

K E N D E L S E

Højgaard og Schultz A/S
(advokat Hans Lykke Hansen, København)

mod

Odder Kommune
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Sagen angår et begrænset udbud af opførelse af en byskole i Odder i totalentreprise i henhold til direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (Bygge- og anlægsdirektivet).

Under denne sag har klageren (Højgaard og Schultz) nedlagt påstand om:

1. Klagenævnet skal pålægge Odder Kommune at afbryde den igangværende udbudsprocedure vedrørende opførelse af den nye byskole.
2. Klagenævnet skal pålægge kommunen at se bort fra Monberg og Thorsten A/S' tilbud.

Kommunen har påstået frifindelse.

Klageren fremsatte ved klagens indgivelse den 10. maj 1999 anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 19. maj 1999 besluttede Klagenævnet at tillægge klagen opsættende virkning.

Der er fremlagt et antal bilag.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Sagens omstændigheder er i hovedtræk:

Udbudsbekendtgørelsen blev afsendt til EF-Tidende den 22. oktober 1998. Udbudsbetingelserne, der blev sendt til de prækvalificerede, bestod ud over tegninger og tilbudsliste m.m. af et afsnit benævnt fælles betingelser og af nogle særlige arbejdsbeskrivelser. I udbudsbetingelsernes fælles betingelser var som tildelingskriterium angivet det mest fordelagtige tilbud ud fra nogle nærmere angivne delkriterier.

Der indkom tilbud fra 5 prækvalificerede. Det nominelt laveste tilbud blev afgivet af Monberg og Thorsen A/S (Monberg og Thorsen), det nominelt næstlaveste af en anden virksomhed og det nominelt tredjelaveste af Højgaard og Schultz A/S. Kommunen har efter det oplyste afvist tilbudet fra den næstlavestbydende som ukonditionsmæssigt, fordi det indeholdt forbehold om betalingsvilkårene.

I Monberg og Thorsens tilbud, der er dateret 26. april 1999, er indeholdt følgende bemærkning:

».....

Forbehold

A. Entreprenørforeningens standardforbehold for totalentrepriser.

B. Der forbeholdes ret til forhandling af fællesbetingelser.

.....«

Det er oplyst, at kommunens forvaltning ud fra en økonomisk betragtning har peget på tilbudet fra Monberg og Thorsen som vinder og har indstillet, at der optages kontraktsforhandlinger med Monberg og Thorsen.

Højgaard og Schultz har i hovedtræk gjort gældende: Forbeholdet i Monberg og Thorsens tilbud om ret til forhandling af fællesbetingelserne er et så omfattende forbehold over for udbudsbetingelserne, at Monberg og Thorsen reelt ikke har afgivet et bindende tilbud. Subsidiært må forbeholdet forstås som et forbehold over for fællesbetingelserne, der er et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, hvorfor Monberg og Thorsens tilbud er ukonditionsmæssigt. Hvis der måtte være tvivl om forståelsen og rækkevidden af forbeholdet, må denne tvivl komme Monberg og Thorsen til skade. Højgaard og Schultz har videre gjort gældende, at henvisningen i Monberg og Thorsens tilbud til entreprenørforeningens standardforbehold i sig selv er et forbehold om grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Højgaard og Schultz har herved henvist til, at udgift til såvel overenskomstmæssige som ikke overenskomstmæssige vinterforanstaltninger ifølge udbudsbetingelsernes fælles betingelser er bygherren uvedkommende, hvorimod entreprenørforeningens standardforbehold indeholder en bestemmelse om, at ud-

gift til snerydning og ikke overenskomstmæssige vinterforanstaltninger skal betales som ekstraarbejder. Det er rigtigt, at Højgaard og Schultz også har henvist til entreprenørforeningens standardforbehold, men Højgaard og Schultz har udtrykkeligt anført i tilbudet, at udvidede vejrligsforanstaltninger er omfattet af dette.

Kommunen har i hovedtræk gjort gældende: Monberg og Thorsen har ikke taget forbehold, men har blot fremsat begæring om forhandlinger, og begæringen er åbenbart ved en fejlskrift anført under overskriften »Forbehold«. Den relevante reaktion på Monberg og Thorsens begæring om forhandlinger er ikke afvisning af tilbudet som ukonditionsmæssigt, men derimod en afvisning af begæringen om forhandlinger, i det omfang begæringen strider mod det EU-retlige forhandlingsforbud. Monberg og Thorsens tilbud må i det hele forstås sådan, at tilbudet gælder i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, hvad enten der sker forhandlinger eller ej, og Monberg og Thorsen har ikke gjort gældende, at tilbudet ikke skulle være bindende. En begæring i et tilbud om forhandlinger kan ikke påvirke grundlaget for tilbudsgivningen, idet en tilbudsgiver, der har begæret forhandlinger, har måttet udregne sit tilbud under den forudsætning, at alle punkter i udbudsbetingelserne skal overholdes. Med hensyn til entreprenørforeningens standardforbehold har kommunen anført, at alle tilbudsgivere har henvist til disse standardforbehold, hvorfor forholdet må være uden betydning for vurderingen af tilbudenens konditions-mæssighed.

Klagenævnet udtaler:

Bemærkningen i Monberg og Thorsens tilbud om forhandling af fællesbetingelser er anført under overskriften »Forbehold«, og der anvendes i bemærkningen ordet »forbeholdes«. Bemærkningen kan herefter kun naturligt sprogligt forstås sådan, at den tilsigter at være et egentligt forbehold over for udbudsbetingelsernes fælles betingelser, og risikoen for en eventuel tvivl om forståelsen må påhvile Monberg og Thorsen. Klagenævnet lægger derfor til grund, at bemærkningen er et forbehold over for udbudsbetingelsernes fælles betingelser.

Da udbudsbetingelsernes fælles betingelser indeholder bestemmelser om en lang række centrale spørgsmål vedrørende projektet, herunder f.eks. om tidsplan og betalingsvilkår, er den citerede bemærkning i Monberg og Thorsens tilbud et forbehold om et grundlæggende element i udbudsbetingelser-

ne. Som følge heraf har Kommunen i medfør af det EU-retlige ligebehandlingsprincip pligt til ikke at tage Monberg og Thorsens tilbud i betragtning, og Klagenævnet finder allerede derfor ikke anledning til at tage stilling til, om bemærkningen må antages at bevirke, at Monberg og Thorsens tilbud ikke er bindende.

Højgaard og Schultz' påstand tages herefter til følge i medfør af § 5, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud. Påstanden tages til følge ved, at det pålægges kommunen at bortse fra Monberg og Thorsens tilbud, idet Klagenævnet reelt har taget første led i påstanden til følge ved sin afgørelse om at tillægge klagen opsættende virkning.

Henvisningen i Monberg og Thorsens tilbud til entreprenørforeningens standardforbehold er muligvis yderligere et forbehold om grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Som følge af sagens hastende karakter, og da bemærkningen i tilbudet om ret til forhandling af fællesbetingelser i sig selv er tilstrækkelig begrundelse for at tage Højgaard og Schultz' påstand til følge, jf. ovenfor, finder Klagenævnet imidlertid ikke anledning til at beskæftige sig yderligere med dette spørgsmål.

I medfør af § 13 c i Lov om Klagenævnet for Udbud pålægges det Odder Kommune at betale sagsomkostninger til Højgaard og Schultz som nedenfor bestemt.

Klagenævnet finder anledning til at bemærke: I udbudsbetingelserne henvises på en række punkter til referenceprodukter. Som tilfældige – langt fra udtømmende – eksempler kan nævnes bygningsdelsbeskrivelsens punkt (32) 2.2. om MDF-plader (»som fa. Junckers Sylvapan«), punkt (32) 3.5. om trædøre (»som Sweedoor 40 mm massive døre, med klemfri bagkant«) og punkt (33) 3.5. om gulvklinter (»leveres som skridsikre GAIL type Grip Star Soft...«) samt rettelsesblad 2 om garderober (»som Optima Skole Systemer«) og bordplader (»Valgfri Perstorp laminat m. opsvejst bagkant«). Sådanne angivelser synes at være i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6. Højgaard og Schultz har imidlertid ikke gjort forholdet gældende, og Klagenævnet har som følge af sagens hastende karakter fundet det rigtigst ikke at tage det op ex officio.

Klagenævnet finder endvidere anledning til at henlede opmærksomheden på, at der ved EU-udbud som udgangspunkt ikke må forhandles med tilbudsgiverne. Det forekommer derfor umiddelbart uheldigt, at kommunens forvaltning har indstillet, at der »optages kontraktsforhandlinger« med

Monberg og Thorsen. Dette er ikke mindst tilfældet på baggrund af forbeholdet i Monberg og Thorsens tilbud om forhandling af fællesbetingelser. Der synes for så vidt at være lagt op til forhandlinger mellem kommunen og Monberg og Thorsen af en karakter og et omfang, der meget let ville kunne komme i strid med det EU-retlige forhandlingsforbud. Som følge af den afgørelse, som Klagenævnet træffer i sagen, har Klagenævnet imidlertid ikke anledning til at beskæftige sig yderligere med spørgsmålet.

Herefter bestemmes:

Det pålægges Odder Kommune at se bort fra tilbudet fra Monberg og Thorsen A/S.

Odder Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Højgaard og Schultz A/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig