

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Michael Jacobsen, Ole Bajda Nielsen)

J.nr.: 04-151-97

/2005-0002357

23. februar 2006

K E N D E L S E

Hoffmann A/S
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Skjern Kommune
(advokat Lone Møller, Århus)

Den 25. oktober 2005 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1-12, samt vedrørende et spørgsmål rejst af Klagenævnet, spørgsmål 13. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 27. januar 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 14

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 3.558.000 kr. med procesrente fra 16. november 2005.

Påstand 15 (subsidiær i forhold til påstand 14)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 3.558.000 kr. med procesrente fra 16. november 2006.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 14 som svarende til et dækningsbidrag på 10,5 % af klagerens oprindelige tilbudspris vedrørende projektpakke 3.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 15 som svarende til klagerens udgift til udarbejdelse af tilbud og deltagelse i efterfølgende forhandlinger med indklagede.

Indklagede har påstået frifindelse, subsidiært mod betaling af et mindre beløb end angivet i den principale påstand 14. Indklagede har anerkendt den beløbsmæssige opgørelse i den subsidiære påstand 15.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 25. oktober konstaterede Klagenævnet, at indklagede under licitationen har overtrådt tilbudslovgivningen m.m. således:

Påstand 1

Indklagede, Skjern Kommune, har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Hansen & Larsen A/S i betragtning, uagtet tilbudet ikke opfyldte licitationsbetingelserne vedrørende økonomisk ramme, idet det af Hansen & Larsen A/S afgivne tilbud på grundprojektet lød på 26.614.000 kr. ekskl. moms og således overskred den fastsatte økonomiske ramme på 25 mio. kr. ekskl. moms.

Påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 7 ved ikke at lade åbningen af tilbudene finde sted under overværelse af de bydende.

Påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 2, og Tilbudsbekendtgørelsens § 10, stk. 2, ved ikke at anføre underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge.

Påstand 8

Indklagede har under de førte forhandlinger handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, Tilbudsbekendtgørelsens § 11 og det almindelige EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved

- a. at forhandle med Hansen & Larsen A/S uden for rammerne af det af Hansen & Larsen A/S afgivne tilbud forud for og/eller efter tildeling af kontrakten til Hansen & Larsen A/S, samt

- b. at give Hansen & Larsen A/S en videre adgang end de øvrige tilbudsgivere til at foretage ændringer og optimeringer af tilbudsprojektet.

Påstand 9

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, Tilbudsbekendtgørelsens § 11, stk. 4, og det almindelige EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved i forbindelse med indklagedes forhandlinger med tilbudsgiverne at give Hansen & Larsen A/S oplysninger om klagerens tilbud, som ikke var gjort offentligt tilgængelige i henhold til Tilbudslovens § 7.

Påstand 10

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbudet fra Hansen & Larsen A/S i betragtning, uagtet tilbuddet ikke opfyldte licitationsbetingelserne vedrørende konkurrenceforslagets omfang, idet det af Hansen & Larsen A/S afgivne tilbud ikke indeholdt en projekt- og bygningsdelsbeskrivelse med angivelse af materialer og principper, der enten ikke var fastlagt i licitationsbetingelserne eller afveg herfra.

Påstand 11

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at tage tilbuddet fra Hansen & Larsen A/S i betragtning, uagtet det ikke var muligt at vurdere dette tilbud i henhold til de i licitationsbetingelserne fastlagte bedømmelseskriterier, idet tilbuddet ikke indeholdt oplysninger, der muliggjorde en vurdering af tilbuddet i henhold til underkriterium 3. »Materialekvalitet og teknisk kvalitet samt kvantitet« og underkriterium 4. »Drifts- og vedligeholdelsesøkonomi«.

Påstand 12

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, og stk. 2, jf. § 6, og det almindelige EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriterium 1. »Arkitektonisk kvalitet og funktionalitet« ikke at have anvendt den i licitationsbetingelserne anførte beregningsmodel, hvorefter projekterne ville blive tildelt fra 0 til 40 points.

Spørgsmål 13

Indklagede har overtrådt Tilbudslovens 11, stk. 2, ved ikke at have ført forhandlingerne med tilbudsgiverne i henhold til en procedure, der var tilkendegivet over for tilbudsgiverne senest ved forhandlingernes begyndelse.

Klagenævnet annullerede samtidig indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Hansen & Larsen A/S.

Ad erstatningsgrundlaget

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende overtrædelser havde handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

Indklagede har gjort gældende, at overtrædelserne ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren. Indklagede har herved anført, at overtrædelser af udbudsreglerne ikke automatisk fører til erstatningsansvar. Indklagede havde rådgivere, der ikke gjorde indklagede bekendt med, at de omhandlede forhold var overtrædelser, og der skal være plads til fejlskøn.

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende den principale påstand 14 gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med tilbudslovgivningen m.m. og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om det udbudte byggearbejde, eller at det i hvert fald er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, og at klageren derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren har nærmere anført, at klagerens afdeling i Fredericia, som i givet fald skulle have udført det udbudte arbejde, opnår et gennemsnitligt dækningsbidrag på ca. 10,5 % af udførte bygge- og anlægsarbejder. Påstandsbeløbet i påstand 14 er beregnet som 10,5 % af klagerens oprindelige tilbudsbeløb vedrørende projektpakke 3, da det er usikkert, om der i givet fald ville være sket ændringer i projektet, der havde påvirket entreprisensummen, og

hvad en sådan påvirkning var gået ud på. Der skal ikke ske fradrag for sparet risiko, da der er indregnet et risikobeløb i tilbudssummen. Der skal heller ikke ske fradrag for frigjort kapacitet, allerede fordi opgaven i det væsentligste ville være blevet udført ved brug af underentreprenører.

Klageren har fremlagt en opstilling vedrørende opnåede dækningsbidrag ved opgaver udført af klagerens afdeling i Fredericia.

Der er afgivet forklaringer af Niels Skov Nielsen, der som ansat hos klager udførte kalkulationen af klagerens tilbud, og af Steffen Hansen, der er leder af klagerens afdeling i Fredericia. Steffen Hansen har bl.a. forklaret, at de dækningsbidrag, der er angivet i den fremlagte opstilling, er angivet ekskl. faste omkostninger til husleje og aflønning af de medarbejdere, der ikke debiterer deres timeforbrug på en sag. Man regner med, at der medgår 6 % til dette, således at dækningsbidraget herefter er ca. 4 %.

Der er desuden afgivet forklaring af direktør hos indklagede John Christensen.

Klageren har vedrørende den subsidiære påstand 15 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med 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.

Indklagede har vedrørende den principale påstand 14 gjort gældende, at det bestrides, at klageren ville have opnået et dækningsbidrag på ca. 10,5 % ved udførelse af den udbudte opgave. Indklagede har herved henvist til nogle fremlagte regnskaber for klageren for de senere år og nogle fremlagte regnskabsanalyser for Dansk Byggeri for de senere år. Desuden skal beregningen af klagers mistede dækningsbidrag ikke ske på grundlag af klagers tilbud, men derimod på grundlag af det kontraktsbeløb, der i givet fald ville have været tale om. Indklagede har desuden henvist til, at der i givet fald må tages hensyn til klagerens sparede risiko, ligesom der må tages hensyn til, at klageren kunne udnytte sin kapacitet til andre opgaver.

Klagenævnet udtaler:Ad erstatningsgrundlaget:

Ved de overtrædelser, som Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 25. oktober 2005, har indklagede efter dansk rets almindelige erstatningsregler pådraget sig erstatningsansvar over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Ved Cowi A/S' indstilling til indklagede, der dannede grundlag for tildelingsbeslutningen, tildeltes alle tilbudsgiverne bortset fra Hansen & Larsen A/S et lavere pointtal end klageren, og Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 25. oktober 2005, at indklagede af flere grunde ikke måtte tage tilbudet fra Hansen & Larsen A/S i betragtning. Allerede som følge heraf må det anses for sikkert, at indklagede ville have tildelt klageren ordren, hvis indklagede ikke havde begået de overtrædelser, som Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 25. oktober 2005. Den erstatning, som indklagede skal betale til klageren, skal derfor dække klagerens tab ved ikke at have fået tildelt ordren, dvs. klagerens positive opfyldelsesinteresse.

I overensstemmelse med sædvanlige principper for erstatningsudmåling skal erstatningen fastsættes som svarende til den nettofortjeneste, som klageren ville have opnået ved ordren, med hensyntagen til klagerens sparede risiko. Erstatningen fastsættes herefter skønsmæssigt til 1 mio. kr.

Det pålægges indklagede at betale yderligere sagsomkostninger til klagerens som nedenfor bestemt. Omkostningsbeløbet er fastsat som svarende til proceduresalær i forhold til beløbet 1 mio. kr.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Skjern Kommune, skal til klageren, Hoffmann A/S, betale 1 mio. kr. med procesrente fra 16. november 2005.

Indklagedes skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 50.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger efter, at denne afgørelse er meddelt indklagede.

Indklagedes indbringelse af denne kendelse for domstolene inden 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt parterne, har opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 2.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig