

K E N D E L S E

LM Gruppen ApS
(advokat Jesper Petersen Bach, Aarhus)

mod

DSB
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

Den 26. august 2016 iværksatte DSB indhentning af underhåndsbud med forhandling efter tilbudslovens kapitel 4 (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med senere ændringer). Indhentningen af underhåndsbud angik ”Risteplatforme på KT” og omfattede etablering af arbejdsplatforme, sporovergange, fremmednetstandere, trykluft, føringsveje og asfaltstier på Københavns Godsbanegård - Kt-Risten. Tildelingskriteriet var fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige bud”.

Betingelserne for indhentningen af underhåndsbud bestod af et udbudsbrev med bilag (fortegnelse over projektdokumenterne og en tro og love erklæring), der blev udsendt den 26. august 2016, samt af projektdokumenterne, herunder Byggesagsbeskrivelsen, der samtidig blev gjort tilgængelige på EU-Supply.

LM Gruppen ApS (herefter LM Gruppen), HSM Industri A/S (herefter HSM Industri) og Ålsrode Smede & Maskinfabrik A/S blev indbudt til at afgive tilbud.

Alle tre tilbudsgivere afgav rettidigt tilbud, hvorefter der fandt forhandlinger sted, og virksomhederne afgav herefter indenfor tilbudsfristen den 19. september 2016 deres endelige tilbud. Den 20. september 2016 besluttede DSB at indgå kontrakt med HSM Industri.

Den 10. november 2016 indgav LM Gruppen klage til Klagenævnet for Udbud over DSB. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

LM Gruppen har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DSB har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise tilbuddet fra HSM Industri, uanset at tilbuddet indeholdt et forbehold vedrørende udbudsmaterialets Byggesagsbeskrivelse pkt. 3, som henviser til ABT 93, hvoraf det fremgår, at entreprenøren leverer alle fornødne biydelse, jf. § 10, stk. 2, idet tilbuddet indeholdt følgende bestemmelse vedrørende byggepladsarbejde: ”Tilslutninger af strøm er indeholdt i byggeplads summen, men forbrug af strøm afholdes af DSB i hele byggeperioden.”

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise tilbuddet fra HSM Industri, uanset at tilbuddet indeholdt et forbehold vedrørende udbudsmaterialets Byggesagsbeskrivelse pkt. 4.1.1 [rettelig 4.11], idet tilbuddet indeholdt følgende bestemmelse vedrørende byggepladsarbejde: ”Tilslutninger af strøm er indeholdt i byggeplads summen, men forbrug af strøm afholdes af DSB i hele byggeperioden.”

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DSB har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise tilbuddet fra HSM Industri, uanset at tilbuddet indeholdt et forbehold vedrørende udbudsmaterialets Byggesagsbeskrivelse, pkt. 4.8.4, idet tilbuddet indeholdt følgende bestemmelse vedrørende forurennet jord og asfalt til deponering: ”Bortkørsel af overskudsjord til godkendt deponi er indeholdt i

tilbuddet. Men alle afgifter, gebyrer, prøveudtagningsomkostninger samt miljøafgifter for at aflevere klasse 2, 3 og 4 jord betales af bygherre”.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 1-3)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DSB har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at tildele kontrakten til HSM Industri, idet DSB har foretaget en åbenbart urigtig og fejlbehæftet evaluering efter underkriteriet ”Pris”.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 1-3)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DSB har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at tildele kontrakten til HSM Industri, idet DSB har foretaget en åbenbart urigtig og fejlbehæftet evaluering efter underkriteriet ”Tidsplan og Organisation”.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DSB har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3 ved at tildele kontrakten til HSM Industri, uanset at denne tilbudsgiver ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal annullere DSBs beslutning af 20. september 2016 om tildeling af kontrakten til HSM Industri.

LM Gruppen har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

DSB har nedlagt påstand om, at påstand 6 afvises, da den er uegnet til at blive bedømt, og at de øvrige påstande ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Som underkriterier til tildelingskriteriet var fastsat Pris (60 %), Tidsplan og Organisation (25 %) og Løsning (15 %).

Indhentningen af underhåndsbud vedrørende Københavns Godsbanegård Kt-Risten omfattede ifølge betingelserne for tilbudsindhentningen etablering af arbejdsplatforme, sporovergange, fremmednetstandere, trykluft, føringsveje og asfaltstier på godsbanegården og skulle udføres i totalentreprise.

I Byggesagsbeskrivelsen punkt 4.8.4, var fastsat:

”Entreprenøren sørger for opstilling, mærkning med affaldsfraktioner, for tømning af affaldscontainere i byggeperioden samt for efterfølgende fjernelse. Bygningsaffaldet skal sortere i minimum følgende fraktioner:

...

Forurenet jord.

Alle udgifter til bortskaffelse fra de opstillede containere - herunder miljø- og affaldsafgifter - afholdes af entreprenøren”.

Vedrørende omfanget af bygherreleverancer i forbindelse med totalentreprisen var samme sted fastsat:

”1.2.3 Bygherreleverancer

Til byggesagen leveres følgende bygherreleverancer:

Fremmednetstandere, type 9800 fra Power Flex

Transformere inkl. eventuelt tilslutningsbidrag”

I betingelserne for indhentningen af underhåndsbud, Arbejdsbeskrivelsen punkt 2.1, var fastsat:

”2.1. Generelt

Arbejdet omfatter de i afsnit 2.2 nævnte bygningsdele og andre ydelser, som er nærmere beskrevet i arbejdsbeskrivelsen, byggesagsbeskrivelsen og/eller vist på tegningerne.

Arbejdet omfatter alle ydelser (arbejder og leverancer), der er nødvendige for den fuldstændige færdiggørelse af entreprisen. Det vil være angivet tydeligt, hvis noget er bygherreleverance. I modsat fald er alt entreprenørleverance.

2.2. Bygningsdele og ydelser

Arbejdet omfatter overordnet følgende ydelser og bygningsdele:

- Projekt (Detailprojektering) og dokumentation.
- Byggeplads og jernbanesikkerhedsmæssige ydelser.

- Risteplatforme og risteovergange.
- Føringsveje med underføringer til togforvarme-, fremmednet- og lokonetstandere.
- Kabling til fremmednet og lokonetstandere
- Fremmednet- og lokonetstandere med tilhørende tavler (fremmednetstander er bygherreleverance).
- Tryklufforsyning og –fordelingsanlæg, inkl. fundamenter til standere, fordeler og container.
- Potentialudligning af alle stålkonstruktioner i den berørte sporgruppe.
- Asfaltstier.

Entreprenøren skal tåle, at følgende dele, der leveres af bygherren/anden bygherre, bliver monteret før eller sideløbende med dette arbejde:

- Banetekniske anlæg, herunder fjernelse af spor og ombygning af spor.
 - Transformere til togforvarme systemet.
 - Kabling til togforvarme
- ...”

I Plan for sikkerhed og sundhed, pkt. 11, står der:

” ...

Der er stor sandsynlighed for forurenede jord, da det er gammelt rangerområde. Det påhviler hovedentreprenøren at undersøge, i hvilket omfang jorden er forurenede og at der tages de fornødne forholdsregler under udførelse af arbejdet.

...”

I tilbuddet fra HSM Industri står der bl.a.:

”Forurenede jord og asfalt til deponering

Bortkørsel af overskudsjord til godkendt deponi er indeholdt i tilbuddet. Men alle afgifter, gebyrer, prøveudtagningsomkostninger samt miljøafgifter for at aflevere klasse 2, 3 og 4 jord betales af bygherre.

Info. Tidligere blev jord inddelt i klasserne 0-4 ifølge Vejledning i håndtering af forurenede jord på Sjælland. Klasse 0 og 1 er ren jord, klasse 2 er lettere forurenede jord, klasse 3 er forurenede jord og klasse 4 er svært forurenede.”

Ved udløbet af fristen for afgivelse af reviderede tilbud den 19. september 2016 havde DSB modtaget tilbud fra henholdsvis LM Gruppen (6.049.790 kr. uden moms), HSM Industri (7.703.029 kr. uden moms) og Ålsrode Smede og Maskinfabrik A/S (9.437.460 kr. uden moms).

Underretning om tildelingsbeslutningen blev udsendt til tilbudsgiverne den 20. september 2016. I underretningen til LM Gruppen står der:

”Hej Søren

Tak, for det reviderede tilbud.

Vi ønsker imidlertid ikke at gøre brug af tilbuddet, da vi har modtaget et andet tilbud som er det økonomisk mest fordelagtige.

Baseret på de i udbudsmaterialet angivne delkriterier, er Deres tilbud blevet evalueret som følger:

For delkriteriet ”Pris” har vurdering været, at I har afgivet den billigste pris.

For delkriteriet "Tidsplan og Organisation", har vurderingen været, at det modtagne materiale opfylder dette kriterie tilfredsstillende, svarende til den dårligste besvarelse.

For delkriteriet ”Løsning” har vurdering været, at det modtagne materiale opfylder dette kriterium tilfredsstillende, svarende til den dårligste besvarelse.

Til orientering blev Deres tilbud placeret samlet som nr. 2.

...”

DSBs bygherrerådgiver, COWI, har under denne klagesag udarbejdet et memo om omkostninger til strømforbrug og forurenede jord. I memoet af 17. november 2016 hedder det bl.a.:

”Der er regnet med omkring 10m³, svarende til den mængde rør der skal lægges i jorden som føringsveje. Det er regnet med at langt den største del af den op-gravede jord genbruges, og at langt det meste af den overskydende jord kan fordeles på området mellem togsportene, hvilket er set på lignende projekter.

Der er indhentet en pris på 2.000,-kr/m³ for deponering af den forurenede jord. Den høje pris er betinget af den forholdsvis ringe mængde jord og at der ikke i skønnet er taget hensyn til karakteren af den forure-

nede jord. Det kan således være lettere forurenede såvel som stærkt forurenede jord. Prisen er inklusiv afhentning, behandling, håndtering og inklusiv prøveudtag.”

Efter en hypotetisk evaluering af tilbuddene, som DSB har udarbejdet, ville HSM Industri på baggrund af ovenstående kapitalisering samlet opnå 8,23 point og LM Gruppen 8,03 point.

LM Gruppen har i en intern mail af 12. december 2016 beregnet de forventelige miljøomkostninger for bortskaffelse af jord således:

”... 3 sporkrydsende tracer (30 meter & 2 x 50 meter) ialt $130 \times 0,35$ bred $\times 2,0$ dyb = 91 m³ jord til bortkørelse.

3 førerings tracer fra tavle til der hvor der krydses spor. (50 meter & 2 x 75 meter) Her er det kun rørmængden der går fra 50 meter $\times 0,3 \times 0,2$ & 150 meter $\times 0,3 \times 0,3 = 18,5$ m³ jord til bortkørelse.

Under perronerne skal der placeres ca. 330 meter kabelrende med en brede på 0,3 meter og en højde på 0,2 = 19,8 m³ jord til bortkørelse.

Under perronerne skal der placeres 2 fundamenter for hver 6 meter (altså $330 / 6$ meter $\times 2$) samlet skal der udgraves til 110 perron fundamenter – Der skal altså fjernes jord fra 110 steder med en højde/brede/dybe på $60 \times 20 \times 20 = 2,64$ m³ jord til bortkørelse.

Under perronerne skal der placeres 18 fundamenter for fremmednetstik, der skal altså fjernes jord fra 18 steder med en højde/brede/dybe på $110 \times 60 \times 40 = 4,75$ m³ jord til bortkørelse

Der skal udlægges nye asfaltstier på 800 løbende meter i en brede på 1,2 meter – for at dette kan lade sig gøre skal der fjernes minimum 170 mm. i dybende, Der skal altså fjernes jord fra 800 meter med en højde/brede/dybe på $0,17 \times 1,2 \times 800 = 163,2$ m³ jord til bortkørelse.

Samlet set skal der fjernes minimum 299,89 m³ råjord/forurenede jord. \times vægtfylde 1,8 = i alt 539,80 tons.

RGS grundpris pr. tons er 78,-

Tillæg for klasse 1 74,- pr. tons

Tillæg for klasse 2/3 125,- pr. tons

18 jordprøver (pr. 30 tons) à 1.100,- pr. prøve

540 tons x 78,- = 42.120
540 tons x 74,- = 39.960
18 prøver à 1.100,- = 19.800

Minimum 101.880,- til RGS miljøcentral

Dertil kommer tillæg for

Vådtjord
Pristigning ved klasse 2,3 eller 4 jord
Det opbrudte asfalt, der skal bortkøres
Større mængder / grundet mine tal er sat som minimums tal. ...”

Parternes anbringender

Parternes anbringender vedrørende påstand 1-2 og 4-6 gengives ikke, da klagenævnet ikke tager stilling til disse påstande, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2.

Ad påstand 3

LM Gruppen har gjort gældende, at tilbuddet fra HSM Industri indeholdt et forbehold, hvorefter omkostninger til afgifter, gebyrer, prøveudtagninger og miljøafgifter for deponering af jord ikke var indeholdt i tilbuddet, men skulle afholdes af DSB, at forbeholdet angik grundlæggende elementer, og at DSB derfor var forpligtet til at afvise tilbuddet.

LM Gruppen har nærmere anført, at det i pkt. 4.8.4 i Byggesagsbeskrivelsen udtrykkeligt var fastsat, at samtlige udgifter – herunder miljøafgifter – skulle afholdes af entreprenøren. I pkt. 2.1. i Arbejdsbeskrivelsen var endvidere fastsat, at arbejdet omfattede alle ydelser (arbejder og leverancer), der var nødvendige for den fuldstændige færdiggørelse af entreprisen, og at det ville være anført tydeligt, hvis noget var bygherreleverance; hvis dette ikke var tilfældet, var der tale om entreprenørleverance. Forbeholdet angår et grundlæggende element, jf. U.2011.1955.H, Amager Strandpark, og klagenævnets kendelse af 5. maj 2011, Dansk Halbyggeri A/S mod Aalborg Kommune, der er stadfæstet ved byrettens dom i U.2014.975.V. DSB var derfor forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet skal se bort fra DSBs kapitalisering, allerede fordi denne først blev foretaget under klagesagen. Dertil kommer, at forudsætningerne herfor er forkerte, idet DSBs beregning er foretaget ud fra en volumen på 10 m³ jord, som skal bortskaffes. Mængden er derimod rettelig omkring 300 m³ forurenede jord, svarende til ca. 540 tons. Dette kan kapitaliseres til minimum 100.000 kr. med tillæg for våd jord, prisstigninger ved klasse 2, 3 eller 4 jord samt omkostninger til opbrudt asfalt. DSB har bevisbyrden for, hvilken mængde jord der skal lægges til grund ved en kapitalisering, og denne er ikke løftet under hensyn til de krav, som efter Amager Strandpark-dommen må stilles. Forbeholdet har haft en indvirkning på konkurrencesituationen, da det må formodes, at HSM Industri ville have budt med en højere pris uden forbeholdet.

LM Gruppen har på denne baggrund gjort gældende, at DSBs tildelingsbeslutning skal annulleres, da de fejl, DSB har begået, er såvel generelt som konkret væsentlige.

DSB har gjort gældende, at tilbuddet fra HSM Industri ikke indeholdt et forbehold som anført af LM Gruppen, og at et forbehold – hvis et sådant anses for at have foreligget – ikke angik grundlæggende elementer, men kunne kapitaliseres til 20.000 kr. og således må anses for uden betydning for tildelingsbeslutningen.

DSB har nærmere anført navnlig, at DSB er enig i, at tilbuddet fra HSM Industri indebærer, at DSB skal betale de ”forbrugsspecifikke” omkostninger, der er relateret til bl.a. bortskaffelsesafgifter til forurenede jord. Der er imidlertid alene tale om bydelser. Sådanne omkostninger er endvidere helt sædvanlige forbrugsafhængige bygherreomkostninger i totalentrepriser. Omkostningerne er relateret til, hvordan projektet udvikler sig undervejs, og de afholdes derfor budget- og aftalemæssigt sædvanligvis altid af bygherren. Sådant har det også været tanken at håndtere denne byggesag, og DSB har ikke anset det forhold, som påstanden angår, for et forbehold.

Der er tale om en afmålt betaling for bortskaffelse af en mindre jordmængde. Hvis klagenævnet vurderer, at der var tale om et forbehold, har et sådant forbehold ikke medført pligt til at afvise tilbuddet, da der ikke var tale om forbehold for et grundlæggende element eller et ufravigeligt mindstekrav. Der var alene tale om banale bydelser, der kunne kapitaliseres, henholdsvis

afregnes efter reelt forbrug. Et forbehold, som måtte anses for at foreligge, kunne kapitaliseres til en værdi på ikke over 20.000 kr. ekskl. moms (en volumen på 10 m³), idet den faktiske omkostning må forventes at være lavere. Derfor kan en kapitalisering og inddragelse i evalueringen ikke antages at ville påvirke tildelingen. Af bilag E, der er en hypotetisk evaluering af tilbuddene med en kapitalisering af de to forhold vedrørende byggepladsstrøm og deponeringsafgifter (samlet 41.000 kr. ekskl. moms), ses således, at HSM Industri afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet HSM Industri samlet set ville opnå 8,23 point og LM Gruppen 8,03 point.

Dommen i Amager Strandpark-sagen kan ikke føre til et andet resultat, og det samme gælder klagenævnets kendelse af 5. maj 2011, Dansk Halbyggeri A/S mod Aalborg Kommune, jf. herved U.2014.975.V i samme sag. I den foreliggende sag kan der således ske kapitalisering til et beløb, der med sikkerhed ikke overstiger 20.000 kr., uanset at det kan lægges til grund, at der er tale om forurenede jord, idet området har været anvendt til gods- og togtransport.

LM Gruppens beregning i mail af 12. december 2016 kan ikke lægges til grund, idet LM Gruppen har set bort fra, at langt hovedparten af den opgravede jord kan (skal og bør) genbruges og/eller fordeles mellem togskinneerne, og at der derfor for størstedelens vedkommende slet ikke vil være en deponeringsafgift. Virksomheden har i øvrigt også selv fremhævet genbrug af jorden i sit tilbud.

DSB har endvidere anført, at det skøn, der er foretaget i memo af 17. november 2016, efterfølgende er bekræftet, idet man nær afslutningen af jordhåndteringen ikke har bortkørt jord fra arealet og ikke forventer at bortkøre jord, idet de opgravede mængder fuldt ud genplaceres i projektet og dermed på arealerne.

Ad påstand 7

LM Gruppen har gjort gældende, at DSB som anført i påstand 3 har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 stk. 3, ved ikke at afvise tilbuddet fra HSM Industri, uanset at tilbuddet indeholdt forbehold for grundlæggende elementer, og at DSBs tildelingsbeslutning derfor skal annulleres.

DSB har gjort gældende, at det ikke er godtgjort, at der er sket grove tilsidesættelser af tilbudsloven eller de udbudsretlige principper. Der er derfor ikke grundlag for at annullere DSBs tildelingsbeslutning. DSB har i anden række anført, at selv hvis klagenævnet måtte nå frem til, at DSB har tilsidesat sine forpligtelser efter tilbudsloven, bør dette efter en konkret væsentlighedsvurdering ikke føre til annullation af DSBs tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 3 og 7

Den omhandlede kontrakt angik etablering af arbejdsplatforme, sporovergange, fremmednetstandere, trykluft, føringsveje og asfaltstier på Københavns Godsbanegård.

Arbejdet skulle udføres i totalentreprise.

I Byggesagsbeskrivelsen punkt 4.8.4 var fastsat, at ”Entreprenøren sørger for opstilling, mærkning med affaldsfraktioner, for tømning af affaldscontainere i byggeperioden samt for efterfølgende fjernelse. Bygningsaffaldet skal sorteres i minimum følgende fraktioner: ... Forurennet jord”. Det var endvidere fastsat, at ”Alle udgifter til bortskaffelse fra de opstillede containere - herunder miljø- og affaldsafgifter - afholdes af entreprenøren”.

I Byggesagsbeskrivelsen var fastsat, at ABT 93 var gældende, og efter ABT 93 § 10, stk. 2, gælder den regel, at ”Entreprenøren skal levere alle materialer og præstere alle fornødne bydelser til arbejdets færdiggørelse”.

Betingelserne indeholdt endvidere en beskrivelse af bygherreleverancer. Efter indholdet og sammenhængen, herunder at der var tale om totalentreprise, må beskrivelsen anses for udtømmende.

Det var herefter udelukkende fremmednetstandere og transformere inkl. eventuelt tilslutningsbidrag, som var bygherreleverance, mens øvrige ydelser skulle leveres af totalentreprenøren (tilbudsgiveren).

Efter oplysningerne om kontrakten indgik der i arbejdet på Københavns Godsbanegård betydelige mængder forurenede jord.

Betingelserne for indhentningen af underhåndsbud indeholdt ingen begrænsning af den økonomiske risiko, der på den anførte baggrund påhvilede totalentreprenøren med hensyn til håndteringen af forurenede jord, herunder navnlig miljø- og affaldsafgifter ved bortskaffelse. Dette gjaldt både med hensyn til mængden af forurenede jord, som skulle håndteres, og den samlede økonomiske risiko herved.

Vilkårene med hensyn til forurenede jord, herunder navnlig den økonomiske del, må herefter – når der sammenholdes med kontraktens og opgavens karakter og omfang – anses for et grundlæggende element i betingelserne for indhentningen af underhåndsbud.

Dette resultat støttes også af oplysningen fra DSB om, at den omhandlede post ”sædvanligvis” vil være ”forbrugsafhængige bygherreomkostninger”.

DSB har således i den foreliggende sag besluttet at fastsætte det modsatte af, hvad der efter det oplyste er sædvanlige vilkår, nemlig at omkostningen *ikke* skulle være en bygherreomkostning, men at omkostningen i netop den foreliggende tilbudsindhentning – ubegrænset – skulle bæres af totalentreprenøren.

Tilbuddet fra HSM Industri indeholdt følgende forbehold:

”Forurenede jord og asfalt til deponering

Bortkørsel af overskudsjord til godkendt deponi er indeholdt i tilbuddet. Men alle afgifter, gebyrer, prøveudtagningsomkostninger samt miljøafgifter for at aflevere klasse 2, 3 og 4 jord betales af bygherre.

Info. Tidligere blev jord inddelt i klasserne 0-4 ifølge Vejledning i håndtering af forurenede jord på Sjælland. Klasse 0 og 1 er ren jord, klasse 2 er lettere forurenede jord, klasse 3 er forurenede jord og klasse 4 er svært forurenede.”

Ved dette forbehold blev den økonomiske risiko for de nævnte afgifter og gebyrer mv. pålagt DSB.

Forbeholdet vedrørende forurenede jord i tilbuddet fra HSM Industri var således i strid med et grundlæggende element i betingelserne for indhentningen af underhåndsbud – og dermed i strid med et grundlæggende konkurrencevilkår, som DSB selv havde fastsat – og DSB var derfor i medfør af ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, forpligtet til at se bort fra dette tilbud. Der henvises herved til U.2011.1955.HD, klagenævnets kendelse af 5. maj 2011, Dansk Halbyggeri A/S mod Aalborg Kommune, og U.2014.975.V i samme sag (byrettens dom).

Det følger af det anførte, at DSB var forpligtet til ikke at tage tilbuddet fra HSM Industri i betragtning.

Det bemærkes, at de oplysninger, DSB har fremlagt om en prissætning af forbeholdet, der først er sket under den verserende klagesag, ikke ses at opfylde de krav om en forsigtig, saglig og objektiv prissætning, jf. herved U.2011.1955.HD, som må stilles i forbindelse med en tilbudsevaluering.

DSBs oplysning under klagesagen om, at der under udførelsen rent faktisk ikke er sket bortkørsel af jord og dermed heller ikke betaling af miljøafgifter og gebyrer, kan ikke føre til et andet resultat.

Klagenævnet tager herefter påstand 3 til følge.

Efter karakteren og betydningen af overtrædelsen, der er konstateret i relation til påstand 3, tager klagenævnet påstand 7 om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

Der er herefter ikke anledning for klagenævnet til at tage stilling til påstand 1-2 og 4-6, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2, hvorefter klagenævnet kan beslutte alene at afgøre en del af sagen.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 3

DSB har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise tilbuddet fra HSM Industri A/S, uanset at tilbuddet indeholdt et forbehold vedrørende udbudsmaterialets Byggesagsbeskrivelse, pkt. 4.8.4, idet tilbuddet indeholdt følgende bestemmelse vedrørende foru-

renet jord til deponering: ”Bortkørsel af overskudsjord til godkendt deponi er indeholdt i tilbuddet. Men alle afgifter, gebyrer, prøveudtagningsomkostninger samt miljøafgifter for at aflevere klasse 2, 3 og 4 jord betales af bygherre”.

DSBs beslutning af 20. september 2016 om at indgå kontrakt med HSM Industri A/S annulleres.

DSB skal i sagsomkostninger til LM Gruppen ApS betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig