

Klagenævnet for Udbud

(N. Feilberg Jørgensen, Thomas Grønkær, Gorm K. Elikofer)

J.nr.: 2011-0023768

27. september 2011

K E N D E L S E

Enca A/S

(advokat Charlotte Pors, Vinderup)

mod

Ringkøbing-Skjern Kommune

(advokat Christian Nielsen, Aarhus)

Den 12. oktober 2010 iværksatte indklagede, Ringkøbing-Skjern 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 bygnings- og anlægsarbejde i forbindelse med etablering af en ny genbrugsplads i Ringkøbing. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 3. november 2010 havde flere virksomheder afgivet tilbud på bygningsentreprisen, blandt andre klageren, Enca A/S, med et tilbud på 6.879.700 kr. og Bendt K. Jensen A/S med et tilbud på 7.143.580 kr. Den 22. december 2010 indgik indklagede kontrakt med Bendt K. Jensen A/S.

Den 2. februar 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 9. marts 2011 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 § 8, stk. 1, ved ikke at have tildelt klageren ordren på etableringen af en ny genbrugsplads, selvom tildelingskriteriet var laveste pris, og klageren afgav tilbuddet med den laveste pris.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 20. december 2010 om at indgå kontrakt med Bendt K. Jensen A/S, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, stk. 1, nr. 1.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I licitationsbetingelserne af 12. oktober 2010 er anført følgende vedrørende

»Ny genbrugsplads, Ringkøbing

...

1.1 Byggesagen

1.1.1 Byggesagens art og omfang

Byggesagen omfatter dels bygningsarbejde og dels anlægsarbejde i forbindelse med etablering af den ny genbrugsplads.

Bygningsarbejdet omfatter overordnet følgende punkter:

Mandskabsbygning

Sorteringshal

Overdækning til indlevering af kemikalieaffald

...

1.2 Udbudsform

Anlægsarbejdet og bygningsarbejdet udbydes særskilt i hver sin hovedentreprise i offentlig licitation.

2 Almindelige Betingelser, AB 92

...

B. Sikkerhedsstillelse og forsikring

Entreprenørens sikkerhedsstillelse

§ 6. Medmindre andet fremgår af udbudsmaterialet, skal entreprenøren senest 8 arbejdsdage efter entrepriseaftalens indgåelse stille sikkerhed for opfyldelse af sine forpligtelser overfor bygherren. Sikkerheden stilles i form af betryggende bank- eller sparekassegaranti, kautionsforsikring eller på anden, betryggende måde.

Stk. 2. Indtil aflevering har fundet sted, skal den stillede sikkerhed svare til 15 % af entreprisensummen.

...

3 Bestemmelser vedr. tidsstyring

Tidsplan

Arbejderne skal påbegyndes og gennemføres i overensstemmelse med de i udbudsbrevet anførte tidsangivelser.

...

5 Projekt

5.1 Projektering

Det præciseres, at projektmaterialet definerer minimumskrav til bygninger og deres funktioner.

Detailprojektering foretages af entreprenøren. Omkostningerne til detailprojektering indgår på tilbudslisten.

...«

Den 18. november 2010 sendte indklagedes rådgiver til klageren sålydende »forslag til dagsorden for gennemgang af jeres tilbud«:

»...

Dagsorden for tilbudsgennemgang Bygning

Virksomhed

- Alder og historie
- Ejerforhold
- Antal medarbejdere
- Materiel
- Organisation

Referencer

- Relevante projekter
- Igangværende projekter

Økonomi

- Grundlag for at stille en sikkerhed
- Firmaets omsætning

Håndtering af den konkrete opgave

Organisering

- Underentreprenører – samarbejdspartnere (beton, tømrer, el, vvs, facader, porte mv.)
- Bemanning af opgaven
- Fast formand på pladsen
- Erfaringsopsamling og uddelegering
- kvalitetssikringssystem
- Håndtering af fejl
- Dokumentation på udført arbejde og kvalitetssikring
- Detailprojektering – omfang

Tidsplan

- Gennemførelse af arbejdet indenfor udbudstidsplanen
- Koordinering med anden entreprenør

Spørgsmål til udførelsesmetoder og materialer

- Udførelsesmetoder for støbning af fundamenter og betonvægge
- Type af forskalling mv.
- Specielt materiel – byggepladskran mv.
- Stålrammer – samarbejdspartner
- Porte – (fabrikat, type, materialer, styring)
- Facader – (fabrikat, type, materialer)
- Tagkonstruktion – (fabrikat, type, materialer)
- Ovenlys, brandventilation – (fabrikat, type, materialer)
- Vinduer og døre – (fabrikat, type, materialer)
- Belysningsarmaturer – (fabrikat, type, materialer)
- VVS-komponenter – (fabrikat, type, materialer)
- Varmepumpe – (fabrikat, type, materialer)
- Ventilationskomponenter – (fabrikat, type, materialer)
- Ventilationsanlæg – (fabrikat, type, materialer)
- Inventar – (fabrikat, type, materialer)«

Forud for parternes møde svarede klageren den 22. november 2010 indklagede således:

»ENCA A/S er ca. 1 år gammelt

Vi har for nærværende en del ordrer bl. a. Job og Kompetence Center i Holstebro.

Vi råder over en større maskinpark, gravemaskiner, gummiged, dumper, rendegraver, valsetog, teleskop læsser o.s.v. Hertil en mængde materiel sugespidsanlæg, stilladser, lasere, o.s.v.

Vores medarbejder stab varierer naturligvis efter ordrene. I tiden er vi ca. 14 medarbejdere herunder beregner, indkøber, bygningskonstruktør, kloakmester, maskinførere, brolægger, murer m. v.

Vi er selvfinansierende. Vi stiller i nogle tilfælde selv entreprise-sikkerhedsstillelser og i andre tilfælde stilles disse af vores bank-forbindelser ex Handelsbanken.

Jeg skal henvise til vores hjemmeside www.enca.dk for en del yderligere information.

...«

Den 23. november 2010 skrev indklagede således til klageren:

»...

Vi imødeser meget gerne en tilkendegivelse fra din bank på at ban-ken vil stille en garanti på 15 % af entreprisensummen senest onsdag den 24. november kl. 15.00

Som tillægsspørgsmål til de tidligere fremsendte »Forslag til dags-orden« ønskes udleveret et regnskab for firmaet ENCA A/S samt en organisationsplan for det konkrete byggeprojekt.

...«

Den 24. november 2010 skrev indklagede således til klageren:

»...

At vi skal udlevere et regnskab er ikke et krav, der fremgår af ud-budsmaterialet, ej heller at vi skal stille med en tilkendegivelse fra vores bank, så det ønske modtager jeg gerne din nærmere redegø-relse for.

...«

Samme dag skrev indklagede således til klageren:

»...

Vi har ikke tidligere arbejdet sammen med jer og ønsker derfor at kende ENCA A/S lidt bedre inden arbejdet igangsættes.

Da vi ikke kan få adgang til et regnskab p.g.a. firmaets unge alder, er det vel naturligt at spørge til et regnskab samt en tilkendegivelse fra banken.

Vi har allerede for en uge siden i telefonen bedt om en tilkendegi-velse fra din bank, hvilket du på dette tidspunkt ikke havde indven-dinger imod.

Vi ønsker at fastholde ønsket om en tilkendegivelse fra din bank på, at de vil stille en garanti på arbejdet inden en evt. accept af jeres til-bud.

Da vi ikke har modtaget den ønskede tilkendegivelse fra banken her kl. 15, er vi villige til at afvente modtagelsen til i morgen torsdag den 25. november, kl. 15.00.

...«

Den 25. september 2010 skrev klageren således til indklagede:

»Det er korrekt at vi har afgivet tilbud på lige fod med en del andre bydere. Af udbudsmaterialet fremgik ikke at der var særkrav, ifald man er en nyere virksomhed. Ifald dette havde været væsentligt havde det vel været en del af udbudsbetingelserne.

Jeg har oplyst, at vi er selvfinansierede. Vi kan i denne sag stille den 15 % sikkerhedsstillelse såvel af egne midler som at vores bank vil gøre det.

Heri må der da ligge en stor tryghed. Der er mange af de ældre bydende virksomheder, der ikke kan.

Der skal stilles en sikkerhed indenfor 7 dage fra kontrakt indgåelse. At vi skal stille med en tilkendegivelse er et særkrav, vi jf. ovenstående, vil stille os uforstående overfor

...«

Den 26. november 2010 afholdt parterne møde med henblik på »at gennemgå tilbud og organisation samt entreprenørens tilgang til projektet«.

Af mødereferatet fremgår blandt andet:

»...

3. Referencer

Relevante projekter

Sommerhuse – for Scan-lux, EBK-huse – i hele Jylland

Børnehave i Kathøj, Thisted

Job og kompetancecenter i Holstebro

Igangværende projekter

Se ovenfor

Referencer fra afsluttede projekter

Ingen referencer-ikke noget, der er afsluttet

4. Økonomi

Grundlag for at stille en sikkerhed

Banken vil godt stille garanti. Firmaet vil ikke stille garanti, inden de har ordren.

Bygherren vil have en tilkendegivelse af, at der kan stilles garanti.

ENCA vender tilbage med dette.

Firmaets omsætning

Regnskab

Har ingenting endnu, da de ikke har haft et regnskabsår endnu«.

Om »organisation og kvalitetssikring i forhold til den konkrete opgave« fremgår, vedrørende »Projektorganisation«, at klageren ikke har navn end-

nu på projektleder og pladsmand og at »der højst sandsynlig« kan indgås bindende aftaler med Carsten Olsen. Vedrørende underentreprenører og samarbejdspartnere anføres, at beton forestås af egne folk og folk, der bliver hyret ind, tømrer forestås af underentreprenør »har tilbud fra 2 firmaer« samt vedrørende el, vvs, facader og porte »forestås af en underentreprenør«. Om »emner til afklaring« anføres:

»...

Enca finder ud af, om de kan fremkomme med en tilkendegivelse fra banken.

Enca kan have en erklæring om at dette ... den 29.11.2010.

...«

Den 29. november 2010 skrev klageren således til indklagede:

»Det er os imod at blive negativt særbehandlet grundet at vi er en nyere virksomhed.

Vi har tidligere oplyst, at vi såvel af egne midler som via vores bank kan stille de 15 % sikkerhed.

Vores ord drages således i tvivl, når der kræves en forhåndstilkendegivelse.

På trods deraf og for at vise god vilje kan vi acceptere, at du kan kontakte vores bank ..., der har fået vores accept til, at give dig oplysninger der bekræfter vores anførte

...«

Den 7. december 2010 skrev indklagedes rådgiver til klageren:

»Forkastelse af deres tilbud ... vedr. Ny genbrugsplads ...

Deres tilbud havde laveste pris på bygningsentreprisen.

Bygherren har efterfølgende på baggrund af Deres tilbud, med udgangspunkt i tilbudslovens § 8, stk. 3, stillet yderligere spørgsmål. Spørgsmålene har haft til formål at afklare, hvorvidt det er overvejende sandsynligt, at deres firma kan gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig måde og i rette tid.

...

Bygherren har nu vurderet svarene og sammenholdt dem med det forventede behov for ressourcer og kompetencer i forbindelse med varetagelse af bygningsentreprisen.

Det er skønnet, at opgaven kræver følgende bemanning:

6-8 mand i minimum 3 mdr. til jord og betonarbejde.

4-10 mand i perioder, til øvrige håndværksarbejde.

Dette betyder, at der i perioder skal beskæftiges op til 18 mand samtidigt på entreprisen.

Vurderingen er, som nævnt ovenfor, hovedsageligt baseret på de informationer, som ENCA har leveret på mødet den 26. september 2010 samt i mail af 22. november 2010. Det er specielt følgende oplysninger, som bygherren har baseret sin vurdering på:

Der er fortsat stor usikkerhed om, hvordan ENCA konkret vil organisere opgaveoverdragelsen. Enca har ikke oplyst navnene på deres potentielle underentreprenører og andre nøglemedarbejdere er desuden ikke navngivet.

På dette projekt vil ENCA kun udføre betonarbejdet og måske jordarbejdet, resten bliver lagt ud til underentreprenører. Det vil skabe en del grænseflader mellem underentreprenører, og det kan øge risikoen for forstyrrelse af projektets planmæssige forløb.

Det var ikke muligt på mødet den 26. november 2010, at få sat navn på projektleder og pladsmand. Dette giver ikke den fornødne sikkerhed om, at tilbuddet omfatter en projektleder, der er kompetent til at styre flere underentreprenører.

ENCA har ikke kunnet fremvise relevante referencer, for tilsvarende afsluttede arbejder.

De igangværende projekter, der er fremlagt referencer for, synes ikke umiddelbart sammenlignelige i forhold til størrelse og kompleksitet med den udbudte opgave.

Det vurderes at ENCA ikke har dokumenteret, at virksomheden er i besiddelse af tilstrækkeligt kompetent mandskab, til at styre en så stor og kompleks entreprise. Løsning af denne opgave skal endvidere foregå i et tæt samarbejde med jordentreprenør.

Det kan være et problem for fremrift og sammenhæng, at der er mange ”nye” folk der skal hyres ind, sammen med mange underentreprenører, som firmaet ikke tidligere har arbejdet sammen med.

ENCA har desuden afgivet divergerende oplysninger om antallet af deres faste medarbejderstab. I mail af 22. november 2010 er det oplyst, at der er 14 medarbejdere i virksomheden. I mødereferatet af 26. november 2010 er det oplyst, at der er 8-9 faste medarbejdere i virksomheden.

ENCA er et nystartet firma, og der findes derfor ikke regnskaber. Der er desuden ikke fremlagt andre tilsvarende oplysninger om firmaets økonomi. Firmaet har ikke ønsket at udlevere en forhåndstilkendegivelse fra deres bank på, at der kan stilles den krævede sikkerhedsstillelse.

På baggrund af ovenstående har bygherren samlet set vurderet, at det er sandsynligt, at ENCA ikke er i stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet eller på en hensigtsmæssig måde. Samtidig vurderes der, at være en begrundet tvivl om, hvorvidt arbejdet kan løses i rette tid.

Bygherren har derfor, på denne baggrund, besluttet at forkaste deres tilbud i medfør af tilbudslovens § 8, stk. 3. Bygherren vil herefter gå i dialog med den virksomhed, der har afgivet det næstlaveste tilbud.

...«

Indklagede har udfærdiget en udateret intern »beskrivelse« af klagerens virksomhed. Af denne fremgår blandt andet, vedrørende referenceprojekter: »Der er ingen projekter der er afsluttet – og der er derfor ingen færdige referencer.«

Vedrørende firmaets adresse fremgår: »Ved besigtigelse er det konstateret, at der ikke er nogen bygninger eller oplag på adressen Møllevej 3, i Feldborg.«

Af »Resume fra mødet med ENCA« ... fremgår blandt andet:

»Organisation på opgaven:

Jord og betonarbejder

Egne medarbejdere eller håndværkersjak, der hyres ind til opgaven

Alle øvrige discipliner

Samarbejdspartnere og medarbejdere er ikke afklaret

Arbejdets planlægning og udførelse

Ved en nærmere drøftelse med ENCA A/S omkring det konkrete arbejdes gennemførelse, var det åbenlyst, at de fremmødte ikke kunne svare på faglige spørgsmål.

Det forventes således i praksis at være medejeren Rene Carstensen, der skal planlægge, koordinere og gennemføre det praktiske arbejde.

Hele den faglige gennemførelse og koordinering er således begrænset på en medarbejder i firmaet. Arbejdet skal gennemføres sammen med en række håndværkere, som de ikke regelmæssigt arbejder sammen med. Såfremt ENCA ikke har et godt navn blandt håndværkerne, kan der let være tvivlsomme håndværkere, der kommer til at udføre arbejdet.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke havde grundlag for at forkaste klagerens tilbud, og herunder at indklagede ikke har løftet sin bevisbyrde for, at det var overvejende sandsynligt, at klageren var ude af

stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig og forsvarlig måde og i rette tid. Klageren har herunder anført, at indklagede ved indkaldelsen til mødet, der afholdtes den 26. november 2010, ikke oplyste klageren om, at dagsordenen var med henblik på vurdering af tilbuddet i relation til en mulig forkastelse af dette. Hvis indklagede havde oplyst herom, ville klageren have besvaret de stillede spørgsmål mere uddybende, og klageren kunne have fremskaffet de oplysninger, som indklagede ønskede. Klageren har endvidere anført, at det ikke er sædvanligt at indgå kontrakt med underentreprenører, førend man har underskrevet kontrakt med bygherren. Det er sædvanligt, at entreprenørvirksomheder ikke kører med en fast bemanning, men indretter sig efter antallet og karakteren af indkomne ordrer. Klageren opfordrede endvidere indklagede til at kontakte klagerens bank for nærmere oplysninger om klagerens økonomi og likviditet. Da der ikke i licitationsbetingelserne var stillet krav om dokumentation for referencer, teknisk eller økonomisk formåen, jf. tilbudslovens § 6, kunne indklagede ikke stille krav herom i forbindelse med tildeling/forkastelse af tilbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at betingelserne for at forkaste et tilbud efter tilbudslovens § 8, stk. 3 ikke er kumulative. Navnlig i de tilfælde, hvor ordregiveren ikke i forbindelse med licitationen har stillet krav til tilbudsgivernes kapacitet eller formåen, og hvor tildelingskriteriet er laveste pris, vil ordregiveren være berettiget til efterfølgende at stille krav om oplysninger om tilbudsgivernes evner og kapacitet m.v. med henblik på at vurdere, om tilbudsgiveren er i stand til at løfte den udbudte opgave.

Indklagede har yderligere gjort gældende, det det udøvede skøn, hvorefter klagerens tilbud blev forkastet, var sagligt og velbegrundet. Indklagede konstaterede, at det hovedkontor, som klageren havde et billede af på sin hjemmeside, ikke fandtes, og indklagede fik fra nogle af klagerens referencer entydige tilbagemeldinger om, at klagerens virksomhed var dårligt organiseret, og at de tidligere kunder havde været særdeles utilfredse. Derudover fik indklagedes rådgiver ved samtaler med klageren det indtryk, at klageren ikke var i besiddelse af de kompetancer, som klageren gav udtryk for at have. Det indgik i indklagedes skøn, at klageren var en nystartet virksomhed, og at klageren ikke havde nogen relevante referencer. Dertil kom, at klageren ville lade en større del af entreprisen udføre af unavngivne underentreprenører, at klageren ikke kunne oplyse navnet på den person, der skulle stå for projektstyringen, og at det var

tvivlsomt, om klageren kunne stille den krævede sikkerhed. Endelig var klageren ved den efterfølgende dialog ikke i stand til at fjerne indklagedes bekymringer. Indklagedes beslutning om at forkaste klagerens tilbud var derfor velbegrundet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tildelingsbeslutning skal annulleres jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, stk. 1, nr. 2.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det lægges til grund, at det klagende selskab på tidspunktet for tilbudsafgivelsen ikke havde eksisteret i et år, og at det ikke havde regnskaber, der viste selskabets soliditet, samt at selskabet ikke havde færdiggjort entrepriser, som der kunne refereres til. Endvidere lægges til grund, at klageren hverken i sit tilbud eller senere i forbindelse med indklagedes spørgsmål kunne henvise til, hvilke underentreprenører, der skulle udføre en større del af entreprisen, eller oplyse navnene på ansvarlige hos klageren i forbindelse med entreprisens udførelse. Selvom udbyderen ikke har benyttet sig af muligheden for at fastsætte mindstekrav til dokumentation af egnetheden for varetagelse af opgaven, jf. tilbudslovens § 6, stk. 1, så har indklagede ikke været afskåret fra at indhente supplerende oplysninger, som er sagligt begrundet til brug for sin vurdering af, om det vil være overvejende sandsynligt, at tilbudsgiveren, som har afgivet den laveste pris, kunne gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig og forsvarlig måde, og i rette tid. På baggrund af de supplerende oplysninger, som klageren er fremkommet med, herunder vedrørende spørgsmål om anvendelse af underentreprenører, andre nøglemedarbejdere samt den faste medarbejderstab, finder Klagenævnet ikke grundlag for at tilsidesætte indklagedes skøn, hvorefter det var overvejende sandsynligt, at klageren var ude af stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig og forsvarlig måde og i rette tid.

Ad påstand 2

Det følger af det, der er anført ad påstand 1, at påstanden ikke tages 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.

Camilla Nielsen
kontorfuldmægtig