

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Jørgen Egholm, Kaj Kjærsgaard)

J.nr.: 2011-0024479

18. august 2011

K E N D E L S E

Enca A/S

(advokat Charlotte Pors, Vinderup)

mod

Kolding Kommune

(Advokatfirmaet Bender von Haller Dragsted

ved cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

Den 7. februar 2011 iværksatte indklagede, Kolding Kommune, en offentlig licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) vedrørende levering samt opsætning af en multibane, etablering af asfaltunderlag, herunder gravearbejde og levering af bordbænkesæt samt montering. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 4. marts 2011 havde 19 virksomheder afgivet tilbud herunder klageren, Enca A/S. Den 11. marts 2011 besluttede indklagede at annullere licitationen, hvilket meddeltes tilbudsgiverne den 18. marts 2011 ved sålydende skrivelse:

»... Vi kan herved meddele Dem, at vi desværre ser os nødsaget til at annullere udbuddet, da vores kravspecifikation ikke var fyldestgørende. Nyt udbud vil senere blive offentliggjort..«

Af et internt notat ark hos indklagede fremgår:

»...Indkomne udbudsmaterialer blev gennemgået, og der er konstateret at kravspecifikation ikke var fyldestgørende. Kravspecifikation på selve

banen ønskes mere specifik, dette gælder både for banens udførsel samt jordarbejdet.

Beslutning blev truffet om at annullere udbuddet.

Vi forventer at iværksætte nyt udbud på et senere tidspunkt, arbejdet igangsættes med nye kravspecifikationer.«

Den 14. april 2011 indgav klageren, Enca A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Kolding Kommune. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede var uberettiget til at annullere udbuddet om indkøb af multibanen, idet licitationen var omfattet af tilbudslovens afsnit I, og betingelserne for annullering i henhold til tilbudslovens § 8, jf. § 14, ikke var til stede.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede var uberettiget til at annullere udbuddet om indkøb af multibanen, idet licitationen var omfattet af tilbudslovens afsnit II, og begrundelsen for annullering i henhold til tilbudslovens § 15 d ikke var til stede, og EF-traktatens principper om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet samt saglighed ikke var overholdt.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

I licitationsbetingelserne er anført følgende vedrørende »Udbud på køb samt etablering af multibane ved Brændkjærskolen«:

»I overensstemmelse med reglerne om annoncering i Tilbudsloven ... udbydes herved køb samt etablering af multibane.
Udbuddet gennemføres som offentligt udbud.

Omfang

Levering samt opsætning af multibane, etablering af asfaltunderlag, herunder gravearbejde. Levering af bordbænkesæt samt montering

Kravspecifikation

Multibanen skal leveres i følgende mål: 13 x 21 meter.

Banen ønskes leveret i følgende materialer: 1. Klasses høvlede lærketræsplanker, alle ståldele i varmegalvaniserede stålrør.

Banen skal indeholde 2 håndboldmål og 4 basketballstativer alle i varmegalvaniserede stålrør.

Banen skal indeholde en sidelåge i størrelse for kørestolsbruger.

Jordarbejde samt etablering af asfalt i følgende mål ... samt ekstra stykker til mål i hver ende på 2 x 3 meter. Arealet skal etableres med et fald. Afgravningsjord udlægges ved eksisterende skrænt.

Granitbord + bænkesæt i alt 3 stk. leveres og placeres.

Tildelingskriterier

Aftalen vil blive indgået med den leverandør, der tilbyder den laveste pris.

Pris

Priser uden moms, men inkl. levering ønskes oplyst.

Der kan afgives priser på dele af projektet.

Tilbud med specifikationer kan fremsendes.

Tilbudet vil kun blive benyttet hvis fondssøgning gør etableringen muligt.

...

Uddybende oplysninger

Kolding Kommune står gerne til rådighed for supplerende eller uddybende oplysninger ...

Tilbudsfrist

Tilbud skal fremsendes elektronisk til Brændkjærskolen til adressen: ... senest fredag den 4. marts 2011 kl. 12.

...«

Det fremgår af en finansieringsplan for multibanen, at udgiften til anlæg inkl. skat blev anslået til 378.095 kr.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at licitationen er omfattet af tilbudslovens afsnit I, § 1, stk. 1, jf. stk. 5, og at betingelserne for annullering af licitationen derfor skal vurderes i henhold til tilbudslovens § 8, jf. § 14. Der består ikke en fri ret til at annullere en licitation. Det kræves, at begrundelsen herfor er saglig, gennemsigtig og proportional, hvilket ikke er tilfældet med en licitation med et budget på 400.000 kr. med den begrundelse, at kravspecifikationen var ufyldstgørende i forhold til selve multibanen med hensyn til udførelse og jordarbejde. Projektet var ikke kompliceret, ingen tilbudsgivere stillede spørgsmål til licitationen, og arbejdet var fyldestgørende beskrevet i licitationsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ved gennemgangen af de indkomne tilbud konstaterede, at der var væsentlige forskelle mellem tilbudene for så vidt angik de indeholdte beskrivelser af banens udførelse og det tilbudte jordarbejde. Forskellene skyldtes, at kravspecifikationen ikke havde været tilstrækkelig specifik, herunder navnlig for så vidt angår mindstekravene til tykkelsen i centimeter af de nødvendige lag sand, stabilgrus og asfalt og mindstekrav til asfaltens kvalitet, ligesom det i licitationsbetingelserne burde have været tydeligere præciseret, at alle dele bortset fra træbænker skulle leveres i galvaniseret stål. Da det ikke var muligt at foretage en ensartet vurdering af tilbuddene, valgte indklagede at annullere licitationen og iværksætte udarbejdelsen af en ny kravspecifikation med henblik på at sætte indklagede i stand til at modtage tilbud, der var fuldt ud sammenlignelige.

Indklagede har som svar på klagerens opfordring til at oplyse samtlige tilbudte priser gjort gældende, at licitationen var omfattet af tilbudslovens afsnit II, idet hovedformålet med licitationen var levering af varer, der bestod i en multibane inklusiv håndboldmål, basketballstativer, tre granitborde og bænkesæt. Jordarbejdet, etablering af asfaltunderlag og montering af de leverede varer er accesoriske til kontraktens hovedformål, og tilbudslovens § 7 er således ikke gældende for licitationen. Indklagede har subsidiært gjort gældende, at tilbuddene under alle omstændigheder er undtaget aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 15, navnlig i en situation, hvor der skal holdes en ny licitation om den samme kontrakt.

Indklagede har gjort gældende, at ordregiveren ikke har nogen kontraheeringspligt, og derfor kan annullere en licitation, når annulationen er saglig. Indklagedes ønske om at udarbejde en mere specifik kravspecifikation med henblik på at opnå tilbud, som er fuldt ud sammenlignelige, udgør en saglig grund for annulation. Der er intet grundlag for at antage, at indklagede ikke skulle have givet den reelle begrundelse for annulationen, at indklagede skulle have forfulgt usaglige hensyn ved annulationen, eller at virkningen af annulationen ikke skulle være ens for alle tilbudsgiverne. Indklagede var derfor berettiget til at annullere licitationen.

Ad påstand 2

Klageren har gjort de samme anbringender gældende som vedrørende den principale påstand for så vidt angår saglighed, gennemsigtighed og proportionalitet.

Indklagede har gjort de samme anbringender gældende som vedrørende den principale påstand.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Licitationen er efter sit indhold omfattet af tilbudslovens afsnit I om bygge- og anlægskontrakter. Idet det efter det af indklagede oplyste ikke var usagligt at annullere licitationen, tages klagen ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Nielsen
kontorfuldmægtig