

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Michael Jacobsen, Melitta Keldebæk)

J.nr.: 2010-0022902

3. maj 2011

K E N D E L S E

Enca A/S

(advokat Charlotte Pors, Vinderup)

mod

Skive Kommune

(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Ved vejledende forhåndsmeddelelse 2010/S 138-212023 af 16. juli 2010 og senere annonce iværksatte Skive Kommune (herefter indklagede) en offentlig licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) vedrørende opførelse af en ny rådhusbygning. Licitationen omfattede i alt 21 delaftaler, svarende til en delaftale for hver af byggeriets fagentrepriser. Denne sag vedrører jord- og kloakentreprisen, som omfattede jord, kloak, spuns, udgravning, evt. pæleramning, veje/pladser og byggepladsopretning. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 30. september 2010 havde 7 virksomheder afgivet tilbud på jord- og kloakentreprisen, heriblandt Enca A/S (herefter klageren) og Rohde A/S. Den 7. oktober 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Rohde A/S. Ved meddelelsen blev det oplyst, at klageren var lavestbydende, men at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, idet sikkerhedsstillelsen ikke opfyldte kravene i licitationsbetingelserne. Tilbuddet blev derfor afvist.

Den 11. oktober 2010 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 26. oktober 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende

virkning. Klagen har været behandlet skriftlig.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om ligebehandling i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at have afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt med den begrundelse, at sikkerhedsstillelsen ikke opfyldte kravene i licitationsbetingelserne, uanset at kravene var opfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 30. september 2010 om at tildele kontrakten til Rohde A/S.

Påstand 3

Klagenævnet skal pålægge indklagede en økonomisk sanktion efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 19 ved ikke at have tildelt ordren til klageren, som var lavestbydende.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Det fremgår af byggesagsbeskrivelsen af 1. september 2010 under pkt. 1.5 »Pålæg«, pkt. 1.5.1 »Arbejdsklausuler«, at tilbudsgiverne skal indlevere erklæring om garantistillelse fra garantistiller.

Af byggesagsbeskrivelsen fremgår endvidere, at AB 92 finder anvendelse. I tillæg til AB 92, afsnit B. »Sikkerhedsstillelse og forsikring«, står:

»§ 6, stk. 1

Ved tilbudsafgivelse skal entreprenøren vedlægge underskrevet erklæring om sikkerhedsstillelse. Garantistiller erklærer, at der stilles sikkerhed for entreprenøren til bygherren pålydende ... Erklæringen skal i tilfælde af at entreprenøren skriver kontrakt med bygherren erstattes af en sikkerhedsstillelse, som entreprenøren kan aflevere til bygherren senest 8 dage efter kontraktskrivning. Garantistiller skal være bank, sparekasse, kautionsforsikringsselskab eller anden betryggende garantistiller.

Den underskrevne erklæring skal vedlægges tilbudet, for at tilbudet er konditionsmæssigt.

...«

Blanketten »Erklæring om sikkerhedsstillelse«, som var en del af licitationsbetingelserne, skulle udfyldes med tilbudsgiverens navn og navnet på den bank, sparekasse eller det kautionforsikringsselskab, der afgav erklæringen. Endelig skulle erklæringen underskrives.

Klageren indleverede »Erklæring om sikkerhedsstillelse«, uden at der var anført en bank, en sparekasse eller et kautionforsikringsselskab. Erklæringen var underskrevet af klageren.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at kravet om sikkerhedsstillelse er opfyldt ved klagerens underskrevne erklæring. Klageren har således påtaget sig en indeståelse for, at der ville blive stillet sikkerhed, hvis parterne indgik kontrakt. Da det af tillægget til AB 92 § 6, stk. 1, fremgår, at der kan være tale om »anden betryggende garantistiller« end bank, sparekasse eller kautionforsikringsselskab, har klageren kunnet være garantistiller for sig selv. Hvis det var et krav, at garantistiller var en tredjemand, som var uafhængig af tilbudsgiveren, burde dette have været angivet. Klagerens virksomhed er velkonsolideret, og klageren er derfor en betryggende sikkerhedsstiller. Indklagede har ikke bevist, at klageren ikke er en betryggende sikkerhedsstiller. Klageren har herefter været berettiget til selv at være garantistiller, og indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at afvise klagerens tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at der i licitationsbetingelserne var stillet krav om, at tilbudsgiverne sammen med tilbuddene skulle indlevere en erklæring om sikkerhedsstillelse fra en garantistiller. Erklæringen skulle således underskrives af garantistilleren, der kunne være en bank, sparekasse, kautionforsikringsselskab eller anden betryggende sikkerhed. Klagerens tilbud var ikke vedlagt en sådan erklæring, men var derimod vedlagt en erklæring, som klageren selv havde underskrevet. Da en tilbudsgiver ikke kan være garantistiller for sig selv, var klagerens tilbud ikke konditionsmæssigt. Garantistiller skulle have været en tredjepart i form af et pengeinstitut, et

forsikringsselskab eller tilsvarende. Det er i den sammenhæng uden betydning, om klageren driver en velkonsolideret virksomhed.

Ad påstand 2 og 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, er ulovlig, og at klagenævnet derfor skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Rohde A/S. Klagenævnet skal som følge heraf endvidere pålægge indklagede en økonomisk sanktion for ikke at have tildelt kontrakten til klageren, som var lavestbydende, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 19.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstandene til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede stillede ved licitationen krav om, at tilbudsgiver skulle indlevere en erklæring om sikkerhedsstillelse. Det var fastsat, at »Garantistiller skal være bank, sparekasse, kautionsforsikringsselskab eller anden betryggende garantistiller«.

Klageren afgav selv en erklæring om sikkerhedsstillelse. Da erklæringen om sikkerhedsstillelse var underskrevet af klageren selv, og da licitationsbetingelserne utvivlsomt skal forstås på den måde, at erklæringen om sikkerhedsstillelse skulle afgives af en tredjepart, som var uafhængig af klageren, har indklagede været berettiget og forpligtet til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Da klagenævnet ikke har konstateret overtrædelser af tilbudsloven, og da betingelserne i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 19 om øko-

nomisk sanktion ikke er opfyldt, tager klagenævnet ikke påstandene til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig