

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Niels Henriksen, Melitta Keldebæk)

J.nr.: 2009-0020255

3. december 2009

K E N D E L S E

Murerfirmaet Bent Klausen ApS
(advokat Peter Zacher Sørensen, Grenaa)

mod

Norrdjurs Kommune
(advokat Birte Rasmussen, Aalborg)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 91-130981 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) 11 delaftaler vedrørende opførelse af 60 plejeboliger i Glesborg med tilhørende servicearealer. Denne sag vedrører delaftale nr. 1 »Råhusentreprisen«.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 19. maj 2009, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 24. juni 2009 havde 7 virksomheder, herunder Murerfirmaet Bent Klausen ApS, afgivet tilbud. Den 7. september 2009 besluttede Norrdjurs Kommune at afvise Murerfirmaet Bent Klausen ApS' tilbud som ukonditionsmæssigt. Samtidig tilkendegav Norrdjurs Kommune overfor tilbudsgiverne, at kommunen agtede at indgå kontrakt med Hans Ulrik Jensen A/S.

Den 17. september 2009 indgav klageren, Murerfirmaet Bent Klausen ApS, 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 med følgende begrundelser:

- (a) »Tilbuddet er ikke-konditionsmæssigt, idet der ikke foreligger referencer«, og
 - (b) »Desuden er garantierklæringen formuleret således at man ikke klart kan se, om pengeinstituttet ønsker at stille garantien eller ej«,
- uanset tilbuddet opfyldte udbudsbetingelsernes bestemmelser om, hvilke oplysninger om referencer og garantistillelse, tilbuddene skulle indeholde.

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

Udbudsbetingelserne består foruden udbudsbekendtgørelsen bl.a. af et udbudsbrev af 19. maj 2009 og en tilbudsliste.

Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

»III.1.1) Sikkerhedsstillelse og garantier, som forlanges:

Der skal stilles en sikkerhed på 15 % af entreprisensummen excl. moms jf. AB 92 § 6 senest ved entrepriseaftalens underskrivelse.

...

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,

...

III.2.3) Teknisk kapacitet:

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om

kravene er opfyldt:

3 relevante referencer inden for de sidste 5 år fra projekter med samme faglige relevans og kompleksitet.«

Klagerens tilbud var vedlagt et brev af 25. juni 2009 fra Djurslands Bank A/S stilet til klageren. I brevet står der bl.a.:

»60 nye plejeboliger i Glesborg, Norddjurs Kommune

Til hvem det måtte vedrøre:

I henhold til ovennævnte artikel skal vi herved fremkomme med vor erklæring omkring ovennævnte selskab:

Selskabet ejes med 52 % af Bent Klausen Holding ApS, der igen ejes af Bent Klausen og 48 % af Jan og Kim Holding ApS, der igen ejes af Jan Klausen Holding ApS og Kim Klausen Holding ApS med 50 % hver. Anpartshaverne i de to sidst nævnte selskaber er henholdsvis Jan Klausen og Kim Klausen. De tre personer, der tillige udgør den daglige ledelse, anses som dygtige forretningsmænd.

I seneste afsluttet årsrapport for Murerfirmaet Bent Klausen Aps, afsluttet pr. 30.06.2008, var selskabets balance på kr. 10.075.000,-. Heraf udgjorde egenkapitalen kr. 1.705.000,-. Selskabets soliditetsgrad udgjorde således 16,92 %. Af de samlede aktiver udgjorde omsætningsaktiverne ca. 72 %, mens anlægsaktiverne udgjorde ca. 28 %.

Det er vor opfattelse, at selskabet er meget likvidt.

Vi er vidende om, at selskabet igennem flere år har gennemført større entrepriser. Der har endnu ikke være fremført krav på udbetaling under stillede arbejdsgarantier.

På baggrund af vores nuværende kendskab til entreprisen kan selskabet stille bankgaranti for deres andel af entreprisen.«

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 fra Advokatfirmaet Hjulmand og Kaptain vurderet ikke konditionsmæssigt på baggrund af de i udbuddet i henhold EU's udbudsdirektiv stillede

minimumskrav.

Tilbuddet er ikke-konditionsmæssigt, idet der ikke foreligger referencer. Desuden er garantierklæringen formuleret således at man ikke klart kan se, om pengeinstituttet ønsker at stille garantien eller ej.

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

Der er mellem parterne tvist om, hvilke oplysninger tilbuddet var vedlagt med henblik på opfyldelse af udbudsbetingelsernes bestemmelse om oplysning af referencer. Klageren har oplyst, at tilbuddet var vedlagt en reklamefolder samt en referenceliste. Derimod har indklagede oplyst, at indklagede inden tilbudsfristens udløb kun modtog klagerens tilbud vedlagt en reklamefolder og først efter fristens udløb modtog en egentlig referenceliste fra klageren. I en e-mail af 22. oktober 2009 fra Peter Fonseca, Artitektfirmaet Christensen & RottBøll A/S, til advokat Birte Rasmussen står der bl.a.:

»Bent Klausens advokat har vedlagt en referenceliste til sin skrivelse. Den har jeg ikke set før – den var i hvert fald ikke vedlagt i tilbuddet. Det omtalte reklameblad var derimod vedlagt tilbuddet.«

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 med den begrundelse, at tilbuddet ikke var konditionsmæssigt, fordi tilbuddet ikke var vedlagt referencer. Klageren har nærmere anført, at tilbuddet var vedlagt både en referenceliste og en reklamefolder, og at tilbuddet derfor opfyldte udbudsbetingelsernes krav om oplysning af referencer.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede var berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet. Indklagede har nærmere anført, at tilbuddet alene var vedlagt en reklamefolder. Da folderen ikke som fastsat i udbudsbetingelserne indeholdt oplysning om »3 relevante referencer inden for de sidste 5 år

fra projekter med samme faglige relevans og kompleksitet«, var tilbuddet ikke konditionsmæssigt. Indklagede har først efter udløbet af tilbudsfristen modtaget en egentlig referenceliste fra klageren.

Ad påstand 1 (b)

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets 2 ved som begrundelse for afvisningen af klagerens tilbud at anføre, at den garantierklæring, der var vedlagt klagerens tilbud, ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelserne. Tilbuddet var vedlagt brevet af 25. juni 2009 fra Djurslands Bank A/S, og klageren har herved utvivlsomt opfyldt udbudsbetingelsernes krav om, at tilbuddene skulle indeholde en erklæring fra bank eller kautionsselskab om, at tilbudsgiveren kunne stille den krævede sikkerhedsstillelse.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ligeledes var både berettiget og forpligtet til at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav til den garantierklæring, der skulle være vedlagt tilbuddet. Af det brev af 25. juni 2009, der var vedlagt klagerens tilbud, fremgik således ikke en forpligtende erklæring fra et pengeinstitut om at ville stille den krævede garanti.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 (a)

Brevet af 7. september 2009 fra indklagedes rådgiver, Christensen & Rottbøll A/S Arkitekter MAA, til klageren må forstås således, at klagerens tilbud blev afvist, bl.a. fordi tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav om oplysning af referencer.

Det påhviler klageren at løfte bevisbyrden for, at klagerens tilbud var vedlagt oplysning om referencer som fastsat i udbudsbetingelserne. Klageren har alene bevist, at tilbuddet var vedlagt en reklamefolder om klagerens virksomhed, hvorimod det ikke kan anses for bevist, at tilbuddet også var vedlagt en egentlig referenceliste. Da reklamefolderen ikke indeholdt oplysninger om »3 relevante referencer inden for de sidste 5 år fra projekter

med samme faglige relevans og kompleksitet«, var indklagede berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 1 (b)

I udbudsbetingelserne, jf. udbudsbekendtgørelsen punkt III.2.2), er fastsat, at tilbuddene skulle være vedlagt »Erklæring fra bank eller kautionsselskab om at tilbudsgiver kan stille den krævede sikkerhedsstillelse«. Det er efter ordlyden ikke et krav, at tilbuddene for at være konditionsmæssige skulle være vedlagt en erklæring fra en bank eller et kautionsselskab, hvorved banken eller kautionsselskabet forpligtede sig til at stille den krævede garanti.

Da det brev af 25. juni 2009 fra Djurslands Bank A/S, der var vedlagt klagerens tilbud, indeholdt oplysning fra banken om, at klageren kunne stille den sikkerhed, der var krævet i udbudsbetingelserne, var klagerens tilbud på dette punkt konditionsmæssigt.

Påstanden tages til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud med følgende begrundelse:

- (b) »Desuden er garantierklæringen formuleret således at man ikke klart kan se, om pengeinstituttet ønsker at stille garantien eller ej«,

Indklagede, Norddjurs Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Murerfirmaet Bent Klausen ApS, betale 8.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

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

Klagegebyret tilbagetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig