

K E N D E L S E

C.C. Brun Entreprise A/S
(advokat Henning Biil, København)

mod

A/S Storebælt
(advokat Gitte Holtsø, København)

Den 2. oktober 2008 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne 1-5 i sagen og et af Klagenævnet rejst spørgsmål, spørgsmål 8. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstand om erstatning, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 6

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 450.000 kr. med procesrente fra den 28. marts 2008.

Indklagede har påstået frifindelse, subsidiært at indklagede tilpligtes at betale et beløb, som er mindre end det påståede.

Klageren har opgjort sit krav som den negative kontraktinteresse således:

Kalkulator hos C.C. Brun	180 timer a 500 kr.	= 90.000 kr.
Øvrige kalkulatorer samarbejdspartnere	280 timer a 500 kr.	= 140.000 kr.
Arkitekt	40 timer a 800 kr.	= 32.000 kr.
Ingeniør	60 timer a 800 kr.	= 48.000 kr.
Tilbudssamling og fremstilling af mapper	30 timer a 500 kr.	= 15.000 kr.
Trykning af tegninger til samarbejdspartnere		= 18.000 kr.
Revidering af tilbud og møder	60 timer a 600 kr.	= 36.000 kr.
Øvrige omkostninger inkl. transport		= 21.000 kr.

I alt ekskl. moms:	400.000 kr.
Modtaget udregningsvederlag	<u>40.000 kr.</u>
I alt:	360.000 kr.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 2. oktober 2008 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under licitationen har overtrådt Tilbudsloven således:

Ad påstand 1:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, og § 11 ved at tage tilbuddet fra Dreier & Co. Nyborg A/S i betragtning og forhandle med denne tilbudsgiver, uanset at tilbuddet indeholdt forbehold for overholdelse af licitationstidsplanen, hvilket udgjorde et grundlæggende element i licitationsbetingelserne.

Klagenævnet har i kendelsen af 2. oktober 2008 besvaret spørgsmålet om, hvorvidt indklagede havde haft hjemmel til anvende Tilbudslovens kapitel 4 om underhåndsbud, herunder navnlig spørgsmålet om forståelsen af lovens § 12, stk. 3, nr. 3, bl.a. således:

»Klagenævnet er enig med indklagede i, at de 5 tilbud alle indeholdt forbehold for ikke rent bagatelagtige forhold. Indklagede havde således været berettiget til at følge den fremgangsmåde, som er beskrevet i Tilbudslovens § 12.

Det har indklagede imidlertid ikke gjort.

Sagen skal derfor bedømmes på grundlag af den bestemmelse, som indklagede har fulgt, det vil sige Tilbudslovens § 11.«

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den fastslåede overtrædelse af Tilbudsloven har 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.

Klageren har nærmere anført, at klageren ikke ville have deltaget i licitationen, såfremt klageren på forhånd havde vidst, at indklagede ville overtræde reglerne som sket. Klageren har derfor krav på at få erstatning svarende til den negative kontraktinteresse. Det afgørende er, hvilken procedure indklagede rent faktisk fulgte, og ikke hvilken procedure indklagede kunne have fulgt. Det gælder også for afgørelsen af erstatningsspørgsmålet.

Indklagede har gjort gældende, at overtrædelsen af Tilbudsloven som beskrevet i påstand 1 ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har nærmere anført, at Klagenævnet i sin kendelse af 2. oktober 2008 fastslog, at alle fem tilbud indeholdt forbehold af ikke bagatelagtig karakter, og at indklagede lovligt kunne være gået over til proceduren om underhåndsbud efter tilbudslovens § 12, stk. 3, nr. 3. Klagerens tilbud opfyldte ikke minimumskravet om en tidsplan, og klageren har taget mange andre grundlæggende forbehold, bl.a. i form af »Dansk Byggeri-standard-forbehold for totalentreprise af januar 2007«. Det forekommer usandsynligt, at det forhold, at indklagede indledte forhandlinger med klageren og Dreier & Co. Nyborg A/S i stedet for at overgå til proceduren om underhåndsbud, helt ville have afholdt klageren fra at afgive tilbud. Der er alene tale om en formel overtrædelse, der ikke skal medføre erstatningsansvar.

Ad erstatningskravet:

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud var konditionsmæssigt, og at der således er årsagsforbindelse med overtrædelsen og tabet. Klageren har derfor krav på at få dækket sit tab i form af 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.

Klageren har nærmere anført, at alle udgifter til tilbudsudarbejdelsen har været forgæves. At der ikke foreligger fakturering af ekstern bistand skyldes alene, at de eksterne partnere har accepteret at vente med fakturering, indtil denne sag er afsluttet. Under hensyn til, at licitationen omfatter et byggeri til 20 mio. kr., bør der ikke stilles meget strenge krav til dokumentationen for tabet. De beskedne forbehold, som klageren havde taget, kan ikke fratage klageren retten til erstatning.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er årsagssammenhæng mellem på den ene side det forhold, at indklagede valgte den forkerte procedure, når en langt mere fleksibel procedure lovligt kunne have været anvendt, og når den videre proces utvivlsomt var i overensstemmelse med reglerne om underhåndsbud, og på den anden side klagerens tab ved forgæves afholdte udgifter i forbindelse med tilbudsgivningen. Indklagede skulle have afvist såvel klagerens tilbud som tilbuddet fra Dreier & Co. Nyborg A/S.

Indklagede har endvidere anført, at det tab, der kan kræves erstattet, alene kan vedrøre perioden efter, at overtrædelsen har haft virkning, det vil sige efter at forhandlinger er indledt. Klagerens opgjorte timeforbrug kan følgelig allerede af den grund ikke lægges til grund. Desuden skal kravet reduceres som følge af egen skyld, idet klageren – ved at indgive et ikke-konditions-mæssigt tilbud – har bidraget til de problemer, der opstod, og som førte til, at indklagede indledte forhandlinger.

Klagenævnet udtaler:

Indklagede har overtrådt Tilbudslovens § 2, stk. 3, og § 11, ved at tage tilbuddet fra Dreier & Co. Nyborg A/S i betragtning og forhandle med denne tilbudsgiver som fastslået i kendelsen af 2. oktober 2008, og denne overtrædelse indebærer, at indklagede efter dansk rets almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Som beskrevet i kendelsen havde også klageren taget forbehold for ikke bagatelagtige forhold. Som anført af indklagede finder Klagenævnet, at disse forbehold – på tilsvarende måde som Dreier & Co. Nyborg A/S' forbehold for tidsplanen – er forbehold for grundlæggende elementer.

Indklagede havde derfor været forpligtet til at undlade at tage begge disse tilbud i betragtning og kunne ikke lovligt have forhandlet med disse tilbudsgivere efter tilbudslovens § 11.

På denne baggrund finder Klagenævnet, at der ikke er årsagsforbindelse mellem den overtrædelse, der blev fastslået ved Klagenævnets kendelse af 2. oktober 2008, og klagerens udgifter i forbindelse med tilbudsudarbejdelsen.

Klagenævnet frifinder derfor indklagede.

Herefter bestemmes:

Indklagede, A/S Storebælt, frifindes.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig