

K E N D E L S E

Aarsleff Rail A/S
(advokat Maise Jarlov, Hellerup)

mod

Viborg Kommune
(advokat Svend Bjerregaard, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 156-323285 af 17. august 2017 iværksatte Viborg Kommune et begrænset udbud i henhold til udbudslovens afsnit II af en entreprise vedrørende Viborg Banebro. Udbuddet omfattede fire delentrepriser, hvoraf sagen vedrører delentreprise N betegnet ”Broentreprisen”, som omfattede udførelse af to stålbroer på betonsøjler over jernbanen, henholdsvis Banegårds Allé i centrum af Viborg.

Blandt de fem prækvalificerede virksomheder var udover Aarsleff Rail A/S (herefter Aarsleff Rail) blandt andet Murerfirma Kaj Bech A/S (herefter Kaj Bech).

Viborg Kommune modtog inden tilbudsfristens udløb den 15. november 2017 tilbud fra de fem prækvalificerede. Den 27. november 2017 meddelte Viborg Kommunes rådgiver, at bygherren påtænkte at kontrahere med Kaj Bech.

Den 6. december 2017 indgav Aarsleff Rail klage til Klagenævnet for Udbud over Viborg Kommune. Aarsleff Rail anmodede i forbindelse med klagen om, at klagen skulle tillægges opsættende virkning.

Den 5. januar 2018 besluttede klagenævnet, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning, idet betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Der er siden kommet nye oplysninger i sagen, og Aarsleff Rail har fremsat yderligere påstande.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Aarsleff Rail har nu fremsat følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Viborg Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have tildelt den udbudte kontrakt til Murerfirma Kaj Bech A/S, uagtet Murerfirma Kaj Bech A/S har afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Viborg Kommune har handlet i strid med Udbudslovens § 171, stk. 4, samt Lov om Klagenævnet for Udbud § 3 samt § 2, stk. 2, ved ikke i sin underretning om tildelingsbeslutning af 27. november 2017 at have oplyst en dato for standstill-periodens udløb samt ved at have oplyst et forkert starttidspunkt for standstill-periodens begyndelse.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Viborg Kommune har handlet i strid med Udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, idet Viborg Kommunes underretning om tildelingsbeslutningen ikke er ledsaget af en fyldestgørende redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Viborg Kommunes tildelingsbeslutning af 27. november 2017, om at tildele den udbudte kontrakt til Murerfirma Kaj Bech A/S, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal udstede et påbud til Viborg Kommune om lovliggørelse af sin udbudsprocedure, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 3.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Viborg Kommune har handlet i strid med Lov om Klagenævnet for Udbud § 3 ved at gennemføre et pro-

jektgennemgangsmøde den 30. november 2017 med murerfirma Kaj Bech A/S og dermed inden for standstill-perioden.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal i overensstemmelse med klagenævnslovens § 14 a afgive en ikke bindende udtalelse om, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse.

Påstand 8

Klagenævnet skal erklære kontrakten mellem Viborg Kommune og Murerfirma Kaj Bech A/S for uden virkning, jf. § 17, stk. 1, nr. 2, jf. § 16, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Viborg Kommune har erkendt den påståede overtrædelse i påstand 2 og har i øvrigt påstået, at klagen ikke tages til følge. For så vidt angår påstand 5 har kommunen dog principalt påstået klagen afvist.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsmaterialets bestemmelser om udbud og tilbud, BUT-P vedrørende udbud, fremgik, at udbudsmaterialet omfattede følgende:

”Udbudsmaterialet omfatter:

- Eventuelle rettelsesblade udsendt i udbudsperioden
- Nærværende BUT
- Hovedtidsplanudbudstidsplan, bilag A
- De i Særlige Betingelser (SB), ad § 2, stk. 2 nævnte dokumenter
 - Bilag B1 – Betaling og fakturering
 - Bilag B2 – Tidsplan og dagbod
 - Bilag B3 – ændringer i arbejdets art eller omfang
 - Bilag B4 – Sikkerhedsstillelse og forsikring
 - Bilag B5 – Nøglepersoner, underentreprenører og samarbejde
 - Bilag B6 – Sociale forhold
- Tilbudsliste (TBL)
- Projektmateriale
 - Særlig Arbejdsbeskrivelse SAB
 - Øvrige dokumenter og tegninger iht. dokumentfortegnelsen
- AB 92 (vedlægges ikke)”

Af BUT-P vedrørende udbud punkt 2.6.2 fremgik, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud for Broentreprisen skulle identificeres på grundlag af

”bedste forhold mellem pris og kvalitet”. Tildelingskriteriet var delt op i underkriterierne ”pris” med en vægtning på 50%, ”projektspecifik beskrivelse af entreprisens gennemførelse” med en vægtning på 30% og ”projektorganisation” med en vægtning på 20%. Prisen såvel som de kvalitative kriterier ville blive evalueret efter en nærmere beskrevet pointmodel.

Det fremgik videre af BUT-P vedrørende udbud punkt 4, at tilbudsgiverne ikke var berettigede til at afgive alternative tilbud, at forbehold så vidt muligt skulle undgås, og at enhver form for tvivl burde afklares ved, at tilbudsgiverne stillede spørgsmål til udbudsmaterialet. Af punkt 4.2 vedrørende forbehold fremgik videre:

”Forbehold bør så vidt muligt undgås. Ordregiver henstiller derfor til, at enhver form for tvivl afklares ved, at tilbudsgiverne stiller spørgsmål til udbudsmaterialet.

Ordregiver er berettiget – men ikke forpligtet – til at afvise tilbud, der indeholder forbehold, som kan prissættes med fornøden sikkerhed.

Ordregiver er dog forpligtet til at afvise tilbud, der indeholder forbehold for grundlæggende elementer eller forbehold, der ikke kan prissættes med den fornødne sikkerhed.”

Af BUT-P vedrørende udbud punkt 5 fremgår blandt andet, at tilbuddet skal indeholde en udfyldt og underskrevet tilbudsliste.

I de særlige betingelser (SB-P) til AB92, som var indeholdt i udbudsmaterialet, stod blandt andet:

”Ad § 2, stk. 6

Ved tilbudsafgivelsen skal tilbudslisten udfyldes i sin helhed.”

Af Særlige Arbejdsbeskrivelser for entreprise N (SAB) pkt. 9.2.3 om håndlister på rækværk fremgik blandt andet:

”Håndlister af alle typer udføres i rustfri, syrefast stål, ...”

Af SAB pkt. 40.1.1, hvori hoveddata for alle elevatorer var beskrevet, fremgik, at elevatorstolen skulle have dimensionerne 140 x 240 x 220 cm (bredde x dybde x højde).

Af ”kravsspecifikationer for perronelevatorer” fra Banedanmark fremgik under ”hoveddata”, at fælleskrav for tovbårne og hydrauliske person- og godselevatorer er følgende:

”Stolstørrelse: Indvendige mål:
 Bredde: Min. 140 cm
 Dybde: Min. 220 cm
 Højde: Min. 220 cm.”

Udbudsmaterialet indeholdt et udkast til entreprisekontrakt, hvoraf der under punkt 2 fremgik følgende om aftalegrundlaget:

”2.1 De i pkt. 2.3 listede dokumenter udgør det samlede aftalegrundlag mellem parterne. Kontrakten har forrang frem for andre dokumenter. Aftalegrundlaget er anført i prioriteret rækkefølge. ...

...

2.3 For Entreprisen gælder følgende aftalegrundlag:

- 1) Kontrakten
- 2) Rettelsesblad 1-4 med tilhørende bilag (seneste først)
- 3) Hovedtidsplan/udbudstidsplan, bilag A
- 4) Særlige betingelser (SB-P)
 -
- 5) Projektmateriale
 - SB-P og SAB, bilag C.1
 - Øvrige dokumenter og tegninger i henhold til dokumentfortegnelse, bilag C.2
- 6) AB 92 (vedlægges ikke)
- 7) Entreprenørens tilbud, bilag D”

Af rettelsesblad nr. 1 af 18. oktober 2017 fremgik følgende spørgsmål og svar til Broentreprisen:

”3. Spørgsmål fra entreprenør (2017.10.16):

”tilbudsliste – TBL vil vi kunne få denne i excel-udgave?”

Svar:

Tilbudslisten uploades i excel-format. Der tages dog forbehold for regnefunktioner i regnearket.”

Ved rettelsesblad nr. 2 af 24. oktober 2017 meddelte Viborg Kommune, at tilbudsfristen var udskudt til den 15. november 2017.

Af rettelsesblad nr. 3 af 9. november 2017 fremgik af besvarelsen til spørgsmål 2 vedrørende SAB pkt. 40.1.1:

”SAB pkt. 40

40.1.1

Kabinestørrelse.

Den angivne kabinestørrelse 1.400x2.400 mm er som elevator med mærkelast 1.500 kg efter EN81.

- Skal vi udregne mærkelasten ud fra EU harmoniseret standard eller ønskes en større løfteevne end standard kræver?

Svar:

Kabinestørrelse 1400 x 2400 ligger fast, mærkelast/pers efter relevant standard”.

I dokumentfortegnelsen for Viborg Banebro af 24. oktober 2017 er ”kravspecifikationer for perronelevatorer” fra Banedanmark ikke oplistet.

Kaj Bech afgav tilbud den 15. november 2017, hvoraf der på forsiden fremgik en tilbudssum eksklusiv moms på i alt 37.480.000 kr. Det fremgik endvidere, at post 41 ”Elevatorer, facade” ikke var udfyldt på forsiden, men at denne post var udfyldt med en pris i tilbudslisten. Samtlige øvrige poster på forsiden af tilbudslisten var udfyldt med en pris. Af tilbudsmaterialet fra Kaj Bech fremgik, at den tilbudte elevatorstol havde dimensionerne 140 x 220 x 220 cm (bredde x dybde x højde).

I tilbuddet fra Kaj Bech indgår et bilag vedrørende ”Q-lights” under henvisning til SAB-N afsnit 9.2.3. I bilaget er markeret Linear Light-håndliste og under de tekniske detaljer var det markeret, at det var type 316, Outdoor. Af oplysninger om produktet fra ”Q-lights” hjemmeside fremgår, at denne type er lavet af ”stainless steel”.

I evalueringsrapport af 24. november 2017, som efter det oplyste ikke blev sendt til tilbudsgiverne i forbindelse med meddelelse om tildelingen, står der under bemærkninger til bedømmelse af underkriterium ”Pris”:

”Bemærkninger til pris af: Murerfirma Kaj Bech A/S

Ingen forbehold.

Nedenstående tabel indeholder bemærkninger til TBL:

Note	Post
Ikke udfyldt	01.01.03
Er kapitaliseret og tillagt tilbudssummen	01.01.05
Ikke regnet korrekt med i sammentælling/tilbudssum.	02.01.01
Disse poster kapitaliseres og er tillagt tilbudssummen.	13.01.01
	13.01.02
	13.01.03
	13.01.04
	13.01.05
	TBL41
Udfyldt med pris kr. 0,0.	01.06.01
Disse noteres blot for info	40.02.02
Udfyldt med ”incl”	06.01.10
Disse noteres blot for info	06.01.11
	06.01.12
	06.02.05
	06.04.02
	06.05.03
	06.05.06
	06.05.09
	06.06.02
	11.08.02
	11.08.04
	41.01.01

Der er ikke konstateret andre udregnings- og sammentællingsfejl i tilbuddet. Den samlede tilbudssum, som indgår i bedømmelsen, er kr. 38.870.049,-”

Den 27. november 2017 meddelte Viborg Kommune følgende til tilbudsgiverne:

”Meddelelse om forventet tildeling – N Broentreprisen

Der indkom **5** tilbud på den afholdte licitation, på de udbudte arbejder for Viborg Banebro – Udbudsområde III, N Broentreprisen. Ingen af de indkomne tilbud var forbundet med forbehold, og er konditionsmæssige.

Lavestbydende entreprenør er, **Murerfirma Kaj Bech a/s** med et samlet tilbud på kr. **38.870.049,-** ekskl. moms.

I henhold til evalueringsrapporten er har Murerfirma Kaj Bech a/s samlet set opnået højeste score ved vurdering. Vurdering og samlet pointfordeling fremgår af vedlagte vurderingsskema.

Bygherren har gennemgået materialet og påtænker at kontrahere med entreprenør **Murerfirma Kaj Bech a/s**.

Standstill perioden forløber fra dags dato.

Følgende er oversigt over licitationsresultatet:

N - Broentreprisen	Tilbud på forsiden		
	Tilbudssum	Forbehold	Samlet tilbudssum
Arkil a/s	46.979.808,00	-	46.979.808,00
Bladt Industries a/s	58.822.925,53	-	58.822.925,53
C.G. Jensen a/s	48.848.400,00	-	48.848.400,00
Murerfirma Kaj Bech a/s	37.480.000,00	1.390.049,00	38.870.049,00
Aarsleff Rail a/s	48.027.451,46	-	48.027.451,46

Alle priser kr. ekskl. moms

*) Murerfirma Kaj Bech a/s har sammentællingsfejl på forsiden af tilbudslisten. Sammentælling af TBL 41 er ikke overført til forsiden. Under kapitalisering er angivet det manglende beløb. Tilbudslisten har sammentællingsfejl – beløbet et tilrettet.

...”

Efter en henvendelse fra Aarsleff Rail skrev Viborg Kommune den 29. november 2017 blandt andet følgende til Aarsleff Rail:

”Jeg vil tro at jeres forundring omhandler Kaj Bechs manglende udfyldelse af tilbudslistens (side 1) pkt. 41 Elevatorer ved hærvejsbroen?

Her har Cubo blot flyttet beløbet fra tilbudslistens side 25 og at lader dette indgå i tilbudsprisen inden bedømmelsen. Kaj Bechs tilbudssum er derfor reguleret fra 37.480.000 mio. til 38.870.049. Dette for at gøre tilbuddene sammenlignelige.

Jeg vil gerne spørge indtil om Aarsleff Rail har andre spørgsmål, som gør at anmodning om aktindsigt fastholdes?”

Den 30. november 2017 blev der holdt et projektgennemgangsmøde, hvori repræsentanter og rådgivere for kommunen deltog sammen med Kaj Bechs beregner, Per Lauridsen, og projektleder Nikolaj Buus Petersen. Af notat fra mødet fremgik blandt andet:

”3. Gennemgang af tilbudsliste

MBM foretog en overordnet gennemgang af tilbudslisten på entreprise N, for klarlægning af enkelte punkter.

Poster ikke sammentalt på tilbudslistens forside:

- 41.01.01 og 41.01.02 er ikke overført til pkt. 41 på tilbudslistens forside. Beløbet 1.050.000,- er tilføjet tilbuddets slutsum.
PL – OK.

Poster ikke regnet korrekt sammen i sammentællingen:

02.01.01
13.01.01
13.01.02
13.01.03
13.01.04
13.01.05

Beløb for disse poster er tillagt tilbudssummen med samlet beløb på 210.749,-

PL - OK

Poster udfyldt med pris kr. 0,00:

Er disse priser inkl. i tilbuddet?

PL-Ja priserne er indeholdt under andre poster.

Poster udfyldt med INKL.:

En række poster er udfyldt med inkl. i tilbudslisten omfatter følgende punkter:

06.01.10
06.01.11
06.01.12
06.02.05
06.04.02
06.05.03
06.05.06
06.05.09
06.06.02
11.08.02
11.08.04
41.01.01

Er disse priser inkluderet i tilbuddet?

PL- Ja priserne er inkluderet i tilbuddet.

MBN – Bygherre vil bede om at få udfyldt enhedspriser for disse punkter.

Poster ikke udfyldt:

01.01.03

01.01.05

Poster ikke udfyldt, er kapitaliseret samlet til 129.300,-

PL- OK posterne medtages til den kapitaliserede pris.

MBN – med denne gennemgang og accept fra Kaj Bech, stemmer forudsætningerne i bedømmelsen og kontrakt vil blive udfærdiget med disse forudsætninger.

...

6. Kommentar til projektforhold

BI bemærkede at den tilbudte elevator ikke har samme geometri som den udbudte, disse forhold skal afklares snarest, idet det har betydning for behandling ved BDK. ISC tager kontakt til Kaj Bech snarest og aftaler forløb herfor.

JV bemærkede at der er en forskel i det tilbudte materiale for håndliste belysning i forhold til det udbudte. Der skal afklares detaljer inden arbejdet påbegyndes. M&G tager kontakt til Kaj Bech snarest og aftaler forløb herfor.”

Den 12. januar 2018 indgik Viborg Kommune kontrakt med Kaj Bech.

Parternes anbringender:

Påstand 1

Aarsleff Rail har gjort gældende, at Viborg Kommune har foretaget en forkert tilbudsevaluering i strid med ligebehandlingsprincippet, idet kommunen vil tildele kontrakten til Kaj Bech, selvom Kaj Bechs tilbud var ukonditionsmæssigt. Aarsleff Rail har herved henvist til § 2, stk. 6, i de særlige betingelser til AB 92, og til at post 41 ”Elevatorer, facade” ikke var udfyldt på tilbudslistens forside og ikke indgik i den samlede tilbudssum. Aarsleff Rail har gjort gældende, at Viborg Kommune ikke var berettiget til at ændre i det afgivne tilbud, og at den ændring, som blev foretaget, ikke var udtryk for en kapitalisering. Den fejlagtige udfyldelse af tilbudslisten skal anses for et forbehold til den måde, hvorpå kommunen har udbudt sin entreprise, da tilbudssummen ikke indeholdt alle arbejder. Aarsleff Rail har videre henvist til, at det ikke var tilladt at tilbyde tillægspriser, og at det ikke var åbenbart, hvordan et korrekt tilbud fra Kaj Bech skulle se ud.

Aarsleff Rail har endvidere anført, at den manglende udfyldelse må være udtryk for Kaj Bechs ændring af tilbudslisten, da de øvrige tilbud ikke har indeholdt tilsvarende fejl, og Aarsleff Rail har henvist til, at Viborg Kommune tog forbehold for regnefunktioner i regnearket. Kommunens forbehold indebar, at tilbudsgiverne selv skulle verificere, at tilbudslisten førte til den korrekte tilbudspris, hvilket har været tidskrævende for Aarsleff Rail, hvorfor det er udtryk for manglende ligebehandling, hvis kommunens forbehold om regnefunktionerne ikke håndhæves. Der har ikke været tale om en ”åbenbar fejl”, og det er fast praksis, at en ordregiver ikke må stille opklarende spørgsmål til tilbudsgiverne, da det kan medføre tilsidesættelse af lighedsprincippet. Aarsleff Rail har i den forbindelse henvist til UfR 2014.975 V, Aalborg Kommune mod Dansk Halbyggeri A/S, og klagenævnets kendelse af 31. januar 2014, Avaleo mod Vejle Kommune. Fejlen omkring Kaj Bechs tilbudsliste var ikke kun en regneteknisk fejl, da det fremgår, at TBL 41 bestod af to poster, og Kaj Bech havde alene udfyldt den ene post, mens den anden var udfyldt med ”inkl.”. Dette gav anledning til drøftelse af håndteringen af TBL 41 under et møde den 30. november 2017, da en korrektion af fejlen ikke var åbenbar. Derudover var tilbudssummen ca. 1 mio. kr. dyrere end forventet ifølge kommunens opgaveestimering, og det var derfor ud fra størrelsen af den tilbudte entreprise heller ikke åbenbart, at der skulle ske en forhøjelse af Kaj Bechs tilbud.

Aarsleff Rail har videre gjort gældende, at tilbudslisten ikke var udfyldt i sin helhed ved, at Kaj Bech foretog en sammentællingsfejl af posterne 02.01.01 og posterne 13.01.01-13.01.05 til en værdi af 210.749 kr. Viborg Kommune opgjorde endvidere en værdi på i alt 129.300 kr. for posterne 01.01.03 og 01.01.05, som ikke var udfyldt. Den manglende udfyldelse udgjorde i sig selv et forbehold, der var en fravigelse fra et grundlæggende element i udbudsmaterialet, og det blev på mødet den 30. november 2017 aftalt, at der skulle ske en kapitalisering af dette forbehold som tillæg til den af Kaj Bech tilbudte pris.

Aarsleff Rail har henvist til, at referatet fra mødet den 30. november 2017 viser, at tilbuddet fra Kaj Bech indeholdt flere fejl og mangler. Dialogen og tilbudsafstemningen med Kaj Bech havde karakter af en ulovlig tilbudsforhandling, idet Kaj Bech og kommunen efter tilbudsfristens udløb indgik en særskilt aftale om, hvordan tilbuddet skulle forstås, hvilket var gunstigt for begge parter.

For så vidt angår posterne mærket ”inkl.” har Aarsleff Rail videre anført, at Kaj Bechs bekræftelse på, at posterne var indeholdt, ikke har afhjulpet manglen i sin helhed, da det ikke er muligt at udlede priser på variationer i de anførte mængder. Det er udtryk for en ulovlig forhandling, at Kaj Bech efter tilbudsfristens udløb har fået lov til at sende en ny opdateret tilbudsliste, hvilket er en alvorlig krænkelse af udbudslovens § 2, stk. 1. Aarsleff Rail har også hertil henvist til UfR 2014.975 V. Derudover vil en inddragelse af de efterfølgende oplyste enhedspriser ikke kunne ske uden, at der samtidig sker en forøgelse af den samlede tilbudssum, som dannede grundlag for tilbudsevalueringen. Håndteringen af enhedspriserne, som er tilbudt efter tilbudsfristens udløb, udgør en ulovlig afhjælpning af fejl og mangler i tilbuddet.

Der var i de Særlige Arbejdsbeskrivelser (SAB) og rettelsesblad 3 angivet præcise krav til elevatorens størrelse og udformning, hvilket havde karakter af mindstekrav og derfor ikke kunne fraviges af tilbudsgiverne. Da Kaj Bech har afgivet tilbud på elevatorer, som afviger fra kommunens krav, skal tilbuddet også af denne grund erklæres ukonditionsmæssigt. SAB har forrang fremfor kravsspecifikationen fra Banedanmark, og det er derfor kravet i SAB, som skal iagttages af tilbudsgiverne. Dette følger også af mødereferatet fra projektgennemgangsmødet og besvarelsen af spørgsmålet i rettelsesbladet. Det bestrides derfor også, at der har været uklarhed om de krævede dimensioner for elevatorstolen, ligesom det bestrides, at der kunne ske en kapitalisering af afvigelsen, hvilket netop heller ikke skete.

Aarsleff Rail har gjort tilsvarende gældende i forhold til håndlister med lys, som skulle være en såkaldt reselit, der er dyrere end almindelige profiler, og som skulle være fremstillet i rustfrit stål. Aarsleff Rail har henvist til, at håndlisterne tilbudt af Kaj Bech fremstilles i aluminium med en rustfri stål effekt, hvilket er langt billigere end rustfrit stål. Der har derfor som følge af mængderne været en besparelse på ca. 5 mio. kr. for Kaj Bech, hvilket også svarer til differencen på Kaj Bechs pris for rækværker inklusive håndlister på 5.257.742 kr. og Aarsleff Rails pris på ca. 10,4 mio. kr.

Endelig har Aarsleff Rail anført, at det er fast praksis, at tilbudsgiveren bærer risikoen for, at det afleverede tilbud er behæftet med fejl og uklarheder, og uanset om der konstateres en fejl eller et forbehold, har det den konsekvens, at tilbuddet ikke kan inddrages i tilbudsevalueringen. Mødet den 30.

november 2017 var udtryk for kommunens behov for at gennemgå fejlene med Kaj Bech og indebar en merbetaling på 1.390.049 kr. for, at alle krævede ydelser og enhedspriser var indeholdt. Det bestrides i den forbindelse, at korrektionen er sket på et objektivt grundlag, og der var således ikke tale om en lovlig tilbudsafklaring. Kommunen og Kaj Bech havde ikke beføjelse til at forhandle sig ud af en situation, hvor et tilbud var ukonditionsmæssigt, og der skulle afgives tilbud på samtlige poster for, at tilbuddet var konditionsmæssigt. Det var derfor heller ikke muligt at udelade visse poster for at lade disse udføre af andre entreprenører.

Viborg Kommune har lavet en fejl i tilbudslistens pkt. 20.01.42, hvor der er efterspurgt 3,4 stk. stålprofiler, og hvor der rettelig skulle stå 34 stk. Aarsleff Rail har gjort opmærksom på dette i sit tilbud som en service, da der er stor risiko for spekulation hos tilbudsgiverne, som kunne vælge en meget høj enhedspris for denne position. I øvrigt omhandler klagen alene Kaj Bechs tilbud og er ikke en prøvelse af Aarsleff Rails tilbud. Under alle omstændigheder indeholder tilbuddet fra Aarsleff Rail alene præciseringer og ikke forbehold.

Viborg Kommune har bestridt at have handlet i strid med udbudsloven, herunder ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Kommunen har anført, at den manglende medtagelse af delsummen for ”Elevatorer, facade” i post 41 var udtryk for en regnefejl i det udleverede excel-ark, og at de øvrige tilbudsgivere har korrigeret dette af egen drift. Kommunen har henvist til, at fejlen var åbenbar, og at prisen objektivt kunne konstateres i sum-posten i tilbudslistens post 41. Kommunen har ikke drøftet eller forhandlet håndteringen af post 41 på mødet den 30. november 2017. Kommunen har videre bestridt, at den manglende medtagelse af delsummen kunne forstås på flere måder, og kommunen rettede derfor ikke kontakt til Kaj Bech, men korrigerede selv fejlen i tilbudslisten. Viborg Kommune har gjort gældende, at situationen adskiller sig fra sagen i UfR 2014.975 V, Aalborg Kommune mod Dansk Halbyggeri A/S, hvor der ikke var tale om en åbenbar fejl, og hvor der var risiko for tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Kommunen har gjort gældende, at korrektionen er i overensstemmelse med både de udbudsretlige og de forvaltningsretlige principper, og har henvist til UfR 2016.86 V, Gustav H. Christensen A/S mod Morsø Spildevand A/S.

Viborg Kommune har bestridt, at § 2, stk. 6, i de særlige betingelser til AB92 er udtryk for et mindstekrav, og har anført, at udbudsmaterialet eller rettelsesblad 1 ikke indeholder et sådant klart krav til udfyldelse af tilbudslisten, at et tilbud vil blive afvist som ukonditionsmæssigt, hvis tilbudslisten ikke er udtømmende udfyldt. Kommunen har i den forbindelse henvist til klagenævnets kendelse af 25. marts 2015, Zenzo Group ApS mod Horsens Kommune. Viborg Kommune har gjort gældende, at kommunen hverken har været berettiget eller forpligtet til at afvise tilbuddet fra Kaj Bech, da det ikke fremgik udtrykkeligt, at en tilsidesættelse af udfyldelsen ville lede til en afvisning af tilbuddet.

Kommunen har bestridt, at Kaj Bech har opnået en konkurrencemæssig fordel ved ikke at bruge tid på at sikre, at regnearkets funktioner fungerede efter hensigten, da tidsforbruget hertil må have været yderst begrænset. Prisen på Kaj Bechs tilbud var i øvrigt ikke usædvanlig lav, men stemte med kommunens forventninger og var det eneste tilbud, der lå inden for kommunens budgetmæssige rammer, og som kommunen derfor kunne antage. Viborg Kommune har videre anført, at kommunen ved at korrigere de sammentællingsfejl, der var i Kaj Bechs tilbud, sikrede overholdelse af ligebehandlingsprincippet, da Kaj Bechs tilbud blev forhøjet med et beløb svarende til sammentællingsfejlen.

Kommunen behandlede Kaj Bechs manglende udfyldelse af to poster i tilbudslisten som afvigelser eller forbehold til udbudsmaterialet, og kommunen kapitaliserede som følge heraf posterne. Aarsleff Rails tilbudspris dannede grundlag for kapitaliseringen, da Aarsleff Rails priser svarede til den maksimale pris for udførelsen af disse poster, som var skønnet af kommunens rådgivere, hvis opgaven skulle foretages af en anden entreprenør. Afklaringen på projektgennemgangsmødet af, hvorvidt Kaj Bech kunne acceptere den skete kapitalisering, var helt naturlig og sædvanlig, da kommunen kunne have valgt at lade arbejdet udføre af andre entreprenører, og afvigelserne kunne med sikkerhed prissættes.

De afvigelser, der skete ved den ukorrekte udfyldelse af tilbudslisten, kan ikke anses for forbehold for grundlæggende elementer, og de relevante poster var desuden af sekundær betydning til den udbudte ydelse, idet der var tale om ydelser, som let kunne adskilles fra hovedydelsen (etablering af banebro). At sådanne forhold ikke kan anses for grundlæggende elementer følger modsætningsvis af Højesterets dom af 5. april 2011, Per Aarsleff

mod Amager Strandpark I/S. Det forhold, at afvigelserne ikke var anført som forbehold på forsiden af tilbudslisten, indebar ikke, at Kaj Bechs tilbud var ”særdeles” uklart.

Viborg Kommunes håndtering af fejlene i Kaj Bechs tilbud skete forud for tilbudsevalueringen, og fejlene kom derfor ikke Kaj Bech til gode, ligesom fejlene ikke kom de øvrige tilbudsgivere til skade. Håndteringen skete uden henvendelse til Kaj Bech og på baggrund af objektivt konstaterbare priser i tilbudslisten og ved en sædvanlig og sikker kapitalisering af mindre afvigelser, hvorfor håndteringen var i overensstemmelse med udbudsreglerne, og i overensstemmelse med fast praksis for håndtering af afvigelser til ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Kommunens drøftelser med Kaj Bech vedrørende elevatorer og håndlister havde karakter af sædvanlig projektopfølgning, og kommunen havde alene behov for at få afklaret usikkerheder i forhold til forståelsen af punkter i tilbuddet vedrørende elevatorgeometrien og vinklen, hvormed belsningen i håndlisten ville falde. Kaj Bechs tilbud indeholdt ikke afvigelser i forhold til krav eller mindstekrav i udbuddet. Det er i øvrigt Aarsleff Rails bevisbyrde, at tilbuddet fra Kaj Bech indeholdt afvigelser eller forbehold til krav i udbudsmaterialet, og bevisbyrden er ikke løftet.

Det er ikke korrekt, at de tilbudte håndlister er fremstillet af aluminium. Den type (316), som var tilbudt, var udført i rustfrit stål.

Kravene til elevatorstolens dybde har ikke været klare, da der er angivet forskellige mål i dokumenterne. Det fremgår af SAB, punkt 40.1.1, at stolegeometrien skulle være 140x240x220 cm, mens det fremgår af kravsspecifikationen fra Banedanmark, at stolegeometrien skulle være minimum 140x220x220 cm. Den af Kaj Bech tilbudte elevator lever derfor op til kravene i kravsspecifikationen, men ikke kravene i SAB, punkt 40.1.1. Besvarelsen i rettelsesbladet skal læses i sin sammenhæng, og besvarelsen udgør ikke en præcisering af kravene til stolegeometrien, men er i stedet udtryk for afklaring af en konstateret uklarhed ”internt” i SAB, punkt 40.1.1, vedrørende minimumslasten sammenholdt med kabinestørrelsen. Besvarelsen var udtryk for, at kabinestørrelsen ikke skulle ændres, mens lasten (personantallet) måtte reguleres som konsekvens heraf.

Det bestrides, at Viborg Kommune var berettiget eller forpligtet til at afvise tilbuddet fra Kaj Bech på grund af manglende overholdelse af krav til stolegeometrien som følge af det uklare udbudsmateriale, og da Kaj Bech faktisk opfyldte kravet i kravsspecifikationen fra Banedanmark. Dokumenternes prioritetsrækkefølge ændrer ikke herpå. Det er fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, at ordregiveren bærer risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet, og at ordregiveren der ikke kan afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt som følge af manglende overholdelse af et uklart krav. Kommunen har henvist til klagenævnets kendelse af 21. januar 2016, Holmris+Flexform A/S mod Holbæk Kommune og kendelse af 27. oktober 2015, Stadsing A/S mod Herning Kommune. Det fremgår derudover ikke af udbudsmaterialet, at kravet til stolegeometrien havde karakter af mindstekrav eller udgjorde et grundlæggende element for udbuddet. Hvis kravet måtte anses for tilstrækkeligt klart fastlagt i udbudsmaterialet, er der derfor intet, som taler for, at Viborg Kommune ikke var berettiget til at kapitalisere afvigelsen, hvilket utvivlsomt kunne ske. En kapitalisering ville indebære en regulering på få tusinde kroner, og kapitaliseringen ville derfor ikke have betydning for det samlede resultat af udbuddet. I øvrigt levede Aarsleff Rails tilbud heller ikke op til kravene i SAB punkt 40.1.1, da den tilbudte elevator var 140x240x230 cm.

Kommunen har endnu ikke haft brug for at kende enhedspriserne på posterne i tilbudslisten, men kommunen har indhentet disse til brug for klagenævnets behandling af sagen. Enhedspriserne har ikke haft betydning for tilbudssummen, da disse var indeholdt i tilbuddets øvrige poster.

Aarsleff Rail har forsøgt at udnytte en åbenlys fejl i udbudsmaterialet ved at indregne 3,4 stk. stålprofiler, selvom Aarsleff Rail var af den opfattelse, at der var en åbenlys fejl, og at der skulle indregnes 34 stk. Med Aarsleff Rails præcisering har Aarsleff Rail forbeholdt sig ret til at kræve ekstrabetaling for de resterende 30,6 stk., der skulle bruges under entreprisen. De pris-mæssigt væsentligst fejl i tilbuddet fra Kaj Bech var netop udtryk for korrektion af fejl i udbudsmaterialet, hvilket også var årsagen til, at kommunen foretog korrektion heraf i forbindelse med tilbudsevalueringen. Aarsleff Rails stillingtagen til åbenlyse fejl bærer således præg af, hvorvidt korrektionen var opportun for Aarsleff Rail. Tilsvarende gælder for Aarsleff Rails bemærkninger til poster, som er mærket ”inkl.”. Viborg Kommune har bestridt, at en udfyldelse med ”0 kr.”, er mere uklar end ”inkl.”, ”1 kr.” eller

tilsvarende. ”0 kr.” er udtryk for, at der ikke opkræves en særskilt pris for dette punkt i tilbudslisten.

Endelig har Viborg Kommune bestridt, at der skete en ulovlig tilbudsforhandling på projektgennemgangsmødet, og kommunen har anført, at det ikke er korrekt, at Kaj Bech skulle sende en opdateret tilbudsliste. Priserne lå fast efter kommunens håndtering af fejlene. Kommunen var derfor heller ikke forpligtet til at afvise tilbuddet fra Kaj Bech.

Påstand 2

Aarsleff Rail har gjort gældende, at Viborg Kommune har overtrådt udbudslovens § 171, stk. 1, ved at have foretaget en mangelfuld angivelse af standstill-periodens udløb.

Viborg Kommune har erkendt overtrædelsen, men har samtidig anført, at overtrædelsen ikke har haft betydning for Aarsleff Rail.

Påstand 3

Aarsleff Rail har gjort gældende, at Viborg Kommune har overtrådt sin underretningsforpligtelse i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, idet kommunen ikke ledsagede underretningen om tildelingsbeslutningen med en fyldestgørende begrundelse. Aarsleff Rail har anført, at kommunens begrundelse ikke indeholdt en kvalitativ beskrivelse af fordelene ved det vindende tilbud fra Kaj Bech, men alene indeholdt oplysning om, hvor mange point de enkelte tilbud havde opnået fordelt på de forskellige kriterier. Den manglende indsigt i, hvilke elementer Viborg Kommune havde lagt vægt på, har indebåret, at det reelt har været umuligt for Aarsleff Rail at efterprøve evalueringens lovlighed. Aarsleff Rail har henvist til klagenævnets kendelse af 26. juli 2016, Holmrís.Designbrokers A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbs Service A/S.

Aarsleff Rail har yderligere anført, at kommunen ifølge evalueringsrapporten har anvendt pointskalaen på en anden måde end beskrevet i udbudsbetingelserne, da der er givet 7 point, hvor et tilbud ikke har indeholdt en specifik beskrivelse af et forhold, der vægter positivt, eller hvor et tilbud alene har illustreret en overholdelse af udbuds-betingelserne, hvilket burde give 1 point efter tildelingsmodellen i udbuds-betingelsernes pkt. 2.6.3.

Viborg Kommune har bestridt, at den fremsendte underretning ikke overholdt kravene i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2. Kommunen har henvist til, at oplysningerne i evalueringsrapporten om metoden for pointgivning på de kvalitative kriterier kan sammenholdes med selve evalueringsarket, hvoraf point fordelt på delkriterieniveau fremgår, og at tilbudsgiverne herved har et fuldt tilstrækkeligt grundlag for at forstå og vurdere kommunens tildelingsbeslutning. Viborg Kommune har henvist til klagenævnets kendelse af 22. februar 2013, Marius Pedersen A/S mod Hvidovre Kommune, ad påstand 7.

Kommunen har endvidere anført, at den foretagne tilbudsevaluering skete i overensstemmelse med det i udbudsmaterialet anførte, at evalueringen var lovlig, og at evalueringen ikke burde have fået et andet udfald, da den er foretaget inden for de skønsmæssige rammer, som tilkom kommunen. Desuden var pointforskellen mellem Kaj Bech og Aarsleff Rail så stor, at mindre ændringer i vurderingerne af tilbuddene i forhold til de enkelte delkriterier ikke ville have betydning for udfaldet af udbuddet.

Påstand 4 og 5

Aarsleff Rail har gjort gældende, at Viborg Kommune har gjort sig skyldig i en grov overtrædelse af det udbudsretlige ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip i udbudslovens § 2, og at klagenævnet derfor skal annullere tildelingsbeslutningen. Aarsleff Rail har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen lider af retlige mangler, som har karakter af materielle overtrædelser, som har haft direkte indvirkning på indholdet af kommunens tildelingsbeslutning. Hvis Kaj Bechs tilbud undtages fra tilbudsevalueringen, har Aarsleff Rail afgivet det bedste tilbud, og Aarsleff Rail er derfor den retmæssige vinder af kontrakten.

Viborg Kommune har bestridt det, som Aarsleff Rail har anført, og har gjort gældende, at kommunen ikke har overtrådt principperne i udbudslovens § 2. Kommunen har videre gjort gældende, at selvom Aarsleff Rail måtte få medhold i både påstand 2 og 3, er dette efter fast klagenævnspraksis ikke tilstrækkeligt grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Særligt i forhold til påstand 5 har kommunen principalt påstået afvisning, og har gjort gældende, at klagenævnet ikke har kompetence til at pålægge

en ordregivende myndighed at tildele og indgå kontrakt med en konkret tilbudsgiver, hvorfor påstanden skal afvises. Kommunen har henvist til klagenævnets kendelse af 9. oktober 2013, Botex Five mod Jysk Fællesindkøb.

Påstand 6

Aarsleff Rail har gjort gældende, at Viborg Kommune og Kaj Bech påbegyndte leverancer i standstill-perioden, hvilket må sidestilles med kontraktindgåelse i standstill-perioden. Aarsleff Rail har henvist til, at mødet den 30. november 2017 blev betegnet ”projektgennemgangsmøde”, og at der til mødet deltog projekterende rådgivere og byggeledelse. Mødet havde derfor karakter af opstartsmøde, hvilket understreges af kommentarerne til projektforhold i referatets pkt. 6. Kommunen var således ”de facto” påbegyndt udførelse af opgaver under den udbudte entreprisekontrakt, hvilket er i strid med lov om Klagenævnet for Udbud § 3.

Viborg Kommune har bestridt, at det afholdte projektgennemgangsmøde på nogen måde kan sidestilles med kontraktindgåelse. Kommunen har henvist til, at det udtrykkeligt af referat fremgik, at kontrakt først kunne indgås efter klagenævnets stillingtagen til spørgsmålet om opsættende virkning. Kommunen har gjort gældende, at projektgennemgangsmøder og opstartsmøder i standstill-perioden både er sædvanlige og i overensstemmelse med reglerne i lov om Klagenævnet for Udbud, så længe aftaler ikke indgås. Der var alene tale om kontraktforberedende arbejde. Formålet med standstill-perioden er alene at sikre en klagers mulighed for at få tildelt kontrakten, hvilket ikke ville være muligt, hvis der var indgået bindende aftale mellem den udpegede vinder og ordregiveren.

Påstand 7

Aarsleff Rail har gjort gældende, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten med Kaj Bech videreføres, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, såfremt klagenævnet annullerer tildelingsbeslutningen. Banebroerne har hverken afgørende eller kritisk betydning for Viborg Kommune, og kontraktens ophør vil derfor ikke stride mod væsentlige samfundsinteresser som offentlig sikkerhed eller folkesundhed, ligesom et ophør ikke vil medføre et helt ekstraordinært værdispild.

Viborg Kommune har bestridt, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten med Kaj Bech kan videreføres. Kommunen har henvist til, at arbejdets udførelse med opførelse af to nye broer over jernbanen i centrum af Viborg indebærer sporspæringer, hvor banelegemet fem gange i løbet af udførelsesperioden spærres for kørsel med tog. Dette sker efter en plan, som er afstemt med og godkendt af Banedanmark. Sporspæringer skal meldes til Banedanmark ca. 1½ år før selve sporspærings gennemførelse, og hvis kommunen pålægges at bringe kontrakten til ophør, vil det betyde, at projektet bremses mere end 1½ år, da der skal indmeldes og godkendes nye sporspæringer hos Banedanmark. Derudover er entreprisen til stor gene for den trafikale infrastruktur, ligesom arbejdet sker under omfattende tilsyn. Det vil derfor stride med væsentlige samfundsinteresser at bringe kontrakten til ophør. Det vil også medføre et betydeligt værdispild, og kontrakten blev først indgået efter klagenævnets delkendelse af 5. januar 2018. Endeligt vil omkostningerne til færdiggørelse af entreprisen let overstige 15% af entreprisesummen, da risikoen ved at overtage ansvaret for allerede udført arbejde vil blive prissat til et betydeligt beløb.

Påstand 8

Aarsleff Rail har gjort gældende, at projektopstartsmødets afholdelse skal sidestilles med indgåelse af kontrakt i standstill-perioden, og at kontrakten derfor skal erklæres for uden virkning, jf. Lov om klagenævnet for Udbud, § 16, stk. 1, og § 17, stk. 1, nr. 2. Viborg Kommune har overtrådt udbudsreglerne som beskrevet i påstand 1, og konsekvensen har været, at Aarsleff Rail, som afgav det konditionsræssige tilbud med bedste placering under konkurrence, ikke har opnået tildeling. Viborg Kommunes overtrædelse har derfor direkte påvirket Aarsleff Rails mulighed for at få tildelt kontrakten.

Viborg Kommune fastholder, at der ikke er indgået kontrakt i standstill-perioden, og da der ikke er indgået kontrakt på mødet den 30. november 2017, skal påstanden ikke tages til følge. Kontrakten skal under alle omstændigheder ikke erklæres for uden virkning, da Viborg Kommune ikke har overtrådt udbudsreglerne på en måde, der har påvirket Aarsleff Rails mulighed for at få tildelt kontrakten. Hvis Kaj Bechs tilbud er ukonditionsræssigt, må det samme gælde for tilbuddet fra Aarsleff Rail, og derfor har tildelingen ikke påvirket Aarsleff Rails mulighed for at få tildelt kontrakten.

Klagenævnet udtaler:*Ad påstand 1*

Klagenævnet udtalte i delkendelse vedrørende opsættende virkning af 5. januar 2018 om betingelsen om ”fumus boni juris”:

”Vedrørende påstand 1 bemærker klagenævnet, at et forbehold er en afvigelse fra licitationsbetingelserne, uden at licitationsbetingelserne har lagt op til, at sådanne afvigelser er tilladte, jf. klagenævnets kendelse af 19. november 2013, Gustav H. Christensen A/S mod Morsø Spildevand A/S, som blev stadfæstet ved Vestre Landsrets dom optrykt i UfR 2016.86 V. I Kaj Bechs tilbudsliste var der i delsummen for post 41, Elevatorer, facade, indsat en pris, som ikke fremgik ud for post 41 på tilbudslistens forside, hvoraf den samlede tilbudssum fremgik. Det fremgik imidlertid ikke udtrykkeligt eller på anden måde klart af udbudsmaterialet, at en manglende udfyldelse af en delpost på tilbudslisten forside ville indebære, at tilbuddet ikke var konditionsmæssigt, ligesom dette ikke kunne udledes af § 2, stk. 6, i de særlige betingelser til AB92 i udbudsmaterialet.

Den manglende udfyldelse af post 41 på tilbudslistens forside kunne derfor i sig selv ikke medføre, at Viborg Kommune var berettiget endelige forpligtet til at afvise tilbuddet fra Kaj Bech.

Da der var indsat et beløb i delsummen ud for post 41 i tilbudslisten, og da den manglende udfyldelse ikke kunne forstås på anden måde, end at posten ved en fejl ikke var blevet overført, indebar den korrektion, som Viborg Kommune foretog ikke en tilsidesættelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1. Der er herefter på det foreliggende foreløbige grundlag ikke udsigt til, at Aarsleff Rail får medhold i påstand 1.”

Af de i delkendelsen anførte grunde kan Kaj Bechs manglende udfyldelse af tilbudslistens post 41 på forsiden ikke medføre, at tilbuddet fra Kaj Bech anses for ukonditionsmæssigt.

Herefter bemærkes vedrørende de øvrige anbringender, som Aarsleff Rail har fremsat:

Tilbudslistens post 02.01.01 og posterne 13.01.01-13.01.05 var ligesom post 41.01.02 ikke medregnet i den samlede tilbudssum i Kaj Bechs tilbud. Posternes enhedspriser var imidlertid udfyldt, og tilbudslisten kunne ikke

forstås på anden måde end, at der var sket en sammentællingsfejl, hvorfor en korrektion heraf heller ikke indebar en tilsidesættelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1. Det forhold, at Aarsleff Rail havde været opmærksom på regnefejlene i kommunens excel-ark og efter det oplyste havde brugt 5 timer til at korrigere dem, kan ikke i sig selv føre til et andet resultat. Viborg Kommune havde derfor ikke pligt til at afvise tilbuddet som følge af disse fejl.

Kaj Bech havde ikke udfyldt post 01.01.03, etablering og fjernelse af interimsvej fra Ny Absalonsvej til byggeplads mellem spor 1 og 2, og 01.01.05, transport og håndtering af bygherreleverancer, i tilbudslisten. Tilbuddet indeholdt derfor en afvigelse fra udbudsbetingelserne. Kommunen har kapitaliseret posterne til i alt 129.300 kr., hvilket efter det oplyste svarede til de priser, som Aarsleff Rail havde tilbudt for samme poster. Som det fremgik af evalueringsrapporten skete kapitalisering forud for tildelingsbeslutningen og efter det oplyste uden forudgående henvendelse til Kaj Bech. Herefter, og da klagenævnet ikke finder grundlag for at tilsidesætte den skete kapitalisering, kan kommunens indregning af beløbet på 129.300 kr. i tilbudssummen ikke anses for stridende mod ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Kaj Bech havde i en række poster i tilbudslisten anført ”inkl.”, og disse poster var ikke udfyldt med en enhedspris, hvilket er en afvigelse fra udbudsbetingelserne om, at tilbudslisten skulle være udfyldt. Denne afvigelse blev ikke kapitaliseret forud for tildelingen, men Viborg Kommune bad på projektgennemgangsmødet den 30. november 2017 om, at enhedspriserne for disse poster blev udfyldt. Kaj Bech har den 10. april 2018 oplyst, at enhedspriserne for posterne var mellem 165 kr. til 50.000 kr. Ved på denne måde at tillade Kaj Bech at tilføje de manglende enhedspriser efter, at Kaj Bech var udpeget som vinder, tilsidesatte kommunen ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Af referatet fra projektgennemgangsmødet den 30. november 2017 fremgår endvidere, at Viborg Kommune konstaterede, at den af Kaj Bech tilbudte elevatorstol ikke overholdt de dimensioner, som fremgik af udbudsmaterialet, ligesom Kaj Bech ifølge referatet tilbød håndlister med belysning af et andet materiale end krævet af Viborg Kommune.

I følge de oplysninger fra håndliste-producentens hjemmeside, som nu foreligger, var den håndliste med belysning som Kaj Bech tilbød udført i rustfrit stål. Der foreligger herefter ikke en afvigelse vedrørende håndlisterne i forhold til det materialekrav, som var indeholdt i SAB punkt 9.2.3.

For så vidt angår de krævede dimensioner til elevatorstolen fremgår det af SAB punkt 40.1.1 under overskriften ”Hoveddata for alle elevatorer”, at elevatorstolens bredde, dybde og højde skulle udgøre 140x240x220 cm. I forbindelse med spørgsmål til netop punkt 40.1.1 vedrørende den angivne kabinestørrelse og den angivne last blev det i besvarelsen i rettelsesbladet anført, at kabinestørrelsen lå fast.

Kaj Bechs tilbud, der omfattede en elevatorstol med dimensionerne 140x220x220 cm indeholdt således en afvigelse fra et mindstekrav i udbudsmaterialet. Viborg Kommune har ikke søgt at kapitalisere denne afvigelse, men har efter tildelingsbeslutningen ifølge referatet fra projektgennemgangsmødet meddelt Kaj Bech, at der snarest skulle ske en afklaring af dette forhold. Viborg Kommune har herved tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Indholdet af kravsspecifikationen fra Banedanmark, som der ikke var henvist til i dokumentfortegnelsen vedrørende gældende udbudsdokumenter, som under alle omstændigheder var lavere prioriteret og som alene indeholdt generelle minimums-krav, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstand 1 tages herefter til følge.

Ad påstand 2

Som anført i delkendelsen af 5. januar 2018 har Viborg Kommune erkendt at have overtrådt udbudslovens § 171, stk. 4. I dette omfang tages påstand 2 til følge.

Ad påstand 3

Den 5. januar 2018 udtalte klagenævnet i delkendelsen følgende vedrørende påstand 3:

”Vedrørende påstand 3 bemærker klagenævnet, at meddelelsen med tildelingsbeslutningen indeholdt en evalueringsrapport, som gengav tilde-

lingskriterierne og pointmodellen for de enkelte underkriterier. Af den til tilbudsgiverne fremsendte evalueringsrapport fremgik derudover alene pointgivningen for tilbuddene fordelt på underkriterierne og herunder for enkelte specifikke punkter indeholdt i underkriterierne. Der medfulgte ikke nærmere oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og fordele, og på det foreliggende foreløbige grundlag vurderer klagenævnet derfor, at begrundelsen ikke var tilstrækkelig fyldestgørende, jf. udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2. En sådan utilstrækkelig begrundelse kan imidlertid efter fast praksis ikke i sig selv føre til annullation af tildelingsbeslutningen.”

Efter den supplerende bevisførelse vurderer klagenævnet fortsat, at Viborg Kommunes underretning om tildelingsbeslutningen ikke var tilstrækkelig fyldestgørende, jf. udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2. Påstand 3 tages derfor til følge.

Ad påstand 4

Viborg Kommune har i forbindelse med udbudsproceduren som anført ad påstand 1 handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2. Det er usikkert, hvorvidt den værdiansættelse Kaj Bech efterfølgende selv har foretaget af de manglende enhedspriser svarer til den forsigtige kapitalisering, som kommunen selv burde have foretaget i forbindelse med tilbudsevalueringen, og det er usikkert, hvilken økonomisk betydning afvigelsen ved en korrekt kapitalisering havde. Der foreligger endvidere ikke oplysninger om den økonomiske betydning af afvigelsen vedrørende dimensionerne af elevatorstolen. Da kommunen ikke har godtgjort, at en behørig kapitalisering ikke ville indebære et ændret udfald af udbuddet, annulleres Viborg Kommunes tildelingsbeslutning af 27. november 2017 i overensstemmelse med Aarsleff Rails påstand.

Ad påstand 5

Viborg Kommune har efter det oplyste indgået kontrakt med Kaj Bech. Da udbudsproceduren derfor er afsluttet, er der ikke grundlag for påstanden. Et påbud om lovliggørelse efter kontraktindgåelse forudsætter således, at kontrakten dermed bringes til ophør, og klagenævnet har ikke kompetence til at pålægge en ordregiver at bringe kontrakten til ophør ud over de tilfælde, hvor kontrakten erklæres for uden virkning. Klagenævnet afviser derfor påstand 5, idet opmærksomheden henledes på udbudslovens § 185, stk. 2.

Ad påstand 6

Den 27. november 2017 besluttede Viborg Kommune at tildele kontrakten til Kaj Bech. Der blev den 30. november 2017 – og dermed i standstill-perioden - afholdt et projektgennemgangsmøde med deltagelse af kommunen og Kaj Bech. Det forhold, at en udpeget vinder og en ordregiver afholder et projektgennemgangsmøde med et indhold som beskrevet i referatet fra mødet den 30. november 2017, kan ikke anses for en ”de facto” påbegyndt udførelse af opgaver under den udbudte entreprisekontrakt. Parterne har således også deltaget i mødet for egen regning og risiko, og gennemførelsen af mødet kan derfor heller ikke sidestilles med en indgåelse af kontrakt i standstill-perioden. Påstand 6 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 7

Klagenævnet for Udbud vil på det foreliggende grundlag ikke afgive en ikkebindende udtalelse som påstået af Aarsleff Rail. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 8

Som anført ad påstand 6 kan gennemførelsen af projektgennemgangsmødet den 30. november 2017 ikke sidestilles med indgåelse af kontrakt i standstill-perioden. Påstand 8 tages allerede af denne grund ikke til følge.

Sagsomkostninger

Klagenævnet har fastsat sagsomkostninger under hensyntagen til sagens udfald, omfang og karakter, herunder at tildelingsbeslutningen annulleres.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Viborg Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have tildelt den udbudte kontrakt til Murerfirma Kaj Bech A/S, uagtet Murerfirma Kaj Bech A/S har afgivet et ukonditionsbaseret tilbud.

Påstand 2

Viborg Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, og lov om Klagenævnet for Udbud § 3 ved ikke i sin underretning om tildelingsbeslutning af 27. november 2017 at have oplyst en dato for standstill-periodens udløb samt ved at have oplyst et forkert starttidspunkt for standstill-periodens begyndelse.

Påstand 3

Viborg Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, idet Viborg Kommunes underretning om tildelingsbeslutningen ikke er ledsaget af en fyldestgørende redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen.

Påstand 4

Viborg Kommunes tildelingsbeslutning af 27. november 2017 om at tildele den udbudte kontrakt til Murerfirma Kaj Bech A/S annulleres.

Påstand 5 afvises.

Påstand 6 tages ikke til følge.

Påstand 7 tages ikke til følge.

Påstand 8 tages ikke til følge.

Viborg Kommune skal i sagsomkostninger til Aarsleff Rail A/S betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Charlotte Hove Lasthein

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig