



K E N D E L S E

”Demontering af nødelværk på Vandsøvej i Nuuk”

Ved udbudsskrivelse af den 5. august 2016 udbød Nukissiorfiit (herefter indklagede) i offentlig licitation, hovedentreprisen: ”Demontering af nødelværk på Vandsøvej i Nuuk”.

Tildelingskriteriet var ”laveste pris”.

Følgende virksomheder afgav bud på opgaven:

1. *Entreprenør A*
2. *Entreprenør B*

Den 13. september 2016 blev afholdt licitation og licitationsreferatet blev sendt til de bydende samme dag.

Ved brev af 11. oktober 2016 modtog *Entreprenør B* underretning om, at indklagede havde indgået kontrakt med *Entreprenør A*.

Den 27. oktober 2016 indgav Sulisitsisut, Grønlands Erhverv (herefter benævnt klager), klage til Klagenævnet for Udbud på vegne *Entreprenør B*. Klagen har været behandlet mundtligt på et møde i nævnet den 20. december 2016.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

- Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tildelt entreprisen til den af de to bydende, som ikke opfyldte udbudsbetingelserne for entreprisen.
- Klagenævnet skal pålægge indklagede at betale erstatning til *Entreprenør B*, svarende til den fortjeneste, som *Entreprenør B* efter sit tilbud ville have opnået, hvis de – som indklagede havde pligt til – var blevet tildelt entreprisen.
 - Subsidiært skal Klagenævnet pålægge indklagede at betale erstatning i forhold til negativ kontraktsinteresse, ifald Klagenævnet ikke pålægger indklagede at betale *Entreprenør B* erstatning i form af den positive kontraktsinteresse.

Indklagede har nedlagt påstand om:

1. At klagers påstande ikke tages til følge,
2. At indklagede frifindes for erstatningspligt, men at udbuddet ikke annulleres, uanset om Klagenævnet måtte finde, at der er sket en overtrædelse af tilbudsloven.

3. januar 2017
Sagsnr. 2016-15756
Dok. Nr. 15983411

Postboks 909
3900 Nuuk
Tlf. (+299) 34 50 00
E-mail: box909@nanaq.gl
www.neqeroorut.gl

Klager har opgjort *Entreprenør B's* tab i form af positiv opfyldelsesinteresse således:

Afgivet tilbud:	1.370.450,00 kr.
Fratrukket	
Budgetterede udgifter til materialer	70.000,00 kr.
Budgetterede lønomkostninger	800.000,00 kr.
Øvrige omkostninger	220.000,00 kr.
Fortjeneste	280.450,00 kr.

Den negative kontraktsinteresse er opgjort til 11.200,00 kr. på baggrund af den tid, som *Entreprenør B* har brugt på gennemgang af udbud, indhentelse af oplysninger, udarbejdelse af tilbud samt besigtigelse.

Sagens omstændigheder

Af udbudsskrivelsen af 5. august 2016 (Bilag 1) fremgår blandt andet, at:

"...

For at entreprenøren kan komme i betragtning til at udføre opgaven, skal han kunne underskrive og opfylde kravene i Nukissiorfiits "Erklæring på tro og lov om ubetalt, forfalden gæld til det offentlige m.m."

...

Licitationen afholdes: Tirsdag den 13. september 2016 kl. 11

På Nukissiorfiits Hovedkontor, Møderum 2, Issortarfimmut nr. 3, 3905 Nuussuaq, i overværelse af de bydende, der måtte ønske at være til stede.

...

Vedlagt: Bilag 1, Fortegnelse over det særligt udarbejdede udbudsmateriale.

..."

Som bilag til udbudsskrivelsen var blandt andet vedlagt "Erklæring på tro og love om ubetalt, forfalden gæld til det offentlige m.m." Af den indledende tekst i erklæringen fremgår blandt andet:

"...

Ved gæld til det offentlige forstås skatter, afgifter samt bidrag til sociale sikringsordninger i det land, hvor tilbudsgiver er etableret.

..."

Af erklæringen fremgår endvidere:

”...

Undertegnede virksomhed erklærer herved på tro og love, at virksomheden ikke har ubetalt, forfalden gæld til det offentlige på tilbudstidspunktet.

...

I det tilfælde hvor der er tale om ubetalt gæld til det offentlige, erklærer tilbudsgiver på tro og love, at der inden afgivelsen af tilbud er indgået en aftale med skattestyrelsen om en afviklingsordning og at denne ordning er overholdt.

Som dokumentation i forbindelse med tilbudsafgivningen vedlægges erklæring fra Skattestyrelsen for Tilbudsgiver samt Underentreprenører mm.

Enhver tilbudsgiver kan udelukkes fra at deltage i udbud, såfremt tilbudsgiver ikke kan underskrive denne erklæring samt forevise bilag.

Bygherre forbeholder sig ret til at indhente eventuelle manglede oplysninger, for at fyldestgøre tilbudsgivers bud.

Undertegnede erklærer hermed, at vedlagte erklæring/erklæringer fra Skattestyrelsen er korrekte og tidssvarende, samt giver samtykke til, at Bygherre må kontrollere oplysninger hos de relevante myndigheder.

...

Ved **det offentlige** forstås offentlige myndigheder:

- i Grønland

...”

Licitationen blev offentliggjort på indklagedes hjemmeside ved en udbudsannonce (Bilag K). I udbudsannoncen gengives blandt andet nogle praktiske oplysninger om frister samt tid og sted for licitationen. Endvidere indeholder annoncen en overordnet beskrivelse af opgaven. Det fremgår af annoncen, at arbejdet vil blive tildelt efter kriteriet ”laveste pris”. Endvidere fremgår:

”...

For at komme i betragtning til opgaven skal tilbudsgiveren kunne underskrive Nukissioffiits Erklæring på tro og Love samt dokumentere ved erklæring fra skat, at tilbudsfirmaet samt underentreprenører ikke har ubetalt forfaldet gæld.

...”

Den 13. september 2016 blev der afholdt licitation som beskrevet i udbudsskrivelsen og udbudsannoncen. Af licitationsreferatet (Bilag A) fremgår blandt an-

det, at der var 2 virksomheder, der deltog i licitationen samt at *Entreprenør A* havde udfyldt erklæring på tro og love samt tilbudsliste. Endvidere fremgår, at *Entreprenør B* havde udfyldt erklæring på tro og love og tilbudsliste samt vedlagt erklæring fra skat.

Den 16. september 2016 sendte *Entreprenør B* en mail til indklagede (Bilag E), hvor de gjorde opmærksom på, at de havde kontaktet klager vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt erklæringen fra skattemyndighederne skal opfattes som et mindstekrav ved licitationen.

Den 20. september 2016 sendte indklagedes chefjurist en mail til akitax@nanoq.gl (Bilag F) med emnet "Forfalden gæld til de offentlige? [Entreprenør A] HASTER! HASTER!". I mailens tekst anmoder chefjuristen om at få oplyst, hvorvidt *Entreprenør A* har gæld til det offentlige i øjeblikket. Med mailen er vedhæftet den tro og love erklæring, som *Entreprenør A* havde indsendt til licitationen. Det fremgår af mailen, at den er attesteret til Inddrivelsesafdelingen.

Den 21. september 2016 udsteder Erhvervsstyrelsen en serviceattest for *Entreprenør A* (Bilag L), hvoraf det blandt andet fremgår, at virksomheden er en i overensstemmelse med dansk lov stiftet og lovligt bestående dansk virksomhed, at virksomheden har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af sociale sikringsordninger i henhold til lovgivningen i Danmark, at virksomheden har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter i henhold til lovgivningen i Danmark.

Ved mail af 18. oktober 2016 (Bilag J) oplyste Inddrivelsesmyndigheden i Qaqortoq, at *Entreprenør A* ikke var registreret i deres system.

Den 19. oktober 2016 udarbejdede indklagedes projektleder et internt notat med overskriften "Sammenligning og vurdering af indkomne tilbud" (Bilag D). Licitation: pas 060.12.012 Demontering af nødleværk på Vandsøvej i Nuuk". Af notatet fremgår blandt andet:

"...

Dette er en sammenligning og vurdering af de indkomne tilbud ved ovennævnte licitation.

Erfaring fra tidligere projekt

Under udarbejdelse af udbudsmateriale og budgettering af dette projekt er der skelet til det tidligere projekt pas110.11.07 "Demontering af det tekniske anlæg på kraftvarmeværket i Qasigiannuguit" fra 2011. Det tidligere projekt omhandlede demontering af mindre motorer end på pas060.12.012 og der skulle efterlades flere enkeltdele på værket. Begge projekter har en forholdsvis kort tidsramme

for udførelse. Det vurderes derfor, at pas060.12.012 bør koste lidt, men ikke meget, mere end pas110.11.07.

...

På baggrund af dette budgetteres med en pris på 400.000,- til 600.000,- kr. for pas060.12.012.

...

Vurdering

Efter møde med styregruppeformand [HR] dagen efter, blev det på baggrund af ovenstående besluttet ikke at gå videre med tilbud fra [Entreprenør B], da prisen lægger over det dobbelte af budgetteret.

..."

Af notatet fremgår endvidere, at der ved pas110.11.07 blev modtaget 5 tilbud, hvor det billigste tilbud havde en pris på 280.000,00 kr. og det dyreste havde en pris på 887.948,00 kr. Ved pas060.12.012, som denne sag omhandler, blev modtaget 2 tilbud. Det billigste tilbud havde en pris på 598.750,00 kr. og det dyreste havde en pris på 1.370.450,00 kr. Notatet indeholder desuden en sammenligning af prisfastsættelsen af fordelingslisterne ved pas060.12.012 og en beskrivelse af det arbejde, som fordelingslisterne indeholder.

Af Erhvervsstyrelsens CVR-registeroplysninger om *Entreprenør A* af 14. november 2016 (Bilag G) fremgår blandt andet, at selskabet er stiftet den 30. juni 2016.

Forklaringer

Der er under den mundtlige behandling af sagen afgivet forklaring af ILO, JK og OZ.

ILO har forklaret blandt andet, at han var ingeniøruddannet og havde været ansat som administrerende direktør hos *Entreprenør B* igennem knapt et par år. Han varetog både administrative og praktiske funktioner i virksomheden. Han havde tidligere været ansat som rådgivende ingeniør i en anden virksomhed, og han havde også erfaring med jern- og betonarbejde.

Det var ILO, der havde udarbejdet *Entreprenør B's* tilbud, som blandt andet bestod af følgende udgiftsposter:

– Diverse materialer	70.000 kr.
– Løn	800.000 kr.
– Andre omkostninger	220.000 kr.
– I alt	<hr/> 1.090.000 kr.

Udgiften til lønomkostninger var baseret på SB'ens oplysning om, at arbejdet forventedes gennemført i uge 38-48, dvs. 10 uger à 5 arbejdsdage à 9 timer. På baggrund af beskrivelsen af opgaven anslog ILO, at der skulle bruges 10 mand til at udføre opgaven. Ved fastsættelsen af tidsforbruget var der blandt andet taget hensyn til de arbejdsmiljømæssige krav mv. Dertil kom udgifterne til at udarbejde tilbuddet samt et tillæg for usikkerhed. Med en timesats på 160,- kr. vurderede ILO, at den samlede udgift til lønsum ville udgøre 800.000 kr.

Andre omkostninger var blandt andet udgifter til transport fra Grønland til Danmark, herunder transport internt i de to lande. Udgifterne var til dels baseret på oplysninger indhentet hos Royal Arctic Line. Endvidere skulle *Entreprenør B* købe containere for at kunne udføre opgaven.

ILO forklarede, at udgifterne til deltagelse i licitationen bestod af disse poster:

– Besigtigelse af værket, 4 mand à 8 timer à 160,- kr.	5.120 kr.
– Eget tidsforbrug (2 x 8 timer à 160,- kr.)	2.560 kr.
– AK tidsforbrug	3.520 kr.
– I alt	<u>11.200 kr.</u>

ILO havde ikke personligt erfaring med den type opgaver, som licitationen vedrørte, idet *Entreprenør B* ikke havde løst sådanne opgaver i hans ansættelses-tid. Han vidste ikke, om *Entreprenør B* havde erfaringer med nedtagelse af større K/V-anlæg fra tidligere. Det var ILOs opfattelse, at virksomheden havde de nødvendige kompetencer til at løse den udbudte opgave.

JK forklarede, at han havde været ansat godt 1½ år i sin nuværende stilling hos indklagede. Han havde været projektleder på den omhandlede sag. Ved budgettering af projekter var det naturligt at tage udgangspunkt i lignende og sammenlignelige projekter, der tidligere var gennemført. I det aktuelle tilfælde lå man inde med erfaringstal for demonteringsarbejder i 2011 på kraft-/ varmegærket i Qasigiannuguit. På det grundlag budgetterede indklagede med en anlægs-sum i størrelsesordenen 400.000-600.000 kr. for demonteringen af nødleværket på Vandsøvej.

Det var denne budgetsum, der lå til grund for den drøftelse, som han dagen efter licitationen havde med sin foresatte HR. Han huskede fra samtalen, at HR blandt andet havde udtalt, at de aldrig kunne gå med til at antage et tilbud, der var mere end dobbelt så højt som budgetteret. Hvis tilbuddet fra *Entreprenør B* havde været det eneste tilbud, ville licitationen have været annulleret.

Notatet af 19. oktober 2016 (Bilag D) blev udarbejdet efter anmodning fra indklagedes chefjurist. Det var ikke sædvanligt, at der blev udarbejdet notater med de overvejelser og vurderinger, der lå til grund for valg af tilbud.

Formuleringen i udbudsskrivelsen af 5. august 2016 (Bilag 1) om, at de bydende skulle kunne underskrive den omtalte "Erklæring på tro- og love om ubetalt, forfalden gæld til det offentlige m.m." var et væsentligt krav, men det skulle ikke opfattes som et mindste krav. Kravet skulle snarere ses som en oplysning til tilbudsgivere, som måtte have gæld til det offentlige om, at de skulle kunne fremlægge bilaget.

JK oplyste supplerende, at projektet nu var afsluttet, og at *Entreprenør A* havde haft tre faste mand på opgaven samt personale, der medvirkede ved transporten. Opgaven var blevet løst på tre uger. Det var JK's indtryk, at *Entreprenør A* var ekspert på dette felt. En del af forklaringen på den store prisforskel på de to indkomne tilbud kunne være, at det tidsforbrug en tilbudsgiver må beregne sig for at udføre det udbudte arbejde, vil afhænge af tilbudsgiverens erfaringer med at løse lignende opgaver.

Ved licitationer må indklagede ikke lægge vægt på, om de bydende virksomheder kommer fra Grønland. Indklagede prioriterede, at samarbejdspartnere var kompetente og havde erfaring med udførelse af arbejdet. Når der skulle indhentes underhåndsbud på udførelsen af mindre arbejder, anvendte indklagede ofte lokale virksomheder, da det lokale kendskab til infrastruktur med videre normalt gjorde det muligt at udføre arbejdet billigere. Indklagede bestræbte sig på at give lokale virksomheder mulighed for at høste erfaringer ved at deltage som underentreprenør på større projekter, så de lokale virksomheder kunne opbygge know how.

OZ forklarede nærmere om baggrunden for, hvorfor indklagede generelt stiller krav om, at tilbudsgivere skal underskrive en erklæring om gæld til det offentlige. Det ville være urimeligt, hvis en bydende kunne afgive et billigere tilbud ved ikke at opfylde sine forpligtelser til det offentlige. Indklagede ønskede derfor at have muligheden for at udelukke tilbudsgivere med stor forfalden gæld til det offentlige.

Tilbudsgivere meldte ofte tilbage, at Skattestyrelsen ikke havde sendt erklæringen før fristen udløb. Indklagede havde en interesse i, at der kom så mange tilbud som muligt, og derfor ønskede de ikke at udelukke en bydende, som ikke havde modtaget erklæringen rettidigt. Det vigtigste var, at tro og love erklæringen kunne underskrives. Det gjorde ikke noget, at bilaget kom senere.

Indklagede udarbejdede altid anlægsbudgetter, som forud for gennemførelsen af anlægsarbejder blev lagt ind i projektkontoen. OZ vurderede, at begge de indkomne tilbud ved den omhandlede licitation opfyldte licitationsbetingelserne. Begge bydende kunne også udføre opgaven, men *Entreprenør B* var for dyr. Han var ikke umiddelbart i stand til at afgøre, om et tilbud kunne betegnes som ikke konditionsmæssigt, hvis blot tilbudssummen var for høj.

OZ kunne ikke oplyse præcist, hvor længe indklagede havde anvendt den tro og love erklæring, der var anvendt ved det omhandlede udbud. Den havde været anvendt i nogle år. Teksten var revideret ad nogle omgange, senest for 1 eller 2 år siden. Han kendte ikke den præcise formulering af teksten i de tidligere udgaver af tro og love erklæringen. Han mente, at teksten havde været skærpet, derefter lempet og ved en senere lejlighed igen skærpet. Efter den seneste lempelse var der ikke pligt til at fremlægge erklæringen fra Skattestyrelsen ved licitationen.

Det kunne godt passe, at datoen for bekendtgørelsen af den omhandlede licitation var den 5. august 2016, og at licitationen blev holdt den 13. september 2016.

Parternes argumenter

Klager har til støtte for sine påstande anført, at denne sag drejer sig om, hvorvidt indklagede burde have forkastet tilbuddet fra *Entreprenør A* i hovedentreprisen om demontering af nødleværk på Vandsøvej i Nuuk.

I det omfang Klagenævnet kommer frem til, at *Entreprenør A*'s tilbud burde have været forkastet, skal nævnet tage stilling til, om *Entreprenør B* er berettiget til erstatning som følge af, at indklagede ikke indledte forhandlinger med klager om dennes tilbud i licitationen, da klager ville have afgivet det billigste tilbud, hvis tilbuddet fra *Entreprenør A* var blevet forkastet.

Sagens kerne relaterer sig til indklagedes "Erklæring på tro og love om ubetalt, forfalden gæld til det offentlige m.m." samt i hvilket omfang og på hvilket tidspunkt oplysningerne her i skal honoreres af tilbudsgiverne.

Det skal i denne forbindelse bemærkes, at klager anførte i sit klageskrift, at erklæringen for så vidt angår *Entreprenør A* ikke var fremlagt ved licitationen.

Indklagede fremlagde med sit svarskrift erklæringen fra *Entreprenør A*. Som det er bekræftet af indklagede, jf. sagens Bilag A, side 2 af 2, fulgte der ikke med erklæringen oplysninger fra relevante skattemyndigheder, der kunne bekræfte indholdet i tro og love erklæringen.

Indklagede har i udbudsskrivelsen i bilag 1, s. 2, skitseret udbudsgrundlaget. Udbudsskrivelsen af 5. august 2016 indgår som en del heraf.

Af udbudsskrivelsen s. 1 fremgår: "For at entreprenøren kan komme i betragtning til at udføre opgaven, skal han kunne underskrive og opfylde kravene i Nu-kissiorfiits Erklæring på Tro og love om uforfalden gæld til det offentlige m.m."

Indklagede har oplyst, at de har lagt vægt på gæld til det offentlige i Grønland, men dette er i umiddelbar konflikt med tro- og love-erklæringen i henhold til hvilken, der ved gæld til det offentlige skal forstås gæld i det land, hvor virksomheden havde hjemsted.

I erklæringen er det fremhævet, at der skal vedlægges dokumentation fra de relevante skattemyndigheder for at underbygge erklæringens udsagn.

Betydningen heraf underbygges, når det efterfølgende anføres, at en tilbudsgiver kan udelukkes fra at deltage i udbud, såfremt tilbudsgiver ikke kan underskrive denne erklæring samt forevise bilag.

Indklagede anfører i sin duplik, s. 2, sidste halvdel, at indklagede med hjemmel i Landstingsforordning nr. 3 af 2. maj 1996 § 7, stk. 1, kan "træffe en beslutning, som tager hensyn til, om virksomhederne har ubetalt, forfalden gæld vedrørende skatter og afgifter og erhvervsuddannelsesbidrag ...".

Dette søger indklagede at underbygge med, at indklagede har ret til at foretage et skøn, "om hvorvidt *Entreprenør A* kunne have forfalden gæld til de grønlandske offentlige myndigheder ...".

Det gøres i denne forbindelse gældende, at § 7, stk. 1, i landstingsforordning nr. 3 af 2. maj 1996 ikke hjemler indklagede ret til at lægge ét sæt kriterier til grund for en tilbudsgiver og i givet fald et andet sæt kriterier for en anden tilbudsgiver i licitationen.

Det vil stride imod entrepriserettens ligebehandlingsprincip. Den nævnte landstingsforordnings § 7, stk. 1 kan i henhold til princippet *lex specialis* fremfor *lex generalis* ej heller hjemle indklagede den påståede ret, da § 7, stk. 1, ikke kan tilsidesætte reglerne om udbud i entrepriseretten.

Det må derfor lægges til grund, at de krav, som stilles i udbudsmaterialet, skal gælde ens for alle tilbudsgiverne, og dette vil ikke være tilfældet, hvis indklagede kunne tage forbehold for og dermed vise særlige hensyn til, hvorvidt og på hvilket tidspunkt *Entreprenør A* havde gæld til det offentlige.

Indklagede fremhæver i erklæringen vigtigheden af, at oplysningerne i erklæringen dokumenteres af en erklæring fra Skattestyrelsen. Denne tilkendegivelse lever op til kriteriet om, at de betingelser, der stilles i udbudsmaterialet, skal være opfyldt på licitationstidspunktet.

Indklagede har ikke belæg for sit forbehold for at kunne indhente manglende oplysninger fra/på en tilbudsgiver efter licitationen. Dette ville kunne give den pågældende tilbudsgiver mulighed for senere at honorere en eller flere af betin-

gelseerne i udbudsmaterialet eller licitationen, som tilbudsgiveren ikke opfyldte inden licitationen. En sådan fremgangsmåde ville endvidere rejse spørgsmålet om, hvor længe man kan vente på, at alle oplysninger fremsendes.

Tilbudsgiverne vil på licitationen dermed ikke være stillet lige i entrepriseretlig henseende og grundlaget for vurderingen af, hvorvidt et tilbud var konditions-mæssigt eller ej ville derfor også være forskelligt de enkelte tilbudsgiver imellem.

At *Entreprenør A* var forholdsvis nystiftet i forhold til licitationen er irrelevant i denne sammenhæng. Hvis man skulle tage hensyn til det, og derved lempe dokumentationskravene for *Entreprenør A*, ville dette også være i strid med ligebehandlingsprincippet.

At indklagede efterfølgende har indhentet oplysninger fra de grønlandske og – med duplikken – nu også fra de danske myndigheder ændrer ikke herpå.

Det må derfor lægges til grund, at *Entreprenør A* ikke opfyldte udbudsbetingelserne på licitationen ved ikke at have fremsendt den efterspurgte dokumentation for erklæringens indhold. Dette burde have affødt, at tilbuddet fra *Entreprenør A* skulle have været forkastet som ukonditions-mæssigt.

Når indklagede alligevel indgår kontrakt med *Entreprenør A*, afføder dette spørgsmålet om, hvorvidt indklagede ifalder erstatningsansvar overfor klager.

Klager har i sin replik citeret passus fra en retningsgivende Højesterets dom og betingelserne heri for, at en udbyder ifalder erstatningsansvar overfor en tilbudsgiver, der uretmæssigt er blevet frasortet ved en licitation.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede med ”den meget svage beskrivelse af dommen” ikke har haft mulighed for, at tage stilling til klagers anbringende.”

Klager går ud fra, at retspraksis også i denne sammenhæng forudsættes bekendt, men ikke desto mindre har klager henvist til den pågældende dom, hvorfra henvisningerne stammer i klageskriftet, UfR 2012.2952 H. Måtte man ikke have adgang til ugeskriftet, kan dommen også hentes på Højesterets domsdatabase på internettet.

Denne dom lagde grænserne for ansvarsgrundlaget for en udbyder i forbindelse med, at en tilbudsgiver frasorteres uretmæssigt ved en licitation. Dommens præmisser henviser til bestemmelser, som også gælder for den grønlandske tilbudslovgivning.

En udbyder skal i et tilfælde som det foreliggende i henhold til dommen kunne sandsynliggøre, at indklagede ville have annulleret licitationen, hvis et billigere men ukonditionsmæssigt tilbud var blevet afvist.

Dette er ikke gjort ved indklagedes mulighed og forbehold for at annullere udbuddet.

Indklagede har ej heller godtgjort, at det ikke var muligt at opnå den nødvendige merbevilling til at indgå aftale med klager. I denne forbindelse skal det også holdes for øje, at indklagede ville have kunnet forhandle med klager, som ville have afgivet det billigste tilbud, havde indklagede forkastet tilbuddet fra *Entreprenør A*.

Indklagedes "efterrationaliserede" budget for udbuddet har ikke betydning for denne sag, når indklagede ikke har undersøgt muligheden for at opnå en merbevilling.

Indklagede har derfor ikke løftet den strenge bevisbyrde, der blev fastslået ved dommen, for, at licitationen under de givne omstændigheder var blevet annulleret. Det må derfor med støtte i den refererede højesteretsdom lægges til grund, at klagers tilbud ville være antaget, hvis *Entreprenør A*'s tilbud var blevet forkastet.

Der er årsagsforbindelse mellem det tab, som klager har lidt som følge af det passerede, og indklagedes overtrædelse af udbudsbetingelserne. Klagers tab er tillige påregneligt for indklagede.

På denne baggrund ifalder indklagede et erstatningsansvar overfor klager, der vil udgøre den fortjeneste, som klager ville have haft, hvis der var indgået kontrakt med klager. Der henvises i denne forbindelse til sagens Bilag 5, som er dokumenteret ved klagers partsforklaring.

Indklagede skal derfor betale 280.450,00 kr. til klager.

Indklagede har til støtte for sin påstand anført blandt andet, at indklagede i alle henseender havde overholdt bestemmelserne i tilbudsloven. Begge tilbud blev anset for at være konditionsmæssige. Begge tilbud opfyldte kravet om, at tilbudsgiver skulle kunne underskrive tro- og love-erklæringen.

De bydende blev ikke behandlet forskelligt, da forbeholdet om efterfølgende at indhente evt. manglende oplysninger hos relevante myndigheder gjaldt for begge bydende.

Med formuleringen "skal kunne underskrive" i udbudsskrivelsen blev det betonet, at der ikke var tale om et mindste krav.

Om Landstingslov nr. 3 af 2. maj 1996 om inddrivelse og forebyggelse af restancer til det offentlige med senere ændringer bemærkede indklagede blandt andet, at efter § 7 kan offentlige myndigheder træffe beslutning om, at der ved antagelse af virksomheder til udførelse af bygge- og anlægsarbejder skal tages hensyn til, om virksomhederne har gæld til det offentlige.

Indklagede havde således bemyndigelse til at stille krav herom i udbudsmaterialet.

§ 7 i landstingsforordningen om inddrivelse af restancer gav indklagede mulighed for at udøve et skøn og indklagede havde i udbudsmaterialet betinget sig ret til på egen hånd at få bekræftet de afgivne oplysninger om gæld til det offentlige.

Entreprenør A var et nystiftet selskab (stiftelsesdato 30. juni 2016, jf. Bilag L), hvorfor myndighederne ikke lå inde med data for selskabet på tidspunktet for licitationen.

Indklagede kunne ikke få adgang til GER i tiden efter licitationen, så de havde ikke mulighed for ad den vej at tjekke, om *Entreprenør A* var registreret. Indklagede antog ud fra et skøn baseret på stiftelsesdatoen, at virksomheden ikke kunne have gæld til offentlige myndigheder i Grønland, hvilket blev bekræftet af telefoniske oplysninger fra skattemyndighederne. Efterfølgende er oplysningerne blevet bekræftet skriftligt.

Den tilsvarende danske lovgivning om begrænsning af skyldners mulighed for at deltage i licitationer mv. (Lovbekendtgørelse nr. 336 af 13. maj 1997 [Loven er ophævet]) var ikke gældende for Grønland. Det kunne derfor ikke give mening at henvise til retspraksis, baseret på dansk lovgivning.

Om tro- og love-erklæringen og den heri anførte definition på 'offentlig myndighed' bemærkede indklagede, at der med det offentlige naturligvis menes offentlige myndigheder i Grønland, da skatteområdet er hjemtaget.

Det var reelt uden betydning, om den krævede erklæring fra skattemyndighederne var vedlagt det aktuelle tilbud eller ej, var, da den kunne indhentes efterfølgende.

Ved tildelingen af arbejdet på grundlag af licitationsresultatet havde indklagede henholdt sig til § 17 i tilbudsloven, hvorefter der alene kunne forhandles med den tilbudsgiver, som afgav det laveste bud. I det aktuelle tilfælde var det *Entreprenør A*, der afgav det laveste tilbud, og derfor havde indklagede ikke hjemmel til at indlede forhandling med *Entreprenør B*.

Indklagede har bestridt, at indklagede ved budgetopstillingen skulle have "efter-rationaliseret" og bemærkede, at fem år ikke burde betragtes som lang tid i bygge- og anlægsmæssig sammenhæng. Det kunne derfor godt forsvares, at indklagede baserede sit budgetoverslag på erfaringspriser fra en tilsvarende opgave, der blev løst i 2011.

Som offentlig virksomhed var indklagede bundet af finansloven, og havde ikke som sådan mulighed for at hæve anlægsbudgettet. I udbudsannoncen havde indklagede endvidere forbeholdt sig ret til ikke at antage nogen af de afgivne bud. Derfor var indklagede ikke forpligtet til at antage *Entreprenør B's* tilbud, uanset om tilbuddet fra *Entreprenør A* måtte være ugyldigt. Der var en væsentlig afvigelse mellem de to tilbud på 50-60 % og *Entreprenør B's* tilbud oversteg budgettet i en sådan grad, at licitationen ville have været annulleret, hvis det havde været det eneste tilbud.

Indklagede havde fortolket udbudsmaterialets oplysning om, hvad der skulle forstås ved offentlig myndighed som Grønlandske myndigheder, og der var derfor ikke anvendt en fortolkning til skade for tilbudsgiverne.

Klager har alene et erstatningskrav, hvis indklagede havde lavet fejl i udbudsmaterialet. Klager havde dog afgivet tilbud, uden at have gjort indklagede opmærksom på eventuelle fejl, så det må lægges til grund, at udbudsmaterialet var i orden.

Klagenævnets afgørelse

Som sagen har været forelagt for Klagenævnet, og som påstandene er formuleret, kan nævnet alene tage stilling til, om indklagede har pådraget sig et erstatningsansvar ved at vælge *Entreprenør A*, fordi virksomheden ikke havde indsendt en erklæring fra Skattestyrelsen ved licitationen den 13. september 2016.

Klager har ikke gjort gældende, at der var fejl i udbudsmaterialet eller at *Entreprenør A's* tilbud var ukonditionsmæssigt af andre grunde.

Teksten i udbudsannoncen om de skattemæssige oplysninger adskilte sig fra teksten i udbudsskrivelsen. Af de to formuleringer er det klagenævnets opfattelse, at det er teksten i udbudsskrivelsen af 5. august 2016, der er bindende og derfor må lægges til grund for afgørelsen af denne sag.

Af udbudsskrivelsen fremgår, at de bydende skal kunne underskrive og opfylde kravene i den af indklagede affattede erklæring på tro og lov om ubetalt, forfalden gæld til det offentlige m.m.

Det er ubestridt, at *Entreprenør A* havde udfyldt og underskrevet den omhandlede tro og love erklæring på licitationstidspunktet. Dermed finder Klagenævnet, at indklagede har godtgjort, at *Entreprenør A* opfyldte kravene i udbudsskrivelsen vedrørende tro og love erklæringen.

Klagenævnet finder, at det ikke kan føre til et andet resultat, at den sidste del af tro og love erklæringen er formuleret således, at det forudsættes, at der er vedlagt en erklæring fra Skattestyrelsen. Nævnet har herved navnlig lagt vægt på den ovennævnte formulering af udbudsskrivelsen, hvor der alene blev stillet krav om, at tro og love erklæringen skulle kunne underskrives og opfyldes.

Herefter følger Klagenævnet ikke klagers påstand om, at indklagede har tildelt entreprisen til den af de to bydende, som ikke opfyldte udbudsbetingelserne. Herefter har klager ikke godtgjort, at der foreligger et erstatningsgrundlag.

Klagenævnet har besluttet, at tilbagebetale klagegebyret til klager. Nævnet har herved blandt andet lagt vægt på formuleringen af udbudsskrivelsen og af tro og love erklæringen.

Når indklagede i sit udbudsmateriale har stillet krav om, at de bydende skal komme med skattemæssige oplysninger, skal det fremgå præcist af udbudsskrivelsen, hvilke dokumenter, der skal indsendes med tilbuddet. Det skal endvidere fremgå af udbuddet, hvilken betydning oplysningerne i de indsendte dokumenter vil blive tillagt ved valget af tilbud. Når indklagede, som i denne sag, har tilladt, at der kan indsendes og indhentes skattemæssige oplysninger efter licitationen, er det vanskeligt for deltagerne at sikre sig, at der ikke sker forskelsbehandling.

Dertil kommer, at tro og love erklæringen er uklart formuleret og har et usædvanligt indhold. Således indestår underskriveren i den første del af tro og love erklæringen for de oplysninger vedkommende selv opgiver om sine skattemæssige forhold. Længere nede i erklæringen, anmodes underskriveren om på tro og love at indestå for Skattestyrelsens oplysninger i en anden erklæring, som forudsættes vedlagt. Det må betegnes som usædvanligt, at en privat person anmodes om på tro og love at bekræfte rigtigheden af en erklæring, der er afgivet af en offentlig myndighed.

En sådan uklarhed i udbudsmaterialet er ligeledes med til at fremkalde usikkerhed om, hvorvidt de bydende behandles éns.

Herefter bestemmes:

Indklagede frifindes.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thomassen

- - - - -

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Klagenævnet for Udbud, den 3. januar 2017.

Janus Køster
Sekretær for Klagenævnet for Udbud