

K E N D E L S E

Gentofte Murer- og Tømrerforretning ApS
(advokat Ricard Petersen, København)

mod

853 E/F Østerbrogade/Hornemannsgade
(advokat Kristian Dreyer, København)

Ved udbudsbrev af 19. maj 2011 iværksatte indklagede, 853 E/F Østerbrogade/Hornemannsgade, en begrænset licitation vedrørende en hovedentreprise på renovering af tag og facader på ejerlejlighedsejendommen, Østerbrogade 151/Hornemannsgade 1, København Ø. Udbudsbrevet blev fremsendt til TN Bygningsentreprise, der senere er navneændret til Gentofte Murer- og Tømrerforretning ApS (klageren), Tagsnedkeren ApS og et tredje byggefirma, Øens Murerfirma. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«. Der kunne tages forbehold svarende til Dansk Byggeri, Standardforbehold 1, 4, 6, og 8, men andre forbehold ville ikke blive accepteret.

Udbudsbrevet blev udsendt af Esben Kirkegaard Rådgivende Ingeniører A/S, der bistod indklagede. Det fremgår af udbudsbrevet, at »[a]rbejderne udbydes i hovedentreprise efter lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, lov nr. 450 af 7. juni 2001«.

Det laveste tilbud blev afgivet af klageren med et tilbud på 3.971.109 kr. excl. moms. Tilbuddet indeholdt en forudsætning om, at en eventuel entrepriseaftale indgås med klageren og Skou Gruppen A/S som entreprenør på tømrerdelen og medkontrahent.

Et medlem af indklagedes bestyrelse, Jan Nybroe, rettede umiddelbart efter licitationens afholdelse den 23. juni 2011 henvendelse til klageren med

henblik på ved forhandling at opnå en lavere pris. Jan Nybroe afbrød e-mailkorrespondancen mellem parterne herom den 1. juli 2011 under henvisning til nogle oplysninger om klagerens »finansielle stabilitet«, som indklagede var kommet i besiddelse af. I skrivelse af 5. juli 2011 annullerede indklagedes rådgiver licitationen under henvisning til, at de modtagne tilbud var væsentligt over det budgetterede niveau.

I brev af 1. september 2011 accepterede indklagede et revideret tilbud af 5. juli 2011 fra Tagsnedkeren ApS på 3.361.445 kr. excl. moms.

Den 1. november 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 10 og dermed ansvarspådragende over for klager, ved efter modtagelsen af tilbuddene, at have indledt forhandling med andre tilbudsgivere end klageren, som havde afgivet det laveste tilbud, uanset at tildelingskriteriet var laveste pris.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har annulleret udbuddet i strid med tilbudslovens § 14 ved efter at have forhandlet med dels klageren og dels de øvrige bydende (i strid med tilbudslovens § 10), at annullere udbuddet/licitationen uden en saglig begrundelse.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 1, ved ikke i forbindelse med licitationen af 23. juni 2011 at have besluttet at indgå kontrakt med klageren, uagtet at klageren havde afgivet tilbud med den laveste pris.

Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.086.292 kr. excl. moms med tillæg af procesrente fra sagens anlæg og indtil betaling sker, subsidært et mindre beløb skønsmæssigt fastsat af Klagenævnet.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 81.700 kr. excl. moms med tillæg af procesrente fra sagens anlæg og indtil betaling sker, subsidiært et mindre beløb skønsmæssigt fastsat af Klagenævnet.

Indklagede har nedlagt påstand om, at sagen afvises.

Over for klagerens påstande 1 – 3 har indklagede, for det tilfælde, at sagen ikke afvises, påstået, at klagen ikke tages til følge. Overfor klagerens erstatningspåstande har indklagede påstået frifindelse.

Klagenævnet har besluttet først at afgøre påstandene 1 – 3, således at der først ved en senere afgørelse vil blive taget stilling til erstatningspåstandene.

Sagens nærmere omstændigheder

Den 22. september 2009 blev der afholdt en ekstraordinær generalforsamling i den indklagede ejerforening. Det fremgår af referatet, at bestyrelsen havde indhentet et tilbud fra TN Entreprise, som var »klart billigere end hvad vi tidligere har set.«, og som bestyrelsen indstillede til godkendelse. Forslaget blev vedtaget.

I e-mail af 23. juni 2011 orienterede indklagedes rådgiver de 3 tilbudsgivere om »hovedtallene fra dagens licitation«. Klageren var lavestbydende med et bud på 3.971.109 kr., mens tilbuddene fra Tagsnedkeren ApS og Øens Murerfirma, var på henholdsvis 4.111.380 kr. og 4.296.764 kr. (alle beløb excl. moms). I brev af samme dato orienterede rådgiveren indklagede om licitationsresultatet. Det anføres, at der ikke var knyttet forbehold til klagerens tilbud. Det konstateres i brevet, at indklagedes budget af 25. februar 2009 var på 5.050.000 kr. incl. moms, mens et revideret budget på grundlag af tilbuddet fra klageren viste en samlet udgift på 6.855.386 kr. inkl. moms.

I en e-mail af 23. juni 2011 skrev medlem af indklagedes bestyrelse, Jan Nybroe, således til klageren:

»Jeg har lige modtaget jeres tilbud.

I den anledning kan jeg meddele, (som du ved) at I var billigst.

Nu er jeg jo privatmand med baggrund i Jylland, så jeg betragter dette som et forhandlingsgrundlag. Jeg forstod på dig, at du var til at handle med.

Hvis stilladsafdækning bliver til hel overdækning, så kan I spare arbejdstidmer, projektet bliver hurtigere færdigt, og endelig er risikoen for vandskader langt mindre. Her må der være + og – på kontoen.

Endelig, når jeg sammenligner de enkelte delentrepriser og tager de billigste, bliver den samlede hovedentreprise ca. 3.700.000.

Jeg har et mål (smertetærskel) på 3.400.000.

Jeg har vedlagt jeres gamle tilbud.

Jeg vil gerne ramme noget tilsvarende. (Jeg ved der er kommet mere på).

Kan vi handle?

...«

Den 24. juni 2011 sendte Jan Nybroe en ny e-mail til klageren, hvori det hedder:

»Nu har jeg gennemgået alle tal, og sammenlignet arbejdsopgaverne på tværs.

Jeg har lavet en kolonne som indeholder de billigste priser på de enkelte arbejdsopgaver.

Det giver en noget anden hovedentreprisesum.

På tilbudsformularen har jeg medtaget 2009 til sammenligning.

Vil du forholde dig til det?

For god ordens skyld, skal jeg meddele, at jeg sender det samme til de andre bydere. (dog ikke opgørelsen for 2009). ...«

I en e-mail af 27. juni 2011 til klageren anførte Jan Nybroe:

»Hej.

Jeg sendte noget materiale til dig for et par dage siden.

Bestyrelsen ved godt, at du er den billigste, men vi synes stadig din pris er for høj – sammenlignet med 2009. Selv når vi trækker dit bud på mer-arbejdet ud, er du stadig ca. kr. 500.000 kr. højere end 2009.

En forhøjelse der ikke matcher markedet.

Allerede her skal du mindst ½ mill. ned.

Som jeg skrev, så er jeg lidt af en krejler, så jeg skrev også til de andre bydere.

Foreløbigt har de reageret positivt. ... «

Senere samme dag sendte Jan Nybroe en ny e-mail til klageren og opfordrede klageren til at afgive et nyt tilbud på det samlede projekt, omfattende en særydelse, som indklagede havde besluttet at udføre. Det hedder videre:

»Det skal ikke opfattes som en ny licitation, men kun en mulighed for, at du kan overveje (rette) dit oprindelige bud (og samtidig overveje muligheden for et lavere bud). ...«

I en e-mail af 1. juli 2011 redegjorde klageren nærmere for sit tilbud, og i et svar sendt samme dag bad Jan Nybroe klageren bekræfte, at e-mailen skulle forstås som en fastholdelse af udbudsprisen.

I e-mail, sendt senere den 1. juli 2011, skrev Jan Nyboe således til klageren:

» ...

Jeg har lige været i kontakt med bestyrelsens formand.

Han har modtaget nogle informationer vedr. dit firmas finansielle stabilitet.

Bestyrelsen ønsker derfor ikke jeg går videre med forhandlingerne med dit firma.

Bestyrelsen føler sig utryk ved et samarbejde.

Men jeg takker for din indsats, og undskylder ulejligheden.

... «

I sit svar sendt senere samme dag bad klageren indklagede genoverveje sin beslutning og anførte, at indklagede havde været bekendt med, at klagerens virksomhed var forholdsvis nyetableret, og at det af tilbuddet fremgik, at kontrakt skulle indgås med klageren og Skou Gruppen A/S. Klageren fortsatte: »Jeg orienterede i øvrigt jeres rådgiver om dette inden licitationen og begrundede dette med at bygherren dermed netop opnår betryggende sikkerhed.« Klageren gentog sin anmodning om en genovervejelse i en e-mail af 4. juli 2011.

I en e-mail af 5. juli 2011 – sendt kl. 7.16 – til Jan Nybroe bekræftede klageren i forlængelse af »vor telefonsamtale i går ...vor aftale om at vi arbejder videre med jeres byggesag.« Som nævnt ovenfor annullerede indklagedes rådgiver samme dag licitationen under henvisning til, at de modtagne tilbud var væsentligt over det budgetterede niveau.

Den 14. juli 2011 blev der afholdt en ekstraordinær generalforsamling i den indklagede forening. Punkt 2 på bestyrelsens dagsorden var stands-

ning/ophævelse af det på den ekstraordinære generalforsamling den 22. september 2009 vedtagne renoveringsprojekt vedrørende tag og facade. Punkt 3 var bestyrelsens forslag til en renovering for ca. 6,2 mio. kr. Det fremgår ikke af det foreliggende referat, hvilken beslutning foreningen kom frem til.

I brevet af 1. september 2011 fra indklagedes rådgiver til Tagsnedkeren ApS står der:

»...

Efter aftale med bygherren ... accepteres hermed Deres reviderede tilbud af 05.07.2011, på renovering af tag og facader mv. på ovennævnte ejendom.

Aftalegrundlaget er

- nærværende accept.
- Rettelsesblad nr. 2 af 22.06.2011
- Rettelsesblad nr. 1 af 09.06.2011
- Udbudsbrev af 19.05.2011, med tilhørende udbudsmateriale.
- Deres besigtigelse af forholdene på stedet.
- Deres reviderede tilbud af 05.07.2011.

Acceptsummen fremkommer idet samtlige tilbudslistens C-priser på nær stilladsleje udgår af kontrakten. Arbejdet anført som C-priser udføres i omfang efter nærmere aftale, og skal således være indeholdt i tidsplanen med de estimerede mængder. Tilbudt arbejde som særpris, vedr. hjørnetårn kommer ikke til udførelse.

Acceptsummen fremkommer således:

Murerentreprisen ...

Rabat iht. forhandling med Jan Nybroe	kr. 169.995,-
---------------------------------------	---------------

I alt inkl. C-priser	kr. 4.176.500,-
----------------------	-----------------

C-priser på nær stilladsleje, indeholdt i ovenstående udgår af kontraktsummen. C-priser er opgjort på vedhæftede bilag. Disse arbejder udføres i omfang efter nærmere aftale med byggeledelse/tilsyn.

I alt ekskl. moms	kr. 3.361.445,-
-------------------	-----------------

«

Klageren har fremlagt sin årsrapport for 2010, der var klagerens første regnskabsår (omfattende ca. 6½ måned). I en note er det anført, at ejerkredsen bag selskabet har tilkendegivet fortsat finansiell støtte, »når det periodisk er behov for yderligere likviditet, således at driften i 2011 er sikret.« I revisorpåtegningen på årsrapporten er der henvist til dette tilsagn, og klageren har fremlagt støtteerklæringerne.

Klageren har oplyst følgende om det klagende selskab og de personer, der står bag: Claus E. Gregersen har i 30 år drevet entreprenørfirmaet CEG A/S, der i 2006 havde en nettoomsætning på ca. 218 mio. kr. og en egenkapital på knapt 10 mio. kr. Selskabet gik i betalingsstandsning i 2007 og blev erklæret konkurs i 2008. Kort før betalingsstandsningen havde selskabet opkøbt TN Entreprise A/S, som af Claus E. Gregersen og 2 partnere blev købt ud af konkursboet, men som i 2010 gik i betalingsstandsning og senere blev erklæret konkurs. TN Bygningsentreprise A/S blev stiftet i 2010 af Claus E. Gregersen, og blev senere navneændret til Gentofte Murer- og Tømrerforretning ApS.

Parternes anbringender

Indklagede har til støtte for afvisningspåstanden anført, at udbudsbetingelserne ikke indeholder en sådan klar, herunder udtrykkelig og utvetydig, tilkendegivelse af tilbudslovens anvendelse, som er en forudsætning for, at loven finder anvendelse, jf. tilbudslovens § 1, stk. 4. Henvisningen til lov nr. 450 af 7. juni 2001, som er ophævet, er ikke tilstrækkelig.

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelserne klart må forstås således, at det har været indklagedes intension, at den begrænsede licitation skulle være omfattet af tilbudsloven. At der er henvist til tilbudsloven fra 2001, kan ikke føre til, at tilbudsloven 2007, som på de relevante punkter ikke er ændret i forhold til den ældre lov, ikke finder anvendelse.

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud ikke var ukonditionsmæssigt, men indeholdt et forbehold, som ikke angik et grundlæggende element, og som ikke betød, at forbeholdet skulle prisfastsættes. Indklagede havde i øvrigt allerede inden licitationen accepteret, at klageren havde Skou Gruppen som medkontrahent. Indklagede har antaget klagerens tilbud som konditionsmæssigt i forbindelse med, at indklagede indledte forhandlinger med klageren. Indklagede kan derfor ikke efterfølgende gøre gældende, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt. Indklagede har indledt forhandling med de andre tilbudsgivere efter modtagelsen af tilbuddene, hvilket klart er i strid med tilbudslovens § 10 og dermed ansvarspådragende.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede må anses som en privat bygherre, der tillige er forbruger. Klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt og burde have været afvist, fordi der afgives tilbud fra en ikke indbudt tilbudsgiver. Licitationen blev lovligt annulleret med en saglig og korrekt begrundelse om, at selv klagerens tilbud, der var billigst på hoveddelen, oversteg det forventede budget med 36 %. Annulleringen kunne også være sket under henvisning til væsentlige fejl i udbudsprocessen, hvis sådanne fejl måtte være begået. Efter annullering har indklagede ingen kontraheringspligt over for klageren.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, indklageren ikke har haft nogen saglig begrundelse for at annullere licitationen. Det er bevist, at indklagede annullerede licitationen efter at have modtaget et lavere tilbud fra Tagsnedkeren ApS. Klageren havde den fornødne økonomiske formåen til at udføre opgaven, hvilket understøttes af, at ejerkredsen bag klageren havde afgivet økonomiske støtteerklæringer, der om nødvendigt ville sikre driften. Klagerens tilbud lå ikke væsentligt over indklagedes budget, som kun var 3,5 % lavere end klagerens tilbud på hovedentreprisen. Annullationen er alene sket for at kunne indgå kontrakt med en af de øvrige tilbudsgivere, der havde afgivet et nyt (lavere) tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes budget i 2009 var på 5.050.000 kr. incl. moms. Klagerens tilbud, den ekstra facaderenovering og istandsættelse medførte et samlede budget på 6.855.386 kr. incl. moms. Denne budgetoverskridelse på ca. 36 % medførte, at indklagede havde saglig grund til at annullere licitationen. Efter annullationen var indklagede frit stillet, og har ikke været forpligtet til at gennemføre et nyt udbud. Efter annullationen valgte indklagede at drøfte sagen med Tagsnedkeren, hvilket resulterede i en tilbudssum på 3.361.445 kr. (4.201.806,25 kr. incl. moms)

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har været berettiget til at afvise klagerens tilbud, forinden indklagede annullerede licitationen, da det ikke er bevist eller sandsynliggjort, at klageren ikke havde den fornødne økonomiske formåen til at påtage sig opgaven.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke økonomisk ville have formået at gennemføre opgaven uden støtte fra den bagvedliggende ejerkreds. Klageren har derfor valgt at afgive tilbud sammen med en større virksomhed, der kunne løfte opgaven, hvorved klagerens tilbud blev ukonditionsmæssigt og ikke kunne tages i betragtning. Klageren har ikke bevist, at indklagede har accepteret, at klageren kunne afgive tilbud sammen med en anden virksomhed. Konstateringen af, at de indkomne bud, og også klagerens, lå væsentligt over det budgetterede og forventede, er en saglig begrundelse for at annullere licitationen.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisningspåstanden

Tilbudslovens afsnit 1 om fremgangsmåden ved indhentning af tilbud og ved tildeling af ordren finder anvendelse, når en udbyder, der ikke i øvrigt er omfattet af lovens bestemmelser, klart tilkendegiver, at loven skal finde anvendelse, jf. § 1, stk. 4. Indklagede har i udbudsbetingelserne klart tilkendegivet, at tilbudsloven finder anvendelse, og den omstændighed, at indklagede i udbudsbetingelserne har henvist til den ved den nugældende tilbudslov, lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, ophævede tilbudslov, lov nr. 450 af 7. juni 2001, kan ikke medføre, at den gældende tilbudslov ikke kan anses for omfattet af indklagedes tilkendegivelse.

Indklagedes afvisningspåstand tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 1

Jan Nybroe, der var medlem af indklagedes bestyrelse, rettede efter tilbudsfristens udløb og samme dag, som indklagedes rådgiver havde orienteret tilbudsgiverne om hovedtallene i de modtagne tilbud, henvendelse til klageren med henblik på en reduktion af klagerens tilbud. Da klageren var lavestbydende, var denne henvendelse, der ligesom de senere henvendelser må anses for at være sket på indklagedes vegne, ikke i strid med udbudsreglerne, jf. tilbudslovens § 10. Det fremgår af flere af de e-mails, som Jan Nybroe sendte til klageren, at de andre tilbudsgivere var blevet orienteret om Jan Nybroes e-mails. Selv om de andre tilbudsgivere måtte have reageret positivt som anført af Jan Nybroe, er der ikke helt tilstrækkeligt grund-

lag for at antage, at indklagede herved har indladt sig i egentlige forhandlinger med de andre tilbudsgivere i strid med forhandlingsforbuddet i tilbudslovens § 10.

Jan Nybroes e-mail af 1. juli 2011 til klageren må forstås som en forkastelse af klagerens tilbud, jf. tilbudslovens § 8, stk. 3, og det er ikke godtgjort, at indklagede inden dette tidspunkt havde rettet henvendelse til de andre tilbudsgivere med henblik på ved forhandling at opnå et lavere tilbud. Efter afvisningen af klagerens tilbud, der i øvrigt var klart ukonditionsmæssigt med sit forbehold om, at kontrakt i givet fald tillige skulle indgås med en anden, har indklagede ikke været afskåret fra at indlede forhandling med Tagsnedkeren ApS, der nu var den lavestbydende, og som den 5. juli 2011 fremkom med et revideret tilbud.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Der er ikke herved taget stilling til, om indklagedes forkastelse af klagerens tilbud har været uberettiget. Der vil som anført ovenfor senere blive taget stilling til dette spørgsmål, såfremt klageren fastholder sin erstatningspåstand.

Ad påstand 2

Indklagedes rådgiver annullerede licitationen den 5. juli 2011 under henvisning til, at de modtagne tilbud lå væsentligt over indklagedes budget. Indklagedes rådgiver havde allerede i brevet af 23. juni 2011 gjort opmærksom på denne budgetoverskridelse, og det kan efter det foreliggende lægges til grund, at netop denne omstændighed, der må anses som en saglig grund, har været bestemmende for indklagede, der på den ekstraordinære generalforsamling den 14. juli 2011 søgte ejerforeningens vedtagelse af et nyt byggebudget.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Da indklagede annullerede licitationen, har indklagede ikke haft nogen forpligtelse til at tildele den udbudte kontrakt til klageren som den lavestbydende, jf. tilbudslovens § 8, stk. 1.

Herefter bestemmes:

Indklagedes påstand om sagens afvisning tages ikke til følge.

Klagerens påstande 1 – 3 tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig