



21. februar 2018
Sagsnr. 2017-26980
Dok. Nr. xxxxxx

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

K E N D E L S E

Licitation over ejendomsservice på udlejningsejendomme i Nuuk

Ved udbudsskrivelse af den 11. oktober 2017 udbød Illuut A/S (herefter Indklagede) i offentlig licitation: "Ejendomsservice på udlejningsejendomme i Nuuk".

Tildelingskriteriet var "laveste pris".

Følgende virksomheder afgav tilbud på opgaven:

1. *Entreprenør A*
2. *Entreprenør B*
3. *Entreprenør C*
4. *Entreprenør D*

Den 1. november 2017 blev der afholdt licitation.

Ved mail af 3. november 2017 modtog *Entreprenør B* (herefter Klager) underretning om, at deres tilbud ikke var det laveste, og at indklagede havde indgået kontrakt med den tilbudsgiver, der havde afgivet det laveste tilbud.

Den 28. november 2017 indgav klager en klage til Klagenævnet for Udbud. Klagen har været behandlet mundtligt på et møde i nævnet den 14. februar 2018.

Klager har nedlagt følgende påstande:

1. Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med Inatsisartutlov nr. 11 af 2. december 2009 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren ved at have truffet beslutning om at indgå aftale med *Entreprenør D*, uanset at denne tilbudsgiver skulle være forkastet.
2. Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med Inatsisartutlov nr. 11 af 2. december 2009 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren og ligebehandlingsprincippet ved ikke at have forkastet tilbud, der var fremsendt ikke-krypteret pr. e-mail og åbnet forud for licitationen.
3. Klagenævnet skal tilpligte Indklagede at indgå aftale med Klager i henhold til Klagers tilbud af 1. november 2017.
4. Klagenævnet skal tilpligte Indklagede at betale omkostninger til Klager for sagens indbringelse og førelse for Klagenævnet for Udbud.
5. Frifindelse for Indklagedes subsidiære påstand.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært at Klager tilpligtes at anerkende, at Indklagede er berettiget til at annullere udbuddet og mere subsidiært, at Indklagede skal anerkende at indgå aftale med Klager baseret på Klagers tilbud og udbudsmaterialets betingelser.

Sagens omstændigheder

Af Indklagedes udbudsskrivelse af 11. oktober 2017 (bilag 1) fremgår blandt andet under overskriften "Aflevering af tilbud af licitation":

"...

Tilbud stiles til Illuut A/S og afleveres i ét eksemplar i en lukket kuvert. Uden på kuverten anføres tilbudsgivers navn og følgende påskrift:

"Licitation vedrørende ejendomsservice – Illuut".

Tilbuddet kan endvidere fremsendes elektronisk til *e-mail@illuut.gl*

Licitationen afholdes 1. november 2017 kl. 14:00 på Illuuts kontor, Aqqusinersuaq 39/4, 3900 Nuuk. De bydende har mulighed for at være til stede og herunder blive gjort bekendt med tilbudssummer og eventuelle forbehold.

Tilbud kan afleveres indtil licitationen starter. Elektroniske tilbud skal være modtaget hos Illuut A/S senest den 1. november 2017 kl. 13:00.

..."

Indklagede modtog 2 tilbud, der var sendt pr. mail. Det ene tilbud blev modtaget den 31. oktober 2017. Tilbuddet fra *Entreprenør D* blev modtaget pr. mail den 1. november 2017 klokken 9:45.

Licitationsreferatet blev sendt til de bydende den 7. november 2017.

Ved mail af 7. november 2017 (bilag 5) anmodede Klager om, at det udsendte licitationsreferat blev rettet, således at det fremgik af referatet, at de to elektroniske tilbud var åbnet før licitationen. Endvidere ønskede Klager tilføjet, at *advokat NN* sad med de åbnede tilbud inden han åbnede kuverterne fra *Entreprenør C* og Klager.

I licitationsreferatet af 7. november 2017 (bilag 6) blev herefter tilføjet følgende afsnit:

"...

De fremmødte afleverede disses bud i kuverter. *NN* redegjorde herefter for, at der var indkommet to elektroniske bud, ét fra *Entreprenør A* og ét fra *Entreprenør D*. *NN* havde umiddelbart inden licitationsmødet anmodet om de elektronisk indkomne bud blev udskrevet og *NN* medbragte dem til licitationslokalet.

..."

Parternes argumenter

Klager

Til støtte for de to første påstande har Klager gjort gældende, at det er en overtrædelse af tilbudslovens § 10, at de elektroniske tilbud var åbnet forud for selve licitationen.

Af bemærkningerne til bestemmelsen fremgår blandt andet, at: "Det er en forudsætning, at også elektroniske licitationsbud kan holdes "lukkede" indtil det tidspunkt, der er fastsat for åbningen af budene, jf. § 14. Det elektroniske tilbud må altså ikke kunne komme til udbyderens kundskab før licitationstidspunktet. Såfremt der anvendes diskette eller lignende, kan kravet opfyldes ved fremsendelse af denne i lukket kuvert, men fremsendes tilbud pr. e-mail, vil der skulle ske en kryptering eller anden tilsvarende form for adgangskontrol indtil licitationstidspunktet."

Kravet om, at også elektroniske tilbud skal holdes lukkede og ikke må komme til udbyderens kundskab før licitationstidspunktet finder støtte i den juridiske litteratur, hvor flere anerkendte forfattere har fremført dette synspunkt.

Klager har endvidere gjort gældende, at enhver overtrædelse af § 10 medfører, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt.

Det er uomtvistet, at de elektroniske tilbud blev sendt pr. mail flere timer før licitationsmødet, og at de ikke var krypterede. Den manglende kryptering bør medføre, at tilbuddene skulle have været forkastet som ukonditionsmæssige, allerede fordi de ikke opfyldte kravene i medfør af tilbudsloven.

Tilbudslovens § 14 om at åbne tilbuddene på licitationsstedet på et fastsat tidspunkt er endvidere ikke overholdt, idet de er kommet til indklagedes kundskab før licitationstidspunktet.

Klager har desuden gjort gældende, at indklagede har overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at indgå aftale med en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke opfyldte betingelserne for at komme i betragtning, fordi det ikke var konditionsmæssigt. Klager er dermed ikke blevet behandlet på lige fod med de øvrige tilbudsgivere, idet tilbuddet fra *Entreprenør D* burde have været forkastet.

Det bestrides, at der er tale om en mindre og ubetydelig fejl i udbudsprocessen. Ligebehandling i udbudsprocessen er en af grundstenene i tilbudsloven og processen.

I tilbudsloven tages der udgangspunkt i, at udbyderen ikke har mulighed for at se tilbuddet inden selve licitationen. Bemærkningerne herom er meget klare. Således fremgår det af bemærkningerne til tilbudslovens § 7, at: "Det følger af

ligebehandlingsprincippet, at en udbyder ikke er berettiget til at antage et tilbud, der afviger fra grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, [...]”

Kravet om, at tilbuddet skal indleveres i en lukket kuvert er helt grundlæggende, og Indklagede har derfor ikke været berettiget til at antage tilbuddet.

Klager bestrider, at der i Grønland ikke kan stilles krav om kryptering af mail. Det er muligt at kryptere en mail ved brug af gratisprogrammer så som ”Pretty Good Privacy” og ”Signal”. Ligeledes er det muligt at sætte en lås på selve filerne ved at pakke dem i en ZIP-fil og påføre ZIP-filen en kode, således at denne ikke åbnes førend koden indtastes. Det vil være en helt normal fremgangsmåde, at man oplyser koden på selve licitationsmødet, således at tilbuddet ikke kan komme til udbyderens kundskab før licitationsmødets begyndelse.

Tilbudsgiver har tilsidesat en helt normal og gængs procedure for tilbud og tilbuddene skal som følge heraf forkastes.

Til støtte for påstand nr. 3 har Klager gjort gældende, at Klagers tilbud er det billigste af de konditionsræssige tilbud, der blev afgivet. Efter betingelserne i udbudsskrivelsen er Indklagede forpligtet til at indgå aftale med Klager.

Klager bestrider, at Indklagede er berettiget til at annullere licitationen som følge af, at en tilbudsgiver bevidst har undladt at kryptere sit tilbud. Til sammenligning ville man heller ikke annullere hele licitationen, hvis en tilbudsgiver havde afleveret sit tilbud i et gennemsigtigt, åbent plasticchartek. Her ville man også blot forkaste tilbuddet, idet det ikke overholdt det grundlæggende krav om, at tilbud skulle afleveret i en lukket kuvert.

Indklagede

Til støtte for frifindelsespåstanden har Indklagede gjort gældende, at der ikke kan stilles krav om, at elektroniske bud er krypteret.

Det forhold, at et elektronisk tilbud ikke er krypteret, medfører ikke pligt for udbyder til at forkaste tilbuddet. Mails bruges i vidt omfang i Grønland, og der er ikke samme muligheder for kryptering som i andre lande. Desuden er misbrug af den viden, man opnår ved at handle på en mail kriminaliseret. En lukket fysisk kuvert kan åbnes ved hjælp af damp. Derfor er det ikke relevant at sondre mellem elektronisk post og lukkede fysiske kuverter.

Det forhold, at de elektronisk modtagne bud blev åbnet før licitationen er en formel overtrædelse af reglerne, der er begået af Indklagede. Da det er Indklagedes fejl, kan den under ingen omstændigheder medføre, at tilbuddene bliver ukonditionsræssige.

Det er ubestridt, at eventuelle fejl i udbudsprocessen ikke har haft betydning for resultatet. Formelle fejl uden risiko for at det grundlæggende ligebehandlingsprincip udfordres bør ikke tillægges betydning ved vurdering af en licitations gennemførelse og resultat.

De tilbudsgivere, der sendte deres tilbud i en åben mail tog en risiko og udsatte sig for, at Indklagede kunne have fortalt andre om deres pris. Dette kunne have ført til, at Indklagede kunne have forsøgt at få lavere priser fra andre tilbudsgivere. Reelt fik det dog ingen betydning, hvilket fremgår af, at *Entreprenør D* fik ordren.

Til støtte for sin subsidiære påstand om annullering af licitationen har Indklagede gjort gældende, at Indklagede er berettiget til at annullere licitationen, hvis klagenævnet fastslår, at der er begået ikke uvæsentlige fejl i forbindelse med udbudsprocessen.

De forhold, som Klager har gjort gældende til støtte for sine påstande må føre til, at Indklagede er berettiget til at annullere udbuddet.

Det fremgår af en række domme, at der er en vid adgang for en udbyder til at annullere et udbud. Det relevante kriterium er, om annulleringen er sagligt begrundet. Klager har ikke dokumenteret, at det vil være usagligt for Indklagede at annullere det udbud, som denne sag omhandler.

For så vidt angår den mere subsidiære påstand har Indklagede anført, at den følger direkte af Klagers påstande og ikke kræver særlig underbygning.

Klagenævnets afgørelse

Parterne er enige om sagens faktiske forløb. Tvisten består i en fortolkning af tilbudslovens regler, når bud afgives elektronisk via mail.

Klagers påstande nr. 1 og 2

Klagenævnet er enig med Klager i, at det er en helt grundlæggende betingelse for en licitation, at alle tilbud forbliver "lukkede" indtil licitationsmødet.

Hvis en udbyder accepterer at modtage elektroniske tilbud, vil det være hensigtsmæssigt, at udbyderen oplyser i sin udbudsskrivelse, hvordan elektroniske tilbud kan afleveres. Udbyder skal i den forbindelse være opmærksom på, at ethvert tilbud, der afgives på et elektronisk medie er et elektronisk tilbud. Tilbud, der gives på et usb stik eller lignende elektroniske medier vil derfor også være omfattet af de betingelser, som tilbudsgiver angiver for elektroniske bud.

Hvis udbyderen ikke nærmere har beskrevet, hvordan elektroniske tilbud kan afgives, er det tilbudsgivers ansvar at sørge for, at tilbuddet afgives i lukket form.

I denne sag blev de to elektroniske tilbud sendt i et helt åbent format, hvor de uden videre kunne læses for modtageren. Disse tilbud var således ikke afgivet i et lukket format, og de var derfor ikke afleveret på den rette måde.

Da afgivelse af åbne bud er en væsentlig overtrædelse af licitationsbetingelserne, tager klagenævnet Klagers påstande nr. 1 og 2 til følge.

Indklagedes subsidiære påstand

Indklagede er berettiget til at annullere udbuddet, hvis der foreligger saglige grunde.

Klagenævnet finder, at Indklagedes beskrivelse af proceduren for aflevering af tilbud til licitationen er uklare. Det er endvidere klagenævnets opfattelse, at den uklare beskrivelse af proceduren kan have givet anledning til en forvirring hos tilbudsgiverne, som har medvirket til, at de to elektroniske tilbud ikke blev afleveret på den rette måde.

Det fremgår af udbudsskrivelsen, at tilbud kunne afleveres indtil licitationens start den 1. november 2017 klokken 14:00. Det fremgår dog umiddelbart herefter, at elektroniske tilbud skulle være modtaget af indklagede senest den 1. november 2017 klokken 13:00.

Således skulle tilbud, der blev afgivet helt eller delvist på et elektronisk medie afleveres en time før andre tilbud. Det fremgår hverken af udbudsskrivelsen eller af sagens øvrige materiale, hvilke saglige grunde, der berettigede Indklagede til at fastsætte et særligt tidspunkt for aflevering af elektroniske bud.

Endvidere skelner Indklagede flere steder i beskrivelsen af betingelserne for aflevering af tilbud mellem tilbud, der afleveres elektronisk og andre tilbud.

Herefter finder klagenævnet, at der er sket en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, som må medføre, at der foreligger en saglig grund til at annullere licitationen. Derfor tager klagenævnet Indklagedes subsidiære påstand til følge.

Klagers påstand 3

Da Indklagede har fået medhold i sin påstand om, at Klager tilpligtes at anerkende, at Indklagede er berettiget til at annullere udbuddet, og da klagenævnet ikke kan forpligte en tilbudsgiver til at indgå kontrakt med en nærmere bestemt virksomhed, tages Klagers påstand ikke til følge.

Klagers påstand 4

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

Da begge parter har fået delvist medhold i deres påstande, finder klagenævnet, at hver part bør bære egne omkostninger.

Klagenævnet besluttede endvidere, at klagegebyret skal tilbagebetales til Klager.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med Inatsisartutlov nr. 11 af 2. december 2009 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren ved at have truffet beslutning om at indgå aftale med *Entreprenør D*, uanset at denne tilbudsgiver skulle være forkastet.

Indklagede har handlet i strid med Inatsisartutlov nr. 11 af 2. december 2009 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren og ligebehandlingsprincippet ved ikke at have forkastet tilbud, der var fremsendt ikke-krypteret pr. e-mail og åbnet forud for licitationen.

Klager tilpligtes at anerkende, at Indklagede er berettiget til at annullere udbuddet.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til Klager. Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thomassen

— — — — —

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Klagenævnet for Udbud, den 23. oktober 2017.

Janus Køster
Sekretær for Klagenævnet for Udbud