

Klagenævnet for Udbud

(A.F. Wehner, Tage M. Iversen, Viggo Olesen)

J.nr.: 99–109.013

7. september 1999

K E N D E L S E

Håndværksrådet
(selv)

mod

Køge almennyttige Boligselskab,
afdeling Ellemarken v/administrator,
Dansk almennyttigt Boligselskab af 1942 s.m.b.a.
(advokat Hans Lykke Hansen)

Under denne ved klageskrift af 15. juni 1999 for Klagenævnet indbragte sag har klageren, Håndværksrådet nedlagt påstand om, at indklagede, Køge almennyttige Boligselskab, afdeling Ellemarken v/ administrator, Dansk almennyttigt Boligselskab af 1942 s.m.b.a. skal anerkende, at alle tilbudsgivere ved den afholdte licitation over terrænarbejder, Ellemarken, onsdag den 14. april 1999, kl. 11.00, har afgivet konditionsmæssigt tilbud.

Indklagede har påstået frifindelse.

Klagen har været behandlet skriftligt.

For Klagenævnet foreligger blandt andet følgende oplysninger:

Ved udbudsbekendtgørelsen afsendt til EF–Tidende den 6. november 1998 udbød indklagede i overensstemmelse med direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge– og anlægskontrakter (Bygge– og anlægsdirektivet) som begrænset udbud bl.a. følgende:

».....

- 2.c) Kontraktform: Terrænarbejder i hovedentreprise.
- 3.a) Udførelsessted: Gymnasievej, Parkvej i DK–4600 Køge.
- 3.b) Arten og omfanget af arbejdet, optioner: CPV: 36111260, 45111200, 45221299, 45232220.
Ydelserne vedrører omlægning af indgangsarealer ved eksisterende boligblokke og omfatter:

Opbrydnings- og rydningsarbejder af:
 Eksisterende belægninger ca. 9.200 m²
 Eksisterende bevoksninger ca. 7.200 m²

Jord og muldarbejder:
 Muldudlægning ca. 540 m²
 Eksisterende som nye bede ca. 6.300 m²

Belægningsarbejder:
 Nye flisearealer, betonsten ca. 9.350 m²
 Nye chausséstensarealer ca. 550 m²
 Sandkassesand ca. 200 m²

Plantearbejder:
 Nye plantebede ca. 6.300 m²

.....«

I indklagedes udbudsbrev af 10. februar 1999 hedder det bl.a.:

».....

Der udbydes i henhold til bygge- og anlægsgesetz nr. 93/97[37]EØF. Der er 5 entreprenører, der er prækvalificerede og dermed indbudt til at byde.

Arbejdet udbydes i hovedentreprise til fast pris og tid i begrænset udbud. Udbudsmaterialet omfatter:

- | | |
|---|--------------------------|
| 1. Nærværende udbudsbrev | dateret 10. februar 1999 |
| 2. Fællesbetingelser, FB | dateret 10. februar 1999 |
| 3. Arbejdsbeskrivelse, ABB for haveanlæg | dateret 10. februar 1999 |
| 4. Landskabsarkitekttegninger, jf. tegningslister | dateret 10. februar 1999 |
| 5. Udbudstidsplan for haveanlæg | dateret 10. februar 1999 |
| 6. Tilbudslister | dateret 10. februar 1999 |

.....

Der konkurreres på laveste pris. Bygherren gør opmærksom på, at bedømmelse heraf sker på basis af hovedtilbudet. Fradragspriser/ændringspriser er dog at betragte som bindende tilbud, således at bygherren ved endelig aftale kan vælge at udskifte delposter i hovedtilbudet med disse tilbudspriser.

.....

Bygherren forbeholder sig ret til at udskyde eller lade bortfalde dele af de udbudte arbejde til eventuel senere udførelse.

LDA standardforbehold er gældende.

Entreprenørforeningens standardforbehold af november 1995 er gældende for udbudet med undtagelse af:

pkt. 3 »Det forudsættes, at bygherren stiller den i AB92 § 7 nævnte sikkerhed.«

Tilbud angivet med forbehold derudover vil blive betragtet som ukonditionsmæssige.

.....«

Det er for Klagenævnet oplyst, at der i fællesbetingelserne vedrørende AB 92 § 7 er anført: »§ 7 udgår«.

Det er oplyst, at det på et af indklagede den 9. marts 1998 afholdt spørgeomøde blev oplyst, at alternative tilbud ikke ville blive modtaget.

En række virksomheder, tilsluttet klageren, havde afgivet tilbud, men nogle havde i tilbudene tillige henvist til Håndværksrådets standardforbehold. Den lavest bydende af disse virksomheder fik ved skrivelse af 5. maj 1999 fra klageren følgende meddelelse:

».....

Vi takker for Deres tilbud af 14. april 1999 vedrørende Ellemarken under Køge almennyttige Boligselskab.

.....

...DAB [er] sindet at indstille til bestyrelsen for Ellemarken, at der skrives kontrakt med anlægsgartner John Frandsen.

Deres tilbud er nominelt billigere end det valgte, men indeholder forbehold, der er i strid med de betingelser, arbejdet er udbudt på, hvorfor anlægsgartner John Frandsen er den billigst konditionsmæssige bydende.

.....«

I »Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed AB 92« ,udfærdiget af Boligministeriet den 10. december 1992 hedder det i § 7:

».....

Bygherrens sikkerhedsstillelse

§ 7. Hvis entreprenøren kræver det, skal bygherren ved private arbejder senest 8 arbejdsdage efter kravets fremsættelse stille sikkerhed for opfyldelse af sine betalingsforpligtelser over for entreprenøren. Sikkerheden stilles i form af betryggende bank- eller sparekassegaranti, kautionsforsikring eller på anden, betryggende måde.

Stk. 2. Sikkerheden skal svarer til 3 måneders gennemsnitsbetaling – dog mindst 10 pct. af entreprisesummen – udregnet således, at entreprisesummen fordeles ligeligt på det antal måneder, som aftalen er fastsat for arbejdets udførelse. Entreprenøren kan ved udvidelse af aftalen med ekstraarbejder i henhold til § 14 kræve sikkerheden forøget, hvis vederlaget for samtlige ekstraarbejder – bortset fra de allerede betalte – overstiger det halve af 1 måneds gennemsnitsbetaling ifølge den oprindelige aftale.

Stk. 3. Hvis entreprenøren ønsker udbetaling i henhold til den stillede sikkerhed, skal det skriftligt og samtidigt meddeles til bygherren og garanten med angivelse af størrelsen af det krævede beløb. Dette udbetales

til entreprenøren inden 10 arbejdsdage fra meddelelsens fremkomst, medmindre bygherren forinden over for Voldgiftsnævnet har fremsat begæring om beslutning specielt med henblik på, om entreprenørens udbetalingskrav er berettiget. I så fald gælder reglerne i § 46.

Stk. 4. Sikkerheden tjener til fyldestgørelse af alle de krav, som entreprenøren har i anledning af aftaleforholdet, herunder krav vedrørende eventuelle ekstraarbejder.

.....«

Klageren har til støtte for den nedlagte påstand gjort gældende, at indklagede ved den skete forbigåelse af virksomheder tilsluttet klageren urimeligt har forskelsbehandlet disse virksomheder. Klageren har blandt andet henvist til, at boligselskabet betragtes som en offentlig bygherre, mens kravet om sikkerhedsstillelse i henhold til § 7 i AB 92 alene vedrører private arbejder. At almennyttige selskaber som indklagede ikke stiller sikkerhed, fremgår bl.a. af Boligministeriets vejledning til AB 92, side 32, hvori det nederst på siden er anført: »Der er dog fast praksis for, at almennyttige boligselskaber ikke stiller sikkerhed for deres statsstøttede byggerier«. Håndværksrådets standardforbehold er udformet med respekt af denne praksis, hvorfor der i praksis ikke stilles krav om sikkerhedsstillelse over for almennyttige boligselskaber. I modsat fald ville Boligministeriet næppe have godkendt standardforbeholdet til statsligt og statsstøttet byggeri.

Det har formodningen imod sig, at et almennyttigt boligselskab i forbindelse med et EU-udbud skulle stille sikkerhed efter AB 92, § 7, for private arbejder. Almennyttige boligselskaber anses som bekendt for offentligretlige organer i relation til EU-udbudsdirektiverne.

Indklagede har til støtte for påstanden om frifindelse gjort gældende, at indklagede valgte entydigt i udbudet at definere, hvilke tilbud der var konditionsmæssige, og hvilke tilbud der ikke var. Formålet var netop at undgå den situation, som nu er opstået, dvs. den situation, hvor der mellem indklagede som udbyder og tilbudsgiverne opstår uenighed om vurdering af forbeholdets konditionsmæssighed og om prissætning af samme.

Indklagede er med klageren enig i, at det for bedømmelsen af et tilbuds konditionsmæssighed er uden betydning, om tilbudsgiver ved afgivelsen af tilbud har taget Håndværksrådets standardforbehold eller Entreprenørforeningens standardforbehold. Det er tilbudenenes materielle indhold, der er afgørende. Indklagede vurderede derfor ved tilbudenenes evaluering indholdet af de to standardforbehold. Det indgik derfor samtidig ved evalueringen –

om end med ringe styrke – at de to standardforbehold ikke er ganske enslydende.

Klagenævnet udtaler:

Indklagedes samlede formulering i udbudsbrevet af 10. februar 1999: »»LDA standardforbehold er gældende. Entreprenørforeningens standardforbehold af november 1995 er gældende for udbudet med undtagelse af pkt. 3: »Det forudsættes, at bygherren stiller den i AB 92 § 7 nævnte sikkerhed«.

»Tilbud angivet med forbehold derudover vil blive betragtet som ukonditionsmæssige«» medfører, at der ved udbudet ikke er utvivlsom sikkerhed for, hvilke forbehold der accepteres, og hvilke der vil medføre, at et tilbud må anses for »ikke konditionsmæssigt«. En oplysning om, hvilke forbehold der »alene« ville blive accepteret eller om, at andre forbehold ikke ville blive accepteret, ville have elimineret den usikkerhed, der opstod. De klagerens organisation tilknyttede virksomheder er herefter udelukket på urigtigt grundlag. Klagerens påstand tages herefter til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Køge almennyttige Boligselskab, afdeling Ellemarken v/ administrator, Dansk almennyttigt Boligselskab af 1942 s.m.b.a. skal anerkende, at alle tilbudsgivere ved den afholdte licitation den 14. april 1999 har afgivet konditionsmæssige tilbud.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

A.F. Wehner

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig