

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Suzanne Helsteen, Melitta Keldebæk)

J.nr.: 2008-0017936

6. maj 2009

K E N D E L S E

Tømrer og Snedkerfirma Henrik Kejser A/S
(advokat Niels Kaiser, Aabyhøj)

mod

Betaniaforeningen i Danmark
(advokat Karl Villumsen, Århus)

Den 10. august 2007 iværksatte Betaniaforeningen i Danmark indhentningen af underhåndsbud vedrørende tagudskiftning og om- og tilbygning på sin ejendom »Betaniahjemmet« beliggende Hjarnøgade 3-5, 8000 Århus C. Indhentningen af underhåndsbud skete ved henvendelse til følgende 4 virksomheder:

1. KA Byg A/S
2. Tømrer og Snedkerfirma Henrik Kejser A/S
3. Gjellerup Maskinsnedkeri A/S
4. Bech og Martens A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. august 2007 havde virksomhederne 1 – 3 afgivet tilbud incl. moms således:

1. 2.748.941,25 kr.
2. 2.113.222,50 kr.
3. 2.297.218,75 kr.

Den 11. september 2007 skrev Betaniaforeningen i Danmark således til de 3 tilbudsgivere:

»Det er med stor beklagelse at Betaniaforeningen hermed udsætter arbejdet med tagrenoveringen på vor bygning Hjarnøgade 3 – 5, 8000 Århus C.

Det har i hele forløbet været en forudsætning, at der foreligger en lejekontrakt, i modsat fald vil arbejdet blive sammenkoblet med en renovering af hele ejendommen

Som bekendt har den forventede nye lejer af bygningen, Statsbo, Frydenlundalle, Århus, på vegne af den Selvejende Institution Kløvervangen, Skjødstrup, mundtligt accepteret vort oplæg til lejekontrakt, på betingelse af godkendelse fra Århus Kommune 3. Afdeling. Lejer har en stor interesse i at renoveringen sker inden den forventede indflytning 01.01.08.

Århus Kommune, 3. Afdeling har i går, via Statsbo, meddelt vor advokat Karl Villumsen, at de ønsker at genforhandle kontrakten, hvilket ikke kan ske før ca. 1. oktober. Vi må se i øjnende at Kløvervangens leje af bygningen ikke bliver aktuel.

Betaniaforeningen vil løbende holde ovenstående orienteret.«

En del af det arbejde, som Betaniaforeningen i Danmark havde indhentet underhåndsbud på, blev senere udført af en anden virksomhed.

Den 22. oktober 2008 indgav klageren, Tømrer og Snedkerfirma Henrik Kejser A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Betaniaforeningen i Danmark.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 5, jf. § 8, stk. 1, ved i udbudsbrevet af 10. august 2007 at fastsætte følgende: »Bygherren forbeholder sig ret til at forkaste alle tilbud«.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved ikke at beslutte at indgå kontrakt med klageren, uagtet klageren havde afgivet underhåndstilbuddet med den laveste pris.

Påstand 5

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 385.391 kr. med procesrente fra den 20. marts 2008.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale et beløb mindre end 385.391 kr. med procesrente fra den 20. marts 2008.

Klageren har yderligere nedlagt en påstand 2 og en påstand 3.

Indklagede har nedlagt følgende påstande:

Principal: Afvisning

Subsidiært: Klagen tages ikke til følge.

Klageren har over for indklagedes principale påstand om afvisning nedlagt påstand om, at klagen fremmes.

Klagenævnet har den 10. februar 2009 besluttet at udskille indklagedes principale påstand om afvisning til særskilt behandling, og Klagenævnet har endvidere den 17. april 2009 besluttet at behandle dette spørgsmål på skriftligt grundlag.

Skrivelsen af 10. august 2007, hvorved indklagedes tekniske rådgiver indhentede underhåndsbud fra de 3 virksomheder, indeholdt bl.a. følgende:

»Udbudsbrev

Vedrørende tagudskiftning samt om- og tilbygning Betaniahjemmet, Hjarnøgade 3-5, 8000 Århus C.

På vegne af bygherren, Betaniahjemmet ved formanden Niels Marqversen, fremsender vi hermed udbudsmateriale i henhold til vores telefoniske aftale og beder dem afgive tilbud på tagudskiftning samt om- og tilbygning på Betaniahjemmet Hjarnøgade 3-5.

.....

Tildelingskriterium:

Opgaven udbydes i underhåndsbud og kontakten bliver tildelt på baggrund af det laveste tilbud. Bygherren forbeholder sig ret til at forkaste alle tilbud.

.....«

I indklagedes tilbudsliste, der var vedlagt skrivelsen af 10. august 2007, var der på side 1 anført følgende:

»Tilbudet er afgivet til fast pris og tid i henhold til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren af 1. september 2005.«

Klagerens anbringender vedrørende påstanden om afvisning:

Klageren har ikke i relation til indklagedes principale påstand om afvisning gjort gældende, at indklagede, der er en erhvervsdrivende fond, er omfattet af Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 1, og at indklagedes indhentning af underhåndsbud allerede som følge heraf er omfattet af Tilbudslovens kapitel 4.

Klageren har i første række gjort gældende, at indklagede er omfattet af Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2, idet det pågældende bygge- og anlægsarbejde modtager offentlig støtte, herunder garantier, og at indklagede derfor kun kan indhente underhåndsbud under overholdelse af reglerne i Tilbudslovens afsnit 4.

Klageren har for det tilfælde, at Klagenævnet ikke anser det pågældende bygge- og anlægsarbejde for omfattet af Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2, i anden række gjort gældende, at indklagede i forbindelse med iværksættelsen af sin indhentning af underhåndsbud klart har tilkendegivet, at Tilbudsloven vil blive anvendt som grundlag for tildeling af ordren om det pågældende bygge- og anlægsarbejde, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 4, og at reglerne derfor finder anvendelse.

Klageren har nærmere anført, at det materiale, som danner grundlag for indklagedes indhentning af tilbud, alene består af indklagedes skrivelse af 10. august 2007 på én A-4 side, af diverse tegninger samt af en tilbudsliste på 9 sider, hvortil kommer et rettelsesblad nr. 1 af 22. august 2007, at tilbudslistens side 1 indeholder følgende tekst: »Tilbudet afgives til fast pris og tid i henhold til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren af 1. september 2005.«, at indklagede herved har tilkendegivet, at Tilbudslovens kapitel 4 finder anvendelse på indhentningen af underhåndsbud, der

således skal gennemføres i overensstemmelse med disse regler, samt at dette indebærer, at Klagenævnet er kompetent til at behandle klagen, jf. Tilbudslovens § 16.

Klageren har yderligere anført, at indklagedes tekniske rådgiver Søren Jensen Rådgivende Ingeniørfirma A/S i en skrivelse af 19. december 2007 over for indklagede har tilkendegivet, at indklagede frit kan forhandle med andre håndværkere, »da de oprindelige projekt viste sig ikke at være gennemførligt«, og at denne udtalelse ikke har mening, hvis indklagede og indklagedes rådgiver havde været af den opfattelse, at indklagedes indhentning af tilbud ikke var omfattet af Tilbudslovens kapitel 4.

Indklagedes anbringender vedrørende påstanden om afvisning:

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes indhentning af underhåndsbud i forbindelse med den påtænkte tagudskiftning og om- og tilbygning på foreningens ejendom Bethaniahjemmet ikke er omfattet af Tilbudslovens kapitel 4, at Klagenævnet derfor ikke er kompetent til at behandle klagen, jf. Tilbudslovens § 16, og at Klagenævnet derfor skal afvise klagen.

Indklagede har for det første gjort gældende, at det pågældende bygge- og anlægsarbejde ikke modtager offentlig støtte herunder garantier fra Århus Kommune eller fra andre offentlige myndigheder, og at bygge- og anlægsarbejdet derfor ikke er omfattet af Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2.

Indklagede har for det andet gjort gældende, at indklagede ikke i dokumenterne udsendt til de 4 virksomheder i forbindelse med indhentningen af underhåndsbud klart har tilkendegivet, at Tilbudslovens kapitel 4 vil blive anvendt som grundlag for tildeling af ordren om det pågældende bygge- og anlægsarbejde, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 4, og at disse regler derfor ikke skal anvendes på den skete indhentelse af underhåndsbud.

Indklagede har nærmere anført, at indklagede ikke har tilsigtet, at reglerne i Tilbudslovens kapitel 4 – uanset at indklagede ikke er omfattet af Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 1, og at det pågældende bygge- og anlægsarbejde ikke er omfattet af Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2, – alligevel skulle finde anvendelse. At den påberåbte passus på tilbudsblankettens side 1 »Tilbudet er afgivet til fast pris og tid i henhold til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren af 1. september 2005« er medtaget, skyldes en klar og

uforståelig fejl begået af en medarbejder hos indklagedes tekniske rådgiver, og denne passus er efter sit indhold meningsløs, bl.a. fordi der ikke findes nogen »lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren« af »1. september 2005«, og fordi den gældende lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, som ændret ved lov nr. 572 af 6. juni 2007, ikke indeholder bestemmelser om »fast pris og tid«.

Indklagede har for det tilfælde, at Klagenevnet antager, at indklagede over for tilbudsgiverne har tilkendegivet, at »loven eller nærmere angivne regler heri« vil blive anvendt som grundlag for tildeling af ordren, gjort gældende, at dette kun delvis gælder reglen om anvendelse af tildelingskriteriet »laveste pris«, jf. Tilbudslovens § 12, stk. 5, jf. § 8, stk. 1, idet indklagede udtrykkeligt samtidig i skrivelsen til virksomhederne fastsatte, at indklagede »forbeholder sig ret til at forkaste alle tilbud«, med hvilken formulering indklagede har tilsigtet at fastsætte, at indklagede nok ville vurdere tilbudene efter tildelingskriteriet »laveste pris«, men at indklagede ikke ved den gennemførte indhentning af underhåndsbud ville være forpligtet til at indgå kontrakt, men under alle omstændigheder ville være frit stillet til at undlade at indgå kontrakt.

Klagenevnet udtaler:

På grundlag af oplysningerne om indklagedes samarbejde med Århus Kommune i tiden siden 1999 har Klagenevnet konstateret, at indklagede ikke ved indhentningen af underhåndsbud den 10. august 2007 var omfattet af Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 1.

Efter oplysningerne om det byggeri, som indklagede den 10. august 2007 indhentede underhåndsbud på fra de udvalgte virksomheder, drejer det sig ikke om et byggeri, som modtager offentlig støtte eller er omfattet af garantier fra Århus Kommune, og det påtænkte byggeri var derfor ikke omfattet af Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2.

Den omstændighed, at Århus Kommune i forbindelse med afviklingen af det kontraktsretlige samarbejde med indklagede, som havde fungeret siden 1966, i afviklingsaftalen af 29. maj 2006 over for indklagede forpligtede sig til at dække indklagedes udgifter til renovering af indklagedes ejendom med et beløb på op til 1.400.000 kr., indebærer ikke, at Århus Kommune har

ydet »offentlig støtte til byggeriet« som anført i Tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2. Århus Kommunes betaling af det pågældende beløb til indklagede er ikke et offentligt tilskud, men derimod en ydelse, som Århus Kommune har betalt i henhold til en driftskontrakt mellem kommunen og indklagede, og det pågældende beløb har skullet kompensere indklagede økonomisk for, at Århus Kommune i en næsten 10-årig periode, hvor der var tvivl om det fremtidige samarbejde mellem parterne, undlod at opfylde visse af de økonomiske forpligtelser, der efter driftsoverenskomsten påhvilede kommunen.

Afsnittet i indklagedes skrivelse af 10. august 2007 til de 4 udvalgte virksomheder »Tilbudet er afgivet til fast pris og tid i henhold til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren af 1. september 2005.« er efter sit indhold meningsløs og fremtræder som resultat af en uprofessionel sagsbehandling hos indklagedes tekniske rådgiver. Det følger af det anførte, at indklagede ikke ved den anførte formulering i forbindelse med indhentningen af underhåndsbuddene som krævet i Tilbudsloven klart har tilkendegivet, at loven eller nærmere angivne regler heri vil blive anvendt som grundlag for tildeling af den aktuelle ordre, jf. Tilbudslovens § 1, stk. 4. Tilbudsloven finder derfor hverken i sin helhed eller for enkelte bestemmelsers vedkommende anvendelse på indklagedes indhentelse af underhåndsbud.

Det følger af det anførte, at den pågældende indhentning af underhåndsbud ikke var omfattet af Tilbudsloven, og klagen er derfor ikke omfattet af Klagenævnets kompetence, jf. Tilbudslovens § 16. Klagenævnet afviser derfor klagen.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen
fuldmægtig