

K E N D E L S E

Rebo A/S
(advokat Anders Lindquist, København)

mod

A/B Damparken
(advokat Eske Hald, Frederiksberg)

Ved udbudsbrev af 21. januar 2005 iværksatte indklagede, A/B Damparken, en begrænset licitation vedrørende udskiftning af vinduer og altandøre, altantage, tagrender og nedløb.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 11. februar 2005 var der indkommet tilbud fra 4 tilbudsgivere således:

- | | | |
|----|----------------------------|---------------|
| 1. | Rebo A/S | 4.037.080 kr. |
| 2. | Frode Rasmussens Eftf. ApS | 4.115.431 kr. |
| 3. | Jull & Nielsen A/S | 5.810.697 kr. |
| 4. | Ason A/S | 6.329.200 kr. |

Den 7. marts 2005 besluttede indklagede at indgå kontrakt med 2. Frode Rasmussens Eftf. ApS, hvilket blev meddelt tilbudsgiverne ved brev af samme dato.

Den 27. oktober 2006 indgav klageren, Rebo A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på et møde den 5. februar 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 2, ved ikke i licitationsbetingelserne at oplyse, hvilket tildelingskriterium der skal anvendes.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved under licitationen at have anvendt et uvist tildelingskriterium, uagtet indklagede var forpligtet til at anvende kriteriet »laveste bud«, fordi der ikke var fastsat et tildelingskriterium eller fastsat underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, ved i licitationsbetingelserne at forbeholde sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud eller forkaste dem alle.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved at have besluttet at indgå kontrakt med Frode Rasmussens Eftf. ApS, selv om dennes tilbud ikke var tilbudet med den laveste pris.

Påstand 5

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 403.408 kr. med procesrente fra den 10. august 2005.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 403.708 kr. med procesrente fra den 10. august 2005.

Indklagede har principalt nedlagt på stand om afvisning. Subsidiært har indklagede vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, og vedrørende påstand 5 og 6 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet – såfremt afvisningspåstanden ikke tages til følge – at udsætte behandlingen af påstand 5 og 6, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 4. Klagenævnet vil i givet fald efter afsigelse af ken-

delse vedrørende påstand 1 – 4 fortsætte behandlingen af påstand 5 og 6, medmindre klageren tilbagekalder klagen for så vidt angår disse påstande.

I Udbudsbrevet af 21. januar 2005 oplyses, at tilbud skal afgives på grundlag af boligministeriets cirkulære vedrørende fast pris og tid, og at bygherren forbeholder sig ret til at vælge frit mellem de indkomne tilbud eller forkaste dem alle. Udbudsbrevet er vedhæftet en Byggesags- og entreprisebeskrivelse, der er opdelt i 5 dele, Orientering, Særlige betingelser, Betingelser for tidsstyring, Betingelser for kvalitetsstyring og Betingelser for betaling.

Under »Særlige betingelser« anføres:

- » Byggeopgaverne udføres i henhold til
 1. Almindelige betingelser, AB92
 2. Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, 29. maj 2002
 3. Cirkulære om pris og tid på bygge og anlægsopgaver
 4. Gældende DS-blade.....«

I »Teknisk beskrivelse for udskiftning af vinduer og altandøre samt altantage, tagrender og nedløb«, som ligeledes var vedhæftet udbudsbrevet, beskrives tømrer- og snedkerarbejdet i detaljer. Under overskriften »Beboerrelationer« hedder det i punkt 4.1., »Hensyn«:

»Da byggepladsen er beliggende ved beboede ejendomme og da en del af arbejdet vedrørende vedligeholdelsesbehandling af vinduer foregår inde fra lejlighederne, skal entreprenøren og hans folk udvise den størst mulige hensyntagen til beboere og evt. erhvervsejere.

Det skal sikres at beboere og brugere uhindret kan færdes rundt i bebyggelsen.

Det skal sikres at beboere og renholdsesselskab har uhindret adgang til dagrenovation.

Det er entreprenørens ansvar, at samtlige håndværkere er bekendt med vedlagte ordensregler for projektet.

Under dette punkt indgår nødvendig hensyntagen til evt. erhvervsdrivende.«

I klagerens tilbud var der afsat i alt 13.490 kr. til »Beboerrelationer«. I de øvrige tilbud var der afsat mellem 55.000 kr. og 144.200 kr. til »Beboerrelationer«.

Det er oplyst, at indklagede samtidig med den her omhandlede licitation iværksatte en begrænset licitation uden prækvalifikation vedrørende installation af nyt varmeanlæg. Det er tillige oplyst, at klageren var lavestbydende, men ikke fik tildelt entreprisen. Efterfølgende har klageren anlagt sag ved domstolene med påstand om erstatning.

I brev af 28. februar 2005 fra indklagedes byggerådgiver, Wormslev Rådgivende Ingeniører A/S, til indklagede hedder det:

»Tak for sidst.

I forlængelse af det afholdte møde tirsdag den 22. februar 2005 kl. 17.00 på ejendommens kontor vil jeg gerne understrege vores holdning til jeres indstilling.

Andelsboligforeningens bestyrelse ønsker at vælge de entreprenører, der blev nr. 2 (.....) ved licitationerne. Normalt bør den lavestbydende vælges ved en indbudt licitation med mindre forhold i dennes tilbud gør det ukonditionsmæssigt eller utroværdigt;

Dette understreges yderligere ved at bygherre ikke har oplyst om at bløde tildelingskriterier skulle være gældende ved licitationen.

Vi gør opmærksom på at den samlede merudgift ved bestyrelsens indstilling giver en samlet merpris på kr. 187.400,- incl. moms., uforudseelige udgifter og ingeniørhonorar.

Vi vil anbefale at det undersøges om disse forhold muligvis kan være ansvarspådragende for bestyrelsen personligt, evt. ved at andre andelshavere kan stille bestyrelsen til ansvar for ikke at udnytte andelsboligforeningens midler optimalt og kræve godtgørelse herfor.

Vi gør opmærksom på dette skriftligt, da vi selv er bekymrede for at havne i en situation, hvor vi som rådgivere ikke har orienteret bestyrelsen korrekt. Vi ønsker ikke at være i en stilling, hvor ansvarspådragende forhold kan blive gældende.

På baggrund af disse forhold mener vi at jeres advokat bør kontaktes.

Vi modtager gerne et skriftligt svar.«

Den 7. marts 2005 skrev Wormslev Rådgivende Ingeniører A/S således til klageren:

»Vi takker for tilbudet på vinduesudskiftning og reparation af altantage, tagrender og nedløb i ejendommen.

Vi må dog meddele at opgaven efter bygherrens, A/B Damparken, ønske er gået til Frode Rasmussens Eftf. ApS.«

Den 14. marts 2005 skrev klageren således til indklagede:

»Vi har onsdag den 9. marts 2005 modtaget en skriftlig meddelelse fra Wormslev – Rådgivende Ingeniører A/S vedr. resultatet af licitationen afholdt fredag den 11. februar 2005 vedr. udskiftning af vinduer, altandøre, altantage, tagrender og nedløb i Andelsboligforeningen Damparken.

I meddelelsen fremgår det at I har valgt at indgå samarbejde med Frode Rasmussens Eftf. ApS som entreprenør til at udføre ovennævnte entreprise.

Vi står naturligvis uforstående overfor jeres valg, da vi var den billigste tilbudsgiver ved licitationen, afholdt fredag den 11. februar 2005.

Vi skal derfor meddele at vi ikke kan acceptere jeres valg af entreprenør, hvorfor vi pr. d.d. har overdraget sagen til vores advokat.«

Der er afgivet forklaring af klagerens direktør, Jacob Daniel Geertsen, og bestyrelsesformand Jonna Mikkelsen og vicevært Henrik Seifert Larsen, indklagede.

Jacob Daniel Geertsen har bl.a. forklaret, at tilbudene blev åbnet på et møde, hvor tilbudsgiverne alle var repræsenteret. De øvrige tilbudsgivere ønskede klageren til lykke. Det blev på intet tidspunkt tilkendegivet, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt. Han vurderer, at klagerens tilbud var så billigt, bl.a. fordi byggepladsomkostningerne kunne reduceres, eftersom klageren tillige afgav tilbud på den anden entreprise vedrørende varmeanlægget, som ikke er omfattet af denne sag.

Jonna Mikkelsen har bl.a. forklaret, at det var vigtigt for indklagede at kunne vælge frit mellem tilbudene. Bestyrelsen fandt, at klagerens tilbud var meget lavt for så vidt angår posten »Beboerrelationer«, som man lagde vægt på. Efterfølgende er der forhandlet med Frode Rasmussens Eftf. ApS, og det endte meget muligt med, at dennes tilbud blev nedsat ca. 70.000 kr.

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at indklagede i de »Særlige betingelser«, der gælder for licitationen, har tilkendegivet, at Tilbudsloven finder anvendelse. Klagenævnet har derfor kompetence til at behandle sagen, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 4, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 1, nr. 3.

Klageren har nærmere ad påstand 1 og 2 gjort gældende, at det følger af Tilbudslovens § 8, stk 2, at det i licitationsbetingelserne skal fastsættes, hvilket tildelingskriterium der gælder. Det er ikke sket. Indklagede var i så fald forpligtet til at anvende tildelingskriteriet »laveste pris«, men heller ikke dette krav har indklagede opfyldt.

Klageren har nærmere ad påstand 3 gjort gældende, at indklagede – som fastslået mange gange i klagenævnspraksis - har handlet i strid med Tilbudsloven ved i licitationsbetingelserne at forbeholde sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud eller forkaste dem alle. Indklagede er tværtimod forpligtet til at vælge mellem de indkomne tilbud i overensstemmelse med Tilbudslovens § 8, stk. 1, eller annullere licitationen, og en annulation må i give fald ikke være usaglig.

Endelig har klageren ad påstand 4 gjort gældende, at klagerens tilbud ikke var tilbudet med den laveste pris. Indklagede har derfor handlet i strid med Tilbudsloven ved at beslutte at indgå kontrakt med Frode Rasmussens Eftf. ApS, selv om dennes tilbud ikke havde den laveste pris. Indklagede har først under klagenævns sagen gjort gældende, at klagerens tilbud ikke var konditions mæssigt. Klageren bestrider i øvrigt, at klagerens tilbud skulle være ukonditions mæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at licitationen ikke er omfattet af Tilbudsloven. Det er ikke tilstrækkeligt, at der er henvist til loven under de »Særlige betingelser«. Der er vel nærmest tale om en standardhenvisning, som indklagede ikke er bekendt med baggrunden for. Det er ligeledes uvist, hvorledes henvisningen til datoen »29. maj 2002« er fremkommet. Såfremt Tilbudsloven skulle være gældende, skulle det være tilkendegivet udtrykkeligt og utvetydigt i selve tilbudsbrevet. Den ændring af § 1, stk 4, i Tilbudsloven, som blev vedtaget med Lov nr. 338 af 18. maj 2005, er efter lovens forarbejder ikke udtryk for nogen realitetsændring. Det var således

ligeledes under den tidligere gældende formulering en betingelse, at udbyderen *klart* skulle tilkendegive, at loven eller nærmere angivne regler heri vil blive anvendt. Udbudsmaterialet må læses under hensyntagen til de faktiske omstændigheder, og det er klart efter de afgivne forklaringer, at indklagede ikke ønskede at gennemføre licitationen efter Tilbudsloven. Hverken indklagede eller indklagedes rådgiver har mundtligt tilkendegivet, at Tilbudsloven skulle finde anvendelse. Ved en samtidig gennemført næsten identisk licitation finder Tilbudsloven da heller ikke anvendelse, og klageren har vedrørende den licitation valgt at føre sag ved domstolene. Det følger af det anførte, at Klagenævnet ikke har kompetence til at behandle sagen, og indklagedes afvisningspåstand skal derfor tages til følge.

Såfremt Klagenævnet finder, at indklagede *har* tilkendegivet, at licitationen er omfattet af Tilbudsloven, er der alene tale om, at Tilbudsloven *delvist* finder anvendelse. Det følger af sammenhængen med Udbudsbrevet, hvorefter bygherren forbeholder sig ret til at vælge frit mellem de indkomne tilbud eller forkaste dem alle. Tilbudslovens § 8 finder derfor ikke anvendelse. Det følger heraf, at påstand 1-4 ikke skal tages til følge.

Endelig har indklagede gjort gældende, at klagerens tilbud ikke var konditions-mæssigt. Det er i strid med reglerne i Tilbudsloven at inddrage »rabatter«, som opnås under licitationer, der ikke har noget med den konkrete licitation at gøre. Når den uretmæssigt opnåede besparelse vedrørende byggepladsomkostninger tages i betragtning, var klagerens tilbud ikke det laveste. Der er derfor ikke grundlag for at tage påstand 4 til følge.

Klagenævnets begrundelse og resultat:

Kirsten Thorup og Niels Henriksen udtaler:

Ad afvisningspåstanden

Indklagede har i de »Særlige betingelser«, som gælder for licitationen, utvetydigt tilkendegivet, at Tilbudsloven finder anvendelse. Der er ikke grund-

lag for at bortfortolke denne betingelse, hverken helt eller delvist. Der er heller ikke grundlag for at se udsagnet »Bygherren forbeholder sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud eller forkaste dem alle« som en tilkendegivelse af, at netop § 8 i Tilbudsloven ikke skulle finde anvendelse. Klagenævnet har derfor kompetence til at behandle sagen, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 4, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 1, nr. 3.

Ad påstand 1-3

Tilbudsloven finder anvendelse. Påstandene tages derfor til følge.

Ad påstand 4

Det følger af det anførte, at indklagede var forpligtet til at beslutte at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, der havde afgivet det tilbudet med den laveste pris. Indklagede har taget klagerens tilbud i betragtning og har først under skriftvekslingen for Klagenævnet gjort gældende, at tilbudet var ukonditionsmæssigt. Det bemærkes i øvrigt, at det ikke på det foreliggende grundlag kan anses for godtgjort, at klagerens tilbud var ukonditions-mæssigt. Påstanden tages til følge.

Jens Fejø udtaler:

Jeg tillægger forarbejderne til 2001-Tilbudsloven særlig vægt ved forståelsen af rækkevidden af bestemmelsen i lovens § 1, stk. 4, der i sig selv kan give anledning til flere fortolkninger. I de specielle bemærkninger til lovforslag L 140/2000-01 til Tilbudslovens § 1, stk. 4 anføres det således, at »Efter stk. 4 kan en privat bygherre forpligte sig til at følge lovens regelsæt helt eller delvis. En sådan forpligtelse kan f.eks. fremgå af en udbudsannonce eller af den skriftlige opfordring til at afgive bud ved en begrænset licitation«. Ved besvarelsen af spørgsmål 15 udtalte ministeren, at »Med reglerne i lovforslaget ... kan private bygherrer vælge at benytte reglerne som »spilleregler« ved indhentning af tilbud, men udgangspunktet er, at private bygherrer skal have større frihed ved indhentning af tilbud svarende til, hvad der gælder i andre brancher«.

I forbindelse med svar på spørgsmål 22 udtalte ministeren, at »Der er valgt den formulering, som sikrer størst mulig råderum for private bygherrer«.

Jeg anser det forbehold, som udbyderen har taget i det udbudsbrev, som blev sendt til bl.a. klageren i nærværende sag – om at »Bygherren foreholder sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud eller forkaste dem alle« – som værende så klart, at forbeholdet falder inden for den adgang, som bestemmelsen i § 1, stk. 4, set i lyset af forarbejderne, giver en privat bygherre ret til, kun delvis, at tilvælge Tilbudsloven. Med forbeholdet har indklagede valgt, at der er dele af loven, som indklagede ikke har villet være underlagt. Indklagedes forbehold om frit at kunne vælge er efter min opfattelse en utvetydig tilkendegivelse om, at Tilbudslovens § 8 om tildelingskriterium ikke er ønsket anvendt.

Dette forbehold har fra starten været bekendt for klageren og de øvrige deltagere, som derfor ikke har kunnet forvente, at reguleringen efter § 8 i Tilbudsloven fandt anvendelse.

Jeg tillægger det i denne forbindelse afgørende betydning, at der er tale om et forhold mellem forretningsdrivende. Herved finder jeg det ikke tilstrækkeligt til at kunne tilsidesætte det i udbudsbrevet angivne forbehold, at der ikke er sket nogen gentagelse af udbudsbrevets utvetydige forbehold i »Byggesag- og entreprisebeskrivelse af 21.01.05«. Dette bestyrkes af, at udbyderen netop ikke havde anført noget tildelingskriterium, som det skulle være sket, hvis § 8 skulle finde anvendelse.

Jeg stemmer på dette grundlag for at give indklagede medhold i påstanden om ikke at tage klagers påstande 1-4 til følge.

Der afsiges kendelse efter stemmeflertallet.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 2, ved ikke i licitationsbetingelserne at oplyse, hvilket tildelingskriterium der skal anvendes.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved under licitationen at have anvendt et uvist tildelingskriterium, uagtet indklagede var forpligtet til at anvende kriteriet »laveste bud«, fordi der ikke var fastsat et tildelingskriterium eller fastsat underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, ved i licitationsbetingelserne at forbeholde sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud eller forkaste dem alle.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved at have besluttet at indgå kontrakt med Frode Rasmussens Eftf. ApS, selv om dennes tilbud ikke var tilbudet med den laveste pris.

Indklagede, A/B Damparken, skal i sagsomkostninger til klageren, Rebo A/S, betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig