

K E N D E L S E

Coromatic A/S
(advokat Anders Linde Reislev, København)

mod

Region Nordjylland
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 066-156488 af 31. marts 2020 udbød Region Nordjylland som offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt om el-arbejder omfattende levering, montering og igangsætning af nødstrømsanlæg til Nyt Aalborg Universitetshospital. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Ved brev af 10. juli 2020 meddelte Region Nordjylland, at tilbuddet fra Coromatic A/S (herefter Coromatic) var erklæret ukonditionsmæssigt, idet Coromatic i sit tilbud ikke havde angivet at have modtaget 8 rettelsesblade, men alene at have modtaget det sidste rettelsesblad (Rettelsesblad nr. 08).

Den 16. juli 2020 indgav Coromatic klage til Klagenævnet for Udbud over Region Nordjylland. Coromatic fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 17. juli 2020 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Coromatic har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Nordjylland er forpligtet, subsidiært berettiget, til at tage Coromatics tilbud i betragtning ved tildelingen af kontrakt, herunder til at give Coromatic mulighed for at supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne i Coromatics tilbud om registrerede rettelsesblade.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Nordjylland har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at erklære tilbuddet fra Coromatic ukonditionsmæssigt alene med henvisning til manglende angivelse af rettelsesblad nr. 1-7, uden at give Coromatic mulighed for at supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne i tilbuddet.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Nordjylland har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at acceptere tilbuddet fra PM Energi A/S på trods af, at PM Energi A/S ikke har det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. udbudslovens § 161.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Nordjyllands beslutning af 10. juli 2020 om at erklære Coromatics tilbud for ukonditionsmæssigt.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Nordjyllands beslutning af 10. juli 2020 om at tildele kontrakt til PM Energi A/S med henblik på, at Region Nordjylland træffer fornyet tildelingsbeslutning, hvor Coromatics tilbud tages i betragtning.

Coromatic har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Klagenævnet har den 17. juli 2020 meddelt den vindende tilbudsgiver, PM Energi A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

PM Energi A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

I regionens udbudsbrev af 31. marts 2020 er bl.a. anført følgende:

”3. Tildelingskriterium

Tildeling af kontrakten vil ske ud fra en vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet ”pris” jf. udbudsloven § 162, stk. 1, nr. 1.

...

6.1 Tilbuddet består af følgende dokumenter og informationer:

- Tilbudslisten i udfyldt og underskrevet stand. Alle beløbsposter skal udfyldes med tal, herunder også poster under stipuleret ydelser samt option. Er en post udfyldt med et ”0” anses denne for at være indeholdt i tilbuddet.
- Udfyldt standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) iht. udbudsbekendtgørelsen.”

Under udbudsprocessen udsendte Region Nordjylland 8 rettelsesblade. Rettelsesbladene indeholdt præciseringer og ændringer, spørgsmål/svar og revideret udbudsmateriale, herunder bl.a. reviderede tegninger og tilbudsliste.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 18. juni 2020 kl. 12.00 havde regionen modtaget tilbud fra Coromatic, PM Energi A/S og Winpower SA.

Tilbudslisten, som tilbudsgiverne skulle udfylde, indeholdt bl.a. følgende tekst, som var fortrykt af Region Nordjylland:

”Undertegnede entreprenør tilbyder herved at udføre ovenstående entreprise i henhold til udbudsbrev af den xxxxx og dets indhold samt evt. rettelsesblade.”

I tilbudslisten fra Coromatic stod endvidere bl.a.:

”Tilbudssum, overført fra sammenstilling side 2 kr. 30.138.920,00

...

Forbehold: Ingen

Registrering af modtagne rettelsesblade: Rettelsesblad nr. 8”.

Tilbudslisten fra PM Energi A/S indeholdt bl.a. følgende:

”Tilbudssum, overført fra sammenstilling side 2 kr. 30.249.950,00

Forbehold: Ingen

Registrering af modtagne rettelsesblade: Rettelsesblad 1 →8”

I tilbudslisten fra Winpower står der bl.a.:

”Tilbudssum, overført fra sammenstilling side 2 kr. 61.598.549,77

Forbehold: Winpower har ingen forbehold

Registrering af modtagne rettelsesblade: Alle 8 rettelsesblade er modtaget”

Region Nordjylland meddelte ved brev af 10. juli 2020 til alle tilbudsgiverne, at Coromatic havde tilbudt den laveste pris, men at tilbuddet var vurderet ukonditionsmæssigt og derfor ikke ville blive taget i betragtning. Regionen agtede herefter at indgå kontrakt med PM Energi A/S efter udløbet af standstill-perioden.

Ved brev af 10. juli 2010 skrev regionen bl.a. følgende til Coromatic:

”I forbindelse med gennemgangen af de modtagne tilbud er der foretaget en konditionsmæssighedsvurdering af jeres tilbud. Udfaldet af denne vurdering er, at tilbuddet fra Coromatic A/S vurderes at være ukonditionsmæssigt, og derfor ikke lovligt kan tages i betragtning. Konditionsmæssighedsvurderingen uddybes nedenfor.

Baggrunden herfor er, at Coromatic A/S i sin tilbudsliste under registrering af modtagne rettelsesblade udelukkende har anført rettelsesblad nr. 08. Den manglende angivelse af de øvrige 7 rettelsesblade skaber derfor usikkerhed i forhold til om, og i hvilket omfang, Coromatic A/S har indeholdt de ændringer til udbudsgrundlaget, der følger af disse 7 rettelsesblade. Rettelsesblad nr. 01 til 07 indeholder således en række ændringer til udbudsmaterialet.”

Coromatic gjorde samme dato indsigelse mod regionens beslutning om at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Parternes anbringender

Ad påstand 1-2

Coromatic har gjort gældende, at det er uproportionalt og i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, at Region Nordjylland afviste Coromatics tilbud alene med henvisning til, at virksomheden ikke anførte rettelsesblad nr. 1-7 i tilbudslisten. Regionen burde have givet Coromatic mulighed for at supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne i virksomhedens tilbud om registrerede rettelsesblade.

Ifølge udbudslovens § 159, stk. 5, kan ordregiver anmode en tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre et tilbud ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som tilbudsgiveren har indsendt i forbindelse med et tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at tilbudsgiveren reelt afgiver et nyt tilbud.

I den konkrete sag består fejlen/misforståelsen fra Coromatics side i, at virksomheden i tilbudslisten alene har anført rettelsesblad nr. 8 som registreret og ikke rettelsesblade nr. 1-7. Coromatic har dog anført i tilbuddet, at virksomheden ikke tager nogen forbehold, og skrevet under på, at Coromatics tilbud er afgivet i henhold til udbudsbrevet samt evt. rettelsesblade.

Region Nordjylland har selv udformet skabelonen til afgivelse af tilbud. Det er derfor ikke rimeligt, at det alene er Coromatic, der skal bære risikoen for den misforståelse, som ordlyden af tilbudslisten har forårsaget. Ifølge lovbemærkningerne til udbudslovens § 159, stk. 5, består der en egentlig forpligtelse for ordregiver til at lade en tilbudsgiver rette åbenlyse fejl i situationer som den foreliggende, hvor Region Nordjylland også selv har formuleret sig uklart.

Det ligger inden for rammerne af og formålet med udbudslovens § 159, stk. 5, at Region Nordjylland lader Coromatic rette den formelle fejl, som den manglende angivelse af rettelsesblad nr. 1-7 er udtryk for, jf. herved bl.a. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova, Rettens dom

af 10. december 2009 i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen, og klagenævnets kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet, samt kendelse af 6. april 2010, Triona AB mod Vejdirektoratet.

Region Nordjylland kunne meget let have afklaret den tvivl, der måtte være om Coromatics tilbud, hvis Region Nordjylland havde anmodet Coromatic om at præcisere eller fuldstændiggøre oplysningerne i tilbuddet vedrørende de registrerede rettelsesblade. Det havde Region Nordjylland rig mulighed for at gøre, inden regionen traf beslutning om at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Coromatic ville have fået kontrakten tildelt, hvis Region Nordjylland ikke havde afvist virksomhedens tilbud som ukonditionsmæssigt. Regionens beslutning om at afvise Coromatics tilbud har dermed direkte og store økonomiske konsekvenser for Coromatic.

Region Nordjylland har samlet gjort gældende, at regionen hverken var berettiget eller forpligtet til at anmode Coromatic om at supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne i virksomhedens tilbud om registrerede rettelsesblade inden afvisningen af dette tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det forhold, at Coromatic specifikt og udelukkende har angivet ”Rettelsesblad nr. 08” under de modtagne rettelsesblade sammenholdt med, at tilbuddet er afgivet i henhold til netop ”evt. rettelsesblade”, er egnet til at skabe berettiget tvivl om og i givet fald, i hvilket omfang de ikke ubetydelige ændringer i udbudsgrundlaget, der følger af rettelsesbladene nr. 01-07, herunder de i forbindelse med disse rettelsesblade udsendte reviderede udbudsdokumenter, er indeholdt i de afgivne priser. Det har i den forbindelse ingen betydning, at Coromatic i tilbudslisten under ”Forbehold” samtidig har anført ”Ingen”. Den omstændighed, at Coromatic har anført ”Ingen”, må således - henset til, at tilbuddet er angivet i henhold til udbudsbrev af 31. marts 2020 samt eventuelle rettelsesblade og dermed det i tilbudslisten angivne ”Rettelsesblad nr. 08” – mest naturligt forstås således, at Coromatic A/S ikke har forbehold over for det udbudsmateriale, som er udsendt med udbudsbrevet af 31. marts 2020 og revideret med rettelsesblad nr. 08. Derimod kan det anførte ikke fortolkes, som at rettelsesblade nr. 01- 07 skulle være indeholdt i tilbuddet, uanset at disse rettelsesblade ikke er angivet i tilbuddet som modtagne rettelsesblade.

Forholdet er dermed identisk med faktum i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet, hvor klagenævnet i en tilsvarende situation udtalte, at en ordregiver var såvel berettiget som forpligtet til at afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt som følge af, at den pågældende tilbudsgiver udelukkende havde angivet ”Rettelsesblad 7” i sin tilbudsliste. Sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV angår den situation, hvor en pris ikke var overført til tilbuddets samlede side, men fremgik utvetydigt på anden vis af det afgivne tilbud, og Rettens bemærkningerne er derfor ikke relevante i denne sag.

Endelig bemærkes, at udbudslovens § 159, stk. 5, ikke indeholder en forpligtelse for ordregiver til at anmode tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre sit tilbud, jf. også lovbemærkningerne til bestemmelsen. Risikoen for, at tilbuddet er uklart, påhviler således udelukkende tilbudsgiveren – i dette tilfælde Coromatic, jf. tilsvarende kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet.

Ad påstand 3

Coromatic har til støtte for påstand 3 gjort gældende, at en ordregiver skal tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. udbudslovens § 161. Da pris er det eneste tildelingskriterium i det foreliggende udbud, og da Coromatics tilbud ifølge tilbudslisten er det billigste og dermed økonomisk mest fordelagtige, ville Coromatic have fået kontrakten tildelt, hvis Region Nordjylland ikke havde afvist det som ukonditionsmæssigt.

Region Nordjylland har gjort gældende, regionen har været såvel berettiget som forpligtet til at afvise Coromatics tilbud som ukonditionsmæssigt. Idet PM Energi A/S således har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud blandt de konditionsmæssige tilbud, var Region Nordjylland berettiget til at antage tilbuddet fra denne virksomhed. Coromatics påstand 3 skal derfor ikke tages til følge.

Ad påstand 4 og 5

Coromatic har gjort gældende, at det følger af det anført ad påstand 1-3, at opretholdelse af Region Nordjyllands beslutning af 10. juli 2020 om at erklære Coromatics tilbud for ukonditionsmæssigt og om at tildele kontrakten

til PM Energi A/S, som ikke afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1.

Region Nordjyllands beslutninger af 10. juli 2020 skal derfor annulleres.

Region Nordjylland har gjort gældende, at Region Nordjylland var såvel berettiget som forpligtet til at afvise Coromatic A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt. PM Energi A/S har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud blandt de konditionsmæssige tilbud, hvorfor Region Nordjylland har været berettiget til at antage dette tilbud.

Påstand 4 og 5 skal derfor ikke tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1-3

I tilbudslisten indgik den fortrykte tekst:

”Undertegnede entreprenør tilbyder herved at udføre ovenstående entreprise i henhold til udbudsbrev af den xxxxx og dets indhold samt evt. rettelsesblade.

...

Forbehold:

Registrering af modtagne rettelsesblade”

Under udbuddet udsendte regionen 8 rettelsesblade.

Coromatic anførte i tilbudslisten, at virksomheden ikke havde forbehold, og bekræftede samtidig modtagelse af ”rettelsesblad nr. 8”. Det er ubestridt, at rettelsesbladene 1-7 blandt andet indeholdt revideret udbudsmaterialet.

Tilbudsgiverne skrev under på ”at udføre [entreprisen] i henhold til udbudsbrev af den xxxxx og dets indhold samt evt. rettelsesblade.”. Som tilbuddet er formuleret, er det uklart, om de ændringer, som følger af samtlige rettelsesblade, er indarbejdet i tilbuddet, eller om tilbuddet skal forstås sådan, at ”eventuelle rettelsesblade” alene udgjorde rettelsesblad nr. 8, og at tilbuddet

ikke indeholdt forbehold mod udbudsmaterialet alene revideret med rettelsesblad nr. 8.

Tilbudsgiver bærer som udgangspunkt selv ansvaret for fejl og uklarheder i det indleverede tilbud. Coromatics tilbud var som følge af det anførte i tilbudslisten uklart, og regionen var efter karakteren af denne uklarhed, der ikke fremstod som en åbenlys fejl, berettiget til at afvise det som ukonditionsmæssigt. Nævnet finder således ikke grundlag for at fastslå, at regionen var forpligtet til at anmode om en præcisering fra Coromatic.

Region Nordjylland handlede dermed ikke i strid med udbudslovens § 2, stk. 1, ved at afvise tilbuddet fra Coromatic som ukonditionsmæssigt eller ved at tildele kontrakten til PM Energi A/S, som tilbød den laveste pris.

Ad påstand 4 og 5

Det følger af det anførte ad påstand 1-3, at påstandene 4 og 5 ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Coromatic skal i sagsomkostninger til Region Nordjylland betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
Specialkonsulent