

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Niels Henriksen, Michael Jacobsen)

J.nr.: 2005-0002499

20. december 2005

K E N D E L S E

Adelholm VVS ApS
(advokat Jesper Jakobsen, Hjørring)

mod

Faber Invest I/S
(advokat Jannik Haahr Antonsen, Horsens)

I september 2004 iværksatte Faber Invest I/S en begrænset licitation uden prækvalifikation efter Tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende VVS-entreprisen ved en ombygning. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 30. september 2004 var der indkommet tilbud fra et antal tilbudsgivere, herunder

1. Adelholm VVS ApS
2. Hovedgård & omegns VVS ApS.

Den 12. oktober 2004 besluttede indklagede at indgå kontrakt med 2. Hovedgård & omegns VVS ApS (Hovedgård), og kontrakt blev herefter indgået samme dag.

Den 17. maj 2005 indgav klageren, Adelholm VVS ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Faber Invest I/S. Klagen har været behandlet på et møde den 28. oktober 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at anse klagerens tilbud for tilbagekaldt, selvom klageren ikke havde tilbagekaldt tilbudet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 10 ved at forhandle med tilbudsgiveren Hovedgård, selvom denne tilbudsgivers tilbudspris var højere end klagerens tilbudspris.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, og § 10 stk. 1, i Tilbudsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) ved at have indgået kontrakt med tilbudsgiveren Hovedgård, selvom denne tilbudsgivers tilbud ikke havde den laveste tilbudspris.

Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 254.361 kr. med procesrente fra 17. maj 2005.

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

For det tilfælde, at påstand 1 tages til følge, har indklagede erkendt at have overtrådt Tilbudslovens og Tilbudsbekendtgørelsen som angivet i påstand 2 – 3.

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.

Licitationen blev foretaget i medfør af Tilbudsloven, fordi der var tale om et byfornyelsesarbejde med offentlig støtte på vilkår om anvendelse af Tilbudsloven.

Klagerens tilbud havde den laveste tilbudssum, medens tilbudet fra Hovedgård havde den næstlaveste tilbudssum.

Klagerens tilbud var behæftet med en sammentællingsfejl, der førte til, at tilbudssummen var angivet lavere end tilsigtet. Indklagedes rådgiver opdagede fejlen straks efter tilbudets modtagelse og besluttede med klagerens godkendelse at lægge til grund, at tilbudssummen skulle forstås som tilsigtet. Også derefter var klagerens tilbudssum den laveste, ca. 50.000 kr. lavere end tilbudssummen i Hovedgårds tilbud.

Den 12. oktober 2004 holdt indklagede et forhandlingsmøde med klageren. Der opnåedes ikke enighed mellem parterne under forhandlingsmødet. Indklagede indkaldte herefter tilbudsgiveren Hovedgård til et forhandlingsmøde samme dag og indgik i forbindelse hermed kontrakt med Hovedgård om arbejdets udførelse.

Indklagedes rådgiver, arkitekt Peter Hougaard sendte senere samme dag omkring midnat klageren en telefax, i hvilken det anførtes:

»For god ordens skyld bekræfter jeg hermed, på bygherres vegne, dit ønske om at trække dit tilbud tilbage i forbindelse med forhandlingerne...

Arbejdet er herefter blevet aftalt udført af Hovedgård og Omegns VVS.«

I et brev af 14. oktober 2004 til arkitekt Hougaard protesterede klageren mod, at indklagede havde indgået kontrakt med Hovedgård og gjorde gældende, at dette var en overtrædelse af Tilbudslovens § 10.

Der er afgivet forklaringer af Claus Adelholm, Børge Faber Kristensen og Peter Hougaard.

Claus Adelholm har bl.a. forklaret: Han driver det VVS-firma, der har indgivet klagen. På et tidspunkt efter indgivelsen af klagerens tilbud og den omtalte berigtigelse af regnefejlen i tilbuddet indkaldte arkitekt Hougaard

Claus Adelholm til forhandlingsmødet den 12. oktober 2004. Hougaard gav som begrundelse, at der skulle findes besparelser, og Claus Adelholm medbragte derfor til mødet en opstilling over besparelser ved anvendelse af andre komponenter end dem, der var omfattet af tilbudet. Under mødet talte man om besparelser og om hurtig opstart. Man tale også om nogle pladsproblemer i forbindelse med, at det var blevet bestemt, en bygning skulle flyttes til »Den gamle by«. Hougaard ville have et nedslag i klagerens tilbudspris på 5.000 kr. som »kvajepenge« som følge af regnefejlen i klagerens tilbud, men Claus Adelholm ville ikke gå med til dette. Mødet sluttede med, at Hougaard sagde, at han ville kontakte klageren hurtigst muligt, og Claus Adelholm gik ud fra, at klageren havde fået ordren. Ca. en time efter mødet ringede Hougaard til Claus Adelholm og bad om oplysning om besparelsen ved kun at anvende nogle af de alternative komponenter, som Claus Adelholm havde foreslået. Næste morgen så Claus Adelholm Hougaards telefax om, at ordren var gået til Hovedgård.

Børge Faber Kristensen har bl.a. forklaret: Indklagede er et ejendomsselskab. Indklagede havde erhvervet den ejendom, som sagen angår, og ejendommen skulle gennemgå en byfornyelse. Han deltog i mødet med klageren den 12. oktober 2004. Mødets formål var at drøfte det videre forløb. Hverken Børge Faber Kristensen eller arkitekt Hougaard havde bedt klageren om at foreslå besparelser, men Claus Adelholm medbragte til mødet en liste med besparelser på ca. 16.000 kr. ved anvendelse af andre komponenter. På baggrund af sin erfaring tænkte Børge Faber Kristensen, at klageren nok ville få større fortjeneste end ellers ved anvendelse af de alternative komponenter, og Børge Faber Kristensen foreslog derfor en besparelse på 25.000 kr. ved anvendelse af disse komponenter. Parterne kunne ikke blive enige. Arkitekt Hougaard søgte at mægle forlig og foreslog en besparelse på 20.000 kr. Claus Adelholm sagde så, at han i så fald ikke ville tjene noget på ordren, og at han så hellere ville trække sit tilbud tilbage, sådan at indklagede kunne tale med næstlavestbydende i stedet. Claus Adelholm gik derefter. Da han var på vej ud af døren, sagde Børge Faber Kristensen, at det måtte indklagede jo acceptere. Børge Faber Kristensen opfattede det sådan, at parterne nu var færdige med hinanden. Der blev ikke egentligt talt om regnefejlen i klagerens tilbud, men Børge Faber Kristensen sagde for sjov, at den burde give grundlag for et afslag. Senere samme aften holdt Børge Faber Kristensen og arkitekt Hougaard et møde med tilbudsgiveren Hovedgård. De sagde til Hovedgård, at klageren havde trukket sit tilbud tilbage, og at Hovedgård herefter var lavestbydende. Indklagede fik et afslag

hos Hovedgård, men dette afslag var dog ikke nok til at dække forskellen mellem klagerens og Hovedgårds priser. Børge Faber Kristensen overvejede ikke at fastholde klageren på tilbudet.

Arkitekt Peter Hougaard har bl.a. forklaret: Han stod for ejendommens renovering og deltog i mødet med klageren den 12. oktober 2004. Formålet med dette møde var at drøfte nogle praktiske spørgsmål navnlig i forbindelse med den bygning, der skulle flyttes til »Den gamle By«. Formålet var også at finde besparelser, idet budgettet var overskredet, hvilket Peter Hougaard havde sagt til Claus Adelholm. Under mødet diskuterede man klagerens forslag til besparelser, og drøftelserne herom fandt sted som forklaret af Børge Faber Kristensen. Claus Adelholm og Børge Faber Kristensen blev mopsede på hinanden. Claus Adelholm sagde, at han ikke tjente noget, hvis han skulle følge Faber Kristensens ønsker. Adelholm sagde videre, at så kunne indklagede blot tage næste tilbudsgiver. Det var ganske kort før mødets afslutning. Peter Hougaard sagde ikke, at man ville have nedslag på grund af klagerens regnefejl. Efter at Claus Adelholm var gået, talte Peter Hougaard og Børge Faber Kristensen om muligheden for at tage tilbudsgiveren Hovedgård i stedet for klageren. Peter Hougaard ringede derefter til Claus Adelholm og bad om oplysning om besparelserne ved at bruge nogle af de alternative komponenter, som Claus Adelholm havde foreslået. Det var for at danne baggrund for drøftelser med Hovedgård, da man jo ikke kunne komme til at gøre brug af klagerens besparelser gennem klageren. Peter Hougaard sagde ikke under telefonsamtalen, at klageren var ude af billedet. Aftalen med Hovedgård har givet et afslag, der dog ikke matcher klagerens tilbud.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende: Klageren har ikke tilbagekaldt sit tilbud. Indklagede har bevisbyrden på dette punkt, men har ikke løftet sin bevisbyrde.

Indklagede har gjort gældende: Klageren har tilbagekaldt sit tilbud, og klageren forlangte i brevet af 14. oktober 2004 ikke udtrykkeligt at få ordren.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Hvis forklaringen fra Claus Adelholm lægges til grund, har klageren ikke på noget tidspunkt eller på nogen måde tilbagekaldt sit tilbud. Hvis forklaringerne fra Børge Faber Kristensen og Peter Hougaard lægges til grund, har Claus Adelholm tilkendegivet, at klageren ikke ville have ordren, hvis indklagedes ønsker om besparelser skulle gennemføres. Klageren har imidlertid ikke, selv efter disse forklaringer, afgivet en ubetinget tilbagekaldelse af sit tilbud.

Det er således ikke bevist, at klageren har tilbagekaldt af sit tilbud. Herefter, og da indklagede har bevisbyrden med hensyn til, om klageren har tilbagekaldt sit tilbud, tages påstanden til følge.

Klagenævnet har ikke haft anledning til at beskæftige sig med, om klageren var berettiget til at tilbagekalde tilbudet.

Klagenævnet finder anledning til yderligere at bemærke:

Når tildelingskriteriet er laveste pris, kan ordregiveren føre forhandlinger med lavestbydende i medfør af Tilbudslovens § 10 og Tilbudsbekendtgørelsens § 11, stk. 8 (§ 10 i den nugældende Tilbudslov nr. 338 af 18. maj 2005). Klagenævnet har ikke anledning til at tage stilling til, i hvilket omfang licitationsbetingelserne kan fraviges under sådanne forhandlinger.

Hvis ordregiveren og lavestbydende ikke kan blive enige under de omtalte forhandlinger, må ordregiveren ikke af denne grund indlede forhandlinger med næstlavestbydende eller tildele ordren til denne. Medmindre ordregiveren har en saglig grund til at annullere licitationen, skal ordregiveren derimod indgå kontrakt med lavestbydende i overensstemmelse med lavestbydendes tilbud. Klagenævnet har ikke anledning til at tage stilling til, om

indklagede har haft saglig grund til at annullere den licitation, som sagen angår.

Ad påstand 2 og 3

Klagenævnet konstaterer, at indklagede har overtrådt Tilbudsloven som angivet i disse påstande.

Herefter bestemmes:

Påstand 1:

Indklagede Faber Invest I/S har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at anse tilbuddet fra klageren Adelholm VVS ApS for tilbagekaldt, selvom klageren ikke havde tilbagekaldt tilbudet.

Påstand 2:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 10 ved at forhandle med tilbudsgiveren Hovedgård & omegns VVS ApS, selvom denne tilbudsgivers tilbudspris var højere end klagerens tilbudspris.

Påstand 3:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, og § 10 stk. 1, i Tilbudsbekendtgørelsen ved at have indgået kontrakt med tilbudsgiveren Hovedgård og omegns VVS ApS, selvom denne tilbudsgivers tilbud ikke havde den laveste tilbudspris.

Indklagede, Faber Invest I/S, skal i sagsomkostninger til klageren, Adelholm VVS ApS, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig