

K E N D E L S E

Entreprenør Erling Jensen A/S
(advokat Anders Jessen Schmidt, Skive)

mod

Morsø Kommune
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Den 10. august 2012 iværksatte indklagede, Morsø Kommune, en begrænset licitation efter tilbudsloven vedrørende nyopførelse af et afklaringscenter i Øster Jølby. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«. Denne klagesag angår murerentreprisen.

Licitationsbetingelserne vedrørende murerentreprisen blev udsendt den 10. august 2012 til følgende 8 udpegede ansøgere:

1. Poul Bak Pedersen
2. E. Bodilsen Totalbyg A/S
3. Jakobsen & Morgan
4. Nordmors Murerforretning ApS
5. Gunnar Klausen A/S
6. Ole Ipsen A/S
7. Entreprenør Erling Jensen A/S (klageren)
8. A-H Byg

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 31. august 2012 havde alle de indbudte virksomheder afgivet tilbud. Den 18. september 2012 besluttede indklagede at annullere licitationen. Indklagede har efter afholdelse af en ny licitation indgået kontrakt med Byggefirmaet Knudsgaard A/S.

Den 2. april 2013 indgav klageren, Entreprenør Erling Jensen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen er blevet behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Byggefirmaet Knudsgaard A/S under licitationen af 31. august 2012, uagtet licitation af murerentreprisen på tidspunktet for modtagelse af tilbud fra Byggefirmaet Knudsgaard A/S var afsluttet med det af udbudsgiver annoncerede antal tilbudsgivere.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagedes efterfølgende annulation af 18. september 2012 og genudbydelse af licitationen ikke berigtiger de i påstand 1 nævnte forhold, idet licitationsbetingelserne ikke har været behæftet med fejl - derimod er det indklagedes håndtering og gennemførelse af licitationen den 31. august 2012 der er fejlbehæftet.

Påstand 3

Klagenævnet skal i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 14 konstatere, at klageren, dersom indklagede forskriftsmæssigt korrekt havde afvist tilbud fra Byggefirmaet Knudsgaard A/S, fortsat havde vundet licitationen, og at indklagede derfor er erstatningsansvarlig for det tab, klageren lider opgjort som den positive opfyldelsesinteresse stort 1.148.687 kr.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 2 nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 3, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1 og 2.

Sagens nærmere omstændigheder

Ved e-mail af 3. august 2012 spurgte indklagedes rådgiver på vegne indklagede klageren:

»... om I vil deltage i en indbudt licitation på et nyt afklaringscenter i Ø. Jølby.

Byggeriet er på knap 2300 m², opført i skalmuret elementbyggeri med varmt tag på betondæk.

...

Der indbydes 5-7 entreprenører til hver entreprise.«

Klageren meddelte den 7. august 2012 indklagedes rådgiver:

»... vi vil meget gerne deltage i tilbudsgivningen...

Nu er jeg ikke klar over i hvilke fag projektet opdeles i, men hvis det er mulig vil vi gerne give pris indenfor følgende fag:

...

- Murerarbejde
- Tømrerarbejde

...«

Der er mellem parterne enighed om, at denne skrivelse aldrig er blevet besvaret.

Klageren blev indbudt til at afgive tilbud på murerentreprisen.

I licitationsbetingelserne af 10. august 2012 er anført følgende:

»...

Udbudsmateriale

Hoslagt fremsendes udbudsmateriale i henhold til aftale.

De bedes ved modtagelsen kontrollere om det tilsendte materiale indeholder komplet tegningsmateriale for Deres entreprise, samt tilbudslister passende til Deres entreprise.

...

Tilbud

Tilbud afgives på de fremsendte tilbudslister, ...

...

Licitation

Licitationen afholdes fredag d. 31/8-2012 kl. 11.00 i kantinen, Morsø kommune's administrationsbygning, ...

...«

I indklagedes »Arbejdsbeskrivelse« fra august 2012 er blandt andet anført:

»A.02 Udbudsform

Arbejdet udbydes i fag-entreprise i indbudt licitation, hvor tildelingskriteriet er »laveste pris«, forudsat tilbuddet opfylder udbudsmaterialet.«

Efter udsendelsen af licitationsbetingelserne udfærdigede indklagedes rådgiver til eget brug vedrørende licitationen en liste over inviterede tilbudsgivere på de enkelte entrepriser. Listen blev ikke udsendt til tilbudsgiverne, men den blev umiddelbart før licitationen uddelt til de fremmødte tilbudsgivere. Listen var ikke identisk med indklagedes liste, idet Byggefirmaet Knudsgaard A/S var opført på indklagedes liste.

På tilbudslistens afsnit »Murerentreprisen« var klageren og de 7 andre tilbudsgivere anført under punkt 1-8. På samme listes afsnit »Tømrerentreprisen« punkt 9-14 var 6 tilbudsgivere anført herunder som punkt 11 Byggefirmaet Knudsgaard A/S.

Under licitationen blev tilbuddene på murerentreprisen oplæst først.

Da de 8 tilbud på murerentreprisen blev læst op, konstateredes det, at klageren havde afgivet tilbuddet med den laveste pris. Under tilbudslistens kolonne »laveste bud« er ud for klagerens navn skrevet »1«, hvilket er overstreget, og der står derefter »2«. Det er uoplyst, om det er klageren eller indklagede, der har skrevet dette.

Under den efterfølgende åbning af tilbuddene på tømrerentreprisen konstateres det, at Byggefirmaet Knudsgaard A/S afgav tilbud på såvel tømrer- som murerentreprisen, og at dette selskab afgav det laveste bud på murerentreprisen.

Den 3. september 2012 skrev klageren således til blandt andre indklagede:

»...

Vi er meget utilfreds med at man oplyser at der vil blive indbudt 5-7 tilbudsgivere på murerentreprisen og så er der 8 på listen til selve licitationen.

Efter man har oplæst de 8 bud og efter en pause kommer der pludselig et ekstra bud (9 bud).

Det kan vi kun opfatte således at Knudsgaard A/S har givet et bud uden at være indbudt.

Han bør således ikke regnes med.

Ved indbudt licitation skal man oplyse antal af tilbudsgivere på forhånd. Det har man også gjort her, men ikke holdt sig til det oplyste.

Det kan da også undre at Knudsgaard A/S som den eneste skulle ha fået lov til, at give bud på både Murer og Tømrer entreprisen.

Vi har selv spurgt om vi måtte gi bud på både Murer og Tømrer delen, men det fik vi ikke lov til. Vi har forstået det således, at chancen for at få et job skulle fordeles ved så mange som muligt.

At man så alligevel lader en »fremmed« virksomhed gi bud på begge entrepriser, virker også meget underligt og uheldigt.

...

Vi mener bestemt vi er blevet frarøvet en opgave, vi ellers er gået benhårdt efter.

...«

Ved skrivelse af 18. september 2012 meddelte indklagedes rådgiver:

»Til deltagende murerentreprenører på nedennævnte licitation

...

Morsø Kommune har desværre konstateret, at der er begået fejl i forbindelse med udbuddet af murerentreprisen.

Nærmere bestemt består fejlen i, at invitationen til at afgive bud ikke indeholder oplysninger om antal bydende kombineret med, at den entreprenør, der har afgivet den laveste pris ikke oprindeligt var indbudt til at afgive tilbud på murerentreprisen, men efterfølgende og på baggrund af en telefonisk henvendelse fik adgang til at afgive tilbud på murerentreprisen.

Da ovennævnte indebærer en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, ser Morsø Kommune sig derfor nødsaget til at annullere udbuddet på murerentreprisen.

Murerentreprisen genudbydes i et offentligt udbud, og Morsø Kommune håber, I vil byde igen

I vil derfor få tilsendt udbudsannoncen, så snart den er offentliggjort i medierne.«

Klageren stillede den 21. september 2012 indklagede forskellige spørgsmål om licitationens tilrettelæggelse, og indklagede svarede klageren således den 26. september 2012:

»...

Det blev i den forbindelse konstateret, at Morsø Kommune havde handlet i strid med reglerne i tilbudsloven ved dels ikke i invitationen til at afgive tilbud at oplyse antallet af bydende, dels at give den vindende entreprenør adgang til at afgive tilbud på baggrund af en telefonisk henvendelse, uanset at den pågældende entreprenør ikke oprindeligt var indbudt til at afgive tilbud på murerentreprisen. Beslutningen om at annullere udbuddet er således, som det også fremgår af vores brev af 18. september 2012 begrundet i disse forhold.

Det er korrekt, at Morsø Kommune inden for en ramme oplyste det forventede antal tilbudsgivere i mailen af 3. august 2012, hvor entreprenørerne blev opfordret til at tilkendegive deres interesse til at afgive tilbud. Udbudsbrevet af 10. august 2012 indeholder imidlertid ikke oplysning om det specifikke antal bydende og lever derfor ikke op til kravene i tilbudslovens § 6.

...«

Indklagede meddelte herefter i skrivelsen, hvilke otte tilbudsgivere der oprindeligt var blevet indbudt til at afgive tilbud på fagentreprisen. Indklagedes rådgiver oplyste i skrivelsen yderligere:

»Efterfølgende fik følgende tilbudsgivere ligeledes adgang til at afgive tilbud på murerentreprisen:

Byggefirmaet Knudsgaard A/S

Der blev således ikke under licitationen oplæst tilbud fra virksomheder, som ikke var indbudt til at afgive tilbud, men virksomheden Byggefirmaet Knudsgaard A/S blev inviteret til at afgive tilbud på et senere tidspunkt end de øvrige tilbudsgivere.

...«

Klageren og tilbudsgiverne 1. Poul Bak Pedersen samt 3. Jakobsen & Morgan har til klagenævnet hver især sendt en erklæring, hvoraf fremgår:

»...

Ved fremmøde til licitation fik jeg udleveret budliste over samtlige bydende på de forskellige fagentrepriser. For murerentreprisen var der indført 8 stk. budgivere og de indkomne tilbud blev læst op.

...

Efter en pause afbryder udbyderne snakken og oplyser, at der er indkommet et nyt 9. tilbud under murerentreprisen. Ved en fejl var denne budgiver ikke optaget på budlisten – blev det oplyst.

Det var Knudsgaard A/S, som havde afgivet det 9. bud og som var billigere end Entreprenør Erling Jensen A/S' bud og dermed billigst.

Det er min opfattelse, at udbyderen først opdagede Knudsgaard A/S' tilbud da udbyderen åbnede indkomne tilbud på tømrerentreprisen, eftersom Knudsgaard A/S havde afgivet tilbud på såvel tømrer- som murerentreprisen og på budlisten alene stod anført under tømrerentreprisen.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren sammen med 7 andre virksomheder blev indbudt til at afgive tilbud på murerentreprisen. Da tilbuddene på licitationsdagen blev åbnet, viste det sig, at klageren havde afgivet tilbudet, der havde den laveste pris. Klageren vandt derfor murerentreprisen.

Klageren har yderligere gjort gældende, at indklagede usagligt og ulovligt annullerede den første licitation for derefter straks at afholde en anden licitation, hvor tilbuddet fra Byggefirmaet Knudsgaard A/S var det laveste bud. Byggefirmaet Knudsgaard A/S var ikke indbudt til at afgive tilbud på murerentreprisen, ligesom denne virksomhed ikke fremgik af den udelte licitationsliste over murerentreprisen, og tilbuddet fra denne virksomhed blev åbnet under licitationen vedrørende tømrerentreprisen, efter afslutningen af licitationen vedrørende murerentreprisen.

Ved sin handle måde den 31. august 2012 annullerede indklagede uden saglig grund den netop afholdte første licitation og lod efterfølgende et større antal virksomheder end under den først afholdte licitation afgive tilbud under den anden licitation. Herved overtrådte indklagede det EU-retlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip.

Indklagede har bestridt, at indklagede var berettiget og endnu mere forpligtet til at afvise tilbuddet fra Byggefirmaet Knudsgaard A/S i forbindelse med licitationen vedrørende murerentreprisen. Indklagede har tillige be-

stridt, at licitationen vedrørende murerentreprisen var afsluttet på tidspunktet for modtagelsen af tilbuddet fra Byggefirmaet Knudsgaard A/S. Indklagede har endelig bestridt, at licitationen af murerentreprisen var afsluttet med oplæsning af det af indklagede annoncerede antal tilbudsgivere.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke fremgik eksakt af licitationsbetingelserne, hvor mange tilbudsgivere der var inviteret til at afgive tilbud på hver fagentreprise, idet det alene var oplyst, at der ville blive inviteret 5-7 tilbudsgivere. Indklagede valgte i forbindelse med udsendelse af licitationsbetingelserne at invitere otte og senere yderligere en tilbudsgiver til at afgive tilbud på murerentreprisen, herunder Byggefirmaet Knudsgaard A/S. Dette selskab afgav rettidigt et konditions-mæssigt tilbud, hvorfor indklagede skulle tage tilbuddet i betragtning.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede usagligt efter den 31. august 2012 at have annulleret den først afholdte licitation straks afholdt en anden licitation, som indklagede annullerede den 18. september 2012, hvorefter der blev afholdt en tredje licitation. Indklagedes annulleringer af såvel den først afholdte som den anden licitation var usaglige, idet klageren havde vundet den først afholdte licitation. Ved annulleringerne gjorde indklagede herved indgreb i klagerens velerhvervede rettigheder i henhold til den først afholdte licitation.

Indklagede har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at klagerens påstand ikke relaterer sig til tilsidesættelse af udbudsretlige regler, hvorfor den ikke kan behandles af klagenævnet.

Indklagede har til støtte for den subsidiære påstand om, at påstanden ikke skal tages til følge i første række gjort gældende, at licitationsbetingelserne vedrørende murerentreprisen var behæftet med sådanne fejl, at indklagede var såvel berettiget som forpligtet til at annullere licitationen. Indklagede har nærmere gjort gældende, at licitationsbetingelserne ikke indeholdt oplysninger om, hvor mange tilbudsgivere der maksimalt ville blive indbudt til at afgive tilbud, hvorfor licitationsbetingelserne ikke levede op til kravene i tilbudslovens § 6.

Indklagedes rådgiver oplyste den 3. august 2012 tilbudsgiverne om, at der

ville blive inviteret 5-7 tilbudsgivere til hver fagentreprise. Denne information kan ikke anses som tilstrækkelig til at opfylde oplysningskravet i tilbudslovens § 6, stk. 3. Som følge af at licitationsbetingelserne ikke indeholdt oplysning om, hvor mange tilbudsgivere, der var indbudt til at afgive tilbud, var indklagede berettiget til at annullere licitationen.

Indklagede har yderligere gjort gældende, at indklagede overtrådte ligebehandlingsprincippet ved at lade Byggefirmaet Knudsgaard A/S afgive tilbud efter en telefonisk anmodning, mens indklagede ikke tog stilling til det samme ønske fra klageren, hvorfor indklagede også af denne grund var berettiget og forpligtet til at annullere licitationen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Det lægges til grund, at indklagede ved udsendelse af indbydelsen til at deltage i licitationen vedrørende afklaringscentret i Øster Jølby oplyste, at der til hver entreprise ville blive indbudt 5-7 entreprenører, samt at indklagede ifølge den liste, som blev uddelt i forbindelse med licitationens afholdelse havde inviteret 8 entreprenører til at afgive tilbud på murerentreprisen. Af listen fremgik ikke, at Byggefirmaet Knudsgaard A/S, som var indbudt til at afgive tilbud på tømrerentreprisen, også var blevet indbudt til at afgive tilbud på murerentreprisen. Det lægges endelig til grund, at klageren den 7. august 2012 havde henvendt sig til indklagede og oplyst, at klageren også gerne ville afgive tilbud på tømrerentreprisen, men at indklagede ikke besvarede denne henvendelse fra klageren.

Indklagede har ved i forbindelse med afholdelse af en begrænset licitation at oplyse, at der ville blive inviteret 5-7 entreprenører til at afgive tilbud på hver entreprise og ved at have ladet 9 virksomheder afgive tilbud på murerentreprisen, overtrådt tilbudslovens § 6, stk. 3.

I indklagedes begrundelse for at annullere licitationen henviste indklagede til de fejl, der var begået i forbindelse med licitationen, herunder ovennævnte overtrædelse af tilbudslovens § 6, stk. 3, og til, at Byggefirmaet Knudsgaard A/S ikke oprindeligt var indbudt til at afgive tilbud på murerentreprisen, men først fik mulighed herfor på et senere tidspunkt.

En udbyder kan lovligt annullere et udbud, hvis annulationen kan begrundes i hensyn, der ikke er i strid med blandt andet principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og under den forudsætning, at annulationen ikke har haft til formål at fravælge en bestemt tilbudsgiver.

Det må lægges til grund, at indklagede forud for licitationen havde inviteret Byggefirmaet Knudsgaard A/S til at deltage i licitationen. Det forhold, at indklagede således under licitationen den 31. august 2012 konstaterede, at denne tilbudsgiver havde afgivet tilbuddet, der havde den laveste pris, medførte ikke, at licitationen skulle annulleres. Den overtrædelse, som indklagede begik vedrørende tilbudslovens § 6, stk. 3, medfører ikke, at indklagede var forpligtet til at annullere licitationen. Forseelsen, der ikke havde til formål at fravælge en bestemt tilbudsgiver, har imidlertid en karakter, der medfører, at indklagede var berettiget til at annullere licitationen.

Klagerens påstande tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

N. Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig