

K E N D E L S E

Børge Jakobsen & Søn A/S
(advokat Martin Rømer, Ringsted)

mod

Sorø Kommune
(advokat Hans Lykke Hansen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 197-260167 af 10. oktober 2008 iværksatte Sorø Kommune et begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) vedrørende udvidelsen af Sorø Rådhus i stor/fagentrepriserne: 1 Råhus, 2 Lukning, 3 Tømrer, 4 Gulve, 5, Maler, 6 VV, 7 Elevator, 8 El og EDB. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 16. december 2008 til følgende prækvalificerede ansøgere:

Vedrørende lukningsentreprisen:

1. Børge Jacobsen & Søn A/S
2. Carlo Lorentzen A/S
3. Georg Berg Gruppen
4. MT Højgaard A/S

Vedrørende tømrerentreprisen:

1. Børge Jacobsen & Søn A/S
2. Carlo Lorentzen A/S
3. Georg Berg Gruppen
4. Juul & Nielsen A/S

5. MT Højgaard A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 13. marts 2009 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Børge Jacobsen & Søn A/S' tilbud var tilbuddet med den laveste pris vedrørende begge entrepriser.

Den 7. april 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt om lukningsentreprisen med Carlo Lorentzen A/S, der havde afgivet tilbuddet med den næstlaveste pris på denne entreprise, og at indgå kontrakt om tømrerentreprisen med MT Højgaard A/S, der på denne entreprise havde afgivet tilbuddet med den næstlaveste pris, og kontrakter blev herefter indgået den 18. maj 2009.

Den 26. august 2009 indgav klageren, Børge Jacobsen & Søn A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Sorø Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 7. december 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at afvise klagerens tilbud vedrørende lukningsentreprisen og tømrerentreprisen, idet klagerens henvisning i tilbuddene til AB 92 ikke udgjorde et forbehold for udbudsbetingelserne.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele lukningsentreprisen til Carlo Lorentzen A/S og tømrerentreprisen til MT Højgaard A/S.

Påstand 3

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 1.537.298,50 kr. med procesrente fra den 26. august 2009.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 3 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 3, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 og 2.

I udbudsbetingelserne af 16. december 2008 er det i byggesagsbeskrivelsen blandt andet anført:

» 3 AB 92

Arbejdet udføres i overensstemmelse med:
AB 92, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, med tilføjelser samt fravigelser som her angivet:

§ 2, stk. 2. Arbejdet udføres i henhold til følgende dokumenter:

1. Bygherrens entrepriseaftale/accept med evt. bilag
2. Entreprenørens tilbud
3. Bygherrens udbudsbrev
4. Udbudsmaterialet i øvrigt, såsom særlige betingelser og beskrivelser (Arbejdsbeskrivelse) eller mængdefortegnelser.
De bydende skal straks ved modtagelsen af udbudsmaterialet kontrollere, om dette indeholder, hvad der er angivet i udbudsbrevet m.v. Særlige betingelser, tegninger og beskrivelser, gælder hver for sig, således at ydelse skal medregnes i tilbud, selv om de kun er angivet et af stederne.
5. Nærværende fællesbetingelser (FB).
6. Bygge- og Boligstyrelsens cirkulære nr. 174 af 10. oktober 1991 om pris og tid.
Bygherren forbeholder sig ret til godtgørelse efter § 8 stk. 4, jf. ovennævnte cirkulære, fra entreprenøren for dokumenterede besparelser.

§ 2 stk. 5. Den til udbudsmaterialet hørende tilbudsblanket skal anvendes. Tilbudsblanket indsendes eller afleveres i lukket kuvert mærket som angivet i udbudsbrevet. Tilbudsblanket med bilag skal være fuldstændig udfyldt.
Eventuelle forbehold (være sig individuelle eller standardforbehold) over for udbudsmaterialet skal markeres på tilbudsblanketten og vedlægges.

§ 3 stk. 5. Den bydende skal vedstå sit tilbud i 40 arbejdsdage regnet fra licitationsdagen eller tilbudsdagen.

§ 4 stk. 1. Forbehold og andre afvigelser fra udbudsbetingelserne, der måtte være anført i udbuddet, er kun gældende, såfremt de udtrykkeligt er nævnt i entrepriseaftalen.

§ 5 stk. 2. Transport på enterprisesummen kan kun gives som hovedtransport (uigenkaldelig fordelingstransport) til bank eller sparrekasse og skal i så fald gælde for hele enterprisesummen eller restentrepriesummen.

Så længe entreprisen ikke er udført, kan entreprenøren ej heller anvise nogen del af sit tilgodehavende til genstand for modregning, udpantning eller udlæg.

§ 5 stk. 4. Såfremt den bydende vil benytte denne adgang til anvendelse af underentreprenører, skal navne og adresser samt arbejdsområde meddeles bygherren senest ved acceptforhandlingerne. Bygherren forbeholder sig ret til udskydelse af underentreprenører. Sådan udskydelse medfører ingen ret for tilbudsgiveren til at annullere sit tilbud.

...

§ 8 stk. 3. Udgår og erstattes af følgende:

Entreprenøren og eventuelle underentreprenører skal have sædvanlig erhvervs & produktansvarsforsikring omfattende skader, for hvilke der er ansvar efter dansk rets almindelige regler.

Denne forsikring skal i hele entrepriseperioden holdes i kraft med dækningssum på minimum kr. 5. mio. for personskaade og kr. 2 mio. for tingskaade.

Entreprenøren skal på anmodning dokumentere at forsikringen er i kraft. Dette skal ske ved fremsendelse af en bekræftelse fra forsikringsselskab forinden entreprisens start.

§ 9 stk. 2. Entreprenøren er ansvarlig for egne afsætninger, uanset om disse er foretaget i samråd med tilsynet.

§ 10 stk. 1. Entreprenøren bærer ansvaret for, at nødvendige sikkerhedsforanstaltninger træffes, om fornødent efter aftale med bygherrens koordinator og i overensstemmelse med loven om arbejdsmiljø og tilhørende bekendtgørelser.

§ 10 stk. 2. Af hensyn til de udførende organisationers standardforbehold forstås ved »stikledning« forsyningsledning fremført til byggeplads. En entreprenør har kun adgang til benyttelse, hvis det

fremgår af udbudsmaterialet.

§ 10 stk. 3. Al aflæsning, transport og udpakning indenfor byggepladsen af de af bygherren leverede materialer samt returnering af eventuel emballage påhviler entreprenøren.

§ 11 stk. 1. Prøver skal være mærket med pågældende byggeris navn og oplyse, hvem der er entreprenør og leverandør. Godkendte prøver mærkes af bygherren med dato for godkendelse. Bygherren skal varsles om prøveudtagninger for at give ham mulighed for at overvære dem.

§ 13 stk. 1. Entreprenøren må ikke på bygherrens vegne uden dennes tilladelse ansøge om dispensation i forbindelse med projektets udformning eller arbejdets udførelse.

§ 14 stk. 2. Ændringer afregnes efter byggeledelsens bestemmelser efter tilbudslistens enhedspriser efter særskilt tilbud eller efter regning. Som hovedregel anvendes tilbudslistens enhedspriser i det omfang, de kan finde anvendelse.

§ 15 stk. 1. Entreprenøren er pligtig at gøre sig bekendt med forholdene ved byggegrunden m.v. og til at kontrollere de i udbudsmaterialet angivne mængder og beskrivne ydelser senest 20 arbejdsdage efter acceptdato. Undlader entreprenøren inden denne frist at dokumentere mængdeafvigelse, betragtes de angivne mængder som godkendte. Samme ret og pligt påhviler bygherren.

§ 15 stk. 2. Entreprenøren har pligt til inden anvendelsen og senest 5 arbejdsdage efter modtagelsen over for bygherren at påtale, hvis de af bygherren leverede materialer er behæftet med synlige fejl eller mangler. Ansvar for ikke påtalte synlige fejl eller mangler overgår herefter til entreprenøren.

§ 15 stk. 3. Dersom der under arbejdets udførelse viser sig mangler, der kræver øjeblikkelig afhjælpning, er bygherren i entreprenørens fravær berettiget til at foretage afhjælpning for dennes regning.

§ 17 stk. 1. Bygherren udpeger koordinator, jf. Arbejdsministeriets lovbekendtgørelse nr. 784 af 11. oktober 1999, som ændret ved lov nr. 331 af 16. maj 2001.

§ 22 stk. 6. Prisregulering følger retningslinjerne i Bygge- og Boligstyrelsens cirkulære af 10. oktober 1991 om pris og tid.

Prisregulering for den resterende del af entreprisen finder sted på grundlag af Danmarks Statistiks »Byggeomkostningsindeks for boliger«, »Byggeomkostningsindeks i alt«.

§ 25 stk. 2. Tidsfristoverskridelser medfører dagbod på 2 promille af entreprisesummen (ekskl. merværdiafgift), dog mindst 5.000,00 kr. for hver påbegyndt arbejdsdag, hvormed den fastsatte tidsfrist overskrides.

§ 27 stk. 3. Af hensyn til de udførendes organisationers standardforbehold forstås ved »snerydning og andre vejrligsforanstaltninger i vinterperioden« foranstaltninger, som bygherren efter de til enhver tid gældende regler er forpligtet til inden for rimelighed at bekoste.

§ 28 stk. 2. Ved væsentlige mangler i forbindelse med aflevering af arbejderne forstås blandt andet manglende aflevering af vejledninger og anvisninger på drift, eftersyn og vedligehold af bygningsdele og installationer.

§ 28 stk. 4. Ønsker om delafleveringer accepteres ikke.

§ 40 stk. 1. Bygherren kan endvidere hæve entrepriseaftalen, såfremt entreprenøren undlader at stille den i § 6 nævnte sikkerhed inden for rimelig tid efter bygherrens skriftlige påkrav.

§ 45 stk. 1. Tvistligheder mellem bygherre og entreprenør berettiger ikke nogen til at udskyde arbejdet, ligesom det ikke er tilfældet ved tvistigheder entreprenør, underentreprenør eller leverandør imellem.«

I et notat fra MT Højgaard A/S af 15. januar 2009 om spørgsmål til BSB – bygningsbeskrivelse spørges blandt andet om:

»6/33 § 10, stk. 2 Bygherren bedes oplyse hvorvidt Dansk byggeris standardforbehold af maj 2008 vil gøre tilbud indeholdende dette ukonditionsræssige. Såfremt dette er tilfældet bedes bygherre oplyse hvilken kapitaliseret værdi bygherren vil tillægge en entreprenørs tilbudssum, såfremt standardforbehold tages.«

Af et rettelsesblad af 4. marts 2009 fremgår blandt andet:

»Til E01, E02, E03, E05, E06 , E07, E08 og E09

...

3. BSB side 6/33 § 10, STK. 2: Dansk byggeris standardforbehold accepteres ikke.

...«

Klagerens tilbud af 11. marts 2009 tilbud på lukningsentreprisen og på tømrerentreprisen var begge udfærdiget på Dansk Byggeris tilbudsblanket. I begge tilbud var det på forsiden af den udfyldte standardblanket under overskriften »Arbejdet omfatter« blandt andet angivet:

»FORBEHOLD

Dansk Byggeri Standardforbehold og AB 92.«

I standardteksten var der under overskriften »For tilbuddet gælder AB 92 og følgende af de på bagsiden anførte forbehold» sat kryds ud for »Alle«. Side 2 i tilbuddene indeholdt Dansk Byggeris standardforbehold af januar 2008, hvor det i pkt. 1 angives:

»1. For tilbuddet gælder »Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed« af 10. december 1992 (AB 92). Efter AB 92, § 1, stk. 3, gælder udbudsmaterialets fravigelse af betingelserne kun, når det tydeligt og udtrykkeligt angives, på hvilket punkt fravigelse skal ske. Tilbudsgiverens forbehold er en del af tilbuddet og tilsidesætter således ikke af udbudsmaterialet.«

Som side 4 i tilbuddene havde klageren tillige udfyldt den tilbudsblanket, som var indeholdt i udbudsmaterialet. Her var det ved overstregning af den fortrykte tekst angivet:

»Der er taget forbehold. Eventuelle forbehold tilføjes nedenstående.«

og tilføjet:

»Dansk Byggeri Standard.«

Med undtagelse af MT Højgaard A/S tog alle tilbudsgiverne på både luknings- og tømrerentreprisen Dansk Byggeris standardforbehold.

MT Højgaard A/S anførte i et brev af 26. marts 2009 til indklagedes tekniske rådgiver, Fogh & Følner Arkitektfirma A/S, at klagerens tilbud på tømrerentreprisen skulle afvises, da det af rettelsesbladet fremgik, at Dansk

Byggeris standardforbehold ikke kunne tages. Efterfølgende gjorde MT Højgaard A/S telefonisk yderligere gældende, at tilbuddet tillige skulle afvises som følge af forbeholdene om AB 92.

Arkitektfirmaet meddelte ved breve af 7. april 2009 til klageren, at arkitektfirmaet havde indstillet til indklagede, at der blev optaget kontraktforhandlinger med Carlo Lorentzen A/S vedrørende lukningsentreprisen og med MT Højgaard A/S vedrørende tømrerentreprisen. Disse to tilbudsgivere havde afgivet tilbuddene med de næstlaveste priser på de respektive entrepriser. Som begrundelse blev det anført:

»Det skal i den forbindelse nævnes, at der efter licitationen blev indgivet klage fra en tilbudsgiver over de tagne forbehold på tilbuddet fra firma Børge Jakobsen & Søn A/S. Efter en juridisk vurdering besluttede Sorø Kommune herefter at kassere dette tilbud som ukonditionsmæssigt.«

Klageren rettede ved breve af 8. april 2009 og 1. maj 2009 henvendelse til indklagede om begrundelsen for og rigtigheden af afvisningen af firmaets tilbud. Indklagedes advokat fastholdt ved breve af 22. april og 15. maj 2009 afvisningen, og angav i den forbindelse, at afvisningen skyldtes forbeholdet for AB 92, som stred mod et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, som flere steder indeholdt afvigelser fra AB 92.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det ikke udgør et retligt relevant forbehold for de fravigelser fra AB 92, som indklagede havde foretaget i udbudsbetingelserne, når klageren i sine tilbud har henvist til AB 92. Forbeholdene er således blot udtryk for, at klageren i overensstemmelse med Dansk Byggeris standardforbehold, pkt. 1, angav, at AB 92 skulle gælde, i det omfang betingelserne ikke udtrykkeligt var fraveget i udbudsbetingelserne. Det samme følger i sig selv af AB 92, § 1, stk. 3, der angiver, at fravigelse af betingelserne kun gælder, når det tydeligt og udtrykkeligt angives, på hvilke punkter fravigelse skal ske. Efter sammenhængen, hvor klageren har anvendt Dansk Byggeris standardblanket og taget alle standardforbeholdene burde det have stået indklagede klart, at klagerens forbehold om AB 92 ikke indebar andet og mere end, hvad der allerede fulgte af AB 92 selv, jf. nærmere § 1, stk. 3, og Dansk Byggeris standardforbehold pkt. 1. Fravigelsen

var under alle omstændigheder bagatelagtig og burde ikke have ført til afvisning. Indklagede var som følge heraf ikke berettiget til at afvise klagerens tilbud, men skulle have tildelt klageren begge entrepriser.

Klageren har endvidere gjort gældende, at indklagede ved at tildele lukningsentreprisen til Carlo Lorentzen A/S har brudt det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, idet denne tilbudsgiver på fuldstændig samme måde som indklagede havde taget Dansk Byggeris standardforbehold.

Indklagede har gjort gældende, at klageren i sine to tilbud har taget forbehold for AB 92. Udbudsbetingelserne indeholder afvigelser fra AB 92. Tilbuddene strider derfor mod et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, subsidiært mod udbudsbetingelserne. Indklagede har som følge heraf været forpligtet, subsidiært berettiget til at afvise klagerens to tilbud.

Det var derimod ikke i strid med udbudsbetingelserne, jf. rettelsesbladet, at klageren og blandt andet Carlo Lorentzen A/S har taget Dansk Byggeris standardforbehold. Efter sammenhængen med MT Højgaards A/S' spørgsmål af 15. januar 2009 og fravigelsen af AB 92, § 10, stk. 2, i byggesagsbeskrivelsen, måtte rettelsesbladets angivelse om, at Dansk Byggeris standardforbehold ikke accepteres, forstås sådan, at det alene vedrørte pkt. 2 i standardforbeholdet, hvor det hedder:

»Ved alle byggearbejder forudsættes stikledninger for afløb og el, gas, varme, vand m.v. ført ind på byggepladsen i fornødent omfang, medmindre disse ydelser er angivet som hørende til entreprisen på tegninger eller i arbejdsbeskrivelsen.«

Da andre entreprenører end luknings- og tømrerentreprenøren sådan som det samlede byggearbejde var tilrettelagt ville have ansvaret for stikledninger, havde det forhold, at de fleste tilbudsgivere på lukningsentreprisen og tømrerentreprisen, herunder klageren og Carlo Lorentzen A/S, tog Dansk Byggeris standardforbehold pkt. 2, ingen retlig eller praktisk betydning. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at undlade at afvise Carlo Lorentzens A/S' tilbud og ved at tildele lukningsentreprisen til denne tilbudsgiver.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at de overtrædelser, der er angivet i påstand 1, indebærer, at beslutningerne om at tildele lukningsentreprisen til Carlo Lorentzen A/S og tømrerentreprisen til MT Højgaard A/S skal annulleres.

Indklagede har henvist til det henvist til det, der er anført vedrørende påstand 1, til støtte for, at der ikke er grundlag for annulation af tildelingsbeslutningerne.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Udbudsbetingelserne, som henviser til AB 92, afviger på en række punkter udtrykkeligt fra AB 92. Det gælder blandt andet vedståelsesfristen i AB 92, § 3, stk. 5, og adgangen efter § 5, stk. 2, til at give transport i entreprise-summen. Fravigelserne vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Klagerens forbehold om AB 92 er i tilbuddene anført som et selvstændigt forbehold »og AB 92« efter angivelsen af, at der tages »Dansk Byggeri Standardforbehold«. Efter formuleringen, hvor forbeholdet om AB 92 særskilt fremhæves, måtte klagerens forbehold vedrørende AB 92 mest nærliggende forstås sådan, at klageren tog forbehold for andet og mere end, hvad der følger af Dansk Byggeris standardforbehold, pkt. 1, og herved sådan, at klageren krævede AB 92 anvendt uden de fravigelser, der fulgte af udbudsbetingelserne. Indklagede var derfor både forpligtet og berettiget til at afvise at tage tilbuddene i betragtning. At klageren har haft et andet formål med den valgte formulering, kan ikke føre til et andet resultat.

Efter den ubetingede og klare formulering af rettelsesbladet måtte tilbudsgiverne ikke tage Dansk Byggeris standardforbehold. Uanset om meningen var kun at forbyde standardforbeholdets pkt. 2 vedrørende stikledninger eller – som ordlyden af rettelsesbladet angiver – at forbyde tilbudsgiverne at tage standardforbeholdet som sådan, var indklagede forpligtet til at afvise at tage klagerens tilbud, som indeholdt Dansk Byggeris standardforbehold, herunder pkt. 2, i betragtning. At indklagede på samme måde var forpligtet

til at afvise andre tilbud, som indeholdt samme forbehold, herunder tilbudet fra den tilbudsgiver, Carlo Lorentzen A/S, som indklagede besluttede at tildele lukningsentreprisen, kan ikke føre til, at der skal gives klageren medhold i påstand 1.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Efter resultatet vedrørende påstand 1 er klagerens tilbud på tømrerentreprisen og lukningsentreprisen afvist med rette.

For tømrerentreprisens vedkommende besluttede indklagede at tildele opgaven til MT Højgaard A/S, som var den tilbudsgiver, der havde afgivet tilbuddet med den næstlaveste pris, og som ikke havde taget forbehold. Der er på den baggrund ikke grundlag for at tage klagerens påstand 2 vedrørende tømrerentreprisen til følge.

Med hensyn til lukningsentreprisen besluttede indklagede at tildele entreprisen til den næstlavest bydende, Carlo Lorentzen A/S, som var den tilbudsgiver, der havde afgivet tilbuddet med den næstlaveste pris, men som havde taget Dansk Byggeris standardforbehold. Tilbuddet skulle derfor have været afvist. Indklagede har dermed tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Indklagedes beslutning om, at tildele kontrakten til Carlo Lorentzen A/S annulleres som følge heraf.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagedes beslutning af 7. april 2009 om at tildele lukningsentreprisen til Carlo Lorentzen A/S annulleres.

Påstand 1 tages ikke til følge, og den del af klagerens påstand 2, der vedrører tømrerentreprisen, tages ikke til følge.

Indklagede, Sorø Kommune, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, Børge Jakobsen & Søn A/S.

Klagegebyret tilbagetales.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig