

Med venlig hilsen

Malene C. Nielsen(modernisering)
 Brian Damgaard Lauritsen(genopretning)«

I licitationsbetingelserne fra marts 2004 er i »Fællesbetingelser« fastsat følgende:

»1.0 ORIENTERING

1.1 BYGGESAG

Genopretning og modernisering af:
 Vestergårdskolen
 Nordbyvej 25
 8260 Viby J

.....

1.4 TOTALRÅDGIVER

Søren Jensen
 Rådgivende ingeniørfirma a/s
 Åboulevard 70
 8000 Århus C

.....

Kontaktpersoner: Projektansvarlig Jesper Meldgaard Jensen
 Projektleder genopretning Brian Damgaard
 Lauritsen
 Projektleder modernisering Malene C.
 Nielsen

.....

1.5 GRUNDLAG

Arbejdet udbydes i offentlig licitation i fagentrepriser og med
 entrepriseopdeling som angivet under indholdsfortegnelsen.

.....

1.5.4 TILBUDETS FORM

Tilbudet afgives på de udleverede tilbudslistes i 2 eksemplarer.
 Sumtallene for hhv. Genopretning og Modernisering samt
 stipulerede ydelser skal anføres i tilbudslisten og overføres til
 første side.

Efter licitationen skal de to billigste entreprenører indenfor 48
 timer fremsende helt udfyldte tilbudslistes, for at være
 konditionsmæssige. Tilbudet ved licitationen skal afleveres i
 lukket kuvert mærket:

LICITATION.
 VESTERGÅRDSKOLEN – GENOPRETNING OG
 MODERNISERING.
 ENTREPRISE.
 FIRMANAVN.

1.5.5 ENHEDSPRIS

Ved enhedspris forstås prisen af det færdige produkt anbragt i bygningen incl. ydelser i henhold til gældende overenskomster, spild og svind og enhver art af biydelser, men excl. moms.

.....

Der forbeholdes ret til at regne med enhedspriser, ud for posterne på tilbudslisterne som forholdet mellem den afgivne pris og omfanget. Disse enhedspriser benyttes i forbindelse med afvigelser fra det aftalte omfang.

.....

1.7 ARBEJDETS OMFANG

Som overordnet orientering kan følgende oplyses:

Dette udbudsmateriale omfatter moderniserings- og genopretningsarbejder på Vestergårdskolen.

Der udføres genopretningsarbejder på 5 bygninger (9 fløje). Arbejdets omfang fremgår af fagbeskrivelsen for de enkelte fagområder.

Der udføres moderniseringsarbejder i 3 fløje. Arbejdets omfang fremgår af fagbeskrivelsen for de enkelte fagområder.

2.0 BETINGELSER

2.1 A'CONTOBEGÆRINGER

A'contobegæringer og slutopgørelser skal være udstedt til Århus Kommunale Skolevæsen, Frederiksgade 79, 8000 Århus C mærket "Vestergårdskolen – Genopretning" eller "Vestergårdskolen – Modernisering". Fakturaer sendes til Søren Jensen, rådgivende ingeniørfirma a/s, Åboulevarden 70, 8000 Århus C.

Fakturering skal være opdelt på Genopretning og Modernisering.

.....«

Indklagedes totalrådgiver udsendte rettelsesblad 1 af 29. marts 2004, rettelsesblad 2 af 7. april 2004 og rettelsesblad 3 af 15. april 2004.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud var der modtaget følgende tilbud vedrørende murerentreprisen i priser ekskl. moms:

	Modernisering	I alt, modernisering og genopretning
Murerfirmaet Baarup ApS	348.700 kr.	5.534.500 kr.
Klageren	1.154.256 kr.	7.646.797 kr.
Mågevejens Murer- og Tømrerforretning A/S	1.299.367 kr.	8.439.603 kr.

Jorton A/S	1.490.000 kr.	8.640.000 kr.
Poul Pedersen A/S	1.600.000 kr.	9.300.000 kr.

Det laveste tilbud for de enkelte fagentrepriser var i priser ekskl. moms:

	Modernisering	I alt, modernisering og genopretning
Murerentreprisen	348.700,00 kr.	5.534.500,00 kr.
Tømreentreprisen	1.680.000,00 kr.	7.830.000,00 kr.
Malerentreprisen	234.586,60 kr.	551.492,61 kr.
VVS- og ventilationsentreprisen	1.111.500,00 kr.	1.655.000,00 kr.
El-entreprisen	<u>384.815,90 kr.</u>	<u>437.250,00 kr.</u>
Håndværkerudgifter i alt	<u>3.759.602,50 kr.</u>	<u>16.008.242,00 kr.</u>

I Murerfirmaets Baarup ApS' tilbud var ikke anført en pris i tilbudslisten for posterne vedrørende elevator (position 1.10.04) og ståltrappe med altanrepos (position 1.15.08). Oplægning og omstøbning af stål (position 1.11.02) var anført med 12.000 kr. I rubrikken til angivelse af modtagne rettelsesblade var alene anført »3«.

I klagerens tilbud var i tilbudslistens rubrik til angivelse af modtagne rettelsesblade alene anført »1+2«.

Den 23. april 2004 skrev indklagedes bygherrerådgiver således til indklagedes totalrådgiver:

»FORELØBIG TRYK 2004.04.23

Vestergårdskolen – Genopretning og Modernisering

Licitation:

Der blev den 20. april 2004 afholdt licitation for ovennævnte arbejde og lavestbydende entreprenører blev:

Murerentreprisen:

Murerfirmaet Baarup ApS

Det anbefales at lavest bydende entreprenør antages til udførelse af arbejdet.

.....

Budget

	Genopretning	Modernisering
Murerentreprisen	Kr. 5.090.300,00	Kr. 348.700,00
Murerentreprisen (variable ydelser)	Kr. 95.500,00	Kr. 0,00
Kapitaliserte mangler for murerentreprisen	Kr. 0,00	Kr. 550.000,00
Tømrerentreprisen	Kr. 5.813.700,00	Kr. 1.680.000,00
Tømrerentreprisen (variable ydelser)	Kr. 336.300,00	Kr. 0,00
Malereentreprisen	Kr. 316.906,01	Kr. 234.586,60
VVS- og ventilations- entreprisen	Kr. 543.500,00	Kr. 1.111.500,00
El-entreprisen	Kr. 52.434,10	Kr. 384.815,90
Håndværkerudgifter i alt excl. Moms	Kr. 12.248.864,11	Kr. 4.309.602,50

I ovenstående budget er ikke indeholdt udgifter til evt. alarm og EDB.

Endvidere er omkostninger som annoncering, reproduktion, byggepladsdrift, rengøring, vinterforanstaltninger, uforudselige udgifter samt ingeniør- og arkitekthonorar ikke prissat. «

Tillægget på 550.000 kr. på grund af »kapitaliserede mangler« i tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS omhandler efter det oplyste posterne vedrørende elevator (position 1.10.04), ståltrappe med altanrepos (position 1.15.08) samt oplægning og omstøbning af stål (position 1.11.02).

De tilsvarende poster i klagerens tilbud udgør:

Elevator (position 1.10.04)	295.920 kr.
Ståltrappe med altanrepos (position 1.15.08)	91.902 kr.
Oplægning og omstøbning af stål (position 1.11.02)	<u>121.932 kr.</u>
I alt	<u>509.754 kr.</u>

Ved brev af 28. april 2004 til klageren meddelte indklagedes totalrådgiver:

»Vestergårdskolen – Genopretning og Modernisering

Bygherren har nu gennemgået tilbudene for murerentreprisen i forbindelse med afholdt offentlig licitation den 20. april 2004 for

ovenstående byggesag.

Grundet forhold i billigste bydendes bud har bygherren valgt at erklære licitation annulleret på murerentreprisen for ovenstående projekt. Øvrige entrepriser annulleres ikke.

Entreprisen vil blive udbudt igen i en offentlig licitation.«

Indklagede har fremlagt en række e-mails fra perioden mellem den 17. maj og den 2. juni 2004 mellem indklagedes bygherrerådgiver og souschef på Vestergårdskolen Thorkild Tosti Clausen. Det fremgår, at man diskuterede mulighederne for at gennemføre moderniseringen af Vestergårdskolen inden for en ramme på 4.644.000 kr. Det fremgår ligeledes, at man i denne periode drøftede forskellige scenarier, herunder i hvilket omfang skolen af sit driftsbudget kunne finansiere dele af moderniseringen. Den 25. maj 2004 skrev souschefen således følgende til indklagedes bygherrerådgiver:

»Set i lyset af udviklingen i Skoleforvaltningen og de meldinger, der er udgået som følge heraf, har vi bedt økonomisk afdeling om et hurtigt bud på, hvordan indeværende skoleårs resultat bliver.

Vi gør dette ud fra den betragtning, at skulle økonomien samlet set indebære, at vor egen kasse ikke kan dække fuld finansiering, må det sandsynligvis blive elevatoren, der må udsættes. Inventar til modernisering kan ikke genanvendes.

Vores modernisering må altså ikke udsættes på grund af manglende finansiering til elevator.

Vi har også en mulighed for yderligere at forøge kassebeholdningen ved salg af køretøj, men vi arbejder under alle omstændigheder hurtigt.

Kan det ikke være en mulighed at få gang i moderniseringen og siden hen, hvis økonomien viser sig gunstig, at få etableret elevator som et ”nyt” projekt. Elevatorens tilslutning til nuværende bygning er dog kun i ringe grad tilknyttet modernisering og reovering. Reoveringsdelen for så vidt angår afsnittet ved elevatorskakten kunne vel være sidste område for reoveringsplanen?«

Ved brev af 28. maj 2004 til indklagedes totalrådgiver anførte klageren:

»Vedr. Vestergårdskolen – genopretning og modernisering

Ang. aflysning af licitationen.

Løgten Murer og Entreprnørforretning A/S står uforstående over at dette er sket, da man i udbudsfasen beder om, at de to lavestbydende skal udfylde tilbudslisten inden 48 timer.

Dette betragter vi som, hvis lavestbydende har forhold i sit tilbud som bygherren ikke accepterer, så forhandles der med nr. 2. Dette forventer jeg stadig.«

Indklagedes bygherrerådgiver svarede ved brev af 4. juni 2004 således:

».....

Som svar på hvorfor de 2 lavest bydende entreprenører skal udfylde en komplet tilbudsliste indenfor 48 timer, kan det oplyses at dette stammer fra en aftale mellem Århus Kommunale Skolevæsen og Deres brancheorganisation. Simpelthen for at optimere medlemmernes tidsforbrug i forbindelse med tilbudsafgivning.

Og som svar på, om der forhandles med nr. 2, må bygherren henvise til Lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Bl.a. i relation til § 11 og 12, hvorfor bygherren klart er af den opfattelse, at ovennævnt lov er overholdt i forbindelse med annulleringen.«

Det fremgår, at indklagede iværksatte en ny licitation vedrørende murerentreprisen. Posten vedrørende belægning ved elevator (position 1.04.03) og posterne under overskriften »Elevator alt inkl.« (positionerne 1.10.01-1.10.06) udgik af licitationsbetingelserne ved den nye licitation.

Den 8. juli 2004 anmodede klagerens advokat indklagedes byggerådgiver om en redegørelse.

I brev af 5. august 2004 til klagerens advokat anførte indklagedes advokat:

».....

I den forbindelse kan jeg oplyse, at min klients beslutning om at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen var begrundet i det forhold, at ingen af de afgivne tilbud, og således heller ikke

lavestbydende, efter en objektiv og saglig vurdering lå inden for den økonomiske ramme, som min klient har til rådighed for så vidt angår murerentreprisen.

Af hensyn til den igangværende licitation kan størrelsen af den for murerentreprisen gældende økonomiske ramme ikke nærmere oplyses på indeværende tidspunkt.

Uanset, at formuleringen i annullationsskrivelsen af 28. april 2004 fra Søren Jensen Rådgivende Ingeniørfirma A/S kan give den opfattelse, at min klients beslutning om at annullere udbudsproceduren alene har været begrundet i konkrete forhold i lavestbydendes tilbud. Dette har ikke været tilfældet.

Det bemærkes, at der efter min vurdering ikke umiddelbart er forhold i lavestbydendes tilbud, som havde været til hinder for, at min klient lovligt kunne acceptere dette tilbud.

.....«

Af forvaltningens indstilling af 12. august 2004 til Århus Byråd fremgår bl.a.:

»4. Økonomiske konsekvenser

4.1 Rådighedsbeløb

4.1.1 Lokaleudbygning og modernisering

Vestergårdskolen har en samlet anlægsramme til lokaleudbygning og modernisering på 4.827 mio. kr. (P/L-2004)«

Det fremgår af sagen, at indklagede ved udløbet af fristen den 17. august 2004 for afgivelse af tilbud ved den nye licitation vedrørende murerentreprisen havde modtaget tilbud fra otte virksomheder. Murerfirmaet Baarup ApS var lavestbydende med et tilbud på 6.182.500 kr. ekskl. moms. Heraf udgjorde moderniseringsdelen 501.700 kr. ekskl. moms. Klageren var næstlavestbydende med et tilbud på 7.642.188 kr. ekskl. moms. Heraf udgjorde moderniseringsdelen 732.208 kr.

Indklagedes bygherrerådgiver reducerede herefter lavestbydende tømrerentreprenørs tilbud med 80.550 kr. og fratrak desuden 4.000 kr. i lavestbydende el-entreprenørs tilbud, fordi der nu ikke skulle udføres elevator. Tilbudene vedrørende modernisering af Vestergårdskolen udgjorde herefter:

Murerentreprisen	501.700,00 kr.
Tømreentreprisen	1.599.450,00 kr.
Malerentreprisen	234.586,60 kr.
VVS- og ventilationsentreprisen	1.111.500,00 kr.
El-entreprisen	<u>380.815,90 kr.</u>
Håndværkerudgifter i alt ekskl. moms	<u>3.828.052,50 kr.</u>

Indklagede besluttede at indgå kontrakt med Murerfirmaet Baarup ApS og fremsendte med brev af 1. september 2004 en accept af firmaets tilbud af 15. august 2004 på murerentreprisen. Accepten er underskrevet af Murerfirmaet Baarup ApS den 9. september 2004 og af indklagede den 8. december 2004.

Indklagedes bygherrerådgiver, bygningskonstruktør Lars Kodbøl Jørgensen, har under mødet i Klagenævnet forklaret, at han ikke var klar over, at det bevilligede beløb skulle indeksreguleres, således at det udgjorde 4.827.000 kr. og ikke 4.644.000 kr., som hans beregninger tog udgangspunkt i. Murerfirmaet Baarup ApS havde ikke gjort opmærksom på, at selskabet måske havde lavet en regnefejl vedrørende oplægning og omstøbning af stål (position 1.11.02). Han vurderede ikke risikoen for krav fra de andre fagentreprenører i forbindelse med, at der opstod en forsinkelse på ca. 9 uger, fordi licitationen vedrørende murerentreprisen, som skulle udføres først, blev annulleret. Efterfølgende er der fremkommet sådanne krav. Han glemte at foretage indeksering på grund af forsinkelsen. Det ser ud til, at elevatordelen godt kunne have været gennemført, sådan som tallene lå i maj 2004, men under de senere drøftelser fremkom skolen med ønsker om nyt fast inventar, og det ændrede situationen. Han har trukket 5.000 kr. fra el-entreprisen i sine beregninger over, hvad den samlede modernisering ville beløbe sig til, fordi elevatordelen udgik. Han kender ikke kommunens reaktion på, at murerentreprisen ved den fornyede licitation blev dyrere for kommunen, skønt den ikke omfattede den elevator, som var indeholdt i den første licitation.

Der er desuden afgivet forklaring af kontorchef Finn Nathan, indklagede, underdirektør Jens Nielsen, klageren, og Brian Damgaard Lauritsen, indklagedes totalrådgiver.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede efter Tilbudslovens § 12, stk. 1, har pligt til at begrunde annullationen af licitationen. Begrundelsen skal i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet være korrekt. Indklagede har ved brev af 28. april 2004 annulleret licitationen vedrørende murerentreprisen »grundet forhold i billigste bydendes bud«, uagtet at den reelle grund for annullationen angiveligt var, at ingen af de afgivne bud lå inden for indklagedes økonomiske rammer for modernisering af Vestergårdskolen. Indklagede har derfor handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at formuleringen »grundet forhold i billigste bydendes bud« i indklagedes brev af 28. april 2004 både dækker over, at der var tvivl om rækkevidden af lavestbydendes tilbud, hvorfor det var nødvendigt at foretage en kapitalisering af forbeholdene i dette tilbud, og over, at ingen af de afgivne bud herefter lå inden for indklagedes økonomiske ramme for modernisering af Vestergårdskolen, medmindre man foretog en »delvis annullation af murerentreprisen« ved at lade elevatordelen udgå. Indklagede har ved brev af 5. august 2004 præciseret begrundelsen for annullationen og har derfor opfyldt begrundelsespligten i Tilbudslovens § 12, stk. 1.

Ad påstand 2

Klageren har blandt andet gjort gældende, at indklagede ikke har dokumenteret, at de afgivne bud lå uden for Vestergårdskolens anlægsramme til lokaleudbygning og modernisering på 4.827.000 kr. Indklagede har ved sine beregninger benyttet et for lavt beløb som ramme for modernisering, idet der ikke er foretaget indeksregulering. Den økonomiske ramme for modernisering er fravigelig, idet moderniseringsudgifter kan afholdes over Vestergårdskolens driftsbudget, ligesom der kan gives efterbevillinger. Hertil kommer, at det på tidspunktet for annullationen var uafklaret, om Vestergårdskolen ville afholde moderniseringsudgifter over driftsbudgettet. Formålet med annullationen kan derfor ikke have været at foretage en ny licitation for murerentreprisen uden elevatordelen, da beslutningen om at udelade elevatordelen blev truffet efter

tidspunktet for annullationen. Resultatet af den nye licitation vedrørende murerentreprisen var højere håndværkerudgifter, men uanset at den økonomiske ramme var den samme, indgik indklagede desuagtet kontrakter på grundlag af den nye licitation. Indklagede har således ikke dokumenteret en saglig begrundelse for annullationen af murerentreprisen. Annullationen er derfor ulovlig.

Indklagede har gjort gældende, at det er en saglig begrundelse for at annullere licitationen, at de afgivne tilbud ligger uden for de foreliggende økonomiske rammer. Udgifterne til henholdsvis genopretning og modernisering skal dækkes af bevillinger fra to separate puljer. Vestergårdskolens anlægsramme til lokaleudbygning og modernisering udgjorde på tidspunktet for den første licitation 4.827.000 kr. Håndværkerudgifterne må maksimalt udgøre 80 % af rådighedsbeløbet, svarende til 3.861.600 kr. Inden for denne ramme skulle indklagede både afholde håndværkerudgifter og en række andre udgifter, herunder projekteringsudgifter og udgifter til inventar og projektering. Tilbudsgiverne skulle i tilbudene angive udgifterne til genopretning og modernisering hver for sig. Efter en objektiv og saglig vurdering af de afgivne tilbud fandt indklagede herefter, at det ikke var muligt at gennemføre de udbudte moderniseringsarbejder vedrørende Vestergårdskolen inden for den økonomiske ramme, som indklagede havde til rådighed. Det var således efter en objektiv og saglig vurdering, at indklagede besluttede at lade elevatordelen udgå af murerentreprisen med henblik på at bringe moderniseringsudgifterne i overensstemmelse med de økonomiske rammer for entreprisen. Indklagede ville handle i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved blot at trække elevatordelen ud af de afgivne tilbud på murerentreprisen. Indklagedes begrundelse for at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen er derfor saglig.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at begrundelsen for at annullere en licitation skal være saglig. Indklagede har ved brev af 28. april 2004 annulleret licitationen vedrørende murerentreprisen »grundet forhold i billigste bydendes bud«. Denne begrundelse må forstås således, at indklagede annullerede licitationen vedrørende murerentreprisen, fordi den eller de lavestbydendes tilbud ikke var i overensstemmelse med licitationsbetingelserne. I et sådant tilfælde skal indklagede i medfør af lige-

behandlingsprincippet i Tilbudslovens § 6 i stedet se bort fra tilbud, der ikke er i overensstemmelse med licitationsbetingelserne. Den anførte begrundelse i brevet af 28. april 2004 derfor er usaglig. Annullationen af licitationen vedrørende murerentreprisen følgelig er i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og § 12, stk. 1.

Indklagede har i første række gjort gældende, at det var sagligt at annullere en licitationen »grundet forhold i billigste bydendes bud« og har herved henvist til det anførte ad påstand 1. Indklagede har i anden række gjort gældende, at en i øvrigt saglig og lovlig annullation ikke bliver usaglig eller ulovlig som følge af, at udbyderen angiver en usaglig begrundelse for annullationen. Indklagede har herved henvist til EF-domstolens kendelse af 16. oktober 2003 i sag C-244/02, Kauppatalo Hansel.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at der hverken var anført enhedspris for elevator (position 1.10.04) eller ståltrappe med altanrepos (position 1.15.08) i tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS, ligesom Murerfirmaet Baarup ApS ikke har angivet at have modtaget rettelsesbladene nr. 1 og 2. Denne tilbudsgiver har derved taget forbehold over for licitationsbetingelserne. Forbeholdene vedrører grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, og indklagede havde derfor pligt til at undlade at tage tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS i betragtning. Klageren har endvidere gjort gældende, at Murerfirmaet Baarup ApS havde sat oplægning og omstøbning af stål (position 1.11.02) til 12.000 kr. i sit tilbud. Dette er et klart fejlagtigt lavt beløb, da klageren har sat tilsvarende post i sit tilbud til 121.932 kr. Indklagede havde derfor pligt til at undlade at tage tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS i betragtning.

Indklagede har gjort gældende, at der hverken var anført enhedspris for elevator (position 1.10.04) eller ståltrappe med altanrepos (position 1.15.08) i tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS. Denne tilbudsgiver har derved taget forbehold over for licitationsbetingelserne, men ingen af forbeholdene vedrører grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne. Forbeholdene har klare økonomiske konsekvenser, som kan vurderes og prissættes objektivt på grundlag af licitationsbetingelserne. Det var således muligt for indklagede med tilstrækkelig sikkerhed at prissætte forbeholdene med henblik på at gøre tilbudene sammenlignelige. Indklagede havde derfor ikke

af disse grunde pligt til at undlade at tage tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS i betragtning. Indklagede har desuden gjort gældende, at Murerfirmaet Baarup ApS ikke har angivet at have modtaget rettelsesbladene nr. 1 og 2. Murerfirmaet Baarup ApS har imidlertid medtaget ydelserne i rettelsesbladene 1 og 2 i sin tilbudsliste, og indklagede havde således ikke af denne grund pligt til at undlade at tage tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS i betragtning. Indklagede har endvidere gjort gældende, at Murerfirmaet Baarup ApS havde sat oplægning og omstøbning af stål (position 1.11.02) til 12.000 kr. i sit tilbud. Indklagede anså dette for et fejlagtigt lavt beløb, men havde ikke af denne grund pligt til at undlade at tage tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS i betragtning.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at Murerfirmaet Baarup ApS havde sat nedbrydning (position 1.11.01) til 10.000 kr., ophugning klinker gangareal (position 1.11.03) til 8.000 kr. samt opmuring og reparation af murværk (position 1.11.05) til 4.000 kr. i sit tilbud. Dette er klart fejlagtigt lave beløb, da klageren har sat tilsvarende poster i sit tilbud til henholdsvis 143.236 kr., 36.000 kr., og 17.611 kr.. Indklagede havde derfor pligt til at prissætte disse forbehold ved at forhøje de pågældende poster.

Indklagede har gjort gældende, at den prissætning, som indklagede har foretaget, alene er foreløbig og intern, idet prissætningen er foretaget med henblik på at vurdere, om de afgivne bud var inden for den foreliggende økonomiske ramme. Poster vedrørende nedbrydning varierer ofte meget væsentlig på grund af store forskelle i aftalerne mellem de enkelte entreprenører og nedrivningsfirmaer. For så vidt angår posterne ophugning klinker gangareal (position 1.11.03) samt opmuring og reparation af murværk (position 1.11.05) er der ikke tale om væsentlige variationer mellem de afgivne tilbud. Indklagede havde derfor ikke pligt til at foretage prissætning ved hæve nogen af de ovennævnte tre poster.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at tildelingskriteriet for licitationen er »det laveste bud«. Indklagedes begrundelse for at annullere licitationen for murerentreprisen var usaglig og dermed ulovlig. Indklagede havde pligt til at undlade at tage tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS, som var

lavestbydende for så vidt angår murerentreprisen, i betragtning, og indklagede havde derfor pligt til at beslutte at indgå kontrakt med klageren, der var næstlavestbydende for murerentreprisen.

Indklagede har i første række gjort gældende, at indklagedes annullation af murerentreprisen var lovlig. Indklagede havde derfor ikke pligt til at beslutte at indgå kontrakt med nogen af tilbudsgiverne. Indklagede har i anden række gjort gældende, at Murerfirmaet Baarup ApS var lavestbydende for murerentreprisen, og at indklagede ikke havde pligt til at undlade at tage tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS i betragtning. Indklagede havde af den grund ikke pligt til at beslutte at indgå kontrakt med klageren. Indklagede har endelig gjort gældende, at klageren ikke har angivet at have modtaget rettelsesblad nr. 3, og klageren har ikke medtaget de arbejder i tilbudslisten, som følger af rettelsesblad nr. 3. Klageren har dermed taget forbehold for de arbejder, der følger af rettelsesblad nr. 3. Indklagede har af den grund ikke pligt til at beslutte at indgå kontrakt med klageren.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

En udbyder har i henhold til Tilbudslovens § 12, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet pligt til at give en korrekt begrundelse for en beslutning om annullation af en licitation, det vil sige den begrundelse, som reelt har været bestemmende for udbyderens beslutning. Den korrekte begrundelse skal gives hurtigst muligt efter, at beslutningen er truffet.

Indklagede anførte i skrivelse af 28. april 2004, at licitationen vedrørende murerentreprisen blev annulleret på grund af »forhold i billigste bydendes bud«. Den faktiske situation var imidlertid, at indklagede efter en gennemgang af de indkomne tilbud mente at kunne konkludere, at ingen af de afgivne tilbud lå inden for indklagedes økonomiske rammer for moderniseringen af Vestergårdskolen. Indklagede har således handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet. At den korrekte begrundelse senere blev givet, nemlig ved indklagedes skrivelse af

5. august 2004 i forbindelse med klagerens klage over annullationen, ændrer ikke herved.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

En udbyder kan vælge at annullere en licitation, såfremt der er en saglig begrundelse herfor. I modsat fald er annullationen ulovlig. Såfremt det viser sig, at udbyderen ikke har de tilstrækkelige økonomiske rammer til at gennemføre licitationen, vil dette kunne være en saglig begrundelse for annullation.

Indklagede har gjort gældende, at murerentreprisen ikke kunne gennemføres, fordi de samlede udgifter til modernisering på de 5 fagentrepriser – hvis elevatoren ikke udgik af murerentreprisen – ville overstige den ramme, der var til rådighed, på højst 80 % af det bevilligede beløb på 4.827.000 kr., svarende til 3.861.600 kr.

Indklagede har imidlertid ikke for Klagenævnet godtgjort at have foretaget en saglig gennemgang af de 5 entrepriser med henblik på at få klarlagt, om moderniseringen kunne holde sig inden for den skitserede ramme, og herunder eventuelt kunne gennemføres med midler hidrørende fra ekstrabevillinger eller skolens driftsbudget. Det er således ikke godtgjort, at det var sagligt alene at annullere netop licitationen vedrørende murerentreprisen, eller at formålet hermed – på det tidspunkt, hvor beslutningen om at annullere licitationen vedrørende netop denne entreprise blev truffet – var at udbyde murerentreprisen uden elevatordelen. Det synes tværtimod godtgjort, at der på det tidspunkt, hvor beslutningen om at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen blev truffet, ikke i kommunen var klarhed over de økonomiske konsekvenser af på den ene side at træffe beslutning om at gennemføre genopretningen og moderniseringen af Vestergårdskolen på grundlag af de afgivne tilbud og på den anden side at træffe beslutning om at annullere licitationen netop vedrørende murerentreprisen som sket. De forklaringer, som er afgivet for Klagenævnet, sammenholdt med det skriftlige materiale, indklagede har fremlagt, giver derfor ikke grundlag for at fastslå, at indklagede har haft en saglig begrundelse for sin beslutning om at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen. Det bemærkes herved, at den nye licitation

gav Baarup Murerforretning ApS mulighed for at forhøje sit tilbud, og at de samlede håndværkertilbud ved anden licitation – skønt denne ikke omfattede elevatordelen – samlet derfor blev 68.450 kr. højere end ved første licitation. Samtidig blev indklagede påført udgifter af endnu uafklaret størrelse som følge af forsinkelsen af de øvrige fagentrepriser. Indklagede *har* desuagtet haft økonomiske rammer for at indgå kontrakter på grundlag af anden licitation. Det bemærkes, at de samlede håndværkerudgifter ved anden licitation ganske vist kun udgjorde 3.828.052,50 kr., det vil sige godt 30.000 kr. mindre end det beløb på 3.861.600 kr., der efter indklagedes oplysninger dannede grænsen for, hvad håndværkerudgifterne måtte udgøre. Imidlertid må de ovenfor nævnte – for kommunen forudseelige – ekstraomkostninger have bevirket, at den påståede økonomiske ramme blev sprængt.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 3

Det er usagligt at annullere en licitation »grundet forhold i billigste bydendes bud«. Indklagedes forskellige forklaringer på, hvad udtrykket dækker over, kan ikke føre til andet resultat.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 4

Den manglende angivelse af enhedspris i tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS for så vidt angår elevator (position 1.10.04) og for så vidt angår ståltrappe med altanrepos (position 1.15.08) kan ikke under en licitation som den foreliggende betragtes som forbehold vedrørende grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, som måtte føre til, at indklagede havde pligt til ikke at tage tilbudet fra denne tilbudsgiver i betragtning. Indklagede har herefter kunnet vælge at foretage prissætning for at sikre ligebehandling af tilbudsgiverne. Da det var muligt at foretage prissætning med tilstrækkelig sikkerhed, tages påstanden ikke til følge på dette punkt.

Murerfirmaet Baarup ApS havde ud for position 1.11.02 (oplægning og omstøbning af stål) anført »12.000 kr.«. Til sammenligning havde klageren ud for samme position anført »121.932 kr.«. Indklagede har ikke overtrådt

Tilbudslovens regler ved at anse angivelsen »12.000 kr.« for at være en skrivefejl og forhøje Murerfirmaet Baarup ApS tilbud på dette punkt med henblik på at gøre dette tilbud sammenligneligt med klagerens.

Klagenævnet har ikke herved forholdt sig til, om indklagede i forbindelse med indgåelsen af kontrakten med Murerfirmaet Baarup ApS var forpligtet til at acceptere en forhøjelse af kontraktprisen til 120.000 kr, eller om indklagede i forbindelse med indgåelsen af kontrakten kunne have fastholdt Murerfirmaet Baarup ApS på tilbudsprisen 12.000 kr. Der henvises til det anførte ad påstand 2.

Der er derfor heller ikke på dette punkt grundlag for at tage påstanden til følge.

Endelig fremgår det klart af det tilbud, som Murerfirmaet Baarup ApS havde afgivet, at tilbudet indeholdt ydelser i henhold til rettelsesblad 1 og 2. Indklagede har derfor ikke været forpligtet til at undlade at tage tilbudet i betragtning, fordi tilbudslisten ikke var udfyldt korrekt på dette punkt. Det bemærkes, at heller ikke klagerens tilbud korrekt havde angivet alle 3 rettelsesblade som grundlag, men at det tilsvarende også klart fremgik af klagerens tilbud, at ydelser i henhold til alle rettelsesblade var omfattet af tilbudet.

Påstanden tages derfor ikke på noget punkt til følge.

Ad påstand 5

Der er ikke grundlag for at antage, at indklagede havde haft pligt til at anse de omhandlede punkter i det tilbud, som Murerfirmaet Baarup ApS havde afgivet, for forbehold og foretage prissætning heraf.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 6

Det følger af det, som er anført ad påstand 4-5, at påstanden ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet ved ikke som begrundelse for at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen for modernisering og genopretning af Vestergårdskolen at anføre, at ingen af de bydende havde afgivet tilbud, der lå inden for indklagedes økonomiske rammer for entreprisen, uagtet dette var indklagedes begrundelse for at annullere licitationen.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen for modernisering og genopretning af Vestergårdskolen, uagtet der ikke var en saglig begrundelse herfor, idet moderniseringen ville kunne gennemføres inden for de foreliggende rammer.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk.1, og § 12, stk.1, ved at annullere murerentreprisen for modernisering og genopretning af Vestergårdskolen, da den anførte begrundelse ikke var saglig, idet det blev anført, at annullationen var begrundet i »forhold i billigste bydendes bud«.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 4, 5 og 6.

Indklagede, Århus Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Løgten murer- og entreprenørforretning A/S, betale 25.000 kr. inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig