

K E N D E L S E

Holbech Lys v/ Lars Holbech Tømmerup
(selv)

mod

Bygningsstyrelsen
(selv)

Klagenævnet for Udbud har den 9. marts 2017 modtaget en klage af samme dato fra Holbech Lys v/ Lars Holbech Tømmerrup (herefter Holbech Lys).

Som klagenævnet forstår klageskriftet med bilag 1-9, replikken og det, der i øvrigt foreligger, angår klagen en begrænset licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 med senere ændringer) omfattende en hovedentreprise med PCB renovering af bygningen J.B. Winsløws Vej 15, Odense, fjernelse af problematiske fuger og lysarmaturer, delvis udskiftning af lofter og delvis ændring af ventilationsanlæg. Licitationen blev iværksat i september 2016, og kontrakten blev herefter den 4. oktober 2016 tildelt Odense Bygningsservice A/S.

Parternes påstande og anbringender mv.:

I klageskriftet står der:

”Som leverandør til et PCB renoveringsprojekt vedr. udskiftning af belysning til LED, ønsker jeg at klage til Klagenævnet for Udbud.

1. Byggestyrelsen har fortiet et udbud, med henblik på at modtage ”gratis” ekspertise i form af konsulent bistand, samt reference produkter / prototyper til senere brug i et udbudsmateriale.

2. Byggestyrelsen har specificeret en fast leverandør i udbudsmaterialet, dette imod udbudslovens principper. (Bilag 1 Arbejdsbeskrivelse_El side 32)

3. Byggestyrelsen har siden hen ændret udbuddet, så den begunstigede konsulent / leverandør har lidt et tab. (Bilag 3 Supplementsblad_03_27.09.2015 side 1)

4. Byggestyrelsen har videregivet udviklingsarbejde til konkurrenter.

Byggestyrelsen, har som ordregiver indhentet tilbud, bestilt prototyper og modtaget opmålinger og beregningsarbejde fra en leverandør, Holbech Lys.

Holbech Lys var ikke blevet gjort bekendt med at det bestilte arbejde var til et udbud og at betalingen for arbejdet dermed var forbundet med en risiko, hvis man ikke vandt udbuddet.

Byggestyrelsen, har som ordregiver udsendt udbudsmateriale med en fast specificeret leverandør, Holbech Lys, som herefter har udført ingeniør arbejde og udbudsarbejde, uden at have modtaget betaling herfor.

Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Byggestyrelsen har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at gøre tilbudsgiver opmærksom på at opgaven senere ville blive en del af et udbud.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Byggestyrelsen har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at specificere en fast leverandør i udbuddet.

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Byggestyrelsen har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i

udbudslovens § 2 ved at ændre leverandør i udbuddet, så den begunstige konsulent / leverandør har lidt et tab.

Påstand 4:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Byggestyrelsen har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at videregive udviklingsarbejde til konkurrenter, i form af referenceproduktet, og derved skabt en konkurrenceforvridende situation.

Krav: betaling af faktura (Bilag 4)

...

Den nævnte faktura er udstedt den 27. december 2016 af Holbech Lys til Bygningsstyrelsen. Fakturabeløbet er 370.000 kr. plus moms (462.500 kr. inklusive moms). Beløbet er ikke nærmere udspecificeret, men indeholder følgende fakturatekst:

”LED Projekt - J B Winsløvs Vej 15
Rådgivning og Konsulentarbejde - i forbindelse med PCB Renovering
Opmåling, Beregninger, Korrespondance, Prototyper”

Af sagen fremgår, at det arbejde, Holbech Lys mener at have krav på betaling for, ifølge virksomheden er udført for Bygningsstyrelsen i forbindelse med den omhandlede licitation.

Bygningsstyrelsen har nedlagt påstand om afvisning af klagen og har i anden række nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Bygningsstyrelsen har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at klagen er for sent indgivet, idet klagefristen i lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 4 nr. 1, er på 45 dage fra underretningen den 4. oktober 2016 om tildelingsbeslutningen, og fristen er ikke overholdt.

Styrelsen har endvidere gjort gældende, at Holbech Lys ikke har retlig interesse i at indgive klage til klagenævnet. Virksomheden var således ikke og kunne ikke forventes at blive inviteret til at give tilbud som hovedentreprenør. At virksomheden var mulig underleverandør, medfører heller ikke retlig interesse.

Bygningsstyrelsen har desuden gjort gældende, at klagen falder uden for klagenævnets kompetence, da den reelt angår en obligationsretlig og ikke en udbudsretlig uoverensstemmelse.

Holbech Lys har heroverfor anført, at klagen ikke er indgivet for sent, idet der er indgivet klage straks efter, at Holbech Lys blev bekendt med, at ordren var tildelt en anden leverandør. Det er Bygningsstyrelsen, der ikke rettidigt har informeret om, at en vinder var fundet.

Holbech Lys har endvidere gjort gældende, at virksomheden har retlig interesse i at indgive klage til Klagenævnet for Udbud, og at klagen falder inden for klagenævnets kompetence.

Virksomheden har nærmere anført, at der er begået fejl ved udbuddet, og at der er et uløst økonomisk mellemværende. Virksomheden anmoder ikke klagenævnet om at tage stilling til størrelsen af en erstatning, men om at klagenævnet tager stilling til, om der er begået fejl ved udbuddet. Sagen er principiel og angår, om en ordregiver kan ændre et udbud med økonomisk konsekvens for en rådgiver uden, at der ydes compensation, og om dette er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsloven. I udbudsmaterialet var det oprindeligt fastsat, at Holbech Lys var ”fast leverandør”, og Bygningsstyrelsen havde dermed godkendt virksomhedens forslag og accepteret virksomhedens tilbud. Ved ændringen af udbudsmaterialet, hvorefter virksomheden ikke længere var fast underleverandør, burde Bygningsstyrelsen have gjort leverancen af LED make-over til en bygherreleverance med Holbech Lys som leverandør. Bygningsstyrelsen fortiede, at opgaven ville kunne blive løst af andre, hvis en leverandør valgte en anden løsning end løsningen fra Holbech Lys, som var beskrevet i udbudsmaterialet. Det er ikke ligebehandling, at en leverandør har løst en opgave og udviklet en løsning, og at andre ikke behøver at udvikle en løsning, men kan udnytte en færdig løsning.

Klagenævnet udtaler:

Det fremgår af sagen, at Bygningsstyrelsen den 4. oktober 2016 pr. e-mail underrettede de virksomheder, der havde afgivet tilbud under den begræn-

sede licitation om, at H. Skjøde Knudsen A/S havde afgivet det billigste tilbud, og at styrelsen forventede at indgå kontrakt med denne virksomhed.

Efter det foreliggende lægger klagenævnet til grund, at Holbech Lys ikke selv afgav tilbud på hovedentreprisen, og at virksomheden heller ikke har været underleverandør til hovedentreprenøren H. Skjøde Knudsen A/S.

Holbech Lys' klage, som er indgivet mere end 5 måneder efter Bygningsstyrelsens tildelingsbeslutning, må efter det foreliggende forstås således, at den i realiteten angår, om Bygningsstyrelsen var aftaleretligt forpligtet til at benytte Holbech Lys som leverandør i relation til den omhandlede leverance. Klagen angår endvidere, om styrelsen skal betale for arbejde, der angiveligt er udført af Holbech Lys for styrelsen i forbindelse med licitationen, idet virksomheden faktisk ikke blev underleverandør og derfor ikke via underleverancer fik betaling for sit arbejde.

Klagenævnets kompetence omfatter efter lov om Klagenævnet for Udbud kun udbudsretlige spørgsmål, herunder spørgsmål om overholdelse af tilbudsloven, der gælder for den licitation, som sagen angår.

Nævnets kompetence omfatter derimod ikke obligationsretlige spørgsmål. Spørgsmålet, om en ordregiver har forpligtet sig aftaleretligt ved accept af et tilbud eller på anden vis har pådraget sig en betalingsforpligtelse over for en virksomhed, der er potentiel underleverandør, for rådgivning og konsulentarbejde mv., der er leveret i forbindelse med en licitation, er således ikke omfattet af nævnets kompetence. Der kan herved blandt andet henvises til klagenævnets kendelse af 13. februar 2006, Haubjerg Interiør A/S mod Vejle Amt, klagenævnets kendelse af 22. juni 2011, Ecolab ApS mod Region Sjælland, og klagenævnets kendelse af 16. marts 2017, Holbech Lys mod DSB.

Den foreliggende klage falder dermed uden for klagenævnets kompetence, og klagen afvises allerede som følge heraf.

Det indbetalte klagegebyr tilbagebetales til Holbech Lys, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 5.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Holbech Lys v/ Lars Holbech Tømmerup skal ikke betale sagsomkostninger til Bygningsstyrelsen.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig