

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Knud Erik Busk, Erik Haldbæk)

J.nr.: 03-222.127

22. marts 2004

K E N D E L S E

J. A. Mortensen Inventar og Bygning A/S
(advokat Peter Stig Jakobsen
og advokatfuldmægtig Anne Buhl Bjelke, København)

mod

Kulturministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Kurt Bardeleben)

I 1999-2000 blev der mellem indklagede, Kulturministeriet, og Dansk Jødisk Museum, der er en selvejende institution, indgået aftale om, at Dansk Jødisk Museum efter en ombygning og istandsættelse af Galejhuset, som er en del af Det Kongelige Bibliotek, skulle leje Galejhuset og indrette det som museum. Ombygningen og istandsættelsen af Galejhuset skulle forestås og betales af indklagede, mens indretningen af museet skulle forestås af Dansk Jødisk Museum.

I forbindelse med ombygningen og istandsættelsen af Galejhuset iværksatte indklagede ved sin tekniske rådgiver, Fogh og Følner Arkitektfirma A/S, en række begrænsede licitationer efter Tilbudsloven. Ved brev af 30. november 2001 anmodede Fogh og Følner Arkitektfirma A/S på vegne af indklagede et større antal virksomheder om på baggrund af fælles licitationsbetingelser af 30. november 2001 at afgive tilbud på i alt 11 fagentrepriser benævnt A, B, C, D, E, F1, F5, F6, F7, G og H.

Det var i brevet anført, at fristen for afgivelse af tilbud for så vidt angår entreprise A - G var den 19. december 2001, og at fristen for afgivelse af tilbud for så vidt angår entreprise H var den 7. januar 2002. Tildelingskriteriet var ved alle licitationerne fastsat som laveste pris. I de fælles licitationsbetingelser af 30. november 2001 var entreprise H beskrevet således: »Udstillingsinventar m.m. – David Libeskind's udbudsmateriale«.

Klageren var med et tilbud af 19. december 2002 lavestbydende vedrørende »Entreprise B – tømrer- og malerentreprisen«, og indklagede indgik herefter kontrakt med klageren om denne entreprise den 17. juni 2002.

Ved brev af 1. maj 2002 anmodede Fogh og Følner Arkitektfirma A/S på vegne af Dansk Jødisk Museum en række entreprenører, herunder klageren, om på baggrund af de fælles licitationsbetingelser af 30. november 2001 at afgive tilbud på »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen«. Det var i brevet anført, at fristen for afgivelse af tilbud var den 27. maj 2002. Licitationen blev iværksat som en begrænset licitation, og tildelingskriteriet var fastsat som laveste pris.

Klageren afgav den 27. maj 2002 tilbud på »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen«. De indkomne tilbud blev åbnet den 28. maj 2002, og det viste sig, at klageren med en tilbudssum på 6.731.810 kr. ekskl. moms var lavestbydende.

Efter at Fogh og Følner Arkitektfirma A/S og Daniel Libeskind, Arcitctural Studio, Berlin, der var Dansk Jødisk Museums arkitekt vedrørende indretningen af museet i Galejhuset, i perioden juni 2002 - januar 2003 havde forhandlet med klageren om mulige besparelser på »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen« meddelte Fogh og Følner Arkitektfirma A/S på vegne af Dansk Jødisk Museum i et brev af 17. januar 2003 klageren, at Dansk Jødisk Museum havde besluttet at annullere licitationen vedrørende »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen«.

Det er oplyst, at entreprise H er blevet udført af Gert Fogh A/S.

Den 7. oktober 2003 indgav klageren, J.A. Mortensen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Kulturministeriet. Klagen har været behandlet på et møde den 5. marts 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven og ligebehandlingsprincippet ved den 17. januar 2003 at annullere licitationen vedrørende »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen«, uagtet annullationen ikke var sagligt begrundet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved i perioden fra begyndelsen af januar 2003 vedrørende »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen« at have forhandlet med Gert Fogh A/S, som ikke havde afgivet tilbud under licitationen, og ved efterfølgende at have indgået kontrakt med denne entreprenør vedrørende entreprisen.

Påstand 3

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.791.785 kr. med procesrente fra 7. oktober 2003.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 255.358,75 kr. med procesrente fra 7. oktober 2003.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 3 og 4 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 3 og 4, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 og 2.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 5

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven og gennemsigtighedsprincippet ved under de 10 licitationer efter Tilbudsloven, som indklagede iværksatte vedrørende entreprise A-G i forbindelse med ombygningen af Galejhuset, Det Kongelige Bibliotek, i licitationsbetingelserne af 30. november 2001 at have anført, at »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen« også var omfattet af indklagedes entrepriser, uagtet det ikke var indklagede, men Dansk Jødisk Museum der skulle have denne entreprise udført.

Spørgsmål 6

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, ved vedrørende de 10 entrepriser A-G i forbindelse med ombygningen af Galejhuset, Det Kongelige Bibliotek, i licitationsbetingelserne af 30. no-

vember 2001 at have forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud.

Indklagede har vedrørende spørgsmål 5 og 6 gjort gældende, at Klagenævnet ikke er berettiget til ex officio at tage disse spørgsmål op.

I brev af 30. november 2001 fra indklagedes tekniske rådgiver til de pågældende entreprenører hedder det bl.a.:

»Vedr. Dansk Jødisk Museum – Udbudsbrev, 2 sider i alt

På vegne af Kulturministeriet anmoder vi Dem om at afgive tilbud ifm. ovennævnte sag.

Arbejdet udbydes i fagentrepriser som indbudt licitation efter laveste pris, og tilbud afgives som fast pris iht. fastpriscirkulæret. Det understreges, at prisen skal være fast i hele anlægsperioden, sådan som den er angivet i tidsplanen. Bygherren forbeholder sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud.

Udbudsmaterialet, som er dateret 2001.11.30, omfatter:

- Nærværende udbudsbrev, 1 eksemplar
- Fællesbetingelser, FB gældende for alle arbejder og leverancer med tilhørende bilag, 1. eksemplar
-
- Særlige betingelser (SB) gældende for de respektive arbejder, 1 eksemplar
- Udbudstidsplan, 1 eksemplar
- Tilbudslister, 2 eksemplarer, som vedlægges tilbud
- Tegningsfortegnelse, 1 eksemplar

.....

Licitationen ifm. entrepriserne A, B, C, D, E, F1, F5, F6, F7 samt G afholdes onsdag den 19. december 2001 kl. 13,00 på adressen:

Fogh & Følner A/S

.....

Licitationen ifm. entreprise H afholdes mandag den 7. januar 2002 kl. 13,00 på førnævnte adresse.«

I den del af licitationsbetingelserne af 30. november 2001, der betegnes som »Fælles betingelser FB«, er blandt andet anført følgende:

»1.1 Byggesagens parter

Bygherre: Kulturministeriet

.....

Arkitekt og byggeledelse (totalrådgiver): Fogh og Følner arkitektfirma A/S..... Kongens Lyngby

.....

Udstillingsarkitekt: Daniel Libeskind Arcitectural Studio..... Berlin

.....

1.2 Om projektet

Kulturministeriet, Det Kongelige Bibliotek og den selvejende institution »Dansk Jødisk Museum« har indgået aftale om, at museet skal anvende Galejhuset til udstillingsformål m.m. på grundlag af en lejeaftale med Det Kongelige Bibliotek. I Finansloven for år 2000 afsatte Folketinget i den forbindelse midler til modernisering af Galejhuset, således at Det Kongelige Bibliotek kan stille lokalerne til rådighed for Dansk Jødisk Museum i istandgjort stand og med de nødvendige el- varme- og sanitetsinstallationer.

.....

Dansk Jødisk Museum har valgt arkitekt Daniel Libeskind, Studio Libeskind/Berlin, til at varetage udstillingsprojektet, som er omfattet af nærværende entreprise under snedker/tømrer- og malerentreprisen.

1.3 Udbudsform og entrepriseopdeling

Byggearbejdet udbydes i indbudt licitation efter laveste pris som nævnt i udbudsbrev.

Nærværende oversigt er orienterende og angiver som sådan alene entreprisens omfang summarisk. De enkelte entreprisens omfang er nærmere beskrevet i de respektive særlige betingelser og arbejdsbeskrivelser (SB). Entrepriseopdelingen vil under byggeforløbet kunne undergå mindre ændringer.

- A Murer- og betonentreprisen, omfattende
- B Tømrer- og malerentreprisen, omfattende
- C Smedeentreprisen, omfattende
- D VVS-entreprisen, omfattende
- E Ventilationsentreprisen, omfattende
- F1 El-installationer
- F5 AIA-anlæg
- F6 ABA-anlæg
- F7 ITV-anlæg
- G CTS-entreprisen, omfattende
- H Udstillingsinventar m.m
- Daniel Libeskind udbudsmateriale«

Der var mellem indklagede og Dansk Jødisk Museum indgået aftale om, at indklagede skulle forestå og betale for udførelsen af de 10 entrepriser A – G med Fogh og Følner Arkitektfirma A/S som totalrådgiver, mens Dansk Jødisk Museum på baggrund af et forslag fra Daniel Libeskind, Arcitectoral Studio, skulle forestå og betale for udførelsen af entreprise H. Det var endvidere aftalt, at Fogh og Følner Arkitektfirma A/S skulle stå for arbejdet med at gennemføre licitationen vedrørende alle 11 entrepriser, herunder også »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen«.

Indklagede har oplyst, at det beror på fejl fra Fogh og Følner Arkitektfirma A/S's side, dels at det fremgik af den del af licitationsbetingelserne, der betegnes som »Fælles betingelser FB«, at bygherren for »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen« var indklagede, dels at »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen« i brevet af 30. november 2001 var beskrevet som en af indklagedes entrepriser.

I det omtalte brev af 1. maj 2002 fra Fogh og Følner Arkitektfirma A/S til de pågældende entreprenører hedder det bl.a.:

»Vedr. Dansk Jødisk Museum – Entreprise H, Udstillingsinventarentreprise, udbudsbrev, 2 sider i alt

På vegne af Dansk Jødisk Museum anmoder vi Dem om at afgive tilbud ifm. ovennævnte sag.

Arbejdet udbydes som indbudt licitation efter laveste pris, og tilbud afgives som fast pris iht. fastpriscirkulæret. Det understreges, at prisen skal være fast i hele anlægsperioden, sådan som den er angivet i udbudstidsplanen samt nærværende udbudsbrev. Bygherren forbeholder sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud.

Udbudsmaterialet, som er dateret 2001.11.30, omfatter:

- Nærværende udbudsbrev, 1. eksemplar
- Fællesbetingelser, FB gældende for alle arbejder og leverancer med tilhørende bilag, 1 eksemplar (vedlægges ikke, bilagt udbudsbrev for de øvrige entrepriser, dateret 2001.11.30)
-
- Særlige betingelser (SB) gældende for entreprise H, udstillingsentreprisen, 1 eksemplar
- Almindelig fagbeskrivelse for udførelse af stålkonstruktioner (AFS 2000) bilagt SB, 1 eksemplar
- Udbudstidsplan, 1 eksemplar (bilagt udbudsbrev for de øvrige entrepriser, dateret 2001.11.30)

- Tilbudslister, dateret 2002.05.01, 2 eksemplarer, som vedlægges tilbud

.....

Byggesagen er forskudt ift. udbudstidsplanen og forventes opstartet medio juni 2002. Udbudstidsplanens intervaller er gældende og nærværende entreprise forventes således opstartet medio november 2002.

.....

Licitationen ifm. entrepriserne H afholdes onsdag den 27. maj 2002 kl. 15,00 på adressen:
Fogh & Følner A/S«.

I forbindelse med de løbende forhandlinger i perioden juni 2002 - januar 2003 mellem på den ene side klageren og på den anden side Fogh og Følner Arkitektfirma A/S samt Daniel Libeskind, Arcitectural Studio, om mulige besparelser på »entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen« på baggrund af klagerens tilbud har der været løbende skriftlig kontakt mellem parterne. Klageren har i den forbindelse udarbejdet en række forslag til besparelser på projektet.

I et brev af 17. januar 2003 fra Fogh og Følner Arkitektfirma A/S til klageren hedder det:

»Vedr. Dansk Jødisk Museum – Entreprise H, Udstillingsinventarentreprise

.....

På vegne af Dansk Jødisk Museum må jeg desværre meddele, at licitationen på ovennævnte entreprise aflyses.

Det har ikke været muligt for Dansk Jødisk Museum at fremskaffe de nødvendige midler og det har samtidigt ikke været muligt via besparelser at nå målet.

Museet takker for indsatsen og bestræbelserne.«

Det er ikke i licitationsbetingelserne – heller ikke i licitationsbetingelserne vedrørende entreprise H – fastsat, at tilbudsloven skal finde anvendelse, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 4.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede som anført i licitationsbetingelserne af 30. november 2001 var bygherre vedrørende »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen«, og at det derfor er indklagede, der har gennemført en licitation efter Tilbudsloven vedrørende denne entreprise. Klageren har endvidere gjort gældende, at indklagede ikke havde nogen saglig grund til at annullere licitationen.

Klageren har nærmere gjort gældende, at indklagede fremtrådte som bygherre og dermed som udbyder ved såvel de 10 licitationer vedrørende entreprise A-G som ved licitationen vedrørende entreprise H, idet indklagede i skrivelsen af 30. november 2001 og i fællesbetingelserne af 30. november 2001, der var gældende for samtlige 11 licitationer, var anført som bygherre, og at klageren således havde grund til at regne med, at det var indklagede selv eller dog en institution henhørende under indklagede, der var bygherre. Klageren har endvidere gjort gældende, at samtlige 11 entrepriser ifølge fællesbetingelserne var offentlige arbejder, hvorfor entreprenørerne ikke kunne kræve sikkerhedsstillelse hos bygherren, at de 2 entrepriser B og H var planlagt udført samtidig, og at det alene skyldes finansieringsproblemer, at entreprise H blev udskudt, at det ikke af skrivelsen 1. maj 2002 fremgår, at der skulle være tale om privat byggeri, idet betegnelsen »Dansk Jødisk Museum« i denne skrivelse ikke klart angiver, at der ikke er tale om et offentligt museum i modsætning til, hvis der havde været anført »Den selvejende institution Dansk Jødisk Museum«, at der i licitationsbetingelserne vedrørende entreprise B var en bestemmelse om rabat ved tildeling af både entreprise B og entreprise H, samt at Fogh og Følner Arkitektfirma A/S efter aftale mellem indklagede og Dansk Jødisk Museum var antaget som fælles rådgiver under det samlede byggeprojekt.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke var bygherre for så vidt angår »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen« og derfor ikke har gennemført en licitation efter Tilbudsloven vedrørende denne entreprise.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede som anført i licitationsbetingelserne af 30. november 2001 var bygherre vedrørende »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen«, og at indklagede efter modtagelsen af tilbud har forhandlet med Gert Fogh A/S om udførelse af den opgave, der under licitationen var udbudt som »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen«, hvorved indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven.

Indklagede har gjort det samme anbringende gældende, som anført ad påstand 1.

Ad spørgsmål 5 og 6

Indklagede har gjort gældende, at Klagenævnet ikke kan tage stilling til disse spørgsmål, da klageren ingen retlig interesse har i spørgsmålene. Klageren har alene indgivet klage med hensyn til licitationen vedrørende entreprise H, men ikke med hensyn til licitationerne vedrørende entreprise A-G, og da klageren i øvrigt fik kontrakten vedrørende den anden entreprise, selskabet afgav tilbud på, nemlig entreprise B, har klageren ingen retlig interesse i, at Klagenævnet tager stilling til disse spørgsmål. Indklagede har endvidere henvist til, at Klagenævnet efter lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 1 og 3, kun kan tage stilling til klager, og derfor ikke har lovhjemmel til selv at tage spørgsmål op.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Indklagede har oplyst, at indklagede ikke var bygherre vedrørende »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen«, og dette fremgår da også af alle de dokumenter, der er forelagt Klagenævnet, herunder Kulturministeriets ansøgning af 21. maj 2002 til Folketingets Finansudvalg. Kun i to dokumenter, som indklagedes tekniske rådgiver Fogh og Følner Arkitektfirma A/S har udarbejdet i forbindelse med en licitation vedrørende den pågældende entreprise og 10 licitationer vedrørende de 10 andre entrepriser i forbindelse

med samme projekt, er det anført, at indklagede var bygherre også vedrørende entreprise H. Da indklagede ikke var bygherre vedrørende den pågældende entreprise H, var det heller ikke indklagede, der gennemførte licitationen vedrørende denne entreprise.

Indklagede var derimod bygherre vedrørende de 10 øvrige entrepriser A-G vedrørende projektet og var som følge heraf den, der gennemførte disse 10 licitationer. Indklagedes tekniske rådgiver anførte fejlagtigt i skrivelsen af 30. november 2001 vedrørende de 10 entrepriser A-G, at indklagede også var bygherre vedrørende entreprise H, ligesom den tekniske rådgiver i »Fælles betingelser FB af 30. november 2001« vedrørende entreprise A-G omtalte entreprise H på en måde, der indicerede, at indklagede også var bygherre vedrørende entreprise H. Disse fejl fra indklagedes tekniske rådgivers side er uden betydning i forhold til den kendsgerning, at indklagede ikke var bygherre vedrørende entreprise H.

Den omstændighed, at klageren troede, at indklagede var bygherre også vedrørende entreprise H og som følge heraf var den, der gennemførte licitationen vedrørende denne entreprise, er uden betydning.

Det følger af det anførte, at de klagepunkter, som klageren har beskrevet i påstand 1 og 2, vedrører en licitation, som ikke klageren, men den selvejende institution Dansk Jødisk Museum gennemførte vedrørende entreprise H, og Klagenævnet tager derfor ikke disse påstande til følge.

Ad spørgsmål 5

Som anført ad påstand 1 og 2 har indklagede ved de anførte fejl i skrivelsen af 30. november 2001 og i »Fælles betingelser FB af 30. november 2001« under gennemførelsen af licitationerne vedrørende entreprise A-G handlet i strid med Tilbudsloven og gennemsigtighedsprincippet.

Ad spørgsmål 6

Det følger af Tilbudsloven § 8, stk. 1, at udbyderen i licitationsbetingelserne skal fastsætte enten tildelingskriteriet »det laveste bud« eller tildelingskriteriet »det økonomiske mest fordelagtige bud«, og indklagede har i licitationsbetingelserne vedrørende entreprise A-G fastsat tildelingskriteriet »det laveste bud«. Indklagede derfor handlet i strid med Tilbudslovens § 8,

stk. 1, ved i skrivelsen af 30. november 2001 at anføre »Bygherreren forbeholder sig ret til at vælge mellem de indkomne tilbud«.

Da indklagede alene var bygherre vedrørende entreprise B, men ikke bygherre vedrørende entreprise H, handlede indklagede endvidere i strid med Tilbudsloven ved i tilbudsblanketten vedrørende entreprise B at give de tilbudsgivere, der afgav tilbud både vedrørende entreprise B og entreprise H, mulighed for at give en rabat vedrørende entreprise B, såfremt de fik tildelt både entreprise B og entreprise H.

Ad spørgsmål 5 og 6

Klagerens klage omfatter alene licitationen vedrørende entreprise H og således ikke licitationerne vedrørende entreprise A - G, men de 11 licitationer er gennemført på en sådan måde, at der er en nær sammenhæng mellem dem, og Klagenævnet har derfor i overensstemmelse med det forvaltningsretlige officialprincip inddraget også disse licitationer under klagesagen.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven og gennemsigtighedsprincippet ved under de 10 licitationer efter Tilbudsloven, som indklagede iværksatte vedrørende entreprise A-G i forbindelse med ombygningen af Galejhuset, Det Kongelige Bibliotek, i licitationsbetingelserne af 30. november 2001 at have anført, at »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen«, også var omfattet af indklagedes entrepriser, uagtet det ikke var indklagede, men Dansk Jødisk Museum der skulle have denne entreprise udført.

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, ved vedrørende de 10 entrepriser A-G i forbindelse med ombygningen af Galejhuset, Det Kongelige Bibliotek, i licitationsbetingelserne af 30. november 2001 at have forbeholdt sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 og påstand 2.

Indklagede, Kulturministeriet, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, J. A. Mortensen Inventar og Bygning A/S.

Klagegebyret tilbagetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig