



## K E N D E L S E

### ”10 boliger i Tasiilaq”

#### Sagens faktiske omstændigheder

Ved udbudsskrivelse af 15. november 2011 udbød Kommuneqarfik Sermersooq (herefter indklagede) opførelse af 10 boliger i Tasiilaq i offentlig licitation. Byggearbejderne blev udbudt i 5 fagentrepriser:

- A: Byggemodning og betonarbejder
- B: Murer-, tømrer- (inkl. smede-), snedker og tagdækningsarbejder
- C: Malerarbejder
- D: VVS-arbejder
- E: El-arbejder

6. juni 2012  
Sagsnr. 2012-066079  
Dok. Nr. 926391

c/o Postboks 909  
3900 Nuuk  
Tlf. (+299) 34 50 00  
Fax (+299) 34 54 10  
E-mail: iaan@nanoq.gl

Der kunne bydes på en eller flere fagentrepriser. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Fristen for indgivelse af tilbud var den 24. februar 2012, kl. 10, og på samme dag og tidspunkt blev der afholdt licitationsmøde.

Der blev i alt afgivet fem tilbud, hvoraf de to, herunder *Entreprenør Z*, omfattede alle fem entrepriser, klagerens tilbud omfattede alene entreprise A, og to andre tilbudsgivere vedrørte henholdsvis entreprise D og E.

Der er enighed om, at alene *Entreprenør Z*'s tilbud på jordarbejderne under entreprise A blev læst op på licitationen, hvorimod der er uenighed om, hvorvidt *Entreprenør Z* også inden for tidsfristen skulle have indgivet bud på samtlige entrepriser.

Den 13. april 2012 fik klageren oplyst fra indklagede, at der ikke ville blive indledt forhandlinger med denne, idet der fra anden side, *Entreprenør Z*, var givet et samlet billigere tilbud på samtlige entrepriser. Det fremgik tillige, at indklagede fandt klagerens tilbud ukonditionsmæssigt, idet klageren under tilbudslistens pkt. 2 ”Terrænarbejder, hovedkloak” havde medtaget både fordelingsliste 1.1 og fordelingsliste 2.2.

Den 9. maj 2012 modtog klagenævnet en klage over tildelingsbeslutningen. Af klagen fremgik det, at klageren anmodede om, at klagen skulle tillægges opsættende virkning, ligesom der blev nedlagt påstand om betaling af erstatning. Da påstandene i klagen fremstod uklare, anmodede nævnet klageren om at præcisere sine påstande inden den 18. maj 2012. Grundet bankernes helligdagsperiode blev fristen på klagerens anmodning udsat til den 21. maj 2012.

Klageren har nedlagt følgende påstande for klagenævnet:

- 1) Klagenævnet skal tillægge klagers klage opsættende virkning.
- 2) Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat tilbudslovens § 7, stk. 3, og § 14 ved at tage et samlet tilbud på samtlige entrepriser fra *Entreprenør Z* i

- betragtning, uanset at det samlede tilbud ikke blev modtaget inden for den i udbudsskrivelsen fastsatte frist.
- 3) Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat tilbudslovens § 7, stk. 3, og § 14, ved at tage et samlet tilbud på samtlige entrepriser fra *Entreprenør Z* i betragtning, uanset at kun *Entreprenør Z's* tilbud på entreprise A blev læst op.
  - 4) Klagenævnet skal konstatere, at *Entreprenør Z's* tilbud på entreprise A er ukonditionsmæssigt, og at indklagede derfor ikke kan tage *Entreprenør Z's* tilbud på entreprise A i betragtning, idet det ikke inkluderer det på fordelingsliste 2-2 angivne arbejde.
  - 5) Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat tilbudslovens § 7, stk. 3, ved at erklære klagers tilbud for ukonditionsmæssigt, da det er i overensstemmelse med udbudsmaterialet, at klager har inkluderet det på fordelingsliste 2-2 anførte arbejde i tilbud det på entreprise A.
  - 6) Subsidiært til påstand 5) skal klagenævnet konstatere, at indklagede har tilsidesat tilbudslovens § 7, stk. 3, ved at erklære klagers tilbud for ukonditionsmæssigt, da det ikke klart af udbudsmaterialet fremgår, at det på fordelingsliste 2-2 angivne arbejde ikke indgår i entreprise A, og da indklagede, såfremt arbejdet på fordelingsliste 2-2 ikke ønskedes udført som led i entreprise A, kunne have set bort fra denne del af klagers tilbud, hvorved Klagers tilbud ville være blevet reduceret med 1.031.000 kr. til 6.743.000 kr.
  - 7) Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten om entreprise A til *Entreprenør Z*.
  - 8) Klagenævnet skal konstatere, at indklagede er pligtig at træffe beslutning om at tildele kontrakten vedrørende entreprise A til klager, idet klager afgav det laveste konditionsmæssige tilbud på entreprise A.

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstandene 1) – 8) ikke tages til følge og har endvidere meddelt i svarskrift af 1. juni 2012 vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, at der ikke er endnu ikke er indgået en kontrakt med *Entreprenør Z*.

Klageren har til støtte for sin påstand om, at klagen tillægges opsættende virkning anført blandt andet:

At efter forarbejderne til § 30 i tilbudsloven om opsættende virkning skal der være risiko for uoprettelig skade for klager, hvis ikke klagen tillægges opsættende virkning. Derudover antages det i dansk ret, at der yderligere gælder krav om at klagen skal have et rimeligt grundlag og at en afvejning af henholdsvis tilbudsgivers og udbyders interesser taler for opsættende virkning,

At det er godtgjort, at klagen er særdeles velbegrundet, hvorfor betingelsen om rimeligt grundlag er opfyldt,

At det er i såvel klagers som indklagedes interesse, at der gives opsættende virkning, således at kontrakten kan tildeles klager, der har den laveste pris på entreprise A. En tildeling af kontrakten vedrørende entreprise A vil desuden gøre det muligt at igangsætte entreprise A, og indklagede vil sideløbende kunne gennemføre licitation eller forhandling i relation til entrepriserne B-E med henblik på at tildele disse kontrakter til en eller

flere tilbudsgivere. Interesseafvejningen skal således falde ud til klagers fordel hvorfor også denne betingelse er opfyldt.

At kontrakten er af strategisk betydning for klager, som i forbindelse med afgivelse af sit tilbud planlagde at etablere en ny permanent tilstedeværelse på østkysten, hvilket ville have skabt nye forretningsmuligheder for klager og ny forbedret konkurrencesituation i området til gavn for indklagede og borgere/virksomheder i Kommuneqarfik Sermersooq, særligt borgere og virksomheder i Tasiilaq og Ittoqqortoormiit. Uden kontrakten vil klager ikke have det fornødne grundlag for at etablere sig på østkysten. Klagers interesse kan således ikke varetages ved en pastand om erstatning under nærværende klagesag.

At det særdeles rodede licitationsforløb, de alvorlige fejl, der er begået, og det forhold, at indklagede hidtil – uanset de pågældende fejl – har insisteret på at tildele kontrakten til denne eneste tilbudsgiver, som er hjemmehørende på Tasiilaq, udgør i hvert fald tilsammen sådan skærpende omstændigheder, at klagen skal tillægges opsættende virkning.

Indklagede har heroverfor gjort gældende blandt andet:

At der ikke er grundlag for at antage, at klager vil få medhold i sin indsigelse mod den afholdte licitation. Indklagede og indklagedes tekniske og juridiske rådgivere har nøje gennemgået udbudsmaterialet og forløbet af licitationen og har vurderet, at der ikke foreligger sådanne uregelmæssigheder eller fejl, at der ikke kan indgås kontrakt med lavestbydende. I denne forbindelse bemærkes det, at alene klager har misforstået udbudsmaterialet ved at blande entreprise A (jordarbejder) og entreprise D (vvs/ kloakarbejder) sammen.

At indklagede kunne indgå kontrakt med *Entreprenør Z* uagtet tilbuddene fra dette firma i fuldt omfang blev læst op på licitationsmødet. Der henvises i denne forbindelse til en kendelse fra det danske klagenævn for udbud, hvoraf det skulle fremgå, at det var i strid med den tilsvarende bestemmelse i den danske tilbudslov, at der ikke skete oplæsning af et tilbud, der var indleveret rettidigt, men "glemt". Det skulle ligeledes fremgå af nævnets kendelse, at det ikke var ansvarspådragende for bygherren efterfølgende at tage hensyn til dette tilbud, der var indleveret, men som ikke blev læst op på licitationsmødet, hvorfor der således ikke er anledning til at antage, at klager skulle kunne få medhold i klagen.

At klageren ikke vil lide uoprettelig skade, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Klagers interesser vil fuldt ud blive tilgodeset ved klagers mulighed for at kræve erstatning.

At alternativet til at tildele kontrakten til *Entreprenør Z* havde været at annullere udbuddet. Hvis der skulle bortses fra tilbuddet fra *Entreprenør Z*, hvilket bestrides, vil der ikke foreligge bud på alle fagentrepriser og byggeriet kunne derfor ikke gennemføres – en annulation var derfor den eneste mulighed.

At tilbuddet fra klager er ukonditionsmæssigt, idet det indeholder VVS arbejder, som ikke er en del af den entreprise, klager i øvrigt har budt på.

At såfremt klagen tillægges opsættende virkning, vil dette have potentielle væsentlige skadevirkninger for indklagede. Dels vil arbejderne, som ovenfor nævnt, ikke kunne udføres i indeværende kalenderår, dels vil der skulle foretages fornyet udbud med risiko for en forøgelse af budsummerne til følge.

At klager har først indgivet klagen umiddelbart op til klagefristens udløb. Allerede dette forhold medfører, at der ikke bør tillægges opsættende virkning.

### **Klagenævnet udtaler:**

Det følger af tilbudslovens § 30, at en klage kun har opsættende virkning i det omfang, at nævnet eller formanden på nævnets vegne på, klagers begæring, træffer bestemmelse herom, fordi særlige grunde taler derfor.

Klagenævnet skal på det foreliggende, foreløbige grundlag:

1. Vurdere om "klagen har noget på sig" eller umiddelbart synes håbløs for klageren ("Fumus boni juris")
2. Vurdere om der foreligger uopsættelighed. Det vil sige, om det er nødvendigt at tillægge klagen opsættende virkning for at afværge en alvorlig og uoprettelig skade for klageren.
3. Foretage en interesseafvejning. Hvilket vil sige klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Skulle én af de tre betingelser svigte, kan der ikke træffes bestemmelse om opsættende virkning. Afgørelsen om opsættende virkning eller ej præjudicerer ikke den endelige afgørelse.

Uanset om betingelse nummer 1 skulle være opfyldt, finder klagenævnet ikke, at der foreligger en sådan risiko for en alvorlig og uoprettelig skade for klageren, at der bør gives medhold i klagerens påstand.

Hvis skaden kan erstattes, vil der som udgangspunkt ikke være tale om uopsættelighed. Men selvom klagenævnet kan tilkende klageren erstatning, vil en klage kunne tillægges opsættende virkning, hvis klagerens eksistens kan trues eller dennes markedsposition vil kunne blive ændret på uoprettelig vis.

Klagenævnet har forstået klagerens begrundelse for uopsættelighed således, at opgaven er af strategisk betydning for klagerens ønske om at kunne etablere sig på østkysten. Klagenævnet bemærker, at klageren ikke har oplyst at have foretaget sig andet i forbindelse med en sådan etablering end at byde på opgaven. Klagerens eksistens er derfor ikke truet, ligesom dennes markedsposition på østkysten, hvor klageren endnu ikke er repræsenteret, ikke er i risiko for at blive ændret på uoprettelig vis.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

**Herefter bestemmes:**

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Thomas Trier Hansen  
Formand