

Klagenævnet for Udbud

(Poul Holm, Helle Bøjen Larsen, Thomas Grønkær)

J.nr.: 2010-0023358

7. juni 2011

K E N D E L S E

Fagtek A/S

(advokat Torkil Høg, København)

mod

Arbejdernes Andelsboligforening

Struer

(advokat Tom Uldall Hansen, Holstebro)

Den 1. september 2010 iværksatte Arbejdernes Andelsboligforening (indklagede), der er en almennyttig boligorganisation med delvis offentlig støtte, en offentlig licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) om 8 fagentrepriser i forbindelse med renovering af 2 boligblokke (afd. 10) på Torvegade 51 – 53 og Langgade 14 – 16, 7600 Struer. Tildelingskriteriet var fastsat til »den laveste pris« (i licitationsbetingelserne formuleret som »princippet om den billigste pris«).

I licitationsbetingelserne fandtes en social klausul om ansættelse af et passende antal lærlinge/praktikanter.

Fagtek A/S (klageren) blev lavestbydende på ventilationsentreprisen med et tilbud på 675.967 kr. ekskl. moms, men tilbuddet blev afvist som ukonditionsmæssigt, da der i klagerens tilbudsliste ikke - som fastsat i licitationsbetingelserne - var oplyst noget om antal ansatte lærlinge. Ventilationsentreprisen blev i stedet tildelt CO Rør Blik & VVA ApS som næstlaveste bydende med et tilbud på 821.991 kr. ekskl. moms. Der er efterfølgende indgået kontrakt.

Den 13. december 2010 klagede klageren til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at have afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, fordi klagerens tilbud ikke indeholdt oplysning om »antal ansatte lærlinge« på tilbudslisten.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele ventilationsentreprisen til CO Rør Blik & VVA ApS.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I licitationsbetingelserne findes følgende bestemmelser:

»01 Forudsætninger

...

01.19 Social klausul

Bydende entreprenører forpligter sig til [,] at have et passende antal lærlinge/praktikanter ansat, og skal ved budgivningen oplyse konkret om det med angivelse af antal og anciennitet.

...

02. AB 92

...

§ 3, stk. 1 Tilbud skal udfærdiges på de udleverede tilbudsblanketter i én original og to kopier. Alle underpunkter skal udfyldes. Såfremt tilbudslisterne ikke er fuldstændig udfyldt, kan dette medføre, at tilbudet kasseres.«

Nederst på tilbudslisten er anført:

» Social klausul i henhold til alm. bestemmelser pkt 01.19
Antal lærlinge/praktikanter _____ stk., anciennitet _____«

Klagerens tilbudsliste var på dette punkt ikke udfyldt.

I mailbrev af 5. november 2010 skrev bygherrerådgiveren, BOP Consult, således til klageren:

» ...

De har afgivet billigste bud på ventilationsentreprisen, men De har ikke oplyst antal ansatte lærlinge på tilbudslisten iht. udbudsmaterialet 01.19 sociale klausul, hvorfor Deres tilbud ikke er konditionsmæssigt, hvilket hermed på bygherrens vegne meddeles.«

I e-mail af 8. november 2010 svarede klageren:

»Jeg står helt uforstående over for dette brev. Vi har ikke skrevet nogle lærlinge på fordi vi ikke har nogen og derfor har vi ladet feltet blankt. Jeg ved også at du har haft ringet og talt med Peter Møller omkring vi har lærlinge hvilket det også blev bekræftet der at vi ikke har.

Vi mener umiddelbart ikke at der skulle være problemer med denne udfyldelse som vi mener, er helt normal procedure.

...«

Bygherren fastholdt sin beslutning om at afvise tilbuddet.

Indklagede har oplyst, at CO Rør Blik & VVA ApS har udfyldt den sociale klausul i tilbudslisten.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud ikke var ukonditions-mæssigt, og at indklagede derfor ikke var berettiget til at afvise tilbuddet. Da klageren ikke havde og ikke har lærlinge og praktikanter ansat, havde klageren ingen anledning til i tilbudslisten at anføre noget om lærlinge og praktikanter. Indklagerens rådgiver havde inden for tilbudslovens rammer henvendt sig til klageren efter budgivningen og fik bekræftet, at klageren ingen ansatte lærlinge/praktikanter havde. Der var tale om en lovlig afklaring af den usikkerhed omkring den sociale klausul, som tilbudslisten kunne give anledning til. Afklaringen havde til formål at få bekræftet, at tilbuddet

var konditionsmæssigt, og indklagede var således inden afvisningen i besiddelse af alle de oplysninger, som blev krævet i henhold til tilbudslisten. Da indklagede således var fuldt ud informeret om indholdet af klagerens tilbud, var afvisningen i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3. Da tildelingskriteriet var laveste pris, var indklagede ikke berettiget til at tillægge andre oplysninger end prisen betydning ved tildelingen. Hvis indklagede havde ønsket at have mulighed for at tage andre kriterier end prisen i betragtning ved evalueringen, skulle indklagede have udbudt opgaven med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, jf. tilbudslovens §, stk. 1, nr. 2. Den sociale klausul er ikke formuleret så klart, at manglende ansættelse af lærlinge eller praktikanter ville kunne udgøre grundlag for at afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt. Det er således ikke nærmere præciseret i udbudsmaterialet, hvad et »passende antal« lærlinge og praktikanter er, og hvem der skal foretage denne vurdering.

Indklages afvisningen af klagerens tilbud har også været i strid med ikke-diskrimineringsprincippet i tilbudslovens § 2. Klageren har fundet det proportionalt ikke at anvende lærlinge/praktikanter til den udbudte opgave.

Klageren har i et supplerende indlæg af 17. maj 2011 fastholdt og uddybet sit synspunkt om, at minimumskravet er så uklart formuleret, at det ikke har været klart for tilbudsgiverne, hvorledes kravet skulle opfyldes. Indklage har i et indlæg af 19. maj 2011 fastholdt, at indklagede har været forpligtet til at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt, og indklagede har både været berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet. Det var en klar forudsætning for afgivelse af bud, at alle de kriterier, der var opstillet i udbuddet, blev opfyldt. Alle vilkår skal være opfyldt for ikke at risikere kassation. Sociale klausuler er anerkendte i forbindelse med udbud. Der skulle være et passende antal lærlinge/praktikanter, og antallet skulle oplyses sammen med oplysning om anciennitet. Klausulen respekterer princippet om proportionalitet, idet byggeriet ville vare i ca. $\frac{3}{4}$ år. Også kravet om gennemsigtighed og klarhed er overholdt. Hvis klageren var af den opfattelse, at der ikke var behov for anvendelse af lærlinge eller praktikanter, skulle det være oplyst.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at kontrakten skulle være tildelt klageren, hvis tilbud var konditionsmæssigt og indeholdt den laveste pris. Tildelingsbeslutningen skal derfor annulleres.

Indklagede har anført, at der ikke skal ske annulation, da klagerens tilbud med retten blev afvist som ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede har i licitationsbetingelserne fastsat en »social klausul« om, at tilbudsgiveren forpligter sig til at have et passende antal lærlinge/praktikanter ansat. Dette kontraktvilkår må indebære, at tilbudsgiveren forpligter sig til at ansætte mindst én lærling eller praktikant. Tilbud skulle afgives ved benyttelse af tilbudslisten, hvori tilbudsgiveren skulle give oplysning om antallet af lærlinge/praktikanter og om deres anciennitet. Klageren besluttede at afgive tilbud, men klagerens tilbudsliste var på det anførte punkt ikke udfyldt. Indklagede var derfor både berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Det tilføjes, at den omstændighed, at indklagede inden tildelingsbeslutningen ved henvendelsen til klageren fik afklaret, at klagerens manglende udfyldelse af tilbudslisten på dette punkt skyldtes, at klageren ikke havde og ikke ønskede at ansætte lærlinge/praktikanter til opgaven og derfor ikke ville opfylde den »sociale klausul«, er uden betydning.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

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 omkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Nielsen
kontorfuldmægtig