

K E N D E L S E

Einar J. Jensen A/S
(advokat Morten Jensen, Nykøbing F.)

mod

Guldborgsund Kommune
(advokat Mogens Birkebæk, Århus)

Den 26. januar 2009 iværksatte Guldborgsund Kommune en begrænset licitation med prækvalifikation efter Tilbudsloven § 6, stk. 2, (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende vedligeholdelses- og anlægsarbejder inden for forsyningsområderne vand, fjernvarme og kloak (Licitation 1). Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«. Der indkom 13 ansøgninger om prækvalifikation. Følgende 5 virksomheder blev prækvalificeret:

1. Bøgeskov Entreprise Nykøbing F ApS
2. Einar J. Jensen A/S
3. ETK Entreprenør Teknik Køge
4. Entreprenør J. Borggaard A/S
5. Troels Jørgensen A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. marts 2009 havde 4 af de 5 virksomheder afgivet tilbud. ETK Entreprenør Teknik Køge afgav ikke tilbud.

I forbindelse med gennemgangen af de 4 tilbud opdagede indklagede, at der var fejl i tilbudslisten. Indklagede annullerede herefter denne licitation (Licitation I), hvilket med henvisning til Tilbudslovens § 14, stk. 1, blev meddelt tilbudsgiverne ved brev af 23. april 2009.

Den 27. april 2009 klagede klageren til indklagedes rådgiver, Orbicon A/S, over, at Licitation I var blevet annulleret.

Den 19. maj 2009 iværksatte Guldborgsund Kommune en begrænset licitation uden prækvalifikation efter Tilbudslovens § 6, stk. 3, vedrørende vedligeholdelses- og anlægsarbejder inden for forsyningsområderne vand, fjernvarme og kloak (Licitation II). Tildelingskriteriet var igen fastsat til »laveste pris«. Følgende 5 virksomheder blev opfordret til at afgive tilbud:

1. MSE A/S
2. Einar J. Jensen A/S
3. ETK Entreprenør Teknik Køge
4. Entreprenør J. Borggaard A/S
5. Troels Jørgensen A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 5. juli 2009 havde 4 tilbudsgivere afgivet tilbud. Entreprenør J. Borggaard A/S afgav ikke tilbud. Guldborgsund Kommune besluttede herefter at indgå kontrakt med Troels Jørgensen A/S.

Den 17. juli 2009 indgav klageren, Ejnar J. Jensen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Guldborgsund Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 5. august 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved den 23. april 2009 at annullere den licitation af vedligeholdelses- og anlægsarbejder, der var iværksat den 26. januar 2009 (Licitation I), uagtet indklagede ikke havde saglig grund til at annullere licitationen.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 4 stk. 3, ved at opfordre MSE A/S og ETK Entreprenør Teknik Køge til at afgive bud under den begrænsede licitation, der blev iværksat den 19. april 2009 (Licitation II).

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved

- a. i licitationsbetingelserne at fastsætte, at der skal anvendes grusbærelag fra kommunens nedknusningsplads i Øster Toreby (Latingården), uagtet at denne nedknusningsplads ikke længere eksisterer,
- b. ikke i tilbudslisten at give mulighed for at anføre alternative leverancer til det under pkt. a nævnte,
- c. i tilbudslisten at fastsætte, at der skal anvendes stabilgrus og i arbejdsbeskrivelsen at anføre, at der skal anvendes MSG II,
- d. i tilbudslistens pkt. 1.32, 1.33 og 1.34 at fastsætte meget forskellige mængder, som giver mulighed for manipulation med prissætningen, og
- e. ikke at basere de angivne mængder i tilbudslistens pkt. 1.22, 1.23, 1.38 og 1.61 på oplysningerne om arbejdets udførelse de tidligere år.

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

De tilbudsgivere, der afgav tilbud under Licitation I, skulle vedrørende fjernvarme udfylde tilbudslistens position 3.10-3.14 således:

	Fjernvarme		Enhedspris	Pris i alt
	Udgravning "svejsehuller"			
3.10	Kappe dy 0 66-110 mm, 2 rør	60 stk.		
3.11	Kappe dy = 125 – 180 mm, 2 rør	35 stk.		
3.12	Kappe dy = 200-250 mm, 2 rør	25 stk.		
3.13	Kappe dy = 280-315 mm, 2 rør	25 stk.		
3.14	Kappe dy= 400 mm, 2 rør	10 stk.		
		155 stk.		

De fire tilbud, der blev afgivet under Licitation I, fordelte sig vedrørende de positioner, der vedrørte de i alt 155 »svejsehuller«, således:

1. Bøgeskov Entreprise Nykøbing F ApS	1.152.500 kr.
2. Einar J. Jensen A/S	1.550 kr.
3. Entreprenør J. Borggaard A/S	1.030.000 kr.
4. Troels Jørgensen A/S	214.750 kr.

Indklagedes brev af 23. april 2009 til tilbudsgiverne om annulation af Licitation I har følgende ordlyd:

»...

Tilbudslisten indeholder 4 hovedposter, heriblandt fjernvarme, som indeholder i alt 5 positioner for udgravning til »svejsehuller« med i alt en samlet mængde på 155.

De oplyste mængder for fjernvarme har efterfølgende vist sig, at være forkerte, de angivne mængder skulle rettelig være 10, i stedet for de oplyste 155.

...

Det forhold, at én af de bydende er bekendt med de korrekte mængder medfører således, at han har en viden, som de øvrige bydende ikke har haft, og derved bliver som følge af fejlen stillet forskelligt i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

...«

Tilbudslisten under Licitation II var opbygget, således at der kun var én hovedpost.

I licitationsbetingelserne er - ens for de to licitationer - anført:

»...

2.5 Tilfyldning

...

Ved opbygningen af grusbærelag (bundsikring og stabilt gruslag) i vejbelægning skal der anvendes genbrugsmaterialer fra kommunens nedknusningsplads i Øster Toreby (Latinergården) i den udstrækning der er genbrugsmaterialer til rådighed. Som øverste bærelag anvendes asfaltstabilt. Som bundsikring anvendes betonstabilt.

...

2.6 Retablering

...

Udlægning af MSG II skal foregå ved anvendelse af metoder, der hindrer skadelig afbladning og sikrer en ensartet fordeling af materialerne.

...«

Bøgeskov Entreprise A/S, der havde været prækvalificeret under Licitation I, deltog som følge af virksomhedslukning ikke i Licitation II.

De 4 tilbud, der blev afgivet under Licitation II, lød som følger:

Troels Jørgensen A/S	4.027.420 kr.
MSE A/S	4.114.520 kr.
ETK Entreprenør Teknik Køge	5.890.283 kr.
Einar J. Jensen A/S	4.088.498 kr.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede alene valgte at annullere Licitation I for at afbøde virkningerne af en klagesag for Klagenævnet for Udbud fra andre tilbudsgivere. Sagen havde muligvis stillet sig anderledes, hvis der ikke i licitationsbetingelserne udtrykkeligt var nævnt, at tilbudslistens poster måtte betragtes som vejledende, idet der kunne være store variationer, da det drejede sig om både akutte og planlagte vedligeholdelsesarbejder. Selv hvis der bortses fra klagerens tilbud, var der under Licitation I særdeles store variationer i de tilbudte priser. Licitationsbetingelsernes angivelse »155 svejsehuller« har derfor ikke været en fejl, der har givet klageren, som havde afgivet det laveste tilbud, nogen særlig fordel.

Indklagede har gjort gældende, at det var sagligt at annullere Licitation I. Da indklagede blev opmærksom på den meget store afvigelse, der var mellem tilbuddene vedrørende fjernevarmepositionerne (de 155 »svejsehuller«), blev sagen undersøgt. Det viste sig, at der reelt normalt kun blev udført meget få »svejsehuller« pr. år. Klageren har efter indklagedes opfattelse været bekendt med den betydelige fejl i licitationsbetingelsernes angivelse af mængden af »svejsehuller«, da klageren har udført det omhandlede ar-

bejde for indklagede i en årrække, og klageren har derfor i strid med ligebehandlingsprincippet kunnet indrette sit tilbud uden hensyn til fejlen.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 4, stk. 3, ved at opfordre MSE A/S og ETK Entreprenør Teknik Køge til at afgive tilbud under Licitation II, idet disse virksomheder ikke havde afgivet tilbud under Licitation I, hvilket efter det, der er anført i indklagedes brev af 23.april 2009, ville blive stillet som krav for deltagelse i Licitation II.

Indklagede har gjort gældende, at Bøgeskov Entreprise A/S ikke blev opfordret til at deltage i Licitation II på grund af virksomhedslukning. I stedet blev MSE A/S opfordret. Det tilkommer efter Tilbudslovens § 6, stk. 3, indklagede at bestemme, hvem der skal opfordres til at afgive tilbud, og indklagede har ikke været forpligtet til at opfordre de samme virksomheder, som afgav tilbud under Licitation I, til at afgive tilbud under Licitation II. Indklagede har overholdt kravene i Tilbudslovens § 6, stk. 3.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede på de anførte punkter har overtrådt Tilbudsloven.

Indklagede har ad påstand 3 a, 3 b og 3 c gjort gældende, at genbrugsmaterialerne fra Østre Toreby kun skulle anvendes i den udstrækning, der var genbrugsmaterialer til rådighed. Da der ikke var genbrugsmaterialer til rådighed, skulle der i stedet anvendes MSG II, som er en form for stabilgrus, der er velegnet til opgaven. Ingen af tilbudsgiverne har været i tvivl herom. Indklagede har ad påstand 3 d og 3 e gjort gældende, at de efterspurgte mængder er fastsat efter indklagedes erfaringstal.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Af de grunde, som indklagede har anført, var indklagedes annullation af Licitation I på grundlag af den konstaterede fejl i tilbudslistens angivelser ikke usaglig.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har i overensstemmelse med Tilbudslovens § 4, stk. 3, alene opfordret de virksomheder, som indklagede ønskede skulle afgive tilbud, til at afgive tilbud, og indklagede er i øvrigt gået frem efter Tilbudslovens § 6, stk.3.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Af de grunde, som indklagede har anført, tages klagerens påstand ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Helle Seidelin
kontorfuldmægtig