

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Melitta Keldebæk, Niels Henriksen)

J.nr.: 2008-0018231

17. juni 2009

K E N D E L S E

Anlægsgartner Gottlieb A/S
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

Psykiatrisk Center Sct. Hans
(advokat Torben Steffensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 141.189525 af 18. juli 2008 udbød Psykiatrisk Center Sct. Hans som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en kontrakt om »Gartnerisk vedligeholdelse og nyanlæg«.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 18. juli 2008, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. oktober 2008 havde 4 af de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud, nemlig:

1. Skælskør Anlægsgartnere A/S
2. Anlægsgartner Gottlieb A/S
3. F. J. Poulsens Anlægsgartneri A/S
4. P. Malmos A/S

Indklagede evaluerede den 29. oktober 2008 tilbuddene. Indklagede afviste tilbuddet fra Anlægsgartner Gottlieb A/S med den begrundelse, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Indklagede afviste tilbuddet fra Skælskør Anlægsgartnere A/S med den begrundelse, at tilbuddet var unormalt lavt. Den 18. november 2008 besluttede indklagede at indgå kontrakt med F. J. Poulsens Anlægsgartneri A/S.

Den 28. november 2008 indgav klageren, Anlægsgartner Gottlieb A/S med det tidligere selskabsnavn Anlægsgartnermestre Gottlieb & Hansen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Psykiatrisk Center Sct. Hans. 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 23. december 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 24. marts 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at tilbuddets tilbudsliste »Enhedspriser og Variable ydelser« ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav om oplysning af enhedspriser, uagtet tilbuddet ikke afveg fra disse krav på en sådan måde, at tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelserne.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at tilbuddet ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelserne, jf. udbudsbetingelsernes punkt 4.20 og Udbudsbrevet af 8. september 2008, om oplysning af enhedspriser for planteleverancen, uagtet tilbuddet var i overensstemmelse med Rettelsesblad nr. 1 til udbudsbetingelserne, hvorefter tilbuddene ikke i tilbudslisten »Nyanlæg« skulle indeholde oplysninger om enhedspriser.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at tilbuddet ikke som fastsat i udbudsbetingelserne var afgivet »på postfremsendte tilbudsblanket og –bilag«, uagtet til-

buddet opfyldte kravene i udbudsbetingelserne om, hvorledes tilbuddene skulle afgives.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at klagerens tilbudsliste var sidenummeret fortløbende og ikke for hver enkelt tilbudsliste, og at tilbuddet derfor ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelserne, uagtet tilbuddet opfyldte disse krav.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at tilbuddet kun var stemplet med firmastempel på side 1 og ikke på de følgende 79 sider, uagtet der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat krav herom.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2, artikel 41 og bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004, med senere ændringer, § 6 a, stk. 3, jf. stk. 1, ved, at indklagede i sin skrivelse af 18. november 2008 til klageren, hvorved klagerens tilbud blev afvist, begrundede afvisningen med, at tilbuddets tilbudsliste »Enhedspriser og Variable ydelser« afveg fra udbudsbetingelserne, og idet indklagede efterfølgende fremkom med yderligere begrundelser for afvisningen af tilbuddet.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og Udbudsdirektivets artikel 55 ved at afvise klagerens tilbud uden forinden skriftligt at have anmodet klageren om sådanne oplysninger om tilbuddets sammensætning, som indklagede anså for relevante.

Påstand 8

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 18. november 2008 om at indgå kontrakt med F. J. Poulsens Anlægsgartneri A/S.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 8 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

I indklagedes udbudsbrev af 8. september 2008 står der bl.a.:

»Der afgives, pris med de opdelinger, der er anført på tilbudsblanketten. Alle tilbudsbilag skal være udfyldt for, at tilbuddet er konditionsmæssigt...«

I »Byggesags- og særbeskrivelse« af 8. september 2008, der er en del af udbudsbetingelserne, står der bl.a.:

»2.4 Entrepriens afgrænsning og varighed mm.

...

Varighed

Entrepriens varighed er 5-årig, i perioden fra 2009-01-01 til 2013-12-31.

Det er ikke i udbudsmaterialet fastsat indenfor hvilket af de 5 driftsår, et nyanlæg kommer til udførelse, da dette afhænger af bevilling hertil. Men hvis nyanlægget kommer til udførelse, justeres den gartneriske pleje efter, at nyanlægget er afleveret til bygherren. Medens nyanlægget pågår, har entreprenøren også vedligeholdelse af dette frem til aflevering.

...

2.9. Tilføjelser / fravigelser i forhold til AB 92

...

A. Aftalegrundlaget

Bygherrens udbud

...

Ad § 2, stk. 6: Tilføjelse: Tilbuddet skal indeholde alle tilbudslistens delpriser og enhedspriser, inkl. tillægs- og fradragspriser, for at være konditionsmæssigt.

...

C. Entrepriens udførelse

Ændringer i arbejdet

...

Ad § 14, stk. 3: Fravigelse: Bygherren forbeholder sig ret til at regulere entreprisen med + / - 20 % af entreprisensummen og inden for + / - 100 % af de enkelte positioner i tilbudslisten, herunder tilbudslistens bilag med enhedspriser / variable ydelser, der indgår i det samlede tilbud, men må forventes reguleret.

...

3. Administrative bestemmelser

...

3.3 Planlægning

Hovedtidsplan

...

Hovedtidsplan for nyanlæg gives af bygherren 3 måneder før nyanlægget igangsættes. Nyanlægget kan igangsættes i etaper, afhængigt af bevilling og evt. øvrige håndværksarbejder, som skal pågå forud eller samtidig med, at nyanlægget udføres.

...

4. Særbeskrivelse

...

4.20 Planleverance og plantning

...

Tilbuddet på planleverancen er inddelt efter de respektive tegninger. Der oplyses enhedspriser ved afgivelse af tilbud.

...

Herudover er der under projekterne Nyanlæg nye planteområder / plantninger, hvor tilbuddet herfor også skal indeholde alle leverancer og ydelser, for at udføre det projekterede anlæg.

...

6. Nyanlæg

...

Der vil forud for eventuel igangsætning af nyanlæg blive udarbejdet supplerende tegningsmateriale vedr. disse. Yderligere tegningsmateriale og mere detaljerede oplysninger vil ikke medføre ændringer i forhold til entreprenørens tilbudte pris ved udbud.«

I henhold til »Tilbudsblanket og tilbudsliste« af 8. september 2008, der er en del af udbudsbetingelserne, sammensættes prisen «I alt entreprisensum inkl. moms« af 6 poster. For hver post skal angives en »Tilbudssum« fra en underliggende tilbudsliste. De 6 underliggende tilbudslistes er

1. »Generelt«
2. »Østhospitalet«
3. »Vesthospitalet«
4. »Landskabet«
5. »Nyanlæg«

6. »Enhedspriser og Variable ydelser«.

I Rettelsesblad nr. 1 af 16. september 2008 står der bl.a.:

»Rettelsesblad nr. 1 omfatter

...

b) CD-rom med udbudsmateriale som pdf-filer. Tilbudsblanket og tilbudslister er endvidere kopieret på CD-rom i excel-regneark uden funktioner. Det understreges, at enhver brug af regnearket sker på de bydendes eget ansvar. ... Tilbud skal afleveres på postfremsendte tilbudsblanket og –bilag.

...

d) Der oplyses ikke mængder ud over de allerede oplyste. Entreprenøren skal selv foretage mængdeberegning. I tilbudslister **skal** de bydende oplyse enhedspriser for samtlige positioner i tilbudslisten 'Enhedspriser og Variable ydelser'. I øvrige tilbudslister skal der ikke oplyses mængder og enhedspriser. Ved eventuel ændring / regulering af entreprisens omfang sker dette efter enhedspriser oplyst af entreprenøren i tilbudsliste 'Enhedspriser og Variable ydelser'.«

Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Klagerens tilbud indeholder bl.a. »Tilbudsliste - Enhedspriser og variable ydelser«. Tilbudslisten indeholder 130 positioner (»POS.«) og har følgende opbygning:

»

POS.	ARBEJDE	MÆNG- DE		A KR.	PRIS KR.
1	Håndtering og bortkørsel ... af overskudsråjord ...	30	tons	#####	kr. 7.540

«

Tilbudslisten indeholder for 52 positioner den citerede angivelse »A KR. ... #####«. Det fremgår endvidere, at den samlede entreprisum inklusiv moms var opgjort til 13.329.028,04 kr.

I evalueringsrapport af 29. oktober 2008, der er udarbejdet af landskabsarkitekt Charlotte Skibsted, står der bl.a.:

Emne	Skælskør Anlægsgartnere A/S	Gottlieb & Hansen A/S	F. J. Poulsens Anlægsgartneri	P. Malmos A/S
...				
Tilbud konditions­mæssig	...	Nej, tilbudsliste 'Enhedspriser og Variable ydelser' er ikke udfyldt iht. rettel­sesblad nr. 01. 52 positioner ud af 130 positioner er ikke udfyldt. Der synes ikke at være konse­kvens i de und­ladte felter – der ses ikke sam­menhæng eller mønster i de po­sitioner, der ikke er udfyldt / er udfyldt. Nogle af en­hedspriserne er udfyldt med '#####' i ste­det for tal		
Samlet entre­prisesum for hele kon­traktsperio­den på 5 år, ekskl. moms	Kr. 7.482.677,40	Kr. 10.663.222,43	Kr. 20.260.100,00	Kr. 20.695.540,00
...				

Kommentarer til samlet entreprisesum for hele kontraktperioden på 5 år	Tilbud forekommer lavt.	Tilbud forekommer lavt.	Tilbud forekommer at ligge tæt på bygherrens budgetoverslag. **	Tilbud forekommer at ligge tæt på bygherrens budgetoverslag. **
--	-------------------------	-------------------------	---	---

...

** Bygherrens interne budgetoverslag for den udbudte entreprise ligger i størrelsesordenen kr. 20,5 mill. ekskl. moms for den 5-årige entreprisekontraktperiode.«

Charlotte Skibssted har som bilag til evalueringsrapporten udarbejdet et notat af 29. oktober 2008. I notatet står der bl.a.:

»Gottlieb & Hansen A/S

...

Tilbuddet er ikke afleveret på bygherrens postfremsendte tilbudsliste, men afleveret som eget regneark i papirform og heftet i eget print, så inddeling af bygherrens tilbudsliste foreligger ikke. Tilbudslisten er afleveret i firmaets eget Excel-regneark udført som fortløbende print, hvor kun firmaets tilbudsblanket bærer firmastempel. Tilbudslistens ca. 80 sider er uden firmastempel. Bygherrens sideantal er derfor ikke sammenfaldende med firmaets anvendte Excel-ark.

Tilbudslisten 'Enhedspriser og Variable ydelser' til brug for regulering af entreprisen ved nyanlæg og ved ændring i driftsområderne består af 130 positioner, hvor alle enhedspriser til brug for regulering er krævet oplyst i udbudsmaterialets rettelsesblad nr. 1 af 16. september 2008. Firmaet mangler at udfylde 52 enhedspriser af de 130, som er oplistet i denne del af tilbuddet.

Der mangler oplysning om planteleverancens enhedspriser og oplysning om hvilken planteskole, der benyttes som underleverandør, dette er krævet i udbudsmaterialet.

I udbudsmaterialets rettelsesblad nr. 1 er klart og tydeligt fremhævet, at tilbud afleveres på bygherrens postfremsendte tilbudsliste, og at alle enhedspriser under 'Enhedspriser og Variable ydelser' skal være fuldstændigt oplyst og benyttes som reguleringsgrundlag.

På baggrund af ovenstående vurderes tilbuddet som ikke konditionsmæssigt.

Ved gennemgang af tilbuddets 6 hovedpunkter på tilbudsblanketten side 1 forekommer hovedpunkterne 'Østhospitalet', 'Vesthospitalet' og 'Landskabet' at være lavt prissat for den 5-årige driftsperiode, mens 'Nyanlæg' er højt prissat, og højest af alle 4 bydende.«

I Charlotte Skibsteds brev af 18. november 2008 til klageren står der bl.a.:

»Tilbudet fra Gottlieb & Hansen A/S er vurderet ikke at være konditionsmæssigt. Årsagen er, at en del af posterne i tilbudslisten "Enhedspriser og variable ydelser" ikke er udfyldt konsekvent med enhedspriser. Dette er understreget at skulle udfyldes i udsendt rettelsesblad nr. 01.«

Ved brev af 27. november 2008 fra indklagedes advokat, advokat Torben Steffensen, til klagerens advokat, advokat Lotte Hummelshøj, oplyste advokaten, at indklagede overvejede »at anse [klagerens] tilbud som unormalt lavt, jf. udbudsdirektivets artikel 55«. Advokaten anmodede endvidere under henvisning til artikel 55, stk. 1, klageren om at »redegøre for baggrunden for, at tilbuddet er så lavt«.

Forklaringer

Tonny Krusegaard, der er driftsleder hos klageren, har under sin forklaring redegjort for de beregninger, der ligger til grund for klagerens tilbud. Klageren har beregnet avance både for planteleverancerne og for tidsforbruget. Der er beregnet priser på en periode på 1 år, og tilbuddet er kun afgivet for en 1-årig periode. Han konstaterede nogle fejl i klagerens regneark og forsøgte at korrigere disse, hvilket forklarer, at nogle tal er skrevet med mindre skrift end andre. Han sendte klagerens tilbudsliste pr. e-mail til trykkeriet. Han hentede selv tilbudslisten hos trykkeriet, ligesom han selv underskrev og stemplede tilbudslisten. Han kontrollerede ikke tallene.

Charlotte Skibsted har bl.a. forklaret, at der efter udbudsbetingelserne skulle gives tilbud på en 5-årig kontraktperiode med en fast pris for 1. år. Denne

pris ville så blive pristalsreguleret de følgende år. På hvert blad i tilbudslisten skulle der afgives en pris for en 5-årig periode. Der var behov for, at tilbuddene indeholdt enhedspriser, for at indklagede – under hensyn til ændringer i hospitalets drift, behov og bevillinger - kunne regulere kontraktens omfang efterfølgende på grundlag af enhedspriserne. Indklagede ønskede af hensyn til gennemsigtigheden og ligelig behandling af tilbuddene, at tilbuddene blev afgivet på »postfremsendte tilbudsblanket og -bilag«. Det var et krav, at alle siderne i tilbudslisten blev stemplet, idet man hermed kunne undgå fejl i tilbuddene. Afvisningen af klagerens tilbud skete med henvisning til den væsentligste fejl i klagerens tilbud, jf. brevet af 18. november 2008. Indklagede havde krævet, at tilbuddene indeholdt oplysning om priserne på planteleverancen; dette krav har intet med tilbudslisterne at gøre, idet priserne på planteleverancen som fastsat i udbudsbetingelserne punkt 4.20 skulle oplyses særskilt. Der blev ikke stillet krav om oplysning af den valgte planteskole. Der ville måske blive tale om nyanlæg, hvilket ville vise sig under kontraktens forløb.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke var berettiget til at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at der ud for nogle af positionerne i tilbuddet var anført »#####« i stedet for en enhedspris. Enhedsprisen kunne let beregnes, idet både totalpris og mængde fremgik af tilbuddet. Fejlen er derfor af bagatelagtig karakter.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud på 52 af 130 positioner manglede oplysning om enhedspriser i tilbudslisten »Enhedspriser og Variable ydelser«. Der var i udbudsbetingelserne fastsat krav om, at tilbuddene skulle indeholde disse prisoplysninger. Indklagede var derfor berettiget til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt. Der er i øvrigt ikke tale om bagatelagtige afvigelser fra udbudsbetingelsernes krav.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det følger af formuleringen af Rettelsesblad nr. 1, »I øvrige tilbudslistes skal der ikke oplyses mængder og enhedspriser«, at tilbudsgiverne ikke var forpligtet til at oplyse enhedspriser

for planteleverancen. Rettelsesblad nr. 1 kan ikke naturligt forstås anderledes, og rettelsesbladet må – hvis det måtte stride mod de øvrige udbudsbetingelser – have forrang.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud ikke indeholdt oplysning om planteleverancens enhedspriser, selvom det i udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbuddene skulle indeholde disse oplysninger. Indklagede var derfor berettiget til at afvise tilbuddet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud overholdt udbudsbetingelsernes krav om, hvorledes tilbuddenes tilbudsliste skulle udformes. Klagerens tilbud og tilbudsliste indeholdt ingen uklarheder, og tilbuddet kunne således danne grundlag for indklagedes evaluering.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddet ikke som foreskrevet i udbudsbetingelserne var afgivet på den »postfremsendte tilbudsblanket« med bilag. Indklagede var derfor berettiget til at afvise tilbuddet.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det forhold, at de enkelte tilbudsliste i klagerens tilbud ikke var sidenummeret særskilt, men fortløbende, udgør en så bagatelagtig fravigelse fra udbudsbetingelserne, at indklagede ikke var berettiget til at afvise tilbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at de enkelte tilbudsliste i klagerens tilbud ikke som fastsat i udbudsbetingelserne var sidenummeret særskilt, og at indklagede på grund af denne fravigelse fra udbudsbetingelserne var berettiget til at afvise tilbuddet.

Ad påstand 5

Klageren har i første række gjort gældende, at udbudsbetingelserne ikke stiller krav om, at hver enkelt side i tilbudslisten skal være forsynet med firmastempel. Indklagede var derfor ikke berettiget til at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at tilbuddet alene var stemplet på den første side og ikke på de følgende sider. Klageren har i anden række gjort gælden-

de, at der alene har været tale om en bagatelagtig fravigelse fra udbudsbetingelserne, og at fravigelsen derfor ikke gav indklagede ret til at afvise tilbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at det er fastsat i udbudsbetingelserne, at udbudsbetingelsernes tilbudsliste skal være udfyldt. I konsekvens heraf havde tilbudsgiverne pligt til at forsyne hver enkelt side i tilbuddene med firmastempel, hvor dette var markeret i tilbudslisten. Klagerens tilbud var alene stemplet på den første side og ikke på de følgende sider. Dette og de øvrige formkrav til tilbuddene, der er behandlet ad påstand 3 og 4, er fastsat for at forebygge fejl og mangler i tilbuddene. Der er ikke tale om bagatelagtige fravigelser fra udbudsbetingelsernes formkrav, og indklagede var derfor berettiget til at afvise tilbuddet.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med de i påstand 6 anførte bestemmelser, idet indklagedes begrundelse for afvisningen af klagerens tilbud ikke var fyldestgørende. I sit brev af 18. november 2008 til klageren henviste indklagede således alene til, at der for en del af posterne i tilbudslisten »Enhedspriser og Variable ydelser« ikke var oplyst enhedspriser. I indklagedes foreløbige svarskrift til Klagenævnet henviste indklagede til andre forhold vedrørende klagerens tilbud som yderligere begrundelse for, at tilbuddet blev afvist som ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes begrundelse i brevet af 18. november 2008 var fyldestgørende. Det forhold, at indklagede har givet en yderligere begrundelse for afvisningen af klagerens tilbud, kan ikke føre til, at reglerne om begrundelse eller Udbudsdirektivets artikel 2 er tilsidesat. Begrundelsen i det foreløbige svarskrift er i øvrigt i overensstemmelse med indholdet af evalueringsrapporten af 29. oktober 2008.

Ad påstand 7

Klageren har i første række gjort gældende, at indklagede ikke har fulgt den fremgangsmåde, der er foreskrevet i Udbudsdirektivets artikel 55, når en ordregiver overvejer at afvise et tilbud som unormalt lavt. Det har påhvilet indklagede at følge fremgangsmåden foreskrevet i artikel 55, inden indklagede afsluttede vurderingen af tilbuddene, og hvad der efterfølgende er sket

under Klagenævnets behandling af sagen, er uden betydning. Klageren har i anden række gjort gældende, at klagerens tilbud ikke er unormalt lavt.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud var unormalt lavt, idet det lå næsten 50 % under indklagedes budgetoverslag. Indklagede anmodede den 27. november 2008 i overensstemmelse med artikel 55, stk. 1, klageren om en redegørelse. Indklagede har derfor ikke tilsidesat artikel 55, stk. 1.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tildelingsbeslutning som følge af de fejl, indklagede har begået, skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har begået fejl, der kan begrunde, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det er i udbudsbrevet af 8. september 2008 fastsat, at »alle tilbudsbilag skal være udfyldt for, at tilbuddet er konditionsmæssigt«. I »Byggesags- og særbeskrivelse« af samme dato punkt 2.9 er der stillet krav om, at tilbuddene skal indeholde »alle tilbudslistens delpriser og enhedspriser, inkl. tillægs- og fradragspriser«. Det er samtidig angivet, at tilbud skal indeholde disse oplysninger for at være konditionsmæssige. Endelig er det i Rettelsesblad nr. 1 af 16. september 2008 fastsat: »I tilbudslistener **skal** de bydende oplyse enhedspriser for samtlige positioner i tilbudslisten 'Enhedspriser og Variable ydelser'«.

Tilbudslisten »Enhedspriser og Variable ydelser«, der var en del af klagerens tilbud, indeholdt for 52 ud af 130 positioner ikke oplysning om enhedspris. Tilbuddet opfyldte derfor ikke de betingelser, der i udbudsbetingelserne var fastsat for at anse tilbuddet for konditionsmæssigt. Som følge heraf var indklagede både berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet, og påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det er i »Byggesags- og særbeskrivelse« af 8. september 2008 under overskriften »4.20 Planleverance og plantning« fastsat: »Der oplyses enhedspriser ved afgivelse af tilbud«.

Bestemmelsen er ikke begrænset til at angå indholdet af tilbuddenes tilbudsliste, men indeholder et krav om, at tilbud skal indeholde oplysning om enhedspriserne for så vidt angår planleverancen.

Bestemmelsen i rettelsesblad nr. 1 punkt d) angår efter sin ordlyd alene udbudsbetingelsernes krav til tilbudslisternes indhold. Derimod angår bestemmelsen ikke tilbuddenes øvrige indhold.

Det lægges til grund, at kravet i punkt 4.20 om pligt til at oplyse om enhedspriser for planleverancen hænger sammen med den mulighed, der følger af udbudsbetingelserne for, at indklagede i kontraktens 5-årige løbetid kan justere entreprisens omfang.

Henset hertil og til, at klageren i sit tilbud helt havde undladt at oplyse de pågældende enhedspriser, må tilbuddet anses for at indeholde et forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Indklagede havde derfor både ret og pligt til at forkaste tilbuddet, og påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Indklagede har i udbudsbetingelserne, jf. rettelsesblad nr. 1 punkt b), fastsat, at tilbud skal afgives på »postfremsendte tilbudsblanket og –bilag«. Indklagede fremsendte - foruden tilbudsblanketten med bilag - en CD rom til tilbudsgiverne, der indeholdt tilbudsblanket med bilag i et »exel-regneark uden funktioner«. I rettelsesblad nr. 1 punkt b) står, at det »understreges, at enhver brug af regnearket sker på de bydendes eget ansvar«.

Det lægges til grund, at klagerens tilbud ikke var vedlagt et udfyldt eksemplar af nævnte »postfremsendte tilbudsblanket og –bilag«. Derimod var tilbuddet vedlagt en tilbudsliste, der fremtrådte som et regneark, der på flere punkter afveg fra udbudsbetingelsernes tilbudsblanket med bilag.

Da indklages tilbud således ikke opfyldte de krav, indklagede havde fastsat til, hvorledes tilbuddene skulle afgives, var indklagede berettiget til at afvise klagerens tilbud.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Som anført ad påstand 3 indeholdt klagerens tilbud en tilbudsliste, der afveg fra den tilbudsblanket med bilag, der ifølge udbudsbetingelserne skulle anvendes. En af disse afvigelser bestod i, at den opdeling i 6 delområder, der findes i den nævnte tilbudsblanket med bilag, ikke var markeret i klagerens tilbudsliste ved særskilt sidenummering for hvert enkelt delområde.

Da indklages tilbudsliste således heller ikke med hensyn til sidenummering opfyldte de krav, som indklagede havde fastsat til tilbuddenes tilbudsliste, var indklagede berettiget til at afvise tilbuddet.

Påstand 4 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Som anført ad påstand 1 er det i udbudsbrevet af 8. september 2008 fastsat, at alle udbudsbetingelsernes tilbudsbilag skal være udfyldt, for at et tilbud er konditionsmæssigt. Udbudsbetingelsernes tilbudsblanket med tilhørende bilag indeholder på hver enkelt side angivelsen »Firmastempel: «. Denne udformning af tilbudsblanketten med bilag må forstås således, at tilbudsgiverne for at opfylde udbudsbetingelsernes formkrav til tilbuddet skulle påføre tilbudsblanketten og bilagene hertil firmastempel på det angivne sted. Det lægges til grund, at den tilbudsliste, der var vedlagt klagerens tilbud, udelukkende på »Side 1 af 80« var påført firmastempel.

Indklagede har på denne baggrund været berettiget til at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at det anførte formkrav ikke var overholdt.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6

Det er i Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, fastsat bl.a., at den ordregivende myndighed hurtigst muligt underretter tilbudsgivere om, hvilken afgørelse der er truffet med hensyn til indgåelse af kontrakt.

I artikel 41, stk. 2, er fastsat, at den ordregiverende myndighed på anmodning hurtigst muligt giver alle tilbudsgivere, hvis tilbud er blevet afvist, meddelelse om, hvorfor tilbuddet ikke opfylder kravene til tilbuddet.

Bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004, med senere ændringer, § 6 a indeholder i stk. 1 en bestemmelse, der modsvarer Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1. I § 6 a, stk. 3, er fastsat, at underretningen i henhold til stk. 1 »mindst skal indeholde en summarisk begrundelse for den trufne beslutning«. I § 6 a, stk. 4, er fastsat, at ordregivere »i øvrigt skal overholdene kravene til underretningen i udbudsdirektivets artikel 41«.

Det fremgår af Charlotte Skibsteds notat af 29. oktober 2008, der er et bilag til indklagedes evalueringsrapport, at klagerens tilbud af flere grunde blev vurderet som ukonditionsræssigt. I brevet af 18. november 2008, hvorved indklagede underrettede tilbudsgiverne om sin afgørelse med hensyn til indgåelse af kontrakt, angav indklagede imidlertid alene som begrundelse for afvisningen af klagerens tilbud, at tilbudslisten »Enhedspriser og Variable ydelser« ikke var udfyldt konsekvent med hensyn til enhedspriser.

Indklagedes begrundelse i brevet af 18. november 2008 angav således kun en del af de forhold, der reelt lå til grund for indklagedes beslutning om at afvise klagerens tilbud. Indklagede har herved overtrådt § 6 a, stk. 3, jf. stk. 1, og Udbudsdirektivets artikel 2.

Påstand 6 tages derfor til følge som nedenfor bestemt.

Ad påstand 7

Det kan ikke antages, at indklagede ved underretningen af 18. november 2008 afviste klagerens tilbud med den begrundelse, at det var unormalt lavt.

Indklagedes advokat har ved brev af 27. november 2008 til klagerens advokat oplyst, at indklagede overvejede at afvise tilbuddet som unormalt

lavt, jf. Udbudsdirektivets artikel 55, og indklagedes advokat har i brevet anmodet klageren at redegøre for klagerens prissætning.

Indklagede har således ikke handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 55, stk. 1, og påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 8

Da den overtrædelse, Klagenævnet har konstateret ad påstand 6, ikke kan antages at have haft betydning for indklagedes beslutning af 18. november 2008 om at indgå kontrakt med F. J. Poulsens Anlægsgartneri A/S, tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004, med senere ændringer, § 6 a, stk. 3, jf. stk. 1, ved, at indklagede i sin skrivelse af 18. november 2008 til klageren, hvorved klagerens tilbud blev afvist, begrundede afvisningen med, at tilbuddets tilbudsliste »Enhedspriser og Variable ydelser« afveg fra udbudsbetingelserne, og idet indklagede efterfølgende fremkom med yderligere begrundelser for afvisningen af tilbuddet.

Indklagede, Psykiatrisk Center Sct. Hans, skal i sagsomkostninger til klageren, Anlægsgartner Gottlieb A/S, betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1-5 og 7-8.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig