

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Helle Bøjen Larsen, Michael Jacobsen)

J.nr.: 03-251.616

30. august 2004

K E N D E L S E

Benny Hansens Tømrer- og Snedkerforretning ApS
(advokat Trine Bøgelund- Kjær
ved advokatfuldmægtig Claus Vange Hansen, København)

mod

Vangsgade 6 ApS
(advokat Jens Graven Nielsen, Ølgod)

Den 3. maj 2002 iværksatte indklagede, Vangsgade 6 ApS, 5 begrænsede licitationer om 5 entrepriser vedrørende opførelse af 20 boliger på ejendommen Vangsgade 6, Ølgod, herunder en begrænset licitation vedrørende tømrerentreprisen. Indklagede anmodede vedrørende tømrerentreprisen 5 virksomheder om at afgive tilbud, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 24. maj 2002 havde alle 5 virksomheder afgivet tilbud. Den 17. juni 2002 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Egons Tømrer- og Snedkerforretning ApS.

Den 19. december 2003 indgav klageren, Benny Hansens Tømrer- og Snedkerforretning ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede Vangsgade 6 ApS. Klagen har været behandlet på et møde den 23. august 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at tilbudet indeholdt forbehold vedrørende bygherrens sikkerhedsstillelse, som indebærer, at bygherren skulle stille sikkerhed, uagtet dette forbehold ikke vedrører

grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne og er et forbehold, der kan prissættes med tilstrækkelig sikkerhed.

Påstand 2

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 290.166 kr. med procesrente fra den 19. december 2003.

Indklagede har nedlagt følgende påstande:

Principal: Afvisning.

Subsidiært: Ad påstand 1: Klagen tages ikke til følge.
Ad påstand 2: Frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 2, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstanden om afvisning og i givet fald til påstand 1.

Indklagedes advokat har oplyst, at indklagede forud for licitationen var af den opfattelse, at licitationen ikke var omfattet af Tilbudsloven, og at indklagede derfor gennemførte licitationen uden at tilsigte at overholde reglerne i Tilbudsloven. Klagenævnet har på denne baggrund besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 3

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved at gennemføre den begrænsede licitation vedrørende opførelsen af 20 boliger på ejendommen Vangsgade 6, Ølgod, uden at tilsigte at gennemføre licitationen i overensstemmelse med Tilbudslovens regler.

Ad påstanden om afvisning

Indklagede er et privat erhvervsdrivende anpartsselskab, som driver byggevirksomhed, og som ikke er omfattet af Tilbudsloven. Boligselskabet BSB Ølgod, Afdeling 11, er et almennyttigt boligselskab, som er omfattet af Tilbudsloven.

Det tidsmæssige forløb af samarbejdet mellem Boligselskabet BSB Ølgod, Afdeling 11, og Vangsgade 6 ApS er således:

30. juli 2001 Anpartsselskabet Vangsgade 6 ApS blev stiftet som datterselskab af Ølgod Huse ApS.
3. august 2001 Indklagede ansøger Ølgod Kommune om byfornyelsestilskud til byggeriet.
28. august 2001 Endeligt skøde, hvorved Vesterby Parket A/S pr. 1. september 2001 sælger ejendommen matr. nr. 6 bm Ølgod by, Ølgod, til indklagede.
- august 2001 Samarbejdsaftale mellem indklagede og Boligselskabet BSB Ølgod, Afdeling 11.

Samarbejdsaftalen indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»§ 1.

Baggrunden for nærværende samarbejdsaftale er at totalleverandøren ved slutseddel har erhvervet ejendommen Vangsgade 6, 6870 Ølgod, på hvilket areal parterne efter nærværende aftale, med boligselskabet som eneoperatør og med ejer- og entreprenørselskabet Vangsgade 6 ApS, som tottalleverandør, har til hensigt [at] opføre indtil 30 boligenheder på arealet.

Parterne er enige om, at reglerne for almene boligorganisationers virksomhed er rammen for boligselskabets forpligtigelser efter denne aftale. Hvis boligselskabet ikke kan opnå kommunens godkendelse, er hver part berettiget til at træde tilbage fra aftalen, og parterne har ikke af den grund noget økonomisk krav mod hinanden.

Nærværende aftale har til hensigt at udstikke de overordnede retningslinjer for det fremtidige samarbejde med byggemodning, udstykning, opførelse af boliger samt udlejning/salg heraf.

§ 2.

.....

§ 3.

Projektet:

Forventet byggestart er fastsat til ½ 2002, og aflevering forventes at finde sted 31/12 2002. Boligselskabet ansøger snarest om forhåndstilsgn til den fornødne byggekvote

Boligselskabet er forpligtet til senest 1/10 2001 at indsende skema A og B til Ølgod Kommune, forudsat at de lovgivningsmæssige rammer er på plads, med henblik på endelig støttetilsagn i januar 2002, med samtidig skema B godkendelse.

§ 4.

Overtagelsesdag:

Overtagelsesdagen for grundarealet er aftalt til projektets faktiske godkendte byggestarts dato. Boligselskabet er på dette tidspunkt berettiget og forpligtet til at tage skøde på de pågældende jordareal, og det solgte henligger fra dette tidspunkt for købers regning og risiko i enhver henseende.

§ 5.

Grund og bebyggelse:

Kun totalleverandøren skal levere såvel grundarealer som fuldstændig bebyggelse (turn-key).

Totalleverandøren er forpligtet til at udbyde mindst 60 pct. Af bygearbejdet i underentreprise. Det påregnes, at tømrer/snedkerentreprise udføres af totalleverandøren. For entreprisen gælder AB92, herunder forhold om garantistillelse. Ved udbud iagttages reglerne i udbudscirkulæret og mindst 2 lokale virksomheder inviteres pr. entreprise.

.....«

- | | |
|------------------|--|
| 2. oktober 2001 | Indklagede fremsender en ny ansøgning til Ølgod Kommune om byfornyelsestilskud til byggeriet. |
| 19. februar 2002 | Ølgod Kommune giver indklagede tilsagn om byfornyelsesstøtte.
Boligselskabet BSB Ølgod, Afdeling 11, overtager ifølge betinget skøde af 25. april 2002 ejendommen på Vangsgade 6 ApS. |
| 25. april 2002 | Betinget skøde, hvorved indklagede pr. 19. februar 2002 sælger ejendommen til Boligselskabet BSB Ølgod, Afdeling 11. |
| 3. maj 2002 | Den begrænsede licitation iværksættes. |
| 17. maj 2002 | Endeligt skøde vedrørende indklagedes salg af ejendommen til Boligselskabet BSB Ølgod, Afdeling 11. |

»...entreprisekontrakt, hvorved totalleverandøren i totalentreprise påtager sig at lade opføre en 20 boligenheder på tilsammen 1.534 m² på ejendommen Vangsgade 6, 6870 Ølgod, som totalleverandøren samtidig hermed har overdraget til boligselskabet.

Påbegyndelsestidspunkt er den 01.04.2002.
Færdiggørelsestidspunkt er den 15.01.2003. «

Ad påstand 1

I klagerens tilbud af 24. maj 2002 var der i rubrikken »Forbehold« anført:
»Byg Standard Forbehold af marts 2001 vedlagt «.

I »Byg Standardforbehold af 2001« hedder det i punkt 3: »Det forudsættes, at bygherren stiller den i AB 92, § 7 nævnte sikkerhed. Dette skal ske senest 8 arbejdsdage efter entreprisenaftalens indgåelse.«

Tilbudet fra Egons Tømrer- og Snedkerforretning ApS af 24. maj 2002 indeholdt ikke det nævnte forbehold.

Klageren tilbud, der var det laveste tilbud, var på 2.224.603 kr.

Egons Tømrer- og Snedkerforretning ApS' tilbud var på 2.376.431 kr.

I en skrivelse af 17. juni 2002 fra indklagede til klageren hedder det:

»Idet De i Deres tilbud af 24. maj 2002 har taget Bygs standard forbehold af marts 2001, der på væsentlige punkter afviger fra udbudsmaterialet, og De efterfølgende ikke har villet frafalde dette forbehold, ser vi os nødsaget til at anse Deres tilbud for ikke-konditionsmæssigt.«

Parternes anbringender

Ad påstanden om afvisning

Klageren har gjort gældende, at indklagede har gennemført byggeriet af boligerne på Boligselskabet BSB Ølgod, Afdeling 11's vegne, at det pågældende boligbyggeri er offentligt støttet alment boligbyggeri, og at byggeriet som sådant er omfattet af Tilbudsloven, jf. Tilbudsloven § 1, stk. 2, 2. led. Ved gennemførelsen af dette byggeri finder Tilbudsloven derfor anvendelse, og det er uden betydning, at byggeriet ikke blev iværksat med boligselskabet selv som bygherre, men blev gennemført på den måde, at det var indklagede, der gennemførte byggeriet, da det hele tiden har været meningen, at boligforeningen efter byggeriets afslutning skulle være ejer af ejendommen. Det følger af det anførte, at Klagenævnet er kompetent til at behandle klagen. Klageren har i den forbindelse yderligere henvist til de regler, der er gældende fra 1. januar 2003, nemlig lov nr. 626 af 30. juni 2003 Almenboligloven § 116, stk. 2, 2. pkt. in fine, bekendtgørelse nr. 500 af 20. juni 2002, som ændret ved bekendtgørelse nr. 206 af 29. marts 2003, § 18 e samt Erhvervs- og Boligstyrelsens Vejledning om valg af bygherre til alment nybyggeri af april 2003, afsnit 3.2.2. nr. 1 og nr. 4, 1 og 2 stk.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede er et privat erhvervsdrivende selskab, der ikke er omfattet af Tilbudsloven, og det forhold, at indklagede har opført boligejendommen med henblik på, at den efter opførelsen skal sælges videre til en boligforening, ikke indebærer, at Tilbudsloven finder anvendelse.

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren i sit tilbud tog et forbehold i forhold til licitationsbetingelserne vedrørende bygherrens sikkerhedsstillelse, men at dette forbehold ikke vedrører grundlæggende

licitationsbetingelser, og at indklagede derfor ikke under licitationen har været forpligtet til at afvise tilbudet fra klageren. Klageren har ikke bestridt, at indklagede på grund af forbeholdet efter Tilbudsloven var berettiget til at afvise klagerens tilbud, men denne ret til at afvise klagerens tilbud består kun i forbindelse med, at udbyderen straks efter modtagelsen af tilbudene gennemgår tilbudene for at konstatere, om tilbudene er i overensstemmelse med licitationsbetingelserne. Hvis indklagede på dette stadium af licitationen havde indtaget det standpunkt, at indklagede på grund af forbeholdet i klagerens tilbud ville afvise dette tilbud og straks i fortsættelse heraf havde meddelt klageren dette, havde indklagede ikke overtrådt Tilbudsloven. Indklagede valgte derimod dels at udskyde sin endelige stillingtagen til, om indklagede ville acceptere forbeholdet i klagerens tilbud, dels at iværksætte forhandlinger med klageren som den tilbudsgiver, der havde afgivet det laveste bud. Indklagede var imidlertid efter Tilbudslovens § 10 kun berettiget at iværksætte en forhandling med klageren, hvis klagerens tilbud ikke skulle afvises, og hvis klagerens tilbud var tilbudet med den laveste pris. Indklagede har således ved ikke straks efter modtagelsen af klagerens tilbud at beslutte på grund af forbeholdet at afvise dette tilbud, men tværtimod iværksætte forhandling med klageren handlet på en måde, at afskærer indklagede fra senere at afvise klagerens tilbud på grund af forbeholdet. Da indklagede således ved sin handlemåde under licitationen var blevet afskåret fra at afvise tilbudet fra klageren, handlede indklagede i strid med Tilbudsloven ved den 17. juni 2002 desuagtet at beslutte at afvise klagerens tilbud. Klageren har i øvrigt gjort gældende, at indklagedes direktør Niels Otto F. Viuff under en telefonsamtale med klagerens direktør tømrermester Benny Hansen den 7. juni 2002 tilkendegav, at indklagede overfor klageren frafaldt kravet om, at bygherren ikke skulle stille sikkerhed.

Indklagede har tilkendegivet, at forbeholdet i klagerens tilbud vedrørende bygherrens sikkerhedsstillelse heller ikke efter indklagedes opfattelse er et forbehold vedrørende grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne, som indebærer, at indklagede havde pligt til at afvise tilbudet. Indklagede har imidlertid gjort gældende, at forbeholdet efter sin beskaffenhed berettigede indklagede til at afvise klagerens tilbud. Indklagede har endvidere gjort gældende, at indklagede ikke ved sin handlemåde under licitationen – herunder heller ikke ved at iværksætte forhandling med klageren – har mistet sin ret til at afvise klagerens tilbud på grund af forbeholdet. Indklagede har i øvrigt gjort gældende, at indklagedes direktør og eneanpartshaver Ni-

els Otto F. Viuff ikke under en telefonsamtale med klagerens direktør tørmester Benny Hansen har »frafaldet« kravet i licitationsbetingelserne om, at bygherren ikke skulle stille sikkerhed.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstanden om afvisning

Det fremgår af licitationsbetingelserne af maj 2002, at det er indklagede, der som bygherre vedrørende byggeriet omfattende de 20 nye boliger iværksatte licitationen, og det er derfor indklagede, der har ansvaret for, at Tilbudsloven – såfremt den er gældende for licitationen – er blevet overholdt.

Det er ikke i licitationsbetingelserne fastsat, at Tilbudsloven skal gælde for licitationen, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 4.

Det fremgår af dokumentet benævnt »Entreprisekontrakt« underskrevet af Boligselskabet BSB Ølgod, afdeling 11, den 28. november 2002 og af indklagede den 15. december 2002, at indklagede i totalentreprise påtager sig at lade opføre 20 boligenheder på tilsammen 1.534 m² på ejendommen Vangsgade 6, 6870 Ølgod, som indklagede samtidig hermed har overdraget til Boligselskabet BSB Ølgod, afdeling 11. På baggrund af dette dokument og de øvrige oplysninger om retsforholdet mellem indklagede og Boligselskabet BSB Ølgod, afdeling 11, kan Klagenævnet fastslå, at indklagedes anskaffelse af den faste ejendom Vangsgade 6, indklagedes efterfølgende opførelse af boligerne på ejendommen og indklagedes salg af ejendommen med de nyopførte boliger har haft til formål at skaffe boligselskabet den ønskede boligejendom, uden at boligselskabet selv behøvede at stå som bygherre. Der er intet oplyst om, at det ved den anvendte fremgangsmåde har været tilsigtet at undgå, at Tilbudsloven skulle finde anvendelse på den licitation, der skulle gennemføres i forbindelse med byggeriet. Imidlertid indebærer den valgte fremgangsmåde med hensyn til boligselskabets anskaffelse af den nye boligejendom, at Tilbudsloven finder anvendelse på den licitation, som indklagede skulle

gennemføre, på samme måde, som det ville have været tilfældet, hvis boligselskabet selv havde stået som bygherre.

Den pågældende licitation er således omfattet af Tilbudsloven, og dette indbærer, at Klagenævnet er kompetent til at behandle klagen, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 2, jf. § 13. Klagenævnet afviser derfor ikke klagen.

Ad påstand 1

Indklagede har i Licitationsbetingelserne fastsat, at bygherren ikke stiller sikkerhed. Dette vilkår i licitationsbetingelserne vedrører efter sin beskaffenhed et grundlæggende element i licitationsbetingelserne, og da forbeholdet i tilbudet fra klageren vedrører dette grundlæggende element i licitationsbetingelserne, var indklagede forpligtet til at afvise klagerens tilbud. Det følger af det anførte, at indklagede ville have handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved uanset forbeholdet at tage klagerens tilbud i betragtning, Klagenævnet tager således ikke påstand 1 til følge.

Ad spørgsmål 3

Det følger af det, der er anført ad påstanden om afvisning, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven som anført i spørgsmål 3. Dette har bl.a. medført, at licitaionen er gennemført, uden at der i licitationsbetingelserne var anført et tildelingskriterium, jf. Tilbudslovens § 8, stk. 2, 1. pkt.

Klagenævnet har ikke fundet anledning til yderligere at tage stilling til, om indklagede ved at iværksætte forhandlinger med klageren har handlet i strid med Tilbudslovens § 10, fordi klageren havde afgivet et tilbud, som indklagede var forpligtet til at afvise, og som indklagede senere afviste.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises ikke.

Påstand 1 tages ikke til følge.

Ad spørgsmål 3

Indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved at gennemføre den begrænsede licitation vedrørende opførelsen af 20 boliger på ejendommen Vangsgade 6, Ølgod, uden at tilsigte at gennemføre licitationen i overensstemmelse med Tilbudslovens regler.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
Kontorfuldmægtig