

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Helle Bøjen Larsen, Vibeke Steenberg)

J.nr.: 2007-0013739

23. november 2007

K E N D E L S E

Sejlstrup Entreprenørforretning A/S
(advokat Torben Korsager, Århus)

mod

Hjørring Vandselskab A/S
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aalborg)

Den 29. marts 2007 iværksatte Hjørring Vandselskab A/S en begrænset licitation efter Tilbudsloven (lov nr.338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende en kloakeringsentreprise vedrørende 85 parceller i Nr. Lyngby. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Fristen for afgivelse af tilbud udløb den 17. april 2007, og ved åbningen af de 4 indkomne tilbud blev det konstateret, at Sejlstrup Entreprenørforretning A/S havde afgivet tilbudet med den laveste pris.

Ved brev af 24. april 2007 meddelte indklagede tilbudsgiverne, at licitationen var annulleret. Indklagede iværksatte samme dag en ny licitation. Tildelingskriteriet var også ved denne licitation »laveste pris«, men licitationsbetingelserne indeholdt ikke – som ved den første licitation – mulighed for en nordgående tracé.

Klageren protesterede ved brev af 1. maj 2007 over, at indklagede havde annulleret licitationen, men valgte som de øvrige tilbudsgivere at afgive tilbud også under den nye licitation. Ved denne licitation var Vennelyst Ingeniør- og Entreprenørforretning I/S lavestbydende.

Den 9. august 2007 indgav klageren, Sejlstrup Entreprenørforretning A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hjørring Vandselskab A/S. Klagen har været behandlet på et møde den 20. november 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at annullere licitationen af 29. marts 2007 vedrørende en kloakeringsentreprise i Nr. Lyngby, idet indklagede ikke havde saglig grund hertil.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 14, stk. 1, ved ikke i forbindelse med underretningen om annulation af licitationen af 29. marts 2007 at have givet en begrundelse herfor.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, ved ikke i forbindelse med licitationen af 29. marts 2007 at have besluttet at indgå kontrakt med klageren, uagtet klageren havde afgivet tilbudet med den laveste pris.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Vennelyst Ingeniør- og Entreprenørforretning I/S.

Påstand 5

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 529.859 kr. med procesrente fra den 9. august 2007.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 5 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 5, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 4.

Licitationsbetingelserne af marts 2007 indeholder en generel orientering, en tegningsfortegnelse, en række særlige betingelser og arbejdsbeskrivelser samt bilag.

I den generelle orientering oplyses, at det drejer sig om kloakering af 85 parceller, »herunder tilslutning til eksisterende systemer mod henholdsvis nord og syd, dog med alternativ hvor hele området kloakeres mod nord (se henholdsvis tegn. 102 og 103)«.

Af tegningsfortegnelsen fremgår, at der vedlægges 4 tegninger, nemlig:

- » 101 Ledningsplan
- 102 Princip hovedkloak, udbudt tracé
- 103 Princip hovedkloak, alternativ tracé
- 104 Eksisterende forhold, øvrige ledningsejere«

Den vedlagte ledningsplan 101 viser det eksisterende ledningsnet med indtegning af den udbudte kloakledning, svarende til tegning 102.

Tilbud skulle afgives på tilbudslisters. Tilbudslistens post 1.2.00, »Hovedledninger at levere og lægge« indeholder en række punkter. Punkt 1.2.05 angår 195 m PVC-rør i maksimum 5,5 m dybde. Punkt 1.2.06 har følgende beskrivelse:

»Tillæg til 1.2.05 for yderligere 1,5 m gravedybde (aktuel ved alternativ hvor hele området kloakeres mod nord)«

Der blev afgivet følgende tilbud, der alle indeholdt det beløb, som skulle tillægges for en alternativ, nordlig tracé:

1. Klageren	2.649.295 kr.
2. Vennelyst Ingeniør- og Entreprenørforretning I/S	2.676.469 kr.
3. Hirtshals Entreprenørforretning	2.709.450 kr.
4. Bangsminde Maskinstation ApS	2.800.845 kr.

De 4 tilbuds delpris for den nordlige tracé lød:

1. Klageren	56.250 kr.
2. Vennelyst Ingeniør- og Entreprenørforretning I/S	340.000 kr.

- | | | |
|----|---------------------------------|------------|
| 3. | Hirtshals Entreprenørforretning | 30.000 kr. |
| 4. | Bangsminde Maskinstation ApS | 27.500 kr. |

Indklagede annullerede ved brev af 24. maj 2007 licitationen. De 4 tilbudsgivere afgav herefter tilbud under en ny licitation, der blev iværksat samme dag. Tilbudslisten under den nye licitation var identisk med den første tilbudsliste, bortset fra, at punktet 1.2.06 om den nordlige tracé var udgået. De 4 tilbud lød:

- | | | |
|----|--|---------------|
| 1. | Klageren | 2.593.045 kr. |
| 2. | Vennelyst Ingeniør- og Entreprenørforretning I/S | 2.277.369 kr. |
| 3. | Hirtshals Entreprenørforretning | 2.450.640 kr. |
| 4. | Bangsminde Maskinstation ApS | 2.773.345 kr. |

Indklagede besluttede herefter at indgå kontrakt med 2. Vennelyst Ingeniør- og Entreprenørforretning I/S.

Martin Jensen, Sejlstrup Entreprenørforretning A/S, har forklaret, at han er 2. generation i virksomheden, der har ca. 70 ansatte. Ved kloakering i alternativt tracé efter tegning 103 skulle ledningen ligge dybere, og det ville derfor blive dyrere end den udbudte ledning efter tegning 102. Han har imidlertid opfattet det sådan, at tilbudsgiverne konkurrerede på den samlede pris. Der er jo også en række andre poster i tilbudene, som ikke nødvendigvis kommer til udførelse, fx grundvandssænkning. I tilbudene skulle der netop anføres enhedspriser. Da tilbudene blev åbnet, konstaterede han, at klageren havde vundet licitationen, og han blev derfor stærkt utilfreds, da Preben Schmidt ringede ham op og sagde, at Vennelyst Ingeniør- og Entreprenørforretning I/S var billigst.

Preben Schmidt, Hjørring Vandselskab A/S, har forklaret, at han har været projektleder under licitationen. Det var en fejl, at tilbudslisten lagde op til, at merprisen ved kloakering i alternativt tracé skulle lægges sammen med de øvrige poster i tilbudet. Der burde have været fx en særskilt side med oplysningen om denne merpris. Det var jo kun meningen, at man skulle have lavet det ene projekt. Den udbudte kloakering – svarende til tegning 101 og 102 – inddrog nogle private lodsejeres arealer, og først 2 dage efter åbningen af tilbudene den 17. april 2004 blev det klart, at disse lodsejere ikke havde indvendinger. Den alternative løsning efter tegning 103 var i øvrigt også mindre ønskelig end den udbudte, fordi rørene skulle ligge i ned til 7

meters dybde. Det er uhensigtsmæssigt. Da han havde fået lodsejernes accept og havde set nærmere på tilbudene, ringede han til Martin Jensen, der måske nok efter den samlede oplyste pris i de 4 tilbud kunne forvente at være lavestbydende. På grund af Martin Jensens reaktion valgte man at annullere licitationen og foretage en ny licitation i stedet for blot umiddelbart at indgå kontrakt med Vennelyst Ingeniør- og Entreprenørforretning I/S.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at der ikke har været fejl i tilbudslisten. Tværtimod er tilbudslisten klar og entydig og indebærer, at tracéføring med nordgående kloakering skulle prissættes og indgå i den samlede tilbudssum. Det har ikke kunnet misforstås. Tildelingskriteriet var således entydigt den laveste enterprisesum incl. prisen for nordgående kloakering. Tilbudslisten er netop opbygget, så det hele er taget med, fx også en eventuel grundvandssænkning. Indklagede var ikke forud for gennemgangen af tilbudene opmærksom på, at der forelå mulighed for økonomisk gevinst ved at annullere den første licitation. Indklagede har først efter licitationen besluttet at frafalde den nordgående tracéføring. Denne mulighed havde imidlertid stået indklagede åben også efter indholdet af den første licitation. Der var ikke et sagligt grundlag for at annullere licitationen, heller ikke, såfremt det antages, at der var fejl ved tilbudslisten. Fejlen har ikke haft væsentlig indflydelse på udfaldet af licitationen, idet den vedrører under 10 % af tilbudssummen.

Indklagede har gjort gældende, at den udbudte kloakentreprise skulle udføres enten i »udbudt tracé« eller som alternativ løsning i alternativt tracé, sådan som det fremgår af tegningsmaterialet og den generelle orientering. Den udbudte entreprise fremgår tydeligt, hvorimod den alternative udførelse alene er gengivet på skitsetegningen. Det burde derfor have stået tilbudsgiverne klart, at prisen for den alternative tracé skulle oplyses særskilt. Imidlertid skete der en fejl ved udarbejdelsen af licitationsbetingelserne, der bevirkede, at prisen for den alternative tracé blev indregnet i den pris, som tilbudsgiverne oplyste. Der var endvidere store udsving i tilbudsgivernes tilbud på kloakering i alternativt tracé. Fejlen i tilbudslisten medførte således dels, at der ikke blev afgivet tilbud på den udbudte entreprise, dels, at der ikke fremkom et retvisende billede af, hvem der reelt var lavestbydende.

Fejlen havde således konkret betydning for udfaldet af licitationen. Det er ikke relevant for problemstillingen, at prisen for fx den eventuelle grundvandssænkning skulle anføres som enhedspris. Det var klart, at der skulle udføres grundvandssænkning; omfanget var blot ikke kendt. Derimod vidste tilbudsgiverne, at den alternative løsning kun ville blive resultatet, dersom indklagede traf beslutning om det. Tilbudsgiverne har alene fået oplyst tilbuden samlede tilbudspris efter første licitation og har således ikke haft nogen fordel ved beregningen og afgivelsen af tilbud under den nye licitation.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har opfyldt sin begrundelsespligt ved det fremsendte brev. Klageren har heller ikke mundtligt i forbindelse med annullationen fået indklagedes begrundelse. Den er først fremkommet i forbindelse med klagesagen.

Indklagede har gjort gældende, at klageren mundtligt har modtaget udførlig begrundelse for annullationen. Klageren har ikke været i tvivl om, hvorfor licitationen blev annulleret.

Ad påstand 3 og 4

Parterne har henvist til det ovenfor anførte til støtte for deres påstande.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Tildelingskriteriet var »laveste pris«. En tilbudsgiver kan kun vinde en licitation med dette tildelingskriterium, såfremt han afgiver tilbudet med den laveste pris på den udbudte ydelse. Dette gælder også i den situation, hvor udbyderen tillige – trods det, at tildelingskriteriet ikke er »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« – har ønsket alternative tilbud.

Kloakeringen skulle udføres enten som vist på tegning 101 og 102 eller – alternativt – som vist på tegning 103, og licitationsbetingelserne må forstås

således, at indklagede ønskede tilbud på såvel kloakering i »udbudt tracé« som i »alternativt tracé«.

Det er – også efter tilbudslistens ordlyd – klart, at kloakering i alternativt tracé ville være dyrere end i det, der i tegningsmaterialet kaldes »udbudt tracé«. De 4 tilbudsgivere har da også alle anført en merpris ud for punkt 1.2.06.

Tilbudslisten var opbygget, således at der ikke blev sondret mellem tilbud vedrørende den »udbudte tracé« og tilbud vedrørende den nordlige, »alternative tracé«. De tilbudte priser for den »udbudte tracé« fremgik kun indirekte – efter fradrag af merprisen for »alternativt tracé« -, og det var således ikke muligt af de tilbudte priser direkte at aflæse, hvem der havde afgivet tilbudet med den laveste pris på den udbudte ydelse. Dette illustreres da også af forløbet i forbindelse med åbningen af tilbudene den 17. april 2007.

Klagerens anbringende om, at det ikke var en fejl ved tilbudslisten, at prisen for »alternativt tracé« efter tilbudslisten indgik i den samlede tilbudssum, kan derfor ikke tages til følge.

Fejlen bevirkede, at prisen på den »udbudte tracé« ikke umiddelbart fremgik af de afgivne tilbud, og indklagede havde derfor ikke grundlag for at tage stilling til, hvilken tilbudsgiver der havde afgivet tilbudet med den laveste pris. Fejlen har derfor en sådan karakter, at det ikke har været usagligt at annullere licitationen.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagede, der ikke skriftligt har begrundet annulationen, har bevisbyrden for, at der blev givet alle tilbudsgiverne en fyldestgørende mundtlig begrundelse. Indklagede har ikke løftet denne bevisbyrde.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 3 og 4

Det følger af det anførte ad påstand 1, at påstandene ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 14, stk. 1, ved ikke i forbindelse med underretningen om annullation af licitationen af 29. marts 2007 at give en begrundelse herfor.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, 3 og 4.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig