

Østre Landsrets dom af 19. maj 2009 i sag 8. afd. a.s. B-1591-08, MT Højgaard A/S mod Fonden for Frederiksborg Centret

En udbyder, der havde indgået kontrakt om et bygge- og anlægsarbejde uden forinden at gennemføre et EU-udbud, var ikke erstatningsansvarlig over for en forbigået tilbudsgiver i anledning af, der ikke var gennemført EU-udbud. Tilbudsgiveren tillagt erstatning til dækning af negativ kontrakt-sinteresse som følge af udbyderens overtrædelse af ligebehandlingsprincippet under den tilbudsindhentning, som udbyderen havde valgt at gennemføre. Angår samme sag som Klagenævnets kendelser af 3. oktober 2006 og 21. februar 2007

Ved denne dom har Østre Landsret taget stilling til Klagenævnets kendelser af 3. oktober 2006 og 21. februar 2007 samt til forskellige erstatningsspørgsmål, som ikke har været behandlet af Klagenævnet.

Ved Klagenævnets kendelse af 3. oktober 2006 fastslog Klagenævnet, at Fonden for Frederiksborg Centret havde handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved uden forinden at gennemføre EU-udbud at beslutte at indgå en kontrakt med en virksomhed A om udvidelse af en hal, uagtet der forinden skulle have været gennemført et EU-udbud. Fonden havde den fejlagtige opfattelse, at fonden ikke var omfattet af Bygge- og anlægsdirektivet, og fonden iværksatte alene en tilbudsindhentning, hvorunder fonden modtog 3 tilbud. Klagen blev indgivet af de 2 andre tilbudsgivere B og C.

Ved Klagenævnets kendelse af 21. februar 2007 tog Klagenævnet stilling til erstatningspåstande fra B og C, der ønskede at få deres tab ved forgæves afholdte udgifter til afgivelse af tilbud dækket (negativ kontraktsinteresse). Klagenævnet fastslog, at fonden ved den konstaterede overtrædelse af Bygge- og anlægsdirektivet havde handlet ansvarspådragende over for de 2 tilbudsgivere, men Klagenævnet konstaterede herefter, at overtrædelsen ikke havde påført B og C noget tab, da B og C var professionelle entreprenørfirmaer med ekspertise på udbudsområdet, og da B og C, da de afgav tilbud, fuldt ud var bekendt med, at tilbudsindhentningen ikke var iværksat efter reglerne i Bygge- og Anlægsdirektivet, men desuagtet alligevel valgte at afgive tilbud. Fonden blev derfor frifundet.

B anlagde sag mod fonden ved Retten i Hillerød, hvis dom af 26. maj 2008 af B blev indbragt for Østre Landsret. For landsretten nedlagde B påstand om, at fonden skulle dømmes til at betale B 2,7 mio. kr. (beregnet som erstatning for positiv opfyldelsesinteresse), subsidiært et mindre beløb (eventuelt alene erstatning beregnet som negativ kontraktsinteresse). Under sagen for landsretten var der enighed mellem parterne om, at fonden som fastslået af Klagenævnet ved kendelsen af 3. oktober 2006 havde handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved ikke at gennemføre EU-udbud, og landsretten tiltrådte Klagenævnets afgørelse i kendelsen af 21. februar 2007 om, at fonden som følge heraf var erstatningsansvarlig over for B. Landsretten tiltrådte endvidere Klagenævnets afgørelse om, at der imidlertid ikke var grundlag for at pålægge fonden at betale erstatning til B, idet landsretten udtalte: »Landsretten finder...ikke, at [B] alene som følge af den manglende overholdelse af EU-reglerne er berettiget til erstatning«.

B påberåbte sig herudover for landsretten til støtte for sin påstand om erstatning, at forskellige andre forhold i forbindelse med fondens indhentning

af tilbud var erstatningspådragende for fonden. B gjorde bl.a. gældende, at fonden var erstatningsansvarlig på grund af overtrædelse af Markedsføringsloven (som ikke er omfattet af Klagenævnets kompetence), og at fonden var erstatningsansvarlig på grund af forskellige overtrædelser af den dagældende »Tilbudslov«, nemlig lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentelse af tilbud i bygge- og anlægssektoren, og den dagældende »Tilbudsbekendtgørelse«, nemlig bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 om indhentelse af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

Ved dommen fastslog landsretten, at fonden ved gennemførelsen af indhentningen af tilbud havde overtrådt »reglerne i tilbudsloven og tilbudsbekendtgørelsen«, og – forudsætningsvis – at disse overtrædelser indebar et erstatningsansvar for fonden. Landsretten konstaterede herefter, at det ikke var godtgjort, at B ville have fået kontrakten, hvis tilbudsindhentningen var gennemført »i overensstemmelse med tilbudslovgivningen«, og at der således ikke var grundlag for at fastsætte en erstatning som positiv opfyldelsesinteresse. Landsretten konstaterede afsluttende, at fonden havde »tilsidesat sin forpligtelse til at behandle de bydende lige på en sådan måde, at den direkte har skadet [B's] muligheder for at få kontrakten og samtidig tilgodeset [A]«, og fonden blev dømt til at friholde B for B's udgifter til at deltage i udbuddet (negativ kontraktsinteresse). Erstatningen blev fastsat til 300.000 kr.

Landsretten fandt i overensstemmelse med byretten ikke grundlag for at tillægge B et beløb i henhold til Markedsføringsloven.