

K E N D E L S E

H. Friedmann og Søn A/S
(advokat René Offersen, København)

mod

Forskningsministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Niels Banke)

Ved udbudsbekendtgørelse af 15. september 2000 udbød Forskningsministeriet som begrænset udbud efter direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved direktiv 97/52 (Bygge- og anlægsdirektivet) byggearbejder i forbindelse med opførelse af 1. byggeafsnit omfattende 41.500 m² nybyggeri til nyt Humanistisk Undervisnings- og forskningsområde i Ørestaden. 1. byggeafsnit var opdelt i to etaper kaldet etape 1.1 og etape 1.2. Tildelingskriteriet var laveste pris. Der blev udbudt i alt 11 fagentrepriser bl.a. »Entreprise 49.05.01 Maler«, der i udbudsbekendtgørelsen er beskrevet således:

- » Entreprise 49.05.01 Maler
 - Malerbehandling af indv. beton- og gipspladevægge
 - Malerbehandling af beton- og pladelofter
 - Malerbehandling af diverse installationer m.v.
 - Bygningsrengøring inden aflevering«

Inden udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 27. oktober 1999 havde 11 virksomheder anmodet om prækvalifikation vedrørende malerentreprisen. Den 3. november 1999 besluttede indklagede at prækvalificere 8 virksomheder bl.a. E. Pihl og Søn A/S og H. Friedmann og Søn A/S.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 3. november 1999, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 15. december 1999 havde 7 af de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 21. februar 2000 besluttede indklagede at indgå kontrakt vedrørende malerentreprisen med E. Pihl og Søn A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 23. februar 2000.

Den 21. februar 2000 skrev Forskningsministeriets tekniske rådgiver KHR AS Arkitekter således til H. Friedmann og Søn A/S:

»På bygherrens vegne meddeles, at der ved bygherrens møde d.d. er indgået aftale vedr. entreprisen med E. Pihl & Søn A/S, der har afgivet det laveste konditionsræssige tilbud.

Deres tilbud er afgivet med en oplysning om, at vægge og lofter i Teknikrum og Teknikskakte ikke er medregnet. Der er regnet med fliser til loft i alle toiletter og baderum. Særpris A5 og A6 Ovenlysskakte er excl. stilladser.

Bygherren har kapitaliseret disse forudsætninger, hvilket har medført, at Deres tilbud herefter ikke længere er det laveste.

Bygherren beklager denne afgørelse, men skal samtidig notere, at ansvar for at tage forbehold eller afgive forudsætninger i tilbudet alene er Deres.«

Den 7. juli 2000 indgav klageren, H. Friedmann og Søn A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Forskningsministeriet. Klagen har været behandlet på et møde den 6. oktober 2000.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at prissætte forbeholdet i klagerens tilbud »..... lofter i teknikrum og teknikskakte er ikke medregnet.« til 46.647 kr., uagtet forbeholdet skulle have været prissat til 34.023 kr.

Påstand 2.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at beslutte, at tilbudet med den laveste pris var tilbudet fra E. Pihl og Søn A/S, uagtet tilbudet med den laveste pris var tilbudet fra klageren.

Påstand 3.

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 21. februar 2000 om at indgå kontrakt med E. Pihl og Søn A/S.

Påstand 4.

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.154.313 kr. med procesrente fra 7. juli 2000.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4).

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 1.154.313 kr. med procesrente fra 7. juli 2000.

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

Indklagede har vedrørende påstand 4 og 5 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4 og 5, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 3. Klagenævnet vil efter afsigelse af kendelse vedrørende påstand 1 – 3 fortsætte behandlingen af påstand 4 og 5, medmindre klageren tilbagekalder klagen for så vidt angår disse påstande.

Udbudsbetingelserne af 3. november 1999 vedrørende malerentreprisen, »Entreprise 49.05.01. Maler«, bestod bl.a. af »Entreprisebeskrivelse (ENB)«, »Arbejds- og bygningsdelsbeskrivelse (ARB/BYB)« og »Tilbudsliste (TBL)«. »Entreprisebeskrivelse (ENB)« indeholder i afsnit »2.00. Bygningsarbejder« følgende:

» Bygningsarbejder

Entreprisen indeholder nedenstående bygningsarbejder:

Bygningsarbejder:

.....

- Malerbehandling af indvendige beton- og gipspladevægge

.....

- Malerbehandling af beton- og pladelofter

.....«

Tilbudsblanketten indeholder følgende fortrykte tekst:

»Forbehold: (evt. forbehold er kun gældende i den udstrækning, de er anført under dette punkt med henvisning til hvilket punkt i udbudsmaterialet, der tages forbehold for).

Forbehold eller forudsætninger der ikke er nævnt her betragtes som ikke gældende.«

Det er oplyst, at alle 7 tilbudsgivere havde antaget Københavns Opmåler-service A/S til at bistå sig ved udarbejdelsen af tilbud, og at Københavns Opmålerservice A/S anbefalede de 7 kunder i deres tilbud at tage bl.a. følgende forbehold: »Vægge og lofter i teknikrum og teknikskakte er ikke medregnet«. 6 af tilbudsgiverne, bl.a. klageren, anførte dette forbehold i den udfyldte tilbudsblanket i rubrikken for forbehold.

Den udfyldte tilbudsblanket fra E. Pihl og Søn A/S indeholdt ingen forbehold, men i en skrivelse af 14. december 1999, hvorved E. Pihl og Søn A/S fremsendte sit tilbud, hedder det:

»Forbehold/forudsætninger.

Vægge i teknikrum og teknikskakte er ikke indregnet.«

Indklagede har oplyst, at indklagede ikke ved vurderingen af de 7 tilbud prissatte forbeholdet »Vægge.....i teknikrum og teknikskakte«, da dette forbehold var taget af alle 7 tilbudsgivere. Derimod prissatte indklagede vedrørende klagerens tilbud forbeholdet ».....lofter i teknikrum og teknikskakte«, da Pihl og Søn A/S, som havde afgivet det næstlaveste tilbud, ikke havde taget dette forbehold.

Ifølge tilbudsblanketten skulle tilbudsgiverne anføre en tilbudssum for henholdsvis bygning 21, bygning 22 og bygning 27, og summen af disse 3 beløb udgjorde den samlede tilbudspris. Endvidere skulle tilbudsgiverne ifølge tilbudsblanketten anføre ydelser med henblik på eventuel udførelse af ydelsesændringer, nemlig 4 poster for ekstra mandtimer, 10 poster for ekstra malerarbejde og en post for ekstra rengøring.

Klageren anførte i sit tilbud under »14.2.04. (49) 4 Betonlofter MBK V 1110« prisen pr. m² til 43 kr. og under »14.2.06. (49) 6 Betonlofter MBK V 1118« prisen pr. m² til 58 kr. Klageren har oplyst, at disse priser omtrent svarer til de priser, der er anvendt ved udregningen af selve tilbudsprisen (ca. 42 kr. og ca. 58 kr.).

Pihl og Søn A/S anførte i sit tilbud under »14.2.04. (49) 4 Betonlofter MBK V 1110« prisen 56 kr. pr. m² og under »14.2.06. (49) 6 Betonlofter MBK V 1118« prisen pr. m² til 75 kr. Klageren har oplyst, at Pihl og Søn A/S ved udregningen af priserne i selve tilbudsprisen har anvendt samme priser som klageren (ca. 42 kr. og ca. 58 kr.).

I et udkast af 31. januar 2000 til indstilling til Forskningsministeriet udarbejdet af KHR AS Arkitekter er klagerens forbehold vedrørende behandling af lofter i teknikrum prissat som 500 m² á 40 kr. eller 20.000 kr. I skrivelser af 9. og 18. februar 2000 fra KHR AS Arkitekter til Forskningsministeriet er prissætningen beskrevet som 390 m² á 40 kr. eller 15.600 kr. I et notat af 18. februar 2000 udarbejdet af KHR AS Arkitekter er prissætningen beskrevet som 597 m² i kælder á 55 kr. eller 32.835 kr. og 144 m² i øvrige etager á 98 kr. eller 14.112 kr. eller i alt 46.947 kr. I en skrivelse af 7. marts 2000 fra KHR AS Arkitekter til Forskningsministeriet er der henvist til tallene i notatet af 18. februar 2000.

Arkitekt Kurt Schou, KHR AS Arkitekter, har forklaret, at han sammen med arkitekt Erik Sørensen havde ansvaret for det pågældende byggeri, således at han specielt havde ansvaret bl.a. gennemførelsen af udbudene. De notater og skrivelser, der foreligger, er udarbejdet af forskellige medarbejdere hos KHR AS Arkitekter, og forud for mødet i byggeudvalget mandag den 21. februar 2000 var der fremsendt skrivelser til Forskningsministeriet med flere fejl. bl.a. forkerte beregninger af prissætningen af klagerens forbehold. Om eftermiddagen søndag den 20. februar 2000 gennemførte han sammen med arkitekt Erik Sørensen, ingeniør Nils Sonne Jensen og en sekretær med henblik på mødet i byggeudvalget næste dag en sidste kontrol af den indstilling, som KHR AS Arkitekter havde udarbejdet til Forskningsministeriet, og der blev herunder fundet flere fejl, bl.a. fejlen vedrørende prissætningen af klagerens forbehold. På mødet næste dag redegjorde han for disse fejl og herunder for, hvorledes den korrekte prissætning af klagerens forbehold skulle foretages, og også disse supplerende mundtlige oplysninger dannede således grundlag for beslutningerne på mødet.

Klageren har ikke bestridt, at den pågældende passus i klagerens tilbud ».....lofter i teknikrum og teknikskakte er ikke medregnet.« er et forbehold, da den udbudte entreprise efter udbudsbetingelserne omfatter maling af lofter også i teknikrum og teknikskakte. Klageren har imidlertid gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at prissætte forbeholdet vedrørende maling af lofter i teknikrum og teknikskakte med udgangspunkt i en pris pr. m² for lofter i kælderen på 55 kr. og for lofter i etagerne på 98 kr., som er de priser, der fremgår af Viemose og Spiele Byggedata A/S' prisbog af januar 2000. Disse priser fører til følgende prissætning:

597 m ² i kælder á 55 kr.	32.835 kr.
144 m ² i etager á 98 kr.	<u>14.112 kr.</u>
	46.947 kr.

Prissætningen skulle være sket med udgangspunkt i en pris pr. m² i kælder på 43 kr. og i etagerne på 58 kr., som er de priser pr. m², der kan udledes af klagerens tilbud. Disse priser fører til følgende prissætning:

597 m ² i kælder á 43 kr.	25.671 kr.
144 m ² i etager á 58 kr.	<u>8.352 kr.</u>
	34.023 kr.

Klageren har nærmere anført, at udbudsbetingelserne er udformet således, at tilbudsgiverne udover den samlede tilbudspris skulle afgive tilbud på

ydelser i forbindelse med eventuelle ydelsesændringer, bl.a. priser på maling af betonvægge, og at indklagede efter §14, stk. 1, AB 92, som er gældende for udbudet, er forpligtet til at lade den tilbudsgiver, der får kontrakten, udføre sådanne arbejder, som er en følge af ændringer i arbejdets art og omfang, og som har en naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser. Det følger heraf, at indklagede, hvis klageren fik kontrakten, var forpligtet til at lade klageren udføre arbejdet med maling af vægge i teknikrum og teknikskakter. Klageren var endvidere forpligtet til at udføre disse arbejder til sin tilbudspris for ydelser i forbindelse med ydelsesændringer, og klageren var således forpligtet til at udføre arbejdet til de tilbudte priser på 43 kr. og 58 kr. pr. m². Disse forhold indebærer, at indklagede var forpligtet til ved prissætningen af forbeholdet vedrørende maling af vægge i teknikrum og teknikskakte at anvende prisen på 43 kr. og 58 kr. pr. m².

Klageren har til støtte for påstand 2 gjort følgende gældende:

Klagerens tilbud skal ved bedømmelsen beregnes således:

Tilbudspris	6.576.994 kr.
Prissætning af forbehold	<u>34.023 kr.</u>
	6.611.017 kr.

hvilket er lavere end tilbudet fra E. Pihl og Søn A/S på 6.615.418 kr.

Klageren har til støtte for påstand 3 gjort gældende, at indklagedes overtrædelse af Bygge- og anlægsgesetivet er af en sådan beskaffenhed og har haft sådanne følger, at fejlen skal medføre, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Pihl og Søn A/S.

Indklagede har til støtte for sin påstand vedrørende påstand 1 – 3 gjort gældende, at indklagede korrekt har prissat dette forbehold ved anvendelse af almindelig anvendte standardpriser for arbejder af den pågældende beskaffenhed, i det konkrete tilfælde ved anvendelse af Viemose og Spiele Byggedata A/S' prisbog af januar 2000. Indklagede har nærmere anført, at klagerens forbehold i tilbudet vedrørende maling af lofter i teknikrum og teknikskakte indebærer, at dette arbejde, hvis der indgås kontrakt med klageren, ikke er omfattet af entreprisen, og at indklagede, når en tilbudsgiver ved et udtrykkeligt forbehold har holdt en del af det udbudte byggeri uden for kontrakten, ikke er forpligtet til at lade dette arbejde udføre af den pågældende tilbudsgiver, hvis tilbudsgiveren får kontrakten. Indklagede har videre anført, at den pågældende tilbudsgiver som kontraktspart på grund af det udtrykkelige forbehold heller ikke efter AB 92 § 14, stk. 1, er forpligtet til at udføre arbejdet, da § 14, stk. 1, kun vedrører ændringer i art og om-

fang af det arbejde, der er indgået kontrakt om, men ikke vedrører ændringer i art og omfang af arbejde, som udtrykkeligt er holdt uden for kontrakten. Hverken udbudsbetingelserne eller AB 92 § 14, stk. 1, indebærer således, at indklagede har været forpligtet til at foretage prissætningen af klagerens forbehold på grundlag af klagerens priser for eventuararbejder. Indklagede har derimod været forpligtet til at foretage prissætningen på grundlag af objektive og gennemskuelige priser, og det har indklagede gjort ved at anvende priserne i Viemose og Spiele Byggedata A/S' prisbog af januar 2000, der er almindeligt anvendt af rådgivende ingeniører og arkitekter ved udarbejdelse af overslag over byggeudgifter bl.a. til brug for bygherrer i fasen, indtil tilbud afgives.

Indklagede har specielt vedrørende påstand 3 henvist til, at beslutningen om indgåelse af kontrakt med Pihl og Søn A/S blev truffet den 21. februar 2000, mens der først den 7. juli 2000 blev indgivet klage til Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnet udtaler:

Efter EU-udbudsreglerne har det påhvilet indklagede på en objektiv og gennemskuelig måde at prissætte klagerens forbehold, og for at undgå, at klageren som følge af sit forbehold ville opnå en fordel på de øvrige tilbudsgiveres bekostning, har denne prissætning skullet ske på en sådan måde, at det arbejde, som var omfattet af forbeholdet, med sikkerhed kunne udføres for det beløb, som blev anvendt ved prissætningen. Indklagedes prissætning af klagerens forbehold er sket i overensstemmelse med disse regler.

Efter Klagenævnets vurdering er det tvivlsomt, om indklagede – hvis indklagede havde indgået kontrakt med klageren – på grundlag af AB 92 §14, stk. 1, 1. pkt., havde kunnet kræve, at klageren udførte det arbejde, som ved det udtrykkelige forbehold var udeholdt af klagerens tilbud, til klagerens m²-priser i tilbudet med hensyn til priser for eventuelle ydelsesændringer, og indklagede ville derfor allerede af denne grund have handlet i strid med EU-udbudsreglerne, hvis indklagede havde prissat klagerens forbehold på grundlag af klagerens m²-priser.

Klagenævnet tager således ikke klagerens påstand 1 - 3 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagerens påstand 1 - 3 tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig