

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Erik Haldbæk, Knud Erik Busk)

J.nr.: 03-222.127/

2005-0002353

4. juli 2005

K E N D E L S E

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

mod

Kulturministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Kurt Bardeleben)

Den 22. marts 2004 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne påstand 1 - 2 og spørgsmål 5 og 6. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstande om erstatning påstand 3 og 4, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 24. juni 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 3

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

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

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

Indklagede har nedlagt følgende påstande:

Principal: Frifindelse.

Subsidiært:

Indklagede tilpligtes at betale et beløb mindre end 255.358,75 kr. med procesrente fra den 7. oktober 2003.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 3 således:

Prisen ifølge klagerens tilbud af 27. maj 2002	6.731.810 kr.
Fradrag vedrørende besparelser	<u>-1.446.308 kr.</u>
Entreprisenum	5.285.502 kr.
Fradrag for vareforbrug og direkte lønudgifter ved udførelse af entreprisenum	<u>-3.493.717 kr.</u>
Tabt dækningsbidrag	1.791.785 kr.

Klageren har opgjort sit krav i den subsidiære påstand 4 således:

a. Ingeniørtimer 179 timer á 578 kr.	103.462,00 kr.
b. Ingeniørtimer 167 timer á 565 kr.	94.355,00 kr.
c. Mdf plader	495,00 kr.
d. Spångipsplader	250,00 kr.
e. Stålregler	4.225,00 kr.
f. Smedebeslag	<u>1.500,00 kr.</u>
	204.287,00 kr.
Moms	<u>51.071,75 kr.</u>
	255.358,75 kr.

Klageren har oplyst, at udgifterne a - f vedrører perioden august 2002 – 17. januar 2003.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 22. marts 2004 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under licitationen har overtrådt Tilbudsloven således:

Spørgsmål 5

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, Udstillingsinventarentreprise-

sen«, også var omfattet af indklagedes entrepriser, uagtet det ikke var indklagede, men Dansk Jødisk Museum der skulle have denne entreprise udført.

Spørgsmål 6

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.

Snedkermester Gert Gylling, der er direktør i J.A. Mortensen Inventar og Bygning A/S og hovedaktionær i selskabet, har forklaret, at hans virksomhed har arbejdet for Kulturministeriet siden 1969, og at virksomheden primært arbejder for det offentlige. Da han modtog skrivelsen af 30. november 2001 vedlagt licitationsbetingelserne gennemgik han materialet grundigt, og han var på grundlag af materialet ikke i tvivl om, at det var Kulturministeriet, der var bygherre vedrørende alle entrepriserne, og at det derfor var Kulturministeriet, der nu gennemførte licitationerne vedrørende de første entrepriser, og som senere ville gennemføre licitationen vedrørende entreprise H. Da der var tale om offentligt byggeri m.v., var der ikke spørgsmål om sikkerhedsstillelse. Hvis han havde vidst, at der vedrørende entreprise H var tale om et privat byggeri, ville han som en selvfølge have krævet sikkerhedsstillelse for et beløb svarende til ca. 3 måneders arbejde. Alle entrepriserne blev på et tidspunkt standset på grund af økonomien, men på et væsentlig senere tidspunkt blev de sat i gang igen. Der var heller ikke i den forbindelse tale om, at entreprise H ikke også var Kulturministeriets entreprise. Da han modtog skrivelsen af 1. maj 2002 fra Fogh og Følner Arkitektfirma A/S, var der intet, der antydede, at det ikke som anført i skrivelsen af 30. november 2001 og i de tidligere udsendte fælles licitationsbetingelser var Kulturministeriet, der var bygherre også vedrørende den sidste entreprise H. Der var ikke vedlagt ny standardbetingelser, så han måtte gå ud fra, at han kunne henholde sig til de standardbetingelser, der var udsendt i første omgang. Når det var anført, at arkitektfirmaet rettede henvendelsen til klageren på »Dansk Jødisk Museum«'s vegne, svarer det helt til, at der ved offentlige entrepriser ofte ikke anføres ministeriet som bygherre, men derimod den institution under det pågældende ministerium, som skal anvende den pågældende ydelse. Havde han vidst, at det ikke var Kulturministeriet, der var bygherre, havde han nok slet ikke afgivet tilbud. Efter at have afgivet tilbudet på entreprise H, deltog han i 10-20 møder om entreprisen, og

ingen af deltagerne på disse møder nævnedes på noget tidspunkt, at det var »en selvejende institution«, der skulle have entreprisen udført. Da han modtog skrivelsen af 17. januar 2003, var der udført en meget stor del af det forberedende arbejde. Virksomheden havde på baggrund af, at klagerens tilbud var tilbudet med den laveste pris, og på baggrund af forløbet af de mange møder reserveret virksomhedens kapacitet de følgende måneder til dette projekt, og da han modtog skrivelsen af 17. januar 2003, var det ikke praktisk muligt at skaffe andre arbejder i disse måneder, og virksomheden havde derfor en periode uden arbejder. Annullationen af licitation H medførte et betydeligt tab for klageren.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de overtrædelser af Tilbudsloven, som anført i spørgsmål 5 og 6, har handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Klageren har nærmere anført, at klageren afgav tilbud på entreprise H i tillid til oplysningerne i licitationsbetingelserne af 30. november 2001 om, at indklagede også var bygherre vedrørende entreprise H, at klageren vedrørende entreprise H afgav tilbudet med den laveste pris og derfor efter tildelingskriteriet skulle have tildelt kontrakten, at klageren herefter efter anmodning fra de tekniske rådgivere Fogh og Følner Arkitektfirma A/S og Daniel Libeskind Arcitectural Studio deltog i forhandlinger om en række besparelsesforslag vedrørende entreprise H, samt at klageren på denne baggrund indrettede sig på at skulle udføre entreprise H.

Indklagede har gjort gældende, at den pågældende overtrædelse af Tilbudsloven anført i spørgsmål 5 og 6 ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har nærmere anført, at klageren på tidspunktet for afgivelsen af tilbudet på entreprise H var blevet gjort opmærksom på, at det var den selvejende institution Dansk Jødisk Museum, der var bygherre vedrørende denne entreprise, idet det i skrivelsen af 1. maj 2002 fra Fogh og Følner Arkitektfirma A/S til klageren var anført, at Fogh og Følner Arkitektfirma A/S anmodede klageren om at afgive tilbud på entreprise H »På vegne af Dansk Jødisk Museum«, samt at »Dansk Jødisk Museum« i udbudsbetingelserne – nemlig i »Fælles betingelser FB« afsnit 1.1.- udtrykkeligt blev anført som »den selvejende institution Dansk Jødisk Museum«.

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende den principale påstand 3 gjort gældende, at indklagedes erstatningspådragende adfærd har påført klageren et tab, som skal beregnes efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse, således at klageren stilles, som om klageren havde fået kontrakten og havde gennemført arbejdet vedrørende entreprise H.

Klageren har vedrørende den subsidiære påstand 4 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab vedrørende de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under licitationen afgav tilbud, og at klageren således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

Klagenævnet udtaler:Ad erstatningsgrundlaget:Ad spørgsmål 5:

Klagenævnet skal under denne sag alene tage stilling til, om indklagede i forbindelse med de konstaterede overtrædelser af Tilbudsloven og gennemsigtighedsprincippet som beskrevet i spørgsmål 5 og 6 har handlet ansvarspådragende over for klageren. Det bemærkes i den forbindelse, at indklagede hæfter for de fejl, som indklagedes tekniske rådgiver, Fogh og Følner Arkitektfirma A/S, har begået som teknisk rådgiver for indklagede.

Klagenævnet skal derimod ikke under denne sag tage stilling til, om den private bygherre vedrørende »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen«, nemlig den selvejende institution Dansk Jødisk Museum som bygherre er erstatningsansvarlig over for klageren. Det bemærkes i den forbindelse, at Fogh og Følner Arkitektfirma A/S også var teknisk rådgiver for Dansk Jødisk Museum, der som bygherre hæfter for eventuelle fejl begået af den antagne tekniske rådgiver.

Klagenævnet har foretaget en vurdering af, om der er en sådan sammenhæng mellem indklagedes handlinger som bygherre vedrørende de øvrige 10 fagentrepriser og Dansk Jødisk Museums handlinger som bygherre vedrørende »Entreprise H, Udstillingsinventarentreprisen«, og herunder specielt om der er en sådan sammenhæng mellem Fogh og Følner Arkitektfirma A/S's rådgivning af henholdsvis indklagede og Dansk Jødisk Museum, at klagerens erstatningskrav mod Dansk Jødisk Museum skal behandles sammen med klagerens erstatningskrav mod indklagede – d.v.s. ved domstolene – med den følge, at Klagenævnet af den grund ikke er kompetent til at behandle klagerens erstatningskrav mod indklagede. Klagenævnet har dog vurderet, at der ikke foreligger en sådan sammenhæng mellem de to erstatningskrav, at Klagenævnet skal afvise klagerens erstatningskrav mod indklagede.

Det fremgår utvetydigt af skrivelsen af 30. november 2001 fra indklagedes tekniske rådgiver til klageren, at det er indklagede, der er bygherre også vedrørende entreprise H, og at det er indklagede, der ville iværksætte den senere licitation vedrørende entreprise H. Endvidere er i licitationsbetingelserne »Fælles betingelser FB« vedrørende samtlige 11 entrepriser udtrykkeligt anført »Bygherre : Kulturministeriet«. I »Fællesbetingelser FB« afsnit »1.2. Om projekt« omtales »den selvejende institution« »Dansk Jødisk Museum«, men denne juridiske person omtales alene som bruger af museumsbygningen, og ikke som bygherre. Indklagede har ved disse ukorrekte oplysninger handlet ansvarspådragende over for klageren.

I skrivelse af 1. maj 2002 fra indklagedes tekniske rådgiver er det derimod udtrykkeligt anført, at anmodningen til klageren om at afgive tilbud under den begrænsede licitation vedrørende entreprise H fremsættes »på vegne af Dansk Jødisk Museum«. Under hensyn til, at den tidligere skrivelse af 30. november 2001, hvor indklagede var anført som bygherre også vedrørende entreprise H, ikke indeholdt en anmodning om afgivelse af tilbud under en licitation vedrørende entreprise H, men alene var en anmodning om at afgive tilbud under licitationer vedrørende de andre entrepriser, og at anmodningen i skrivelsen af 1. maj 2002 om at afgive tilbud under den begrænsede licitation vedrørende entreprise H udtrykkeligt angiver »Dansk Jødisk Museum«, som bygherre, har klageren udvist egen skyld ved fortsat efter modtagelsen af skrivelsen af 1. maj 2002 uden videre at gå ud fra, at indklagede var bygherre også vedrørende entreprise H. Indklagede er således

alene erstatningsansvarlig for tab, som den begåede fejl har påført klageren i tiden indtil klagerens modtagelse af skrivelsen af 1. maj 2002.

Det tab, som klageren har gjort gældende i påstand 3, er forårsaget af, at bygherren vedrørende entreprise H den selvejende institution »Dansk Jødiske Museum« i stedet for at indgå kontrakt med klageren om entreprise H, valgte at annullere licitationen vedrørende entreprise H og indgå kontrakt med en anden virksomhed. Dette tab er imidlertid ikke forårsaget af den ansvarspådragende adfærd fra indklagedes side, som Klagenævnet har fastslået ad spørgsmål 5. Denne ansvarspådragende adfærd vedrører alene tiden inden den 1. maj 2002 og dermed ikke det tidsrum, inden for hvilket klageren besluttede at afgive tilbud på entreprise H og udarbejdede tilbud – nemlig perioden 1. – 27. maj 2002. Det følger heraf, at Klagenævnet ikke tager påstand 3 til følge vedrørende dette erstatningsgrundlag.

Da det tab, som påstand 4 omfatter, ikke vedrører perioden indtil 1. maj 2002, som indklagede er ansvarlig for, tager Klagenævnet heller ikke påstand 4 til følge vedrørende dette erstatningsgrundlag.

Ad spørgsmål 6

Indklagede hæfter som anført under spørgsmål 5 for de overtrædelser af Tilbudsloven m.v., som indklagedes tekniske rådgiver Fogh og Følner Arkitektfirma A/S har begået, og indklagede har ved den overtrædelse, der er konstateret i spørgsmål 5, efter de almindelige erstatningsregler handlet ansvarspådragende over for klageren. Da denne ansvarspådragende handling imidlertid efter det oplyste ikke har påført klageren noget tab, har klageren heller ikke krav på erstatning på grundlag af denne overtrædelse.

Klageren har udover ansvarsgrundlaget i spørgsmål 5 og 6 gjort gældende, at indklagede er erstatningsansvarlig over for klageren, fordi indklagede i en længere periode undlod at reagere over for det ukorrekte og upræcise indhold i Fogh og Følner Arkitektfirma A/S' skrivelser bl.a. til klageren til trods for, at indklagede løbende modtog genpart af korrespondancen vedrørende licitationerne – herunder også vedrørende licitationen vedrørende entreprise H. Dette erstatningsgrundlag vedrører imidlertid ikke en overtrædelse af Tilbudsloven, som Klagenævnet samtidig konstaterer, eller som Klagenævnet tidligere har konstateret. Da Klagenævnet kun er kompetent

til at tage stilling til erstatningskrav, der bygger på konstaterede overtrædelser af Tilbudsloven, er Klagenævnet afskåret fra at tage til stilling til dette anbringende.

Det følger af det anførte, at Klagenævnet tager indklagedes påstand om frifindelse til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Kulturministeriet, frifindes.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig