

K E N D E L S E

Helsingør Kommune
(selv)

mod

Ejendomsselskabet Stengade 56 ApS
(advokat Anders Drachmann, Helsingør)

Den 14. juni 2001 søgte indklagede, Ejendomsselskabet Stengade 56 ApS, hos klageren Helsingør Kommune, om byfornyelsesstøtte vedrørende ejendommen beliggende Stengade 56, Helsingør. Der blev derefter forhandlet nærmere derom mellem klageren og indklagede.

Klageren vedtog den 3. december 2001 i medfør af den dagældende lovbekendtgørelse nr. 135 af 1. marts 2001 om byfornyelse at yde offentlig støtte til ombygning af ejendommen beliggende Stengade 56, Helsingør, hvilket blev meddelt indklagede ved brev af 21. december 2001. I klagerens tilsagn stilledes en række vilkår herunder, at der skulle afholdes licitation over arbejdet, og at licitationsmaterialet skulle fremsendes til klagerens Tekniske Forvaltning til gennemgang inden licitationen. Kravet om afholdelse af licitation er stillet i byfornyelsesloven.

Indklagede valgte på denne baggrund i henhold til Tilbudsloven at gennemføre en begrænset licitation, hvori deltog tre virksomheder, herunder Byggefirmaet Kronborg ApS, med hvem indklagede på baggrund af licitationen valgte at indgå kontrakt. Kontrakt mellem indklagede og Byggefirmaet Kronborg ApS blev som følge af denne klagesag ikke indgået.

Den 20. august 2002 indgav klageren, Helsingør Kommune, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Ejendomsselskabet Stengade 56 ApS. Klagen har været behandlet på et møde den 26. september 2003.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven og med §§ 4 og 5 i den dagældende Tilbudsbekendtgørelse (bygge- og anlæg) (bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001) ved, efter at klageren havde meddelt kommunal støtte til byfornyelse af ejendommen Stengade 56, Helsingør, på baggrund af den afholdte licitation at have besluttet at indgå kontrakt med Byggefirmaet Kronborg ApS, uagtet Baagøe Invest ApS og Henrik Mowitz personligt hver ejer 50 % af anparterne i henholdsvis indklagede og Byggefirmaet Kronborg ApS.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning på grundlag af den oprindelige licitation at indgå kontrakt med Byggefirmaet Kronborg ApS.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen afvises, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Det er under sagens behandling ved Klagenævnet oplyst, at Henrik Mowitz personligt ejer halvdelen af anparterne i såvel indklagede og Byggefirmaet Kronborg ApS, samt at den anden halvdel af anparterne i disse to selskaber ejes af Baagøe Invest ApS, som ejes 100 % af Ove Baagøe personligt. Der er mellem indklagede og klageren enighed om, at denne konstruktion ikke er omfattet af ordlyden i §§ 4 - 5 i bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001, som var gældende for den afholdte licitation. Der er endvidere enighed mellem parterne om, at der i tilsvarende tidligere sager, hvor klageren har godkendt licitationer vedrørende byfornyelsessager, har været person-sammenfald mellem ordregiver og lavestbydende. Klageren har dog fastholdt ikke at have været bekendt hermed ved godkendelsen.

Efter at der var gennemført licitationen i sagen, og efter at licitationen var godkendt af klageren, men inden der blev indgået kontrakt mellem indklagede og Byggefirmaet Kronborg ApS, der var lavestbydende under licitati-

onen, opstod der en del skriverier i lokalpressen om personsammenfald mellem disse to selskaber. Dette foranledigede klageren til at undersøge forholdene nærmere. Da klageren ved brev af 3. april 2002 fra indklagede var blevet orienteret om ejerforholdene i indklagede og Byggefirmaet Kronborg ApS, anmodede klageren den 4. april 2002 telefonisk indklagede om foreløbigt ikke at indgå kontrakt på baggrund af licitationen, før det var afklaret, om konstruktionen i indklagede og Byggefirmaet Kronborg ApS var lovlig. Denne anmodning blev fulgt af indklagede.

I forlængelse heraf forespurgte indklagede, om klageren af hensyn til at undgå yderligere lejetab ved, at ejendommen Stengade 56 stod tom, var indforstået med, at der blev gennemført en ny licitation. Klageren accepterede dette på betingelse af, at dette ikke ville hindre klageren i at få sagen behandlet i Klagenævnet. En ny licitation er gennemført, den lavestbydende er udpeget, og endelig indgåelse af aftale afventer blot godkendelse i byrådet hos klageren.

I forbindelse med undersøgelsen af, om konstruktionen i indklagede og Byggefirmaet Kronborg ApS var i overensstemmelse med reglerne i Tilbudsloven, forelagde klageren sagen for Økonomi- og Erhvervsministeriet. Endvidere blev økonomi- og erhvervsministeren på baggrund af skriverierne i lokalpressen af et medlem af Folketinget stillet et spørgsmål om sagen (spørgsmål nr. S 1518 af 26. marts 2002). Ministeren udtalte i sit svar blandt andet følgende:

»Jeg kan oplyse, at forbudet mod at byde på eget arbejde også gælder for virksomheder med indbyrdes forbindelse enten ved, at den ene virksomhed ejer mere end 20 pct. af den anden virksomhed eller ved, at virksomhederne har fælles forbindelse i form af bestemmende indflydelse fra eller til en fond, et holding-selskab eller et andet selskab.

Konstruktionen i den konkrete sag er efter bestemmelsens ordlyd ikke i strid med disse regler. Det er dog på den anden side min opfattelse, at det ikke har været hensigten med udbudsreglerne, at der skal være et sådant personsammenfald bag det udbydende og det bydende selskab.«

Der er for Klagenævnet afgivet forklaring af Henrik Mowitz, direktør i indklagede, Ove Baagøe, direktør i indklagede og eneejer i Baagøe Invest ApS samt arkitekt Hannes Stephensen.

Ove Baagøe har blandt andet forklaret, at Byggefirmaet Kronborg ApS til opgaven på Stengade 56 skulle antage underleverandører, som havde afgivet tilbud på opgaven. Ingen af disse underleverandører var ejet af ham selv eller Henrik Mowitz, og ingen af dem havde direkte eller indirekte interesse i sagen.

Hannes Stephensen har forklaret, at han har medvirket for indklagede under sagen. Personsammenfaldet mellem indklagede og Byggefirmaet Kronborg ApS blev efter hans opfattelse lagt helt åbent frem for klageren, der fremstod som om, de havde accepteret dette.

Parternes anbringender

Ad indklagedes påstand om afvisning

Klageren har gjort gældende, at klageren er stærkt økonomisk involveret i projektet, navnlig som garatistiller for værdiforøgende lån, og dermed har retlig interesse i at få sagen prøvet ved Klagenævnet, som efter § 6, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud har hjemmel til at annullere ulovlige beslutninger. Klagenævnet skal derfor annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Byggefirmaet Kronborg ApS, idet det ikke ændrer ved Klagenævnets kompetence, at annullationsmuligheden på grund af sagens konkrete omstændigheder ikke får praktisk betydning, idet der ellers vil blive åbnet for omgåelse, således at ordregiveren blot kan vente til efter en eventuel afgørelse fra Klagenævnet, før der indgås kontrakt med en tilbudsgiver. Det var således også først efter nøje overvejelser, at klageren ud fra tabsbegrænsningsovervejelser gik med til, at der afholdtes ny licitation, men under forudsætning af, at sagen kunne fortsætte ved Klagenævnet. Det er uden betydning for annullationsmuligheden, at klageren har godkendt de oprindelige licitationsbetingelser, idet klageren alene har pligt til at godkende selve licitationsbetingelsernes overensstemmelse med lovgivningen, samt til efterfølgende at kontrollere, at lovgivningen og bevillingen er blevet overholdt., hvorimod en kommune efter fast praksis ikke har ansvar for at godkende de tilbudsgivere, der deltager i licitationen. Først efter at denne sag er opstået, er klageren begyndt at kræve oplysninger om personsammenfald mellem ordregiveren og lavestbydende ved licitationer i byfornyelsessager.

Indklagede har principalt gjort gældende, at klageren som et offentligt organ skal forvalte efter legalitetsprincippet. Klageren stiller i dag krav til og undersøger personsammenfald ved licitationer i forbindelse med byfornyelsessager, hvilket næppe kan gøres uden hjemmel dertil. Klageren har til enhver tid haft mulighed for at undersøge ejerforholdene i såvel indklagede som i de bydende selskaber. Klageren har i tidligere sager ikke haft indvendinger mod konstruktioner med tilsvarende personsammenfald, som i denne sag. Da klageren således må have godkendt Byggefirmaet Kronborg ApS som tilbudsgiver i denne sag, skal Klagenævnet afvise sagen. Klageren har subsidiært gjort gældende, at Tilbudsloven ifølge § 1 alene gælder for indhentning af tilbud mv. og for tildeling af ordren, således at loven i denne sag, i hvilken der ikke er tildelt ordre, men alene indhentet tilbud, ikke finder anvendelse. Da acceptfristen i forhold til lavestbydende under licitationen er udløbet, vil det ikke have aktuel interesse at få sagen prøvet i Klagenævnet. Sagen skal derfor afvises.

Ad påstand 1

Klageren har erkendt, at det efterfølgende har vist sig, at der i en række tidligere sager om licitationer ved byfornyelse, som klageren har godkendt, har været et personsammenfald mellem ordregiver og lavestbydende på direktion - og/eller bestyrelsesniveau, men, klageren var ikke ved godkendelsen bekendt dermed. Klageren har gjort gældende, at klagerens tidligere ekspeditionsform ikke har betydning for, om licitationen i denne sag er i overensstemmelse med reglerne, men alene er et tilsynsspørgsmål. Klageren har gjort gældende, at selvom konstruktionen i indklagede og Byggefirmaet Kronborg ApS ikke er omfattet af ordlyden i §§ 4 - 5 i bekendtgørelse nr. 758 af 24. august 2001, må det ud fra en omgængelsesbetragtning være i strid med disse bestemmelser. På trods af, at udgangspunktet i selskabsretten er, at de bagvedliggende ejerforhold ikke har betydning, bør det indgå i vurderingen, at ordregivere med den valgte konstruktionen, der minder om identifikation, kan omgå bestemmelsen i Tilbudsbekendtgørelsens § 4 om forbud mod at afgive tilbud på eget arbejde. Dette stemmer også med økonomi- og erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål nr. S 1518 af 26. marts 2002. Klageren har endvidere gjort gældende, at når der er et sådant personsammenfald mellem en ordregiver og en tilbudsgiver, som i den foreliggende sag, vil denne tilbudsgiver altid pr. definition have fuldstændig indsigt i ordregiverens forhold, herunder i forhold, der ikke fremgår af licitationsbetingelser. Derved vil denne tilbudsgiver i sammen-

ligning med de øvrige tilbudsgivere besidde en særlig viden ved afgivningen af tilbud, hvilket er i strid med Tilbudslovens § 5, stk. 1, om ordregivers pligt til at sikre tilstrækkelig konkurrence, og med det licitationsretlige ligebehandlingsprincip, som udtrykt i Tilbudslovens § 6, stk. 1. Den tilfældige omstændighed, at der ved den oprindelige licitation i denne sag ikke var forbehold hos nogen af tilbudsgiverne eller andre forhold, som gjorde det nødvendigt for indklagede at foretage et skøn, skal ikke føre til, at konstruktionen ikke er i strid med reglerne. Det afgørende er, om der konkret kunne antages at være risiko for inhabilitet hos indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at der intet er i den konkrete sag, som tyder på, at indklagede har haft til hensigt at omgå reglerne i Tilbudsloven eller Tilbudsbekendtgørelsen. Indklagede har fulgt disse regler fuldt ud efter deres ordlyd, hvilket også bekræftes ved økonomi- og erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål nr. S 1518 af 26. marts 2002 stillet af et medlem af Folketinget. At hensigten med reglerne muligvis har været noget andet, er derfor ikke relevant for sagens afgørelse. Indklagede har endvidere gjort gældende, at hvis det var hensigten med reglerne, at der aldrig kunne være et personsammenfald, ville bestemmelserne i den dagældende bekendtgørelses §§ 4 - 5 være blevet omformuleret i forbindelse med revisionen af reglerne, hvilket ikke er sket. Af hensyn til indklagedes retssikkerhed og mulighed for at forudse, hvad der er gældende ret, skal Klagenævnet ikke fortolke §§ 4 - 5 udvidende, i overensstemmelse med ministerens udtalelse, men derimod anvende bestemmelser efter deres ordlyd, ikke mindst da der er tale om bestemmelser, som pålægger borgerne begrænsninger. Indklagede har endeligt gjort gældende, at inhabilitet konkret ikke var på tale, da der ved det oprindelige tilbud ikke var forbehold, og der alene blev konkurreret på prisen. Klageren har hele tiden vidst eller burdet vide, at der var et personsammenfald, således som det også har været tilfældet i en lang række tidligere sager hos klageren i forbindelse med licitationer vedrørende byfornyelsesprojekter.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at da indklagede har begået en alvorlig overtrædelse af reglerne i Tilbudsloven og Tilbudsbekendtgørelsen, skal indklagedes beslutning om på baggrund af den oprindelige licitation at indgå kontrakt med Byggefirmaet Kronborg ApS annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at da der på baggrund af den oprindelige licitation, hvor Byggefirmaet Kronborg ApS var lavestbydende, på grund af sagens omstændigheder aldrig er indgået kontrakt, og indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Byggefirmaet Kronborg ApS således aldrig er ført ud i livet, savner det mening, at Klagenævnet skal annullere denne beslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad indklagedes påstand om afvisning

Klagerens dispositioner i forbindelse med tidligere licitationer er uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt Klagenævnet er kompetent til at behandle denne klage. Ved klagens indgivelse havde klageren retlig interesse i at opnå Klagenævnets stillingtagen til de rejste spørgsmål. Da Klagenævnet er kompetent til at behandle klager vedrørende overtrædelser af Tilbudsloven, uanset kontrakt måtte være indgået eller ej, afviser Klagenævnet ikke sagen.

Ad påstand 1

Med det i denne sag foreliggende personsammenfald mellem ordregiveren, indklagede og tilbudsgiveren Byggefirmaet Kronborg ApS, vil denne tilbudsgiver altid besidde en særlig viden om ordregiverens forhold og behov, som ikke fremgår af licitationsbetingelserne. Derved vil denne tilbudsgiver besidde en konkurrencemæssig fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere, som deltager i licitationen. Klagenævnet finder, at det - med den i sagen valgte konstruktion mellem indklagede og Byggefirmaet Kronborg ApS - er i strid med ligebehandlingsprincippet i Tilbudslovens § 6, stk. 1, at indklagede ikke under licitationen afviste tilbudet fra Byggefirmaet Kronborg ApS og, at indklagede på baggrund heraf valgte at indgå kontrakt med Byggefirmaet Kronborg ApS.

Ad påstand 2

Da der er tale om en alvorlig overtrædelse af et grundlæggende princip i Tilbudsloven om ligestilling af tilbudsgivere, annulleres indklagedes

beslutning om på baggrund den oprindelige licitation at indgå kontrakt med Byggefirmaet Kronborg ApS.

Herefter bestemmes:

Sagen afvises ikke.

Indklagede, Ejendomsselskabet Stengade 56 ApS, har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved, efter at klageren, Helsingør Kommune, havde meddelt kommunal støtte til byfornyelse af ejendommen Stengade 56, Helsingør, på baggrund af den afholdte licitation, at have besluttet at indgå kontrakt med Byggefirmaet Kronborg ApS, uagtet Baagøe Invest ApS og Henrik Mowitz personligt hver ejede 50 % af anparterne i henholdsvis indklagede og Byggefirmaet Kronborg ApS.

Indklagedes beslutning om på baggrund af den oprindelige licitation at indgå kontrakt med Byggefirmaet Kronborg ApS annulleres.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales.

A.F. Wehner

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig