

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Trine Garde, Vibeke Steenberg)

J.nr.: 2010-0021708

20. september 2010

K E N D E L S E

Scan-Plast A/S
(advokat Charlotte Pors, Vinderup)

mod

Herning kommune
(advokat Egon Bjørn Andersen, Herning)

Den 7. marts 2010 iværksatte Herning Kommune en begrænset licitation efter tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001/338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende opførelse af en toiletbygning ved Holtbjerg Sø i Herning Kommune. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 17. marts 2010 til følgende udpegede ansøgere jf. tilbudslovens § 12, stk. 2, 2. pkt.:

1. Arne Danielsen A/S, Brande
2. Bent Jensen A/S, Herning
3. Smith A/S, Herning
4. Skibbild Entreprise A/S, Vildbjerg

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 13. april 2010 havde alle fire indbudte virksomheder afgivet tilbud. Den 2. september 2010 indgik indklagede kontrakt med Arne Danielsen A/S.

Den 23. april 2010 indgav klageren, Scan-Plast A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Herning 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 skulle have opsættende virkning. Den 9. juni 2010 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 tilbudslovens § 2, stk. 2, og 3, idet indklagede ikke sørgede for, at der ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af den begrænsede licitation fandt udvælgelse sted på grundlag af objektive, saglige og ikke diskriminerende kriterier og ikke sørgede for, at der ikke fandt forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk 3, ved i licitationsbetingelserne at bestemme, at den udvendige facadebeklædning skulle være »som lærketræ«.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

I udbudsbrevet til de 4 virksomheder er anført:

- »
- | | |
|----------------------|---|
| Udbudsform: | Hovedentreprise i begrænset licitation |
| | |
| Tildelingskriterium: | Der er inviteret 4 bydende entreprenører.
Det økonomisk mest fordelagtige tilbud |
| | Kriterier for udvælgelse: |
| | 1. Økonomi – 60 % |
| | 2. Kvalitet og vandalsikring – 30 % |
| | 3. Arkitektur – 10 % |
| Tilbudsgrundlag: | 1. Nærværende udbudsbrev. |
| | 2. Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB92) |
| | 3. Funktionsbeskrivelse og tilbudsliste |
| | 4. Oversigtsfoto af området og tegning |
-«

Af »Funktionsbeskrivelse, Hovedentreprise« af 17. marts fremgår:

».....

Der opføres en offentlig toiletbygning der er handicapvenligt indrettet med rengøringsvenlige overflader på en naturgrund ved en ny anlagt badesø.

Bygningen skal udføres med niveaufri adgang.

Bygningen skal vandalsikres.

Toilettet skal primært bruges af badegæster i badesæsonen, og vil stå ubrugt i vintersæsonen.

Der skal lægges belægningsfliser omkring bygningen.....

Der stilles ekstra store krav til styrke og vandalsikring af byggematerialer og installationer. De anvendte materialer skal kunne tåle slagpåvirkning mv.

.....«

Af »Funktions- og materialebeskrivelsen« fremgår:

»

3.4 Tegningsmateriale og materialevalg

.....

Materialevalg:

Den generelle bygning og dennes materialer beskrives samt evt. tiltag vedr. bæredygtighed og levetid.

.....

3.5 Bygningen

Bygningen skal opføres med naturlig træfacadebeklædning udvendigt som lærketræ.

.....

3.6 Vandalsikring

Der skal indarbejdes vandalsikring af alle bygningsdele og sanitetsgenstande.

.....

3.11 Overflader udvendigt

Levering og montering af udvendig facadebeklædning som lærketræ.

.....

Overfladen skal leveres og monteres behandlet med olie eller lign. således at der ikke kræves behandling af overfladen de første 5 år.

3.12 Overflader indvendigt

Alle væg og gulv overflader skal leveres i belastningsklasse H (hård) og skal kunne modstå skumrengøring og trykspuling.

.....

Indklagede skrev den 9. februar 2010 - dvs. forud for licitationen - således til sin rådgiver:

».....

Tak for skrivelse af 3. feb vedrørende toilettet ved Holtbjerg sø. Da sagen er følsom i forhold til et enkelt firma, har jeg videresendt dit oplæg til kommunens advokat Egon Bjørn Andersen, Dahl advokaterne der skal bistå mig i den forestående retssag mod det pågældende firma. Jeg sender dig Egons svar til orientering. Jeg kunne godt tænke mig et kort møde med dig, hvor vi kan drøfte Egons bemærkninger.

.....«

Indklagedes rådgiver har den 26. februar 2010 udfærdiget et notat, vedrørende »Toiletbygning ved Holtbjerg«, hvoraf fremgår, at rådgiveren havde undersøgt markedet for gode referencer. Om klageren anføres:

»Firmaet har opstillet ca. 100 toiletbygninger, bl. a. for Skov- og Naturstyrelsen, og på en rasteplads mellem Holstebro og Viborg ved Skave. Scan-Plast A/S producerer og leverer toiletbygninger præcis efter kundens ønske.

Firmaet er blevet kontaktet telefonisk samt pr. e-mail, men har desværre ikke fremsendt det lovede materiale til videre analyse«.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har overtrådt tilbudslovens § 2, stk. 2, ved ikke ved licitationen at have udnyttet de muligheder, der findes for at skabe tilstrækkelig konkurrence. Indklagede skulle have gennemført en prækvalifikationsrunde, og indklagede skulle ikke have udpeget de tilbudsgivere, der blev opfordret til at afgive tilbud ved den begrænsede licitation.

Indklagede udøvede endvidere forskelsbehandling ved ikke at lade klageren afgive tilbud på toiletbygningen. Det fremgår nemlig af indklagedes mail af 9. februar 2010, at grunden til, at klageren ikke blev anmodet om af afgive tilbud på toiletbygningen var, at klageren i en anden sag imellem parterne har anlagt sag mod indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at der var både saglige og objektive grunde til, at indklagede valgte at gennemføre licitationen som sket. Indklagede var

ikke forpligtet til at gennemføre en prækvalifikationsrunde, og det var indklagedes ret at udpege de virksomheder, som skulle afgive tilbud på bygningen. Det er ikke godtgjort, at indklagede ved ikke at anmode klageren om at afgive tilbud handlede på usagligt grundlag.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede har tilsidesat ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved i licitationsbetingelserne at fastsætte, at den udvendige facadebeklædning skulle være »som lærketræ«.

Indklagede har bestridt, at ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat ved at kræve, at den udvendige facadebeklædning skulle være »som lærketræ«. Indklagede har anvendt udtrykket alene for at beskrive, at der skulle anvendes en træsort, der er holdbar og kræver minimal vedligeholdelse.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det er ikke godtgjort, at indklagede ikke har sørget for tilstrækkelig konkurrence ved at indbyde de valgte virksomheder til at afgive tilbud på toiletbygningen, ligesom det ikke er godtgjort, at indklagede handlede usagligt ved ikke at anmode klageren om at afgive tilbud. Indklagede har handlet i overensstemmelse med bestemmelsen i tilbudslovens § 12, stk. 2. Klagen tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagedes konkrete henvisning til »som lærketræ«, må anses for en henvisning til, at indklagede ønskede bygningen beklædt med træ, og at det træ, der anvendtes, havde de egenskaber, som lærketræ har. Dette er ikke en overtrædelse udbudsreglerne om henvisning til referenceprodukter. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig