

K E N D E L S E

Kirkebjerg A/S
(advokat Emil Baumann Geist, Roskilde)

mod

Universitets- og Bygningsstyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Kasper Mortensen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 36-058667 af 17. februar 2011 udbød, Universitets- og Bygningsstyrelsen, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) laboratorierenovering af Aalborg Universitet. Tildelingskriteriet var »laveste pris«.

4 virksomheder, herunder Kirkebjerg A/S, blev prækvalificeret til at afgive tilbud på. installationsentreprisen.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 18. maj 2011, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 22. juni 2011 havde 2 af de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud, nemlig Kirkebjerg A/S og Brøndum A/S. Den 28. juni 2011 meddelte Universitets- og Bygningsstyrelsen, at Kirkebjerg A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt.

Den 1. juli 2011 indgav klageren, Kirkebjerg A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Universitets- og Bygningsstyrelsen. Klageren fremsatte/ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 27. juli 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen er behandlet uden medvirken af sagkyndigt medlem, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 4.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

»Klagenævnet skal konstatere, at indklagede var uberettiget til at erklære Kirkebjerg A/S' tilbud af 22. juni 2011 for ukonditionsmæssigt som følge af, at dokumentation for ISO 9001-certificering samt tilslutning til Kølebranchens Miljøordning (KMO) først blev fremsendt den 23. juni 2011 samt modtaget hos indklagede den 24. juni 2011 og således efter tilbudsfristen.«

Påstand 2

Indklagede tilpligtes at betale 1.009.100 kr. til klageren.

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

Indklagede har vedrørende påstand 2 påstået frifindelse.

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

Klagenævnets afgørelse af 27. juli 2011 vedrørende begæringen om, at der tillægges klagen opsættende virkning, har følgende ordlyd:

»

...

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

»I forbindelse med tilbudsgivning skal entreprenøren vedlægge dokumentation for at kølearbejdet udføres af en ISO 9001 certificeret virksomhed. Dokumentationen skal dække både virksomheden og de montører der påtænkes udføre arbejdet. Alternativt kan Anerkendelsesbrev der viser at kølefirmaet må arbejde med de beskrevne kølemidler, accepteres.

Bekræftelse på at kølefirmaet er tilsluttet KMO.

Såfremt at ovenstående ikke vedlægges tilbuddet, vil tilbuddet kunne betragtes som IKKE KONDITIONSMÆSSIGT«.

...

Tilbuddet fra Kirkebjerg A/S [af 22. juni 2011] indeholdt ikke dokumentation for ISO certificering samt tilslutning til Kølebranchens Miljøordning

Bygherrerådgiveren, Alectia A/S, tog herefter kontakt til Kirkebjerg A/S, der den 24. juni 2011 fremsendte dokumentationen.

Den 28. juni 2011 meddelte Universitets- og bygningsstyrelsen Kirkebjerg A/S, at Kirkebjerg A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt og som følge heraf blev kasseret.

Parternes anbringender

Klageren har i det væsentlige gjort gældende, at den manglende fremsendelse af den krævede dokumentation ikke er udtryk for et grundlæggende forbehold, hvilket også fremgår af, at det i udbudsbetingelserne anføres, at den manglende dokumentation »vil kunne« medføre afvisning. Tildelingskriteriet var »laveste pris«. Indklagede havde derfor ikke mulighed for at lægge vægt på, hvilken underentreprenør tilbudsgiverne måtte vælge at anvende på sagen. Indklagede var alene berettiget til at søge afklaret, hvorvidt den konkrete underentreprenør var ISO certificeret og medlem af KMO.

Ifølge udbudsbetingelserne kunne indklagede vælge mellem at kassere et tilbud uden dokumentationen eller ved forespørgsel søge afklaret, om klagerens underentreprenør opfyldte kravet om ISO certificering og medlemskab af KMO.

Alectia A/S' henvendelse til klageren er udtryk for afkald på muligheden for at kassere klagerens tilbud. Henvendelsen er udtryk for en lovlig teknisk afklaring. Alectia A/S har handlet inden for sin legitimation, og der skal ske identifikation af rådgiveren og indklagede. Indklagede kan ikke efter den lovlige tekniske forespørgsel og indhentelse af manglende dokumentation omgøre sin beslutning og kassere klagerens tilbud, der var tilbuddet med den laveste pris.

Indklagede har i det væsentlige gjort gældende, at klagerens tilbud som erkendt ikke indeholdt den krævede dokumentation. Indklagede har derfor været forpligtet til at se bort fra tilbuddet. Den manglende dokumentation kan sidestilles med et forbehold. Forbeholdet kan ikke prissættes, og tilbuddet skal derfor allerede af den grund ikke tages i betragtning. Eftersom indklagede havde pligt til at kassere tilbuddet, kunne henvendelse fra Alectia A/S ikke skabe en berettiget forventning hos klageren om, at tilbuddet ville blive taget i betragtning. Alectia A/S har ikke af-

givet noget løfte om, at tilbuddet ville blive taget i betragtning. Alectia A/S henvendelse til klageren har ikke hjemmel i den bemyndigelse, der er givet bygherrerådgiveren, og henvendelsen kan derfor ikke forpligte indklagede. Indklagede har således været berettiget og forpligtet til at se bort fra klagerens tilbud. At give tilladelse til at indhente supplerende oplysninger strider mod grundlæggende udbudsretlige principper, herunder ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

...

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*»fumus boni juris«*). Hvis klagen umiddelbart synes håbløs, er betingelsen ikke opfyldt.

Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet, at tilbudsgiveren bærer risikoen for tilbuddets udformning. Som erkendt af klageren indeholdt tilbuddet ikke den krævede dokumentation for ISO certificering og tilslutning til KMO. Tilbuddet var derfor ukonditionsmæssigt, og indklagede var berettiget til at se bort fra det.

Henvendelsen fra bygherrerådgiveren kan ikke føre til andet resultat.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at klageren ikke har anført noget til støtte for, at denne betingelse skulle være opfyldt.

Klagenævnet tillægger herefter ikke klagen opsættende virkning.

...

«

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Af de grunde, som klagenævnet har anført i afgørelsen af 27. juli 2011, tages påstanden ikke til følge. Det, der er anført under den efterfølgende skriftveksling, kan ikke føre til andet resultat.

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