

K E N D E L S E

Bakkely A/S (tidligere K. Fl. Jacobsen A/S)
(advokat Erik Larsson, København)

mod

Menighedsrådet i Ølstykke Sogn
(advokat Rune Hamborg, København)

Den 14. januar 2005 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1-4 samt spørgsmål 6. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstand 5 om erstatning, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været forhandlet mundtligt den 27. september 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 5

Indklagede skal til klageren betale 1.024.776 kr. med procesrente fra den 28. april 2004.

Indklagede har påstået frifindelse.

Ad erstatningsberegningen:

Klageren har fremlagt beregninger, der dannede grundlag for det afgivne tilbud. Heraf fremgår, hvilke beløb klageren havde afsat til betaling af underentreprenører, eget arbejde, arbejds lønninger samt til avance (dæknings-

bidrag). Efter disse beregninger skulle dækningsbidraget have udgjort 1.024.846 kr., svarende til 24 %.

Under erstatningssagen er endvidere fremlagt en af klageren indhentet udtalelse af 11. maj 2004 fra Danske Anlægsgartnere. Heri anføres bl.a.:

»Vi har ingen opgørelse for så vidt angår dækningsbidragets størrelse blandt vore medlemsvirksomheder, og jeg har derfor været nødt til at tage direkte kontakt til et mindre antal virksomheder. De opgivne bidrags størrelser androg i snit 27 %. Virksomhederne var fordelt jævnt over hele landet og beskæftigede mellem 4 og 50 ansatte.«

Yderligere er fremlagt årsrapport 2003 for klageren, hvoraf bl.a. fremgår, at klageren havde en omsætning på ca. 23,8 mio. kr. samt et negativt resultat før finansielle poster på knap 3,4 mio. kr., svarende til et negativt dækningsbidrag på ca. 14,3 %. Også i 2002 havde klager et negativt resultat.

Der er under den mundtlige forhandling afgivet forklaringer af direktør K. Fl. Jacobsen og statsautoriseret revisor Preben Bang Mikkelsen.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 14. januar 2005 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt Tilbudsloven således:

Ad påstand 1:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, jf. § 6, stk. 1, ved at annullere licitationen som følge af, at tildelingskriteriet ikke i licitationsbetingelserne var fastsat som enten »det laveste bud« eller »det økonomisk mest fordelagtige bud«, uanset at dette ikke var sagligt begrundet.

Ad påstand 2:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, jf. § 6, stk. 1, ved at annullere licitationen som følge af, at det i licitationsbetingelserne var fastsat, at indklagede forbeholder sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud, uanset at dette ikke var sagligt begrundet.

Parternes anbringender:

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de af Klagenævnet for Udbud konstaterede overtrædelser af Tilbudsloven har handlet ansvarspådragende over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet laveste bud uden at få kontrakten.

Klageren har nærmere anført, at der består den fornødne årsagssammenhæng mellem indklagedes erstatningspådragende adfærd og klagerens tab, der er en påregnelig følge heraf.

Klageren har endvidere gjort gældende, at tabet som sket skal fastsættes svarende til klagerens mistede dækningsbidrag. Et sådant er efter det, der er oplyst, størrelsesmæssigt i overensstemmelse med, hvad der er sædvanligt i branchen. Klageren har i videst muligt omfang iagttaget sin tabsbegrænsningspligt. Det bestrides, at Klageren skulle have udvist egen skyld.

Indklagede har nærmere anført, at klageren skal bevise, at indklagede har handlet ansvarspådragende, samt at klageren har lidt et tab, der er forårsaget ved og er en påregnelig følge af det ansvarspådragende forhold. Det bestrides, at det fornødne bevis med hensyn til noget af disse punkter er ført.

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, ved at annullere den første licitation. Dette kan imidlertid ikke medføre, at indklagede skulle være erstatningsansvarlig, idet klageren ikke ville have haft mulighed for at gennemføre opgaven og derfor ikke ville have fået tildelt opgaven.

Klagenævnet har i kendelsen at 14. januar 2005 således fastslået blandt andet, at

».....de oplysninger om klagerens økonomiske og likviditetsmæssige problemer m.v., som indklagede efter den første, annullerede licitation blev bekendt med eller fik bekræftet, havde en sådan karakter, at oplysningerne – hvis de havde været kendt fra starten – ville have bevirket, at klageren ikke ville været blevet inviteret til at deltage i første licitation.«

Det må derfor lægges til grund, at klageren blev inviteret til at deltage i den første licitation på et åbenbart urigtigt grundlag, idet klageren havde fortiet væsentlige oplysninger om sin økonomi og likviditet.

Klageren er således allerede som følge af egen skyld afskåret fra at kræve erstatning for mistet fortjeneste.

Det bestrides, at der er godtgjort fornøden årsagssammenhæng mellem det af klageren påståede tab og indklagedes annullation af licitationen.

Det gøres i øvrigt gældende, at klageren, som det fremgår af den foran citerede årsrapport for 2003, ikke har dokumenteret at have lidt noget tab overhovedet.

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende påstand 5 gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med Tilbudsloven og derved udvist et erstatningsforpligtende forhold, med overvejende sandsynlighed ville have fået overdraget kontrakten, og at klageren derfor har krav på erstatning af den positive opfyldelsesinteresse.

Indklagede har vedrørende påstand 5 gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for eller blot sandsynliggjort, at klageren, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten. Der er derfor ikke grundlag for at tilkende erstatning som påstået.

Klagenævnet udtaler:

Klageren lod sig uden at gøre indklagede bekendt med selskabets dårlige økonomi og likviditet invitere til at deltage i licitationen på et urigtigt og for indklagede derved vildledende grundlag. Klagenævnet finder, at indklagede under de i sagen beskrevne omstændigheder har været berettiget til at undlade at invitere klageren til at deltage i anden licitation. Indklagede har med den samme begrundelse været berettiget til at undlade at indgå kontrakt med klageren. Uanset de ved kendelsen af 14. januar 2005 konstaterede overtrædelser af Tilbudsloven finder Klagenævnet intet grundlag for at fastslå, at indklagede med overvejende sandsynlighed ville have kontraheret

med klageren, og anser det således ikke for godtgjort, at klageren har lidt noget erstatningsberettiget tab.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Menighedsrådet i Ølstykke Sogn, frifindes.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Erik Kjærgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig