



K E N D E L S E

23. oktober 2017
Sagsnr. 2017-15644
Dok. Nr. 24367569

”Udvidelse af kirkegård i Nanortalik”

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

Ved udbudsskrivelse af den 15. maj 2017 udbød Kommune Kujalleq (herefter indklagede) i offentlig licitation, hovedentreprisen: ”Udvidelse af eksisterende kirkegård v/ Tunuliaritseq 3922 Nanortalik”.

Tildelingskriteriet var ”laveste pris”.

Entreprenør A (herefter klager) var den eneste virksomhed, der afgav bud på opgaven.

Torsdag den 1. juni 2017 blev afholdt licitation. Ved brev af den 2. juni 2017 modtog klager meddelelse om, at de ville få endeligt tilsagn eller afslag medio uge 24.

Ved brev af 20. juni 2017 modtog klager underretning fra indklagede om, at licitationsresultatet havde været forelagt Økonomiudvalget. Det fremgår af brevet blandt andet, at Økonomiudvalget havde truffet følgende beslutning:

” ...

udvalget ønsker, at udbudsmaterialet oversættes til Grønlandsk og genudbydes.

I kraft heraf afvises alle modtaget tilbud.

Hvorved licitation af den 1. juni 2017 meddeles som værende aflyst.

...”

Den 12. juli 2017 indgav klager en klage til Klagenævnet for Udbud. Klagen har været behandlet mundtligt på et møde i nævnet den 11. oktober 2017.

Klager har nedlagt følgende påstand:

Indklagede har tilsidesat tilbudsloven, hvorfor indklagede skal tilpligtes at betale 682.245,60 kr. til klager samt sagens omkostninger.

Indklagede har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

Klager har opgjort sit tab i form af positiv opfyldelsesinteresse således:

Afgivet tilbud:	1.483.360,00 kr.
Fortjeneste på 46 %:	682.245,60 kr.

Sagens omstændigheder

Indklagede udbød første gang opgaven med udvidelse af kirkegården i Nanortalik i foråret 2016. Klager afgav tilbud den 20. marts 2016 med en samlet tilbudspris på 1.891.400 kr. (Bilag 8). Udbuddet blev annulleret på grund af manglende midler i kommunen.

I efteråret 2016 blev klager kontaktet af indklagede, og parterne indgik den 21. februar 2017 kontrakt på udvidelse af delområde 1A, som arealmæssigt svarede til ¼ af den udbudte entreprise (Bilag 9). Kontraktsummen udgjorde 450.000,00 kr. Den 23. februar 2017 indgik parterne tillægskontrakt vedrørende ekstraarbejder og ekstraudstyr i forbindelse med vinterforanstaltninger til en til-lægspris på 120.000,00 kr. (Bilag 10).

Arbejdet i henhold til kontrakterne i Bilag 9 og 10 blev udført og resten af kirkegårdsudvidelsen blev sendt i licitation ved tilbudsskrivelsen af 15. maj 2017 (Bilag 1). Det fremgik af udbudsskrivelsen blandt andet, at udbudsmaterialet kunne bestilles hos indklagede efter den 15. maj 2017, og at materialet alene ville blive sendt digitalt. Endvidere fremgik, at licitationen skulle afholdes den 1. juni 2017 klokken 14:00, og at kommunens kontaktperson var AB.

Af de Særlige Betingelser for udbuddet (Bilag 2) fremgik blandt andet, at:

”...

- 1.2 Byggeopgaven omfatter første del af udvidelsen af eksisterende kirkegård v/Tunuliartseq Aqq. Delområde D8 Nanortalik by, EtAp95e 1. Nærværende opgave omfatter oprensning for fjeld, større stenblokke i område 1B, 1C, 1D, kørervej, vendeplads, gangsti. Anlæggelse af kørervej, vendeplads og gangsti, samt anlæggelse og bygning af stengærer i udformning og konstruktion som på eksisterende kirkegård. Entreprisen udgør et areal på i alt 1100 m2.

...

- 2.1 For entreprisen er foruden den indgået kontrakt og nærnævnte SB følgende fælles betingelser m.v. gældende

- 2.2.1 AP95

...”

Ved tilbudsliste nr. 1 af 19. maj 2017 (Bilag 3) afgav klager tilbud på at udføre de udbudte arbejder til en samlet pris på 1.483.360,00 kr.

Klagers tilbud blev optaget i licitationsreferatet af 1. juni 2017 (Bilag 4), som det eneste tilbud, og uden indsigelser.

Herefter sendte indklagede de to breve, der er nævnt i indledningen af denne kendelse (Bilag 5 og 6). Indklagedes repræsentant har oplyst, at der endnu ikke er taget stilling til, om der skal gennemføres et fornyet udbud.

Af resultatopgørelsen i klagers årsrapport fra 2016 (Bilag 7), fremgår blandt andet, at klager havde en bruttofortjeneste på 25.678.528 kr. og at årets resultat udgjorde 2.068.902 kr.

Forklaringer

Der er under den mundtlige behandling af sagen afgivet partsforklaring af *DE*:

DE ejer 50 % af klager. *FG* ejer de resterende 50 %. *DE* begyndte sin karriere i Grønland som elektriker i 1994. I marts 2016 afholdt kommunen en licitation, der blev annulleret, fordi arbejdet var for dyrt. Det var kun klager, der bød på opgaven.

Da der ikke var flere gravpladser tilbage i Nanortalik, henvendte kommunen sig til klager. På det tidspunkt var jorden blevet frosset, og derfor blev arbejdet lidt dyrere end det ville have været tidligere på året. Det område, der blev klargjort i løbet af vinteren udgjorde ca. $\frac{1}{4}$ af det område, der tidligere havde været udbudt.

Klager gik i gang med arbejdet efter kontrakterne var indgået i efteråret 2016. Da arbejdet var færdigt, spurgte de kommunen, om de ikke skulle gøre hele området færdigt i henhold til det oprindelige tilbud, fordi de havde deres materiel stående i Nanortalik. Kommunens tekniske afdeling vendte tilbage og sagde, at de ønskede et nyt udbud på resten af området.

Der kom et nyt udbud, jf. Bilag 1, som klager bød på. Prisen på klagers tilbud var som det første tilbud, men de havde trukket det udførte arbejde fra. Prisen i tilbuddet fra 2017 var lidt højere, fordi der skulle fragtes noget materiel til sprængning m.v. fra Qaqortoq til Nanortalik. I 2016 havde de grejet i Nanortalik, da de havde brugt det til en anden opgave. Derfor var der lidt ekstra omkostninger i foråret 2017.

Efter licitationen fik de Bilag 6 og råbte vagt i gevær. De kontaktede juristen i Grønlands Erhverv, og han oplyste, at aflysningen var i strid med udbudsmate-

rialet. *DE* kan ikke se, at det skulle gøre nogen forskel, hvis opgaven udbydes på grønlandsk. Alle de firmaer, der har sprængningstilladelse har dansk talende ledelse.

I tilbuddet har de indregnet et dækningsbidrag på 46 % af entreprisensummen, som er et normalt dækningsbidrag i Sydgrønland. De har en vinter, der står for døren, hvor de ikke kan arbejde. Hele årets arbejde skal udføres på 4-5 måneder. De beholder deres medarbejdere om vinteren, selv om der ikke er noget arbejde, for ellers ville medarbejderne ikke være der, når de skal bruge dem om sommeren. Klagers omsætning i 2016 var lige under 45 mio. kr.

Parternes argumenter

For så vidt angår indklagedes afvisningspåstand, har **klager** gjort gældende, at klager har en direkte retlig interesse, da virksomheden er byder og adressat for annulleringen. Derfor er der ikke grundlag for afvisning af sagen.

Til støtte for sin påstand om erstatning, har klager anført, at indklagede har tilsidesat tilbudsloven ved ikke at acceptere klagers konditionsmæssige tilbud. Derfor har indklagede handlet ansvarspådragende.

Adgangen til at annullere et udbud er stærkt begrænset. Offentlige myndigheder kan ikke udbyde på skrømt. Når en offentlig myndighed er udbyder med kriteriet "laveste pris", afgiver myndigheden et løfte om, at man vil acceptere den laveste pris. Indklagede var forpligtet til at kontrahere med den tilbudsgiver, der afgav det laveste bud.

Myndigheden kan kun annullere et udbud, hvis der er en saglig begrundelse. I Bilag 6 har indklagede angivet den begrundelse, at indklagede ønskede materialet oversat til grønlandsk, og herefter ville genudbyde opgaven. Indklagede valgte at udbyde på dansk og her fanger bordet. Klager har derfor angivet en usaglig begrundelse for annulleringen.

Det almindelige entrepriseprog i Grønland er dansk, som det fremgår af AP 95.

Indklagede har udbudt den samme entreprise to gange. Begge gange skete udbuddet på dansk. Man kunne oprindeligt have valgt at udbyde på grønlandsk, men det valgte man ikke at gøre.

Indklagede har under klagesagen oplyst, at den bagvedliggende begrundelse skulle være, at tilbuddet oversteg bevillingen. Det er dog ikke den begrundelse, der er givet i brevet om afslag. Indklagede har haft rig lejlighed til at skaffe dokumentation for, at den reelle begrundelse skulle være en anden end den, som

klager fik oplyst. Klager har ikke skaffet sådan dokumentation, og derfor er det udokumenteret, at den reelle begrundelse skulle være økonomiske forhold.

Klager har reelt givet samme tilbudspris i 2017 som i 2016. Indklagede kendte derfor den pris for hele opgaven. Der er en lille afvigelse i prisen på tilbuddet i 2017 i forhold til tilbuddet fra 2016, som skyldes flytning af maskiner.

Indklagede er bundet af den begrundelse, der er givet i Bilag 6. Derfor er afslaget ugyldigt, og derfor har kommunen handlet ansvarspådragende.

Tildelingskriteriet er laveste pris. Klager afgav et konditionsmæssigt bud, og der var kun klagers bud. Derfor ville ordren være gået til klager.

Der er redegjort for, at man på et markedskonformt grundlag har indregnet et dækningsbidrag på 46 %, hvilket også stemmer med Bilag 7. Indklagede har ikke bestridt disse beregninger.

Da indklagede har truffet en ulovlig og usaglig afgørelse, har klager krav på dækning af sine sagsomkostninger, og klagegebyret skal tilbagebetales. Beløbet til dækning af omkostninger skal fastsættes efter landsrettens standardtakster for civile sager.

Indklagede har til støtte for sin påstand anført blandt andet, at sagen ikke skal styres af et forhandlingsprincip. Klagenævnet skal selvstændigt tage stilling til, om der er dokumentation for det økonomiske krav.

Til støtte for påstanden om afvisningen har indklagede anført, at det fremgår af udbudslovens § 30, stk. 2, at nævnet kan afvise en klage. Almindelige forvaltningsretlige regler om rekurs må finde anvendelse, herunder at nævnet kan afvise en klage, hvis klager ikke har en retlig interesse i at klage, jf. lovens § 29, stk. 1, nr. 1.

Klager har ikke en tilstrækkelig retlig interesse i at klage, idet virksomheden ikke har noget krav på at få tildelt den udbudte opgave. I tilfælde af annullering af licitationen, påhviler det klager at bevise, at klager enten havde fået opgaven eller at licitationen ikke var blevet afvist af andre grunde end de grunde, der har udløst klagen.

Den reelle begrundelse for annulleringen af det omhandlede udbud var, at tilbuddet var for højt i forhold til bevillingen. Kommunen er undergivet regler i styringsloven, og kommunen har vurderet, at der var et bevillingsmæssigt problem. Kommunen vil måske foretage et fornyet udbud, men det er ikke sket endnu.

Almindelige forvaltningsretlige principper siger, at begrundelsesmangler generelt ikke betragtes som væsentlige. Det er beklageligt, at der er angivet en forkert begrundelse, men den reelle begrundelse er, at tilbuddet var for dyrt.

En eventuelt senere beslutning om fornyet licitation og samtidig lade udbudsmaterialet oversætte til grønlandsk, vil ikke være udtryk for en konkurrence begrænsning, og interesserede vil kunne vælge at give bud på opgaven på dansk eller grønlandsk.

Beslutning om et fornyet udbud vil i givet fald blive truffet ud fra et ønske om at tiltrække flere bydende.

I almindelighed må det anses som sagligt at annullere et udbud, hvis der kun er indkommet et enkelt bud, som bygherren anser som værende for dyrt. I den aktuelle påklagede licitation har klager afgivet et bud, som væsentligt overstiger bevillingen.

I øvrigt er fravigelse af sprogkrav kun ud fra en konkret væsentlighedsvurdering en ansvarspådragende fejl, jf. forarbejderne til § 1, nr. 1, i Inatsisartutlov nr. 4 af 15. april 2011 om ændring af udbudsloven. Det fremgår af bemærkningerne blandt andet, at fravigelser, der efter omstændighederne kan være tilladelige er § 1, stk. 6, om dansk som entrepriseforholdets sprog.

Klager har ikke angivet omstændigheder, som indebærer at et eventuelt fornyet udbud på både grønlandsk og dansk, vil være usagligt under de foreliggende omstændigheder.

Klagenævnets afgørelse

Det fremgår af bemærkningerne til udbudslovens § 29, stk. 1, at enhver af de forbigåede ansøgere og tilbudsgivere har klageret. Klager afgav tilbud i den omhandlede licitation og er således klageberettiget. Klagenævnet følger derfor ikke indklagedes påstand om afvisning på grund af manglende retlig interesse.

Det fremgår af udbudslovens § 24, stk. 1, at udbyderen skal give en begrundet underretning til alle tilbudsgivere, såfremt en licitation annulleres. Af de særlige bemærkninger til bestemmelsen fremgår, at det er forudsat, at annullering kun sker, når der er en saglig grund. Det fremgår endvidere af de særlige bemærkninger, at begrundelsen skal være konkret og korrekt. Den begrundede beslutning skal gives uopfordret og hurtigst muligt.

Indklagede oplyste i sit brev af 20. juni 2017 til klager (Bilag 6), at licitationen var aflyst, fordi Økonomiudvalget ønskede udbudsmaterialet oversat til grønlandsk og genudbudt. Indklagede har ikke fremlagt nogen form for dokumentation for,

at begrundelsen reelt skulle være en anden end den, der blev oplyst i Bilag 6. Da indklagede havde pligt til hurtigst muligt at give en konkret og korrekt begrundelse for annulleringen, lægger Klagenævnet til grund, at licitationen blev annulleret af den grund, som indklagede oplyste i Bilag 6.

Klagenævnet finder, at udbudsloven med de tilhørende bemærkninger skal fortolkes sådan, at der skal tungtvejende og saglige grunde til at annullere et udbud. Begrundelsen må endvidere bygge på forhold, som udbyderen ikke kunne have taget højde for før udbuddet. Da indklagede på forhånd kunne vælge, hvilke sprog, de ville gennemføre udbuddet på, finder Klagenævnet ikke, at et ønske om at få udbudsmaterialet oversat udgør en saglig begrundelse for annullering af tilbuddet.

Klagenævnet finder, at indklagede har handlet ansvarspådragende ved at annullere licitationen uden en saglig grund og følger derfor klagers påstand om erstatning.

Da klager var den eneste bydende, og da der ikke er fremkommet oplysninger under sagen om, at klagers bud ikke var konditionsmæssigt, finder Klagenævnet, at det på det foreliggende grundlag må lægges til grund, at klager ville have fået kontrakten såfremt der ikke var sket overtrædelse af udbudsreglerne. Derfor har klager krav på erstatning af sin nettofortjeneste.

Klagenævnet finder ikke, at det er godtgjort, at klagers nettofortjeneste ville have udgjort 46 % af tilbudsprisen. Det er Klagenavnets vurdering, at en sådan nettofortjeneste i betydelig grad overstiger den almindelige fortjeneste ved entrepreopgaver af den omhandlede karakter og omfang.

Klagenævnet har skønsmæssigt fastsat den tabte fortjeneste til 15 % af tilbudsprisen, svarende til et beløb på 222.504,00 kr.

Det fremgår af udbudslovens § 31, at Klagenævnet kan pålægge udbyderen at godtgøre klagers sagsomkostninger, hvis klager får helt eller delvist medhold i klagen.

Klager, der har været repræsenteret af advokat under sagen, har i overvejende grad fået medhold i sin klage. Henset til sagens omfang og karakter, de økonomiske interesser, der har været involveret samt det arbejde og ansvar, der har været forbundet med sagen, besluttede klagenævnet at tilkende klager 10.000 kr. til dækning af sagsomkostninger. Beløbet er eksklusive moms, da arbejdet er udført i Grønland.

Klagenævnet besluttede endvidere, at klagegebyret skal tilbagebetales til klager.

Herefter bestemmes:

Kujalleq Kommune tilpligtes at betale 222.504,00 kr. til *Entreprenør A* samt sagens omkostninger med 10.000,00 kr.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thomassen

- - - - -

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Klagenævnet for Udbud, den 23. oktober 2017.

Janus Køster
Sekretær for Klagenævnet for Udbud