

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Niels Henriksen, Melitta Keldebæk)

J.nr.: 2009-0020248

2. december 2009

K E N D E L S E

Løgten Murer- og Entreprenørforretning A/S
(advokat Hans Erik Steffensen, Århus)

mod

Norrdjurs Kommune
(advokat Birte Rasmussen, Aalborg)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 91-130974 af 12. maj 2009 udbød Norrdjurs Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) 13 delaftaler vedrørende opførelse af 84 plejeboliger i Grenå med tilhørende servicearealer og aktivitetscenter. Denne sag vedrører delaftale nr. 1 »Råhusentreprisen«.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 20. maj 2009, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 26. juni 2009 havde 7 virksomheder, herunder Løgten Murer- og Entreprenørforretning A/S, afgivet tilbud. Den 7. september 2009 besluttede Norrdjurs Kommune at afvise Løgten Murer- og Entreprenørforretning A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt. Samtidig tilkendegav Norrdjurs Kommune over for tilbudsgiverne, at kommunen agtede at indgå kontrakt med NCC Construction Danmark A/S.

Den 16. september 2009 indgav klageren, Løgten Murer- og Entreprenørforretning A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Norrdjurs Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud

§ 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 6. oktober 2009 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 ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt med den begrundelse,

- (a) at den tro- og loveerklæring, der var vedlagt klagerens tilbud, ikke var underskrevet, og
- (b) at tilbuddet ikke var vedlagt »garantierklæring«.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 7. september 2009 om at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 1 (a) og påstand 2 ikke tages til følge. Indklagede har erkendt overtrædelsen i påstand 1 (b).

Udbudsbetingelserne består foruden udbudsbekendtgørelsen bl.a. af et udbudsbrev af 20. maj 2009, en tilbudsliste, en tro og love erklæring samt Byggesags- og Entreprisebeskrivelse af 20. maj 2009.

Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

I udbudsbrevet står der bl.a.:

»Udbudsmaterialet omfatter:

...

8. 1 stk. tro- og loveerklæring om evt. gæld til det offentlige«

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

»III.2.1) De økonomiske aktørers personlige forhold, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregister:
Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om

kravene er opfyldt: Tro- og loveerklæring om ubetalt forfalden gæld til det offentlige jf. lovbekg. nr. 336 af 13.5.1997 om begrænsning af skyldneres muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger.

Erklæringen skal være dateret og underskrevet og må ikke være ældre end 7 kalenderdage fra datoen for afgivelse af tilbud.

III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet:

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: - Erklæring fra bank eller kautionsselskab om at tilbudsgiver kan stille den krævede sikkerhedsstillelse«

I udbudsbetingelsernes tilbudsliste side 1 står der bl.a.:

»Kvittering for vedlagte bilag og dokumentation jf. udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 91-130981 [2009/S 91-130974]:

...

- udfyldt tro og loveerklæring vedlagt tilbud

Underskrift«

Udbudsbetingelsernes tro og love erklæring er sålydende:

»TILBUDSGIVERS TRO OG LOVE ERKLÆRING – OM EVENTUEL GÆLD TIL DET OFFENTLIGE

Under henvisning til §§ 1-3 i lov om begrænsning af skyldneres muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger m.v. erklærer jeg/vi herved overfor Norddjurs Kommune, at min/vor ubetalte, forfaldne gæld til det offentlige dags dato udgør:

Kr. _____«

Den tilbudsliste, der var en del af klagerens tilbud, indeholdt to steder på side 1 klagerens underskrift, nemlig en underskrift i relation til tilbudssummen og en underskrift svarende til den underskriftlinje, der gengivet ovenfor.

Klagerens tilbud indeholdt endvidere udbudsbetingelsernes tro og love erklæring, som klageren ikke havde underskrevet, men udfyldt med »kr. 0«, samt en erklæring fra Dansk Kaution vedrørende sikkerhedsstillelse.

I et brev af 7. september 2009 fra indklagedes rådgiver, Christensen & Rottbøll A/S Arkitekter MAA, til klageren står der bl.a.:

»Deres tilbud er efter en juridisk vurdering af Advokatfirmaet Hjulmand og Kaptain vurderet ikke konditionsmæssigt på baggrund af de i udbuddet i henhold EU's udbudsdirektiv stillede minimumskrav.

Dette tilbud er ikke-konditionsmæssigt. Begrundelsen herfor er, at der mangler garantierklæring, ligesom tro-og-love erklæring ikke er underskrevet.

Det kan oplyses, at Norddjurs Kommune har til hensigt at tildele 1. Råhusentreprisen til NCC Construction Danmark A/S, som er lavestbydende med et konditionsmæssigt tilbud.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1 (a)

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til, at den tro og love erklæring, der var vedlagt tilbuddet, ikke var underskrevet. Klageren har nærmere anført, at klagerens tilbud var konditionsmæssigt, idet tilbuddets tro og love erklæring var udfyldt med »kr. 0«, og idet klageren ved at have underskrevet tilbudslisten to steder må anses for at have afgivet tro og love erklæringen over for indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt med den anførte begrundelse. Indklagede har nærmere anført, at udbudsbetingelserne indeholdt krav om, at tilbudsgiverne skulle afgive en tro og love erklæring, der var forsynet med den pågældende tilbudsgivers underskrift. Hverken tro og love erklæringen

eller tilbuddet i øvrigt indeholdt en underskrift, der var udtryk for klagerens erklæring vedrørende gæld til det offentlige.

Ad påstand 1 (b)

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at tilbuddet ikke var vedlagt en garantierklæring, idet tilbuddet i overensstemmelse med udbudsbetingelserne var vedlagt en erklæring vedrørende sikkerhedsstillelse.

Indklagede har bemærket, at det i brevet af 7. september 2009 fejlagtigt er anført, at tilbuddet ikke var vedlagt en garantierklæring.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagedes beslutning om at afvise klagerens tilbud skal annulleres som følge af overtrædelserne i påstand 1.

Indklagede har gjort gældende, at påstanden ikke skal tages til følge, idet indklagede var berettiget til at afvise tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 (a) og (b)

Det er i udbudsbekendtgørelsen klart fastsat, at tilbudsgiverne skulle afgive en underskrevet tro og love erklæring. Den tro og love erklæring, der var vedlagt klagerens tilbud, var ikke underskrevet. Det forhold, at klageren havde underskrevet tilbudslistens side 1 to gange, kan efter indholdet af tilbudslistens side 1 ikke medføre, at klageren kan anses for at have underskrevet tro og love erklæringen. Påstand 1 (a) tages ikke til følge.

Klagerens tilbud var vedlagt en erklæring om sikkerhedsstillelse. Påstand 1 (b) tages til følge.

Ad påstand 2

Med henvisning til det, Klagenævnet har anført ad påstand 1 (a), tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1 (b)

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt med den begrundelse, at tilbuddet ikke var vedlagt »garantierklæring«.

Indklagede, Norddjurs Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Løgten Murer- og Entreprenørforretning A/S, betale 8.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 (a) og påstand 2.

Klagegebyret tilbagetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig