

K E N D E L S E

Aarsleff Rail A/S  
(advokat Majse Jarlov, Hellerup)

mod

Viborg Kommune  
(advokat Svend Bjerregaard, Aarhus)

Den 20. august 2018 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstandene 1- 8. Efter afsigelse af kendelsen har Aarsleff Rail A/S nedlagt påstand om erstatning. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Aarsleff Rail A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 9

Viborg Kommune tilpligtes til Aarsleff Rail A/S at betale 7.497.330 kr., subsidiært et af Klagenævnet for Udbud fastsat mindre beløb, med tillæg af procesrente fra klagens indgivelse den 6. december 2017, subsidiært forrentet fra et senere tidspunkt.

Påstand 10 (subsidiær i forhold til påstand 9)

Viborg Kommune tilpligtes til Aarsleff Rail A/S at betale 406.210,20 kr., subsidiært et af Klagenævnet for Udbud fastsat mindre beløb, med tillæg af procesrente fra klagens indgivelse den 6. december 2017, subsidiært forrentet fra et senere tidspunkt.

Aarsleff Rail A/S (herefter Aarsleff Rail) har opgjort sit krav i påstand 9 som differencen mellem Aarsleff Rails tilbudspris på 48.201.229 kr. med fradrag af den oplyste kostpris på 40.703.898,61 kr. svarende til en dækningsgrad på 15,55 %.

Aarsleff Rail har opgjort sit krav i påstand 10 således:

|  |   |                      |
|--|---|----------------------|
| Sektionsleder Jens H. Petersen:                      |   |                      |
| 346 timer af 643,75 kr.                              | = | 222.737,50 kr.       |
| Sektionsdirektør Claus D. Christophersen:            |   |                      |
| 15 timer af 906,25 kr.                               | = | 13.593,75 kr.        |
| Projektleder Johnny F. Petersen: 128 timer af 437,50 | = | 56.000,00 kr.        |
| Kalkulationsmedarbejder Ingvar Parmann:              |   |                      |
| 62 timer af 437,50 kr.                               | = | 27.125,00 kr.        |
| Teknisk assistent Mimi Kristensen:                   |   |                      |
| 45 timer af 387,50 kr.                               | = | 17.437,50 kr.        |
| Sekretær Maibrit Lindgren: 30 timer af 387,50 kr.    | = | 11.625,00 kr.        |
| Entrepriseleder Louise K. Hansen:                    |   |                      |
| 18 timer af 437,50 kr.                               | = | 7.875,00 kr.         |
| Formand Jonas B. Svendsen: 24 timer af 412,50        | = | 9.900,00 kr.         |
| Kalkulationsmedarbejder Stig Mikkelsen:              |   |                      |
| 42 timer af 437,50 kr.                               | = | <u>18.375,00 kr.</u> |
| Administrationsomkostninger (udgift til kontorhold): |   |                      |
| 0,056 % af 385.106,25                                | = | <u>24.811,15 kr.</u> |
| Omkostninger i alt:                                  |   | 406.210,20 kr.       |

Viborg Kommune har over for begge påstande påstået frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

### Baggrund

Ved kendelsen af 20. august 2018 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt udbudsloven således:

#### ”Påstand 1

Viborg Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigthedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have tildelt den udbudte kontrakt til Murerfirma Kaj Bech A/S, uagtet Murerfirma Kaj Bech A/S har afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud.

#### Påstand 2

Viborg Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, og lov om Klagenævnet for Udbud § 3 ved ikke i sin underretning om tildelingsbeslutning af 27. november 2017 at have oplyst en dato for standstill-periodens udløb samt ved at have oplyst et forkert starttidspunkt for standstill-periodens begyndelse.

#### Påstand 3

Viborg Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, idet Viborg Kommunes underretning om tildelingsbeslutningen ikke er ledsaget af en fyldestgørende redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen.”

Klagenævnet annullerede desuden Viborg Kommunes tildelingsbeslutning af 27. november 2017 om at tildele den udbudte kontrakt til Murerfirma Kaj Bech A/S.

#### Supplerende oplysninger

Den 13. oktober 2017 sendte Martin Svenning Nielsen et overslag vedrørende Ny Banebro, Viborg, til kommunens rådgiver Tue Bisgaard Jensen med følgende hovedtal:

”Entreprise N: ca. 35, 5 mio. ekskl. Option  
 Entreprise O: ca. 2,6 mio.  
 Entreprise P: ca. 4,0 mio.”

Mailen var vedhæftet overslag for de enkelte entrepriser opdelt i hovedposter.

Af rettelsesblad nr. 3. af 9. november 2017 fremgik følgende om broentreprisen, pkt. 8, vedrørende SAB pkt. 40.1.1.

”Spørgsmål 3:

SAB pkt. 40

40.1.1

Skaktmål

- Er skaktmål 193x304 cm fast?
- Hvis ja, skal vi så lave elevatorkabine så stor som mulig i denne skaktstørrelse?
- Må døre være side teleskop ved skakt 193 cm?

Alternativt skal skakten være bredere for at både kunne have teknik for elevator med 1.600 kg nyttelast og døre med lysning efter TSI krav.

Svar:

Skakt konstruktioner er vist på tegningerne nr. ...

Fundamenter er vist på tegningerne nr. ...

Elevatoren påregnes af kunne installeres i skakt dannet af disse konstruktioner. Bemærk elevator er påregnet fastholdt af de angivne HILTI HAC profiler.

Hvis det mod forventning kræver ændringer af dørbredde til 900 mm, for at montere elevator med den angivne skakt dimension og konstruktion, skal dette oplyses ved tilbuddet.

Skal der anvendes en større skakt for at indbygge aktuel elevator skal den nødvendige skakt størrelse oplyses i forbindelse med tilbuddet

Krav til dørlysning kan blive reduceret eller skakt dimensioner kan øges som beskrevet i SAB 40.1.5.”

Af brev af 15. november 2017, hvormed Aarsleff Rail sendte deres tilbud til Viborg Kommune, fremgår blandt andet:

”... kan vi hermed tilbyde at udføre arbejdet for en samlet pris som angivet og fordelt i vedlagte udfyldte tilbudsliste.

Grundlag og forudsætninger:

- Rettelsesblad nr. 1-2-3-4 er indeholdt

Præcisering:

Tbl. Armering: Post 06.06.01 og 06.06.02 er mængden sat til ,3 armeringsjern, vi har indregnet enheden i tons og ikke som angivet i m<sup>3</sup>

Tbl. Stål: Post 20.10.42 er mængden sat til 3,4 stk som vi har indregnet, vi mener at mængden bør være 34 stk

Tbl. Tilløb: Er post 50.02.01 er indeholdt i TBL: autoværn og rækværker post 09.01.02”

Viborg Kommune har under erstatningssagens behandling oplyst, at der ville være følgende pointgivning til tilbudsgiverne, såfremt Kaj Bech A/S ikke er medtaget, og der ikke er sket en kapitalisering af de forhold, som kommunen har anført udgør afvigelser i Aarsleff Rails tilbud:

## Pointberegning i tilfælde af at KB diskvalificeres, 2018-10-12

TILST,

|            | Arkil    | Bladt    | CG Jensen | Aarsleff |
|------------|----------|----------|-----------|----------|
| Tilbudssum | 46979808 | 58822926 | 48848400  | 48027451 |

|                                     | Arkil       | Bladt       | CG Jensen   | Aarsleff    |
|-------------------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| <b>A - Pris</b>                     |             |             |             |             |
| Pris, point                         | 10,00       | 3,70        | 9,01        | 9,44        |
| Pris, Vægtet 50%                    | 5,00        | 1,85        | 4,50        | 4,72        |
| <b>B - Beskrivelse</b>              |             |             |             |             |
| Pkt. 1, udførelsesmetode            | 8           | 8           | 8           | 9           |
| Pkt. 2, tidsplan                    | 8           | 4           | 7           | 7           |
| Pkt. 3, sporspæringer og togpassage | 8           | 8           | 7           | 8           |
| Pkt. 4, gener for naboer            | 7           | 7           | 7           | 8           |
| Pkt. 5, aktiviteter i sporspæringer | 8           | 9           | 7           | 10          |
| Beskrivelse, point                  | 39          | 36          | 36          | 42          |
| Beskrivelse, point omregnet         | 9,29        | 8,57        | 8,57        | 10,00       |
| Beskrivelse, vægtet 30%             | 2,79        | 2,57        | 2,57        | 3,00        |
| <b>C - Projektorganisation</b>      |             |             |             |             |
| Pkt. 1, nøglepersoner               | 5           | 7           | 7           | 6           |
| Pkt. 2, back-up                     | 7           | 7           | 7           | 7           |
| Pkt. 3, organisation                | 8           | 9           | 7           | 8           |
| Projektorganisation, point          | 20          | 23          | 21          | 21          |
| Projektorganisation, point omregnet | 8,70        | 10,00       | 9,13        | 9,13        |
| Projektorganisation, vægtet 20%     | 1,74        | 2,00        | 1,83        | 1,83        |
| <b>Samlet point</b>                 | <b>9,52</b> | <b>6,42</b> | <b>8,90</b> | <b>9,55</b> |

Parternes anbringender

Aarsleff Rail har gjort gældende, at Viborg Kommune ved de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at kommunen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Aarsleff Rail.

Aarsleff Rail har nærmere anført, at Viborg Kommune har begået en så grov og kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne, at overtrædelserne bør tillægges processuel skadevirkning i Aarsleff Rails favør.

Viborg Kommune har anført, at det på baggrund af klagenævnets kendelse er ubestridt, at kommunen har begået en ansvarspådragende fejl, men kommunen har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne ikke indebærer, at kommunen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Aarsleff Rail.

Viborg Kommune har nærmere anført, at betingelsen om årsagsforbindelse ikke er opfyldt, da Aarsleff Rails tilbud var ukonditionsmæssigt, og at Aarsleff Rail derfor ikke lovligt kunne tildeles kontrakten, subsidiært har kommunen anført, at kommunen havde været nødsaget til at annullere ud-

buddet, da antagelsen af de øvrige tilbud – bortset fra tilbuddet fra Kaj Bech A/S – medførte så væsentlige overskridelser af Viborg Kommunes budget, at kommunen ikke havde mulighed for at fortsætte udbuddet med kontrakt-tildeling.

*Erstatningskravet, herunder årsagssammenhæng og tabsopgørelse*

Aarsleff Rail har vedrørende *påstand 9 om positiv opfyldelsesinteresse* gjort gældende, at Aarsleff Rail ville have fået kontrakten om det udbudte bygge- og anlægsarbejde, hvis Viborg Kommune ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og erstatningspådragende, eller at det i hvert fald er overvejende sandsynligt, at Aarsleff Rail ville have fået kontrakten, og at Aarsleff Rail derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Aarsleff Rail har nærmere anført, at der ikke skal ske fradrag i den mistede fortjeneste som følge af frigjorte ressourcer til udførelse af dækningsarbejder, da Aarsleff Rail utvivlsomt ville kunne udføre både den udbudte opgave og dækningsarbejdet. Der er desuden ikke særlige risici forbundet med udførelsen af den udbudte opgave, som kan begrunde et fradrag ved erstatningens opgørelse. En dækningsgrad på 2 % på virksomhedsniveau forudsætter nødvendigvis en markant højere dækningsgrad på projektniveau, da der også skal ske finansiering af driftsomkostninger som kontorhold, tilbudsomkostninger, efteruddannelse og løn til stabsfunktioner.

Der er årsagssammenhæng mellem Viborg Kommunes overtrædelse af udbudsreglerne og Aarsleff Rails tab, da Aarsleff Rail, hvis udbudsreglerne havde været overholdt, ville have fået tildelt kontrakten ifølge den evaluering, som fremgår af kommunens evalueringsrapport af 24. november 2017.

Aarsleff Rail har bestridt, at Aarsleff Rails tilbud indeholder forbehold, som fører til, at Viborg Kommune var forpligtet til at erklære Aarsleff Rails tilbud ukonditionsmæssigt, ligesom det er bestridt, at dette er konsekvensen af klagenævnets kendelse af 20. august 2018.

Aarsleff Rail har nærmere om armering, post 06.06.01 og 06.06.02, anført, at Aarsleff Rails præcisering af den anførte måleenhed i m<sup>3</sup> ikke under tilbudsevalueringen blev betragtet som en afvigelse, som medførte, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Det var åbenbart, at den anførte måleenhed i

m<sup>3</sup> var en klar fejl fra kommunens side. Det følger af de anførte mængder, som alene ville give mening, hvis det anførte var enheder i ton. Hvis position 06.06.01 og 02 skulle opgøres i m<sup>3</sup> ville det indebære en armeringsgrad på 500 kg/m<sup>3</sup>, hvilket er helt usædvanligt og usandsynligt. De øvrige enheder under position 06 er også anført i ton, og kommunen har ikke anført saglige argumenter for anvendelsen af enheden m<sup>3</sup>, hvilket understøtter, at opgørelsen i m<sup>3</sup> er en fejl. Prisen for armering er meget ensartet, og kommunen kunne nemt have foretaget en kapitalisering af den påståede afvigelse ved at foretage en omregning fra den tilbudte måleenhed i ton til den fejlagtigt efterspurgte måleenhed i m<sup>3</sup>. Der var imidlertid tale om en åbenlys fejl, og Aarsleff Rails præcisering var derfor en nødvendig korrektion og ikke et forbehold, der skulle kapitaliseres.

Vedrørende stål, post 20.10.42, har Aarsleff Rail anført, at Aarsleff Rail har givet pris på præcis den mængde på 3,4 styk, som Viborg Kommune efterspurgte i tilbudslisten. Det forhold, at den mængde, som kommunen havde anført, muligvis var forkert, og at Aarsleff Rail var opmærksom herpå, kan ikke føre til, at Aarsleff Rails tilbud er ukonditionsmæssigt. Aarsleff Rail og de andre tilbudsgivere har ikke en forpligtelse til at gætte sig til, hvad kommunen retmæssigt burde have udbudt.

Aarsleff Rail har prissat samtlige ydelser i udbudsmaterialet. Post 50.02.01 er også prissat – til prisen 1 kr. Allerede af denne grund er tilbuddet ikke ukonditionsmæssigt. Tilkøbsydelsen i post 50.02.01 omhandler ”levering af håndlistelys, drivere og convertere til rækværker”, og enheden er opgjort til 206 meter. Denne ydelse er allerede indeholdt i hovedydelsen omfattet af post 09.01.02, som omhandler ”levering og montering af rækværker ved Gymnasiets niveau II og levering af håndlistelys, drivere og konvertere” og enheden er opgjort til 206 meter. Dette er årsagen til, at Aarsleff Rail har prissat tilkøbsydelsen til 1 kr., og Aarsleff Rail har tilbudt denne ydelse til 1 kr. Situationen kan ikke sidestilles med, at kommunen efter tildelingen gav Kaj Bech A/S mulighed for at tilføje enhedspriser, som det blev underkendt ved klagenævnets kendelse af 20. august 2018. Aarsleff Rails præcisering vedrørende position 50.02.01 skyldes de modstridende oplysninger i tilbudslisten, og udfyldelsen afspejler ikke et frit valg af, hvorvidt position 50.02.01 er indeholdt i position 09.01.02. Det er Viborg Kommune, som har valgt at udforme tilbudslisten som sket, og Aarsleff Rails måde at håndtere den uklare tilbudsliste kan ikke lægges Aarsleff Rail til last.

Mindstekravene til elevatorstolen vedrørte alene elevatorens bredde og dybde, hvilket bl.a. har betydning for plads til at transportere en bære. Samme restriktioner er ikke relevant for højden, og ved svar til spørgsmål 2 præciserede kommunen også, at ”kabinestørrelse 1400 x 2400 ligger fast...”, mens det følger af svar til spørgsmål 3, at ”Skal der anvendes en større skakt for at indbygge aktuel elevator skal den nødvendige skaktstørrelse oplyses i forbindelse med tilbuddet”. Kommunen var således åben over for en ændring af skakten i form af en større skakt, hvis det måtte blive nødvendigt for at få plads til den krævede elevator med dimensionerne 140 x 240 cm. Aarsleff Rail har tilbudt en elevator med dimensioner, som opfylder mindstekravene, mens Kaj Bech A/S tilbød en elevator med dimensionerne 140 x 220 cm, hvilket ikke opfyldte mindstekravene. Det bestrides derfor også, at det er ”et notorisk faktum”, at Aarsleff Rail har tilbudt en elevator, som er for stor i forhold til mindstekravene.

Viborg Kommune har hverken på evalueringstidspunktet eller senere været forpligtet til at erklære Aarsleff Rails tilbud for ukonditionsmæssigt, og selvom kommunen måtte have været berettiget til på evalueringstidspunktet at afvise Aarsleff Rails tilbud som ukonditionsmæssigt, er kommunen nu afskåret herfra, da kommunen er bundet af sin tidligere beslutning om at erklære Aarsleff Rails tilbud for konditionsmæssigt. Kommunen er således ikke berettiget til ca. 1 år senere at genåbne tilbudsevalueringen i sin helhed og foretage en endelig evaluering. Kommunen var forpligtet til at foretage en endelig evaluering af samtlige tilbud og kunne ikke nøjes med at foretage vurdering af konditionsmæssigheden af det tilbud, som fik den bedste evaluering. Det er ikke lovligt at lade ukonditionsmæssige tilbud indgå i den kvalitative vurdering, og den allerede foretagne tilbudsevaluering er ikke bortfaldet som følge af klagenævnets kendelse af 20. august 2018. Det er udokumenteret, at en kapitalisering af de påståede forbehold vil føre til et andet resultat, end det der fremgår af pointberegningen som beskrevet den 12. oktober 2018, og Aarsleff Rail er derfor den retmæssige vinder.

Aarsleff Rail har bestridt, at Viborg Kommune ville have annulleret udbuddet, såfremt Kaj Bech A/S' tilbud var erklæret ukonditionsmæssigt, og har henvist til, at kommunen har en skærpet bevisbyrde herfor, jf. UfR2012.2952H. Viborg Kommune har ikke sandsynliggjort sit anbringende. Det er derimod usandsynligt, at der ville ske annullation, da kommunen tidligere nøje har redegjort for, at tid havde afgørende betydning for kommunen som følge af frister for indmelding af sporændringer 1,5 år før spor-



spærringens gennemførelse, og da de tre øvrige entrepriser afhang af udførelsen af entreprise N. Et genudbud ville kunne nødvendiggøre bestilling af nye spærspærringer, hvilket kunne tage flere år, og kommunen ville derfor gå meget langt for at få entreprisen gennemført til tiden. Der er endvidere ikke konkrete holdepunkter for at antage, at kommunen ikke ville kunne få den nødvendige tillægsbevilling på plads. Viborg Kommunes tidligere betoning af tid må udgøre en skærpene omstændighed i forhold til kommunens bevisbyrde for at sandsynliggøre en hypotetisk annullation af udbuddet. Aarsleff Rail har herved henvist til klagenævnets kendelser af 13. januar 2013, Brdr. Pedersen mod Guldborgsund Kommune, af 6. december 2012, Mikro Værkstedet mod SSU og af 19. december 2016, Zøllner mod Hundested Havn m.fl. Endelig har Aarsleff Rail anført, at Viborg Kommune har mulighed for at afslutte sit udbud med en lovlige kontrakttildelelse til Aarsleff Rail, hvorfor kommunen ikke er forpligtet til at annullere udbuddet.

Aarsleff Rail har vedrørende *påstand 10 om negativ kontraktinteresse* gjort gældende, at Aarsleff Rail i hvert fald har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de forgæves afholdte udgifter til sin tilbudsudarbejdelse, og at Aarsleff Rail således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

Aarsleff Rail har nærmere anført, at tabet er baseret på Aarsleff Rails afholdte lønomkostninger til de medarbejdere, der har udarbejdet det afleverede tilbud og øvrig udgift til administration. Aarsleff Rail har henvist til tilbuddets omfang, herunder at der er udarbejdet en detaljeret kvalitativ beskrivelse af den tilbudte løsning, som blandt andet omfatter 10 projektspecifikke CV'er, organisationsplan og detaljeret tidsplan. Aarsleff Rail har videre henvist til, at Aarsleff Rail har anvendt skønsmæssigt 5 timer udelukkende på at verificere positioner og sammentællinger i tilbudslisten, som var fejlbehæftet. Aarsleff Rail har henvist til timesedler og en erklæring om bekræftet tidsforbrug for så vidt angår sektionsleder Jens H. Petersens tidsforbrug.

For så vidt angår ansvarsgrundlag og årsagssammenhæng har Aarsleff Rail henvist til det, der er anført i forbindelse med påstand 9, og har supplerende anført, at Aarsleff Rail har indregnet sin udgift til udarbejdelse af tilbud i det samlede forventede dækningsbidrag, som Aarsleff Rail burde have opnået i kontraktperioden, og at udgiften derfor ikke er blevet dækket.

Aarsleff Rail ville ikke have deltaget i udbuddet, hvis Aarsleff Rail på tidspunktet for afgivelsen af tilbud havde haft kendskab til Viborg Kommunes senere overtrædelser, og Aarsleff Rails udgifter til tilbudsudarbejdelse har under alle omstændigheder været spildt som en direkte følge af kommunens manglende overholdelse af udbudsreglerne.

Viborg Kommune har vedrørende *påstand 9 om positiv opfyldelsesinteresse* gjort gældende, at Aarsleff Rail ikke har ført bevis for, at Aarsleff Rail, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten, og at Aarsleff Rail heller ikke har ført bevis for, at det er overvejende sandsynligt, at Aarsleff Rail ville have fået kontrakten, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse.

Kommunen har nærmere anført, at Aarsleff Rail har afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud, da tilbuddet indeholdt fravigelser eller forbehold til udbudsmaterialet. Kommunen har anført, at Aarsleff Rail ved sine præciseringer vedrørende tilbudslistens post 06.06.01 og 06.06.02 om armering, post 20.10.42 om stål og post 50.02.01 om tilkøb har forsøgt at ændre indholdet af parternes aftale i forhold til det, der var forudsat i udbudsmaterialet. Derudover indeholdt Aarsleff Rails tilbud afvigelse i forhold til kravene til elevatorstolen. Når kommunen ikke forholdt sig til ”præciseringerne” tidligere, skyldtes det, at tilbuddet fra Kaj Bech A/S havde bedste forhold mellem pris og kvalitet og lå indenfor kommunens budgetramme.

Aarsleff Rail har ved at indregne armering i post 06.06.01 og 06.06.02 i tons i stedet for m<sup>3</sup> fraveget den foreskrevne enhed, hvilket ikke kan accepteres af kommunen. Fravigelsen udgør et forbehold til udbudsmaterialet. Viborg Kommune har herved henvist til klagenævnets kendelse af 19. april 2016, Zøllner A/S mod Hundested Havn A/S og Halsnæs Kommune.

I forhold til post 20.10.42 (rettelig post 20.01.42) har Aarsleff Rail indregnet 3,4 stk. stål som foreskrevet i tilbudslisten, men Aarsleff Rail har samtidig bemærket, at mængden burde være 34 stk. Ved denne præcisering har Aarsleff Rail forbeholdt sig ret til at kræve ekstrabetaling for de resterende 30,6 stk. Værdien af denne ”præcisering” udgør i alt 455.022 kr., da Aarsleff Rail har en enhedspris på 14.870 kr. ekskl. moms pr. styk. Aarsleff Rail har således ikke korrigeret en åbenbar fejl i udbudsmaterialet, men har forsøgt at udnytte denne fejl. Det er derfor ikke klart eller entydigt for Viborg Kommune, hvordan mængden er prissat. Kommunen er derfor både

berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet fra Aarsleff Rail som ukonditionsmæssigt.

Aarsleff Rail har vedrørende post 50.02.01 om tilkøb anført, at denne var indeholdt i en anden post, og Aarsleff Rail har ud for post 50.02.01 angivet ”1 kr.”. Det udgør en afvigelse fra udbudsbetingelserne, at posten er inkluderet i en anden post, og at posten ikke er udfyldt med en enhedspris. Post 50.02.01 er en optionspris, og denne har Aarsleff Rail ladet være indeholdt i position 09.01.02, som er en del af hovedtilbudssummen, og som derfor ikke kan fravælges af Viborg Kommune. Det er uden betydning, at Aarsleff Rail har udfyldt post 50.02.01 med 1 kr., da det ikke kan fortolkes således, at kommunen kunne foretage et tilkøb til en enhedspris på 1 kr. Det giver derudover ikke mening at kapitalisere en manglende enhedspris, som er indeholdt i andre poster, da de manglende enhedspriser i så fald allerede vil være indeholdt i den samlede tilbudssum, og en sådan kapitalisering vil ikke være aftaleretligt bindende for den tilbudsgiver, der vinder tilbuddet, hvis det efterfølgende måtte vise sig nødvendigt at indkøbe ekstra ydelser. Derudover er det ikke muligt at udlede optionsprisen, når den er inkluderet i en anden post. Dette adskiller sig ikke fra situationen i klagenævnets kendelse af 20. august 2018, hvor en enhedspris var inkluderet et andet sted.

Under alle omstændigheder har Viborg Kommune ikke været forpligtet til at foretage en kapitalisering af afvigelserne, og hvis der blev foretaget en kapitalisering af forbeholdene i Aarsleff Rails tilbud, ville Aarsleff Rail ikke længere have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Herefter og som følge af det anførte i klagenævnets kendelse af 20. august 2018 har Viborg Kommune været både berettiget og forpligtet til at afvise samtlige tilbud, herunder Aarsleff Rails tilbud, der ikke indeholdt udfyldelse af enhedsprissatte poster.

Aarsleff Rail har tilbudt en elevatorstol med dimensionen 1.400x2.400x2.300 mm, hvilket er afvigende fra mindstekravet i udbudsmaterialet. Kravene i SAB pkt. 40.1.1 er ikke angivet som minimumsmål, og Aarsleff Rail har derfor overtrådt de geometriske mindstekrav ved at have en højde på 2.300 mm, og tilbudsgiver kan ikke egenhændigt konstatere, at det tilbudte er bedre end det efterspurgte. Kommunen har ikke ved sin besvarelse af spørgsmål 8.2 i rettelsesbladet indsnævret sit mindstekrav til alene at vedrøre bredde- og dybde dimensionen. Det fremgår af besvarelsen

af spørgsmål 3, at elevatoren skulle kunne installeres i de rammer, der var angivet i udbudsmaterialet, og hvis dette var uforeneligt, skulle skaktstørrelsen øges. Herefter lå det fast, at elevatorstørrelsen ikke måtte ændres, men at det alene var skakten, der kunne ændres på. Aarsleff Rail har tilbudt en elevatorstol, der er større end mindstekravet. Tilbuddet fra Aarsleff Rail er derfor også af denne grund ukonditionsmæssigt med den konsekvens, at kommunen er både berettiget og forpligtet til at afvise Aarsleff Rails tilbud.

Viborg Kommune har bestridt at være ”bundet” af, at Aarsleff Rails tilbud ikke blev afvist på evalueringstidspunktet. Selvom Viborg Kommune har en skærpet bevisbyrde for ukonditionsmæssigheden i Aarsleff Rails tilbud, er denne bevisbyrde løftet, og kommune kan ikke være forpligtet til nu at kontrahere med Aarsleff Rail på grundlag af et ukonditionsmæssigt tilbud. Kommunen kan derfor ikke fortabe sin ret til at påberåbe sig Aarsleff Rails ukonditionsmæssighed. Det er en forudsætning for at opnå erstatning, at kontrakten lovligt skulle kunne tildeles den erstatningssøgende, og denne forudsætning er ikke opfyldt.

Selvom Aarsleff Rails tilbud måtte være konditionsmæssigt, ville Viborg Kommune ikke have tildelt den udbudte kontrakt til Aarsleff Rail, da Aarsleff Rails tilbud indebar en væsentlig overskridelse af kommunens budget for opgaven. Den 20. juni 2017 havde kommunens totalrådgiver anslået entreprisværdien til ca. 34. mio. kr. ekskl. moms, hvilket udgjorde kommunens foreløbige budgetramme. I oktober 2017 blev beløbet opjusteret til ca. 36 mio. kr. efter overslag fra en ekstern konsulent. Kommunen kunne inden for hele projektet håndtere overskridelse af budgettet på 8% som følge af tilbuddet fra Kaj Bech A/S, og budgetoverskridelser ved udbud af bygge- og anlægsprojekter på under 10% er forventelige. Tilbuddet fra Kaj Bech A/S bekræftede, at den budgetterede forventning var korrekt, og at der i forbindelse med et genudbud kunne forventes priser i samme størrelsesorden.

Aarsleff Rails tilbud indebar en overskridelse svarende til 33 %, og kommunen havde ikke mulighed for at acceptere tilbuddet fra Aarsleff Rail, da kommunen ikke havde mulighed for finansiering inden for de budgetmæssige rammer, ligesom der ikke kunne foretages projektændringer inden for de tekniske og juridiske rammer i et sådant omfang, at det var muligt at realisere projektet. Kommunen har særlige forpligtelser i henhold til forvalt-

nings- og kommunalretten, og kommunen må ikke træffe dispositioner, der ikke er økonomisk forsvarlige.

Kommunen har ikke bestridt, at det logistisk ville være udfordrende at foretage annulation og genudbud, men det ændrer ikke ved, at kommunen ikke kunne sætte et anlægsprojekt i gang uden midlerne til at betale for det, og kommunen havde ikke udsigt til at få en tillægsbevilling i den størrelsesorden, som en accept af Aarsleff Rails tilbud ville forudsætte.

Viborg Kommune har med tilstrækkelig sandsynlighed, jf. UfR2012.2952H, godtgjort, at kommunen ville have annulleret kontrakten fremfor at tildele den til Aarsleff Rail, hvorfor der ikke er årsagsforbindelse.

Viborg Kommune har gjort gældende, at det opgjorte tab fremstår udokumenteret. Kommunen har henvist til Aarsleff Rails årsrapport for 2017, hvoraf fremgår, at Aarsleff Rail havde en omsætning på ca. 821 mio. kr. i 2017, og årets resultat på ca. 19 mio. kr. er svarende til ca. 2%. På den baggrund forekommer det usandsynligt, at det udbudte projekt skulle indebære en dækningsgrad på 15,55%. Det er udokumenteret, at Aarsleff Rail ville være i stand til både at udføre det udbudte arbejde og dækningsarbejder, ligesom det er udokumenteret, at der ikke er behov for at medregne en risiko.

For så vidt angår renter har Viborg Kommune gjort gældende, at renter tidligst kan tillægges fra det tidspunkt, hvor erstatningspåstandene er nedlagt, den 3. september 2018.

Viborg Kommune har vedrørende *påstand 10 om negativ kontraktinteresse* henvist til det, som er anført i forbindelse med påstand 9, og har supplerende gjort gældende, at da kommunen ikke lovligt kunne have tildelt kontrakten til Aarsleff Rail, ville Aarsleff Rail under alle omstændigheder have lidt det påståede tab for deltagelse i udbuddet. Derudover er tabsopgørelsen for negativ kontraktsinteresse helt udokumenteret. De fremlagte timesedler dokumenterer ikke det faktisk udførte arbejde, og kostprisen på medarbejdere indeholder udgifter til firmabil, brobizz og andet, som er kalkulationen af tilbuddet uvedkommende. Enhedspriserne er derfor ikke relevante.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Klagenævnet har ved kendelse af 20. august 2018 konstateret, at Viborg Kommune handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tillade Kaj Bech A/S at tilføje manglende enhedspriser efter, at Kaj Bech A/S var udpeget som vinder, og ved ikke at have kapitaliseret den afvigelse fra mindstekravet til elevator-dimensionerne, som fulgte af Kaj Bech A/S tilbud, og i stedet efter tildelingsbeslutningen at søge dette forhold afklaret. Beslutningen om at tildele kontrakten til Kaj Bech A/S blev ved samme kendelse annulleret. Det er ubestridt, at Viborg Kommune efter karakteren af disse overtrædelser af udbudsreglerne har handlet ansvarspådragende.

Ad erstatningskravet:

Aarsleff Rail har principalt krævet erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Efter klagenævnets praksis er det en betingelse for erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, at det er bevist, at den forbigåede tilbudsgiver, Aarsleff Rail, ville have fået kontrakten, hvis ordregiveren ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Aarsleff Rails tilbud havde efter kommunens pointberegning det bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvis tilbuddet fra Kaj Bech A/S blev afvist.

Viborg Kommune har hertil blandt andet anført, at kommunen ville have annulleret udbuddet, da prisen i Aarsleff Rails tilbud indebar en væsentlig overskridelse af kommunens budget for opgaven. Kommunen har henvist til, at budgettet på baggrund af overslag fra en rådgiver udgjorde ca. 36 mio. kr., at det var forventeligt med udsving på under 10%, hvorfor tilbuddet fra Kaj Bech A/S på 38,8 mio. kr. var inden for det forventelige, mens tilbuddet fra Aarsleff Rail på 48 mio. kr. ikke kunne finansieres inden for de budgetmæssige rammer.

Klagenævnet finder herefter, at det er overvejende sandsynligt, at Viborg Kommune ville have annulleret udbuddet. Klagenævnet har navnlig lagt vægt på den store prisforskel mellem tilbuddene, og at tilbuddet fra Kaj Bech A/S faktisk viste, at det var muligt at opnå en pris inden for det budgettede og med et udsving på under 10% i forhold til overslaget fra kommunens rådgiver. Der foreligger ikke oplysninger om, at projektet, trods

kommunens store fokus på gennemførelse heraf i henhold til den planlagte tid, i øvrigt havde en uopsættelig karakter, og de betydelige logistiske udfordringer, der ville følge af en annulation og et genudbud, i forhold til Banedanmark, kan herefter ikke føre til et andet resultat.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 9 til følge.

Aarsleff Rail har subsidiært krævet erstatning i form af negativ kontraktinteresse.

Viborg Kommune har herover for blandt andet gjort gældende, at tilbuddet fra Aarsleff Rail ikke var konditionsmæssigt, og at Aarsleff Rail derfor ikke kunne være tildelt kontrakten, hvorfor Aarsleff Rail under alle omstændigheder ville have lidt et tab svarende til den negative kontraktinteresse.

Uanset at kommunen ikke i forbindelse med tildelingsbeslutningen afviste tilbuddet fra Aarsleff Rail som ukonditionsmæssigt, er kommunen ikke under de foreliggende omstændigheder afskåret fra at gøre dette gældende i forbindelse med erstatningssagen.

Af tilbuddet fra Aarsleff Rail fremgik, at Aarsleff Rail havde medregnet post 06.06.01 og 06.06.02 i tons i stedet for  $m^3$ , som det fremgik af tilbudslisten. Klagenævnet bemærker, at kommunen ikke har kommenteret på, hvilken enhed der er den rette i forhold til projektet. Selvom den rette enhed måtte være  $m^3$  som anført i tilbudslisten, ville kommunen kunne kapitalisere et sådant eventuelt forbehold, og kommunen var derfor ikke forpligtet til at afvise Aarsleff Rails tilbud på denne baggrund.

Aarsleff Rail har i sit følgebrev til tilbudslisten anført, at der i post 20.10.42 var indregnet 3,4 stk. stål, som det fremgik af tilbudslisten, men at tilbudsgiveren mente, at den rette mængde burde være 34 stk. Aarsleff Rail har ikke herved taget forbehold for mængden, da tilbudslisten var udfyldt korrekt, men Aarsleff Rail har alene gjort Viborg Kommune opmærksom på en mulig fejl i tilbudslisten. Tilbuddet fra Aarsleff Rail er derfor heller ikke af denne grund ukonditionsmæssigt. Tilsvarende kan bemærkningen fra Aarsleff Rail om, at tilbudslistens post 50.02.01 er indeholdt i tilbudslistens post 09.01.02, da post 50.02.01 er udfyldt med et beløb, ikke føre til, at Viborg Kommune var forpligtet til at afvise Aarsleff Rails tilbud. Klagenæv-

net bemærker i øvrigt, at kommunen ikke har kommenteret på, hvorvidt Aarsleff Rails bemærkninger er fremsat med rette.

Endelig har Aarsleff Rail tilbudt en elevatorstol med en højde på 230 cm og ikke 220 cm, som det fremgik af SAB pkt. 40.1.1. Af kommunens besvarelse af spørgsmål 2 i rettelsesblad 3 fremgik, at kabinestørrelsen på "1400x2400" lå fast. Af kommunens besvarelse til spørgsmål 3 fremgik, at kommunen ikke på forhånd var afvisende over for en større elevatorskakt. På denne baggrund og under hensyntagen til, at den tilbudte elevatorstol har 10 cm større loftshøjde, finder klagenævnet, at den tilbudte dimensionering ikke udgør et forbehold, som indebærer, at kommunen er forpligtet til at afvise Aarsleff Rails tilbud.

Viborg Kommune har herefter og efter det øvrige fremkomne ikke godtgjort, at kommunen ville have afvist tilbuddet fra Aarsleff Rail som følge af ukonditionsmæssighed.

Aarsleff Rail har herefter krav på erstatning i form af negativ kontraktinteresse. Kravet er opgjort til 406.210,20 kr., og der er blandt andet fremlagt opgørelse af kostpriser på de involverede typer medarbejdere, månedssedler og oplyst timeforbrug.

På den baggrund tager klagenævnet påstand 10 til følge. Beløbet på 406.210,20 kr. forrentes som nedenfor anført fra kravets fremsættelse.

Efter erstatningssagens udfald, forløb og omfang skal Viborg Kommune betale sagsomkostninger for klagenævnet med yderligere 25.000 kr. til udgifter til advokatbistand.

Herefter bestemmes:

Viborg Kommune skal til Aarsleff Rail betale 406.210,20 kr. med procesrente fra den 3. september 2018.

Viborg Kommune skal i yderligere sagsomkostninger til Aarsleff Rail betale 25.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger efter, at denne afgørelse er meddelt parterne.



Viborg Kommunes indbringelse af denne kendelse for domstolene inden 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt parterne, har opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 1.

Charlotte Hove Lasthein

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig