

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Trine H. Garde, Niels Henriksen)

J.nr.: 2006-0005197

7. juli 2006

K E N D E L S E

Raunstrup Gruppen A/S
(advokat Mette Langborg Christiansen, Viborg)

mod

Frederikssund Kommune
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse af 24. februar 2005 udbød Frederikssund Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) projektering og opførelse af 2. etape af Græse Bakkeby skolen i totalentreprise.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 4. juli 2005, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 29. august 2005 havde følgende prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud:

1. Enemærke & Petersen A/S
2. Raunstrup Gruppen A/S
3. E. Pihl & Søn A/S
4. Skanska Danmark A/S
5. B. Nygaard Sørensen A/S
6. G.V.L. Entreprise A/S.

Ved et brev af 14. september 2005 meddelte indklagedes bygherrerådgiver 2. Raunstrup Gruppen A/S, at denne virksomheds tilbud ikke kunne tages i betragtning, fordi det ikke var vedlagt en forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller som krævet i udbudsbetingelserne.

Den 11. oktober 2005 besluttede indklagede at indgå kontrakt med tilbudsgiveren 5. B. Nygaard Sørensen A/S.

Den 30. januar 2006 indgav klageren, Raunstrup Gruppen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Frederikssund Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved

- a. i udbudsbetingelserne at stille krav om, at tilbuddene fra de prækvalificerede tilbudsgivere skulle være vedlagt en forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller om, at sikkerhedsstillelse i henhold til ABT 93 § 6 ville kunne opnås senest 8 dage efter entrepriseaftalens indgåelse, uagtet et sådant krav kun kan stilles som en udvælgelsesbetingelse i forbindelse med prækvalifikationen, og
- b. at afvise klagerens tilbud, fordi tilbuddet ikke var vedlagt en sådan forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at afvise klagerens tilbud, fordi tilbuddet ikke var vedlagt en forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller om, at sikkerhedsstillelse i henhold til ABT 93 § 6 ville kunne opnås senest 8 dage efter entrepriseaftalens indgåelse, uagtet heller ikke de øvrige tilbud var vedlagt en sådan forhåndstilkendegivelse.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 1 og 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at beslutte at indgå kontrakt med B. Nygaard Sørensen A/S uden forinden at kontakte alle tilbudsgiverne som følge af, at tilbuddene ikke som lovligt foreskrevet i udbudsbetingelserne var vedlagt en forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller om, at sikkerhedsstillelse i henhold til ABT 93 § 6 ville kunne opnås senest 8 dage efter entrepriseaftalens indgåelse.

Påstand 4

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 5.754.522 kr. med procesrente fra 30. januar 2006.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 4 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 –3.

Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

I udbudsbetingelserne var anført:

»Tilbudet skal indeholde:

- ...
- En forhåndstilkendegivelse fra garantistiller om, at sikkerhedsstillelse i henhold til ABT93 § 6 vil kunne opnås senest 8 dage efter entrepriseaftalens indgåelse.«

Klagerens tilbud havde den laveste tilbudspris. Klagerens tilbud var ikke vedlagt en forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller, men indeholdt følgende angivelse:

»Raunstrup Gruppen A/S indestår for, at der kan stilles entreprenørgaranti i løbet af 8 dage.«

Tilbuddet fra 5. B. Nygaard Sørensen A/S havde næstlaveste tilbudspris. Dette tilbud var vedlagt en erklæring af 27. juli fra kautionsforsikringsvirksomheden Dansk Kautions af følgende indhold:

» Vedrørende: Totalentreprisetilbud – Frederikssund Kommune, Græse Bakkeby skolen 2. etape

Entreprenør: B. Nygaard Sørensen A/S

...

Vi skal herved meddele, at vi igennem flere år har haft et samarbejde med ovennævnte entreprenør, hvor vi har udstedt de fornødne arbejdsgarantier ved indgåelse af entreprisekontrakter.

Vi bekræfter endvidere, at der er etableret en garantiramme, som p.t. kan rumme en garanti i henhold til ABT93 § 36 vedrørende ovennævnte projekt.

...«

Tilbuddet fra 1. Enemærke & Petersen A/S var vedlagt en erklæring af 27. juni 2005 af tilsvarende indhold fra kautionsforsikringsvirksomheden Atradius.

Om de øvrige tilbudsgiveres opfyldelse af kravet om forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller henvises til bemærkningerne straks nedenfor.

I en opstilling over tilbuddene på grundlag af tilbudspriserne, udarbejdet af indklagedes rådgiver efter tilbuddenes modtagelse, anførtes om tilbuddenes opfyldelse af kravet om forhåndstilkendegivelse fra garantistiller:

Raunstrup Gruppen A/S	B. Nygaard Sørensens A/S	G.V.L. Entreprise A/S	Enemærke & Petersen A/S	E. Pihl & Søn A/S	Skanska Danmark A/S
Nej	Ja	Nej	Ja	Nej	

I nogle noter til disse punkter i opstillingen anførtes:

Vedrørende klagerens tilbud: »forhåndstilkendegivelse foreligger fra Raunstrup Gruppen A/S, som selv er den bydende, og ikke fra garantistiller«

Vedrørende tilbuddet fra E. Pihl & Søn A/S: »der er vedlagt bekræftelse vedrørende forsikringsforhold fra den bydendes forsikringsselskab«

Vedrørende tilbuddet fra Skanska Danmark A/S: »forhåndstilkendegivelse foreligger fra Skanska Danmark A/S' egen juridiske afdeling«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at kravet om forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller angår tilbudsgivernes økonomiske formåen, og at kravet derfor er et udvælgelseskriterium, der kan ikke kan stilles i forbindelse med tilbudsvurderingen. Klageren har herved henvist til, at indklagede før sagens indbringelse for Klagenævnet har gjort gældende, at kravet er stillet med hjemmel i Udbudsdirektivets artikel 47, der angår udvælgelseskriterier.

Indklagede har for Klagenævnet gjort gældende, at kravet om forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller er stillet med hjemmel i Udbudsdirektivets artikel 51. Kravet blev ikke stillet i forbindelse med prækvalifikationen, da indklagede ikke ønskede at ulejlige virksomheder, der muligvis ikke ville blive prækvalificerede, med at skulle indhente erklæring fra garantistiller.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at ingen af tilbuddene var vedlagt en forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller som krævet i udbudsbetingelserne. Dette gælder også for tilbuddene fra B. Nygaard Sørensen A/S og Enemærke & Petersen A/S, idet de erklæringer fra en garantistiller, der var vedlagt disse tilbud, blot gik ud på, at der var etableret en garantiramme, der p.t., dvs. på tidspunktet for erklæringernes udstedelse, kunne rumme en garanti i forhold til projektet. Erklæringerne gav derfor efter deres indhold ikke en ubetinget garanti for, at der ville blive stillet sikkerhed senest 8 dage efter underskrift på entrepriseaftale, dvs. på et senere tidspunkt.

Indklagede har gjort gældende, at den erklæring fra Dansk Kaution, der var vedlagt tilbuddet fra B. Nygaard Sørensen A/S, var en opfyldelse af kravet. Det er uden betydning, om og i bekræftende fald hvordan de øvrige tilbud opfyldte kravet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede, som følge af, at ingen af tilbuddene opfyldte kravet om en forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller, ikke kunne vælge at indgå kontrakt med en tilbudsgiver uden forinden at have afklaret med alle tilbudsgiverne, om de var indstillet på at fremsende en sådan forhåndstilkendegivelse.

Indklagede har bestridt at have haft en sådan pligt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Et krav i udbudsbetingelser om, at tilbud skal være vedlagt en forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller, angår ikke tilbudsgivernes kvalifikationer, men angår den udbudte ydelse. Det er derfor ikke i strid med Udbudsdirektivet, at en udbyder stiller et sådant krav og undlader at tage tilbud i betragtning, der ikke opfylder kravet. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 2

Udbudsbetingelsernes krav om en forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller var et krav om en erklæring fra en garantistiller i henhold til ABT 93 § 36.

De erklæringer fra henholdsvis Atradius og Dansk Kaution, der var vedlagt tilbuddene fra tilbudsgiverne 1. Enemærke & Petersen A/S og 5. B. Nygaard Sørensen A/S, opfyldte dette krav. Disse erklæringer var ganske vist ikke klare og utvetydige erklæringer om, at der ville blive stillet sikkerhed i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav, ikke mindst som følge af erklæringernes angivelse af, at de omtalte garantirammer »p.t.« kunne rumme en garanti i henhold til projektet. Ud fra en almindelig praktisk synsvinkel måtte erklæringerne imidlertid forstås som oplysning om, at Atradius og Dansk Kaution ville stille sikkerhed for de pågældende tilbudsgiveres forpligtelser. Dette skal sammenholdes med, at klagerens tilbud ikke var vedlagt en erklæring fra en garantistiller, men alene indeholdt en garanti fra klageren selv, hvad der klart ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav om en forhåndstilkendegivelse fra en garantistiller. Indklagede overtrådte derfor ikke Udbudsdirektivet ved at anse tilbuddene fra Enemærke og Petersen A/S og B. Nygaard Sørensen A/S for at opfylde kravet om en sådan forhåndstilkendegivelse samtidig med, at indklagede ikke anså klagerens tilbud for at opfylde kravet.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 3

Klagenævnet har ovenfor ad påstand 3 konstateret, at indklagede var berettiget til at anse flere af tilbuddene for at opfylde udbudsbetingelsernes krav om forhåndserklæring fra en garantistiller. Allerede som følge heraf tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig