

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Kaj Kjærsgaard, Kent Petersen)

J.nr.: 2008-0016742

16. december 2008

K E N D E L S E

Elindco Byggefirma A/S
(advokat Ole Bernt Hasling, Roskilde)

mod

Universitets- og Byggestyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Britta Moll Bown)

Ved brev af 29. oktober 2007 iværksatte Universitets- og Bygningsstyrelsen en begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation efter Tilbudsloven på grundlag af et myndighedsprojekt til fortsat projektering og udførelse i totalentreprise en ombygningsopgave på ejendommen Tagensvej 18 i København. De 4 virksomheder, der var opfordret til at afgive tilbud, afgav følgende tilbud:

1. Elindco Byggefirma A/S	17.650.000 kr.
2. Jönsson A/S	19.120.500 kr.
3. Jakon A/S	19.705.000 kr.
4. J.A. Mortensen A/S	20.769.834 kr.

Indklagede besluttede at indgå kontrakt med Jakon A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 21. januar 2008.

Den 30. maj 2008 indgav klageren, Elindco Byggefirma A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Universitets- og Bygningsstyrelsen. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved at afvise tilbudet fra klageren med den begrundelse, at tilbudet indeholdt forbehold vedrørende et grundlæggende element i licitationsbetingelserne, uagtet følgende passus i klagerens fremsendelsesskrivelse, som ledsagede tilbudet, ikke vedrører et grundlæggende element i licitationsbetingelserne:

»Tidsplanen forventes at kunne overholdes. Dog forudsættes det, at bygherreafgørelser og myndighedsbehandling optimeres tidsmæssigt, idet det ellers kan være problematisk at overholde de ønskede terminer.«

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 5. december 2007 om at indgå kontrakt med Jakon A/S.

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

Klageren har oplyst senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Tildelingskriteriet var efter licitationsbetingelserne det »laveste konditionsmæssige tilbud«.

Af udbudsbetingelserne fremgår blandt andet:

»Tidsplan

Der henvises til bilag 10. Entreprenørerne skal udarbejde en detailplan indenfor udbudsplanens rammer.«

»Tilbudskonditioner

.....

Ordregiver er berettiget til at se bort fra tilbud med forbehold. Såfremt tilbudsgiver tager forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet medfører det endog, at udbyder er forpligtet til at betragte tilbudet i sin sammenhæng som ukonditionsmæssigt, og derfor forkastet af udbyder.«

I rettelsesblad nr. 01 dateret 15. november 2007 er fastsat:

»Bygherren gør opmærksom på at forbehold for grundlæggende elementer herunder tidsplan ikke accepteres.

Af »byggesagsbeskrivelse« af 19. oktober 2007 fremgår blandt andet:

»Oversigt over entrepriser/arbejder

Totalentreprisen omfatter helt overordnet følgende aktiviteter til

»nøglefærdig« udførelse:

Projektering incl. projektopfølgning i et omfang der fører udbudsmaterialet frem til hovedprojekt i overensstemmelse med rådgiverorganisationernes ydelsesbeskrivelse, jf. uddybende bemærkning nedenfor. I begge faser skal totalentreprenøren indhente bygherrens godkendelse af et på forhånd koordineret og kvalitetssikret projektmaterialet og indarbejde et tidsrum på min. 8 arbejdsdage til hver af disse godkendelser. Bygherren har fået udarbejdet myndighedsprojekt og konstruktionsprojekt jf. udbudsbrev.....«

I sit tilbud af 29. november 2007 anførte klageren:

»Tidsplanen forventes at kunne overholdes. Dog forudsættes det, at bygherreafgørelser og myndighedsbehandling optimeres tidsmæssigt, idet det ellers kan være problematisk at overholde de ønskede terminer.

Der tages forbehold for myndighedskrav, der ikke fremgår entydigt af gældende byggelov, bygningsreglement m.v.«

Indklagedes rådgiver meddelte den 5. december 2007 klageren:

»..... Deres tilbud indeholder et forbehold for den udbudte opgaves tidsplan. Tidsplanen er et grundlæggende element i udbudsmaterialet og har desuden en sådan karakter, at styrelsen ikke ser sig i stand til at kapitalisere de økonomiske konsekvenser heraf.

I henhold til tilbudskonditioner i udbudsbrev af 29. oktober 2007 forkaster Universitets- og Bygningsstyrelsen derfor Deres tilbud.

Med tildelingskriteriet laveste pris har Jakon A/S Bygningsentreprise tilbudt den laveste pris.«

Klageren rettede den 12. december 2007 en skriftlig henvendelse til indklagede om at genoptage bedømmelsen af de indkomne tilbud og anmodede om skriftligt at få konkretiseret og uddybet på hvilken måde Elindco's tilbud indeholder en afvigelse fra de rettigheder og forpligtelser som totalentreprenøren er tiltænkt i udbudsmaterialet med hensyn til tid.

Indklagede svarede klageren således den 18. december 2007:

»..... Indledningsvis skal anføres, at når De som tilbudsgiver i en pris-konkurrence har følt Dem foranlediget til at supplere tilbudsprisen med tekstbemærkninger, må styrelsen som udgangspunkt lægge til grund, at ovennævnte bemærkning er af afgørende betydning for tilbudsafgivelsen, og ikke blot en fremhævelse af allerede gældende udbudsbetingelser.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har til støtte for sin påstand gjort gældende, at klageren ikke har taget forbehold over for tiden, men alene loyalt gjort opmærksom på, at overholdelse af tidsplanen i en totalentreprise ikke alene er et produkt af entreprenørens indsats, men også af andres indsats. Klagerens bemærkninger knyttede sig alene til forhold, som i forvejen var reguleret af licitationsbetingelserne, og bemærkningerne var alene af orienterende karakter og indebar ikke nogen afvigelse fra licitationsbetingelserne. Klageren ville blot gøre opmærksom på, at tidsplanen var stram, og at tidsplanen ikke alene stillede krav til totalentreprenøren, men til alle involverede i byggeriet indenfor de rammer, der var afstukket i tidsplanen. Klageren har endvidere bestridt, at »dog forventes det, at bygherrefærdigheder... optimeres tidsmæssigt« og »dog forudsættes det, at... myndighedsbehandling optimeres tidsmæssigt...« er forbehold. Klageren har tillige gjort gældende, at bevisbyrden for, at der er taget et forbehold, der er i strid med licitationsbetingelserne, påhviler indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens forbehold skal forstås således, at klageren ikke umiddelbart kunne acceptere den sagsbehandlingstid på minimum 8 arbejdsdage til bygherrens godkendelse, som er indeholdt i byggesagsbeskrivelsen, og at klageren ikke kunne acceptere reglen om myndighedsbehandling i AB 93 § 24, stk. 1, nr. 6, og retsvirkningen af en forsinkelse i myndighedsbehandlingen, idet klageren ellers ikke havde behov for at tage forbehold. Klagerens tilbud indeholdt således et forbehold vedrørende et grundlæggende element i licitationsbetingelserne, og indklagede var således forpligtet til at forkaste tilbudet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Jakon A/S.

Indklagede har bestridt, at der er grundlag for at annullere beslutningen om at indgå kontrakt med Jakon A/S.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klageren anførte i sit tilbud, »Tidsplanen forventes at kunne overholdes«. Klageren har således haft en forventning om at kunne overholde tidsplanen, men der knytter sig en forudsætning til forventningen, idet »dog forudsættes det, at bygherreafgørelser og myndighedsbehandling optimeres tidsmæssigt«, og sker dette ikke »kan (det) ellers være problematisk at overholde de ønskede terminer.« Da den anvendte formulering må forstås som et forbehold vedrørende tidsfristerne, som er et grundlæggende element i licitationsbetingelserne, og da forbeholdet i øvrigt ikke kan prissættes, var indklagede forpligtet til ikke at tage tilbudet i betragtning.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Som følge af det, der er anført ad påstand 1, tages denne påstand ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen
fuldmægtig