

K E N D E L S E

Dansk Byggeri
(advokat Henrik Fausing v/ advokat Christian B. Prophet-Rannow, København)

mod

Viborg Kommune
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Den 17. januar 2013 iværksatte indklagede, Viborg Kommune, en offentlig licitation efter tilbudsloven vedrørende opførelsen af en ny daginstitution beliggende Koldskær 5, Bjerringbro, opdelt i 11 fagentrepriser, herunder en tømrerentreprise. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 8. februar 2013 havde indklagede modtaget syv tilbud på tømrerentreprisen, herunder fra Løvel Tømrer- og Snedkerfirma v/ Donny Henriksen, der havde afgivet tilbudet med »laveste pris« på 4.098.000 kr.

Efterfølgende indgik indklagede kontrakt med Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS.

Den 14. november 2013 indgav klageren, Dansk Byggeri, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 2 ved at indgå kontrakt med Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS om tømrerentreprisen ved opførelsen af en ny daginstitution beliggende Koldskær 5, 8850 Bjerringbro, uagtet denne virksomhed ikke havde afgivet tilbud under den forudgående licitation.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbrev af 17. januar 2013 fremgår vedrørende punktet »Tidsplan« følgende: »Overordnet byggeperiode: Primo april 2013 til april 2014«. Af tidsplan for licitationen fremgår, at arbejdet vedrørende tømrerentreprisen skulle påbegyndes i uge 31 (ultimo juli) 2013.

Af indklagedes liste over »licitationsresultater« af 29. januar 2013 fremgår for så vidt angår tømrerentreprisen følgende:

»C. TØMRERENTREPRISEN

1.	Hvorslev Byggefirma A/S	...	...	
2.	Børge Jacobsen A/S	...	...	
3.	Buus Totalbyg A/S	...	4.275.000	2
4.	Tømrerfirmaet Thomas Andersen	...	...	
5.	Steen Ginnerup A/S	...	4.477.000	3
6.	Tømrerfirmaet Jørgen Sørensen ApS.	...	...	
7.	Løvel Tømrer- og snedkerfirma	Tinggade 33. Løvel, 8830 Tjele	4.098.000	1

«

Den 4. april 2013 fremsendte indklagede en »accept« på tømrerentreprisen til Løvel Tømrer- og Snedkerfirma v/ Donny Henriksen og anmodede om, at »accepten« blev returneret i underskrevet stand. I accepten anføres, at indklagede accepterer tilbudsgiverens tilbud på udførelse af tømrerentreprisen, og at accepten først er gyldig efter fremsendelse af sikkerhedsstillelse i henhold til AB 92 § 6. Indklagede har oplyst, at indklagede ikke modtog »accepten« retur i underskrevet stand fra Løvel Tømrer- og Snedkerfirma v/ Donny Henriksen, men at indklagede ultimo april 2013 blev kontaktet af

Donny Henriksen, der meddelte, at Løvel Tømrer- og Snedkerfirma v/ Donny Henriksen ville blive erklæret konkurs.

Den 24. april 2013 blev Donny Henriksen erklæret konkurs, og virksomheden Løvel Tømrer- og Snedkerfirma ophørte.

Den 2. maj 2013 videresendte Donny Henriksen følgende e-mail fra kurator, advokat Martin Jørgensen, til indklagede:

»Jeg skal herved i min egenskab af kurator i Løvel Tømrer- og Snedkerfirma v/Donny Henriksen bekræfte, at samtlige boets igangværende arbejder og ordrer er overdraget til Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS, CVR-nr. 35234535.«

Den 8. maj 2013 sendte indklagede en »accept« på tømrerentreprisen til Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS. Denne accept var enslydende med accepten af 4. april 2013, dog således at Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS var angivet som entreprenør i stedet for Løvel Tømrer- og Snedkerfirma v/ Donny Henriksen.

Den 17. juni 2013 tilbagesendte Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS accepten i underskrevet tilstand, og sikkerhedsstillelse i henhold til AB 92, § 6, blev stillet den 1. juli 2013.

Den 23. september 2013 henvendte klageren sig til indklagede vedrørende »Bjerringbro Børnehave, Koldskær 5, 8850 Bjerringbro – Viborg Kommunes udbud af tømrerentreprisen«.

Ved e-mail af 2. oktober 2013 besvarede indklagede klagerens henvendelse således:

»...

... vi skal herved bekræfte:

- At fagentrepriserne vedrørende Bjerringbro Børnehave, Koldskær 5, 8850 Bjerringbro, har været i begrænset udbud.
- At tømrerentreprisen blev tildelt til Løvel Tømrer- og Snedkerfirma v/Donny Henriksen, CVR-nr. 21 37 49 70
- At Løvel Tømrer- og Snedkerfirma efterfølgende blev taget under konkursbehandling.

- At kontrakten er overdraget til Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS, CVR-nr. 35 23 45 35.

Viborg Kommune har fulgt Konkurrence og Forbrugerstyrelsens anbefalinger...

Viborg Kommune kan oplyse,

- At der er tale om en ekstraordinær situation, der er objektiv konstaterbar.
- At kontraktens vilkår forbliver uændret.
- At Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS, CVR-nr. 35 23 45 35, har de nødvendige kvalifikationer.
- At udbudsreglernes funktion er opfyldt og udbudspligten er aflyftet.
- At der ikke er tale om et omgåelsestilfælde.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede i medfør af tilbudslovens § 2, stk. 1, jf. § 12, var forpligtet til på ny at udbyde tømrerentreprisen i licitation efter Løvel Tømrer- og Snedkerfirma v/Donny Henriksens konkurs, hvilket indklagedes tidsplan og et eventuelt personsammenfald imellem Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS og Løvel Tømrer- og Snedkerfirma v/Donny Henriksens ikke ændrer på. E-mailen af 2. maj 2013 dokumenterer ikke, at konkursboet indtrådte i kontrakten, og den efterfølgende »overdragelse« af kontrakten udgør under alle omstændigheder en væsentlig kontraktændring, jf. sag C-454/06, Presstext. EU-kommissionens forslag til nyt udbudsdirektiv kodificerer ikke gældende ret i forhold til denne sag.

Indklagede har gjort gældende, at overdragelsen af kontrakten til Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS er sket under sådanne særlige omstændigheder, at overdragelsen ikke er en kontraktindgåelse i tilbudslovens forstand og dermed ikke underlagt udbudspligt, jf. sag C-454/06, Presstext. Indklagede har ikke haft nogen indflydelse på kontraktoverdragelsen, der skyldes medkontrahentens konkurs, som er en udefrakommende, objektiv konstaterbar begivenhed. Der var ikke nogen risiko for omgåelse af udbudsreglerne. Kontrakten er indgået på nøjagtig samme vilkår som den oprindelige, og den nye medkontrahent besidder de samme kvalifikationer. EU-

Kommissionens forslag til nyt udbudsdirektiv artikel 72, stk. 1, litra d, nr. 2, kodificerer et allerede gældende princip og tilkendegiver, at den foreliggende praksis skal fortolkes lempeligt, når det kommer til kontraktoverdragelse i konkurstilfælde.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af sagsforløbet, at indklagede efter at have modtaget tilbud på tømrerentreprisen besluttede at tildele kontrakten til Løvel Tømrer- og Snedkerfirma v/Donny Henriksen, der var lavestbydende.

Det fremgår imidlertid også, at kontrakt ikke blev indgået, idet denne tilbudsgiver ikke fremsendte accept og stillede sikkerhed i henhold til AB 92 § 6.

I stedet for eventuelt at tildele kontrakten til næstlavestbydende tildelte indklagede herefter kontrakten til Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS, der ikke havde afgivet tilbud ved licitationen, og der blev indgået kontrakt mellem disse parter.

Den foreliggende situation adskiller sig væsentligt fra tilfælde, hvor der, efter at der er indgået kontrakt med en tilbudsgiver, indtræder en situation, hvor tilbudsgiveren tages under insolvensbehandling, og der som følge heraf sker »ændringer af et eksisterende kontraktforhold«, jf. sag C-454/06, Presstext, præmis 29.

Klagenævnet bemærker, at det nye direktivforslags artikel 72, der ligesom den nævnte dom omhandler »Ændring af kontrakter i deres løbetid«, allerede af den grund heller ikke er anvendelig ved afgørelsen af, om indklagede var berettiget til at tildele Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS kontrakten.

Indklagede var forpligtet til at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der havde afgivet tilbuddet med den laveste pris.

Da Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS ikke havde afgivet tilbud, var indklagede ikke berettiget til at tildele denne virksomhed opgaven og indgå kontrakt med virksomheden.

Påstanden tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 2 ved at indgå kontrakt med Løvel Tømrer og Snedkerfirma ApS om tømrerentreprisen ved opførelsen af en ny daginstitution beliggende Koldskær 5, Bjerringbro, uagtet denne virksomhed ikke havde afgivet tilbud under den forudgående licitation.

Indklagede, Viborg Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Dansk Byggeri, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig