

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Gorm Elikofer, Niels Henriksen)

J.nr.: 2009-0018500

22. april 2009

K E N D E L S E

Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn A/S
(advokat René Offersen
ved advokatfuldmægtig Anders Kaasgaard, København)

mod

Billund kommune
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Ved annoncer den 11. og 12. november 2008 iværksatte Billund Kommune en offentlig licitation efter Tilbudsloven (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende erhvervsbyggemodning ved Thorsvej (kloak- og vejarbejde), del 2. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 12. november 2008

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 3. december 2008 havde 22 virksomheder afgivet tilbud, bl.a. Jørn Nørgaard Ribe ApS og Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn A/S. Den 4. december 2008 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Jørn Nørgaard Ribe ApS, og kontrakt blev herefter indgået den 18. december 2008.

Den 8. januar 2009 indgav klageren, Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Billund Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 21. april 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at tage tilbuddet fra John Nørgaard Ribe ApS i betragtning, uagtet dette tilbud ikke indeholdt oplysninger om underentreprenører som krævet i licitationsbetingelserne.

Påstand 2

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1,5 mio. kr. med procesrente fra den 8. januar 2009.

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

Indklagede har vedrørende påstand 2 nedlagt påstand om frifindelse.

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

Med udbudsbrev af 12. november 2008 fremsendte indklagede »Udbudsfor- skrifter for anlægsarbejde« (licitationsbetingelser) og tilbudslister til tilbudsgiverne. I udbudsbrevet er anført følgende:

» Tilbudsafgivelse

Tilbud på de i udbudsmaterialet beskrevne arbejder og leverancer skal afgives ved udfyldelse af samtlige poster på de vedlagte tilbudslister.

.....«

Det er i licitationsbetingelserne under punkt »5. Tidsplanen for udførelsen« anført, at entreprisen for byggemodningen og vejarbejder i forbindelse med byggemodningen kan igangsættes den 29. december 2008.

I licitationsbetingelserne er anført følgende vedrørende punkt »8. Underentreprenører«:

»Som side 3 i tilbudslisten er der indsat en liste, hvor entreprenøren skal oplyse navn og adresse på underentreprenører, der påregnes anvendt ved entreprisens udførelse.

Såfremt firmaet forestår alle betydende arbejder med eget mandskab og materiel uden brug af underentreprenører, skrives »Kommer ikke på tale« på fornævnte liste.

Såfremt der ikke er truffet aftale med en navngiven underentreprenør, skal det som minimum oplyses, hvilke delarbejder f.eks. opmåling, TV-inspektion, brolægning, asfaltudlægning m.v., der vil blive udført af en underentreprenør. Bygherren forbeholder sig ret til at afvise valg af underentreprenører, der ikke er nævnt i tilbudet«

Indklagede modtog 22 tilbud, hvoraf de to laveste lød:

Harry Andersen & Søn A/S 3.993.983,00 kr.

John Nørgaard Ribe ApS 3.692.968,05 kr.

I klagerens tilbud var på tilbudslisterne vedrørende vejarbejder for så vidt angår »Underentreprenører« i spalten »Delarbejde« anført: »landinspektør« »asfalt«. I tilbudslisterne vedrørende kloakarbejder var tilsvarende anført: »TV inspektion« »Landinspektør«

I tilbuddet fra John Nørgaard Ribe ApS – såvel som i tilbuddene fra 12 af de øvrige tilbudsgivere - var der ikke anført noget om underentreprenører.

Den 11. december 2008 blev klageren mundtligt orienteret om, at John Nørgaard Ribe ApS som den eneste havde afgivet et lavere tilbud end klageren. Klageren fremkom herefter ved fax samme dag med indsigelse over for indklagede, idet klageren gjorde gældende, at tilbuddet fra John Nørgaard Ribe ApS var ukonditionsmæssigt og skulle have været afvist, fordi det ikke indeholdt de krævede oplysninger om brug af underentreprenører. Kommunen orienterede herefter den 15. december 2008 mundtligt klageren om, at indsigelsen ikke ville blive taget til følge.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har i første række gjort gældende, at John Nørgaard Ribe ApS ikke som krævet har oplyst, hvilke underentreprenører selskabet vil anvende. Denne tilbudsgiver har heller ikke oplyst, at brug af underentreprenør ikke kommer på tale, eller anført, hvilke delarbejder der vil blive udført af un-

derentreprenører. Oplysningerne er nødvendige for, at et tilbud i det hele taget kan tages i betragtning. Den formelle fejl, som den manglende angivelse indebærer, forpligter som altovervejende hovedregel indklagede til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt. Der stilles ikke krav om væsentlighed. I anden række har klageren gjort gældende, at oplysninger om antallet af underentreprenører er væsentlige, og kravet er da også særligt fremhævet i licitationsbetingelserne. Indklagede var derfor forpligtet til at afvise tilbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at kravet om eventuel brug af underentreprenør efter sin ordlyd alene har betydning for den efterfølgende kontraktindgåelse. Der er ikke tale om et grundlæggende element i licitationsbetingelserne, og indklagede har derfor ikke været forpligtet til at afvise tilbuddet fra John Nørgaard Ribe ApS. Manglen kan efter sin beskaffenhed således kun give indklagede ret, men ikke pligt, til at afvise tilbuddet. I øvrigt grænser forholdet til det rent bagatelagtige. Der er tale om et formelt krav uden nogen betydning for tildelingsbeslutningen, idet tildelingskriteriet var »laveste pris«, og idet tilbudsgiverne efter AB 92 har ret til at antage underentreprenører. Endelig anvender anlægsentreprenører altid landinspektører til opmåling, et TV-inspektionsfirma til TV-inspektion og asfaltfirmaer til asfaltpålægning. Generelt holdte oplysninger herom – som i klagerens tilbud – er derfor intetsigende.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter AB 92, § 5, stk. 4, der var gældende under licitationen, har tilbudsgiverne ret til at anvende underentreprenører. Efter licitationsbetingelsernes punkt 8 forbeholder indklagede sig ret til at afvise *valg af en underentreprenør*, der ikke er nævnt i tilbuddet. Efter ordlyden af punkt 8 sammenholdt med licitationsbetingelserne i øvrigt er der således ikke grundlag for at antage, at manglende oplysning om valg af underentreprenører medfører, at tilbuddet ikke tages i betragtning.

Tildelingskriteriet har under licitationen været »laveste pris«. Et krav som det omhandlede om oplysning af navn og adresse på de underentreprenører, der påregnes anvendt, eller oplysning om, hvilke arbejder der vil blive ud-

ført af underentreprenører, har således ikke betydning for tildelingsbeslutningen, der alene har skullet træffes ud fra den tilbudte pris.

Der er heller ikke i øvrigt, herunder i den fremhævede skrift i licitationsbetingelsernes punkt 8, grundlag for at antage, at kravet om angivelse af valg af underentreprenører er et grundlæggende krav, hvis manglende opfyldelse forpligter indklagede til at afvise tilbuddet.

Påstanden tages derfor 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.

Joan Bach
kontorfuldmægtig