

(Erstatningsdel)
K E N D E L S E

HHM A/S
(advokat Jesper Petersen Bach, Aarhus)

mod

Direktoratet for Kriminalforsorgen
(Kammeradvokaten
v/erhvervsjuridisk fuldmægtig
cand. merc. jur. Nanna Bruun Christensen)

Den 3. juli 2014 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne 1 og 2 i sagen. Klageren havde forbeholdt sig at rejse krav om erstatning, og har ved processkrift modtaget i klagenævnet den 11. august 2014 nedlagt påstand herom. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden.

Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klagerens erstatningspåstand lyder:

Påstand 3

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 4.801.241 kr. med procesrente fra den 11. august 2014.

Indklagede har påstået frifindelse.

Erstatningsbeløbet er opgjort eksklusiv moms.

Erstatningsopgørelsen

Klageren har opgjort erstatningskravet således:

Dækningsbidrag - Entreprise 1:	kr. 3.674.306
--------------------------------	---------------

Dækningsbidrag på jord, kloak og beton:

Pos. 3 Jord og kloak:	kr. 2.847.623
Pos. 4 Beton:	kr. 1.999.803
I alt:	kr. 4.847.426
Tab:	kr. 727.114

Tab på Pos. 14 VVS:	kr. 2.665.476
---------------------	---------------

<u>Tab:</u>	<u>kr. 399.821</u>
-------------	--------------------

Samlet tab:	kr. 4.801.241
-------------	----------------------

Klageren har fremlagt den kalkulation, som klageren udarbejdede som grundlag for sit tilbud. Af kalkulationen fremgår en samlet »salgspris« (tilbudssum) på 31.424.017 kr. og en samlet »kostpris« på 27.749.711 kr. Den faktiske tilbudte samlede pris var 31.476.061 kr. – og dermed lidt mere end det beløb, som kalkulationen lyder på. I kalkulationen er visse poster betegnet »ue«. Klageren har oplyst, at dette er de arbejder, som forventedes udført af eksterne underleverandører eller andre forretningsområder i virksomheden. Den udbudte opgave skulle ifølge klageren udføres i forretningsområdet »Entreprise 1«. Entreprise 1-forretningsområdet ville »indkøbe« jord, kloak, betonarbejder og VVS-arbejder fra andre forretningsområder i virksomheden, og selv udføre tømrer- og murerarbejde. Prisen for udførelse af disse arbejder er ifølge det af klageren oplyste indregnet i kalkulationen som salgspriser for de øvrige forretningsområder inklusiv disse afdelingers dækningsbidrag. I opgørelsen af erstatningskravet er der til det overskud, som klageren ifølge kalkulationen forventede at få (i forretningsområdet »Entreprise 1«), tillagt yderligere beløb vedrørende det dækningsbidrag, som klageren angiveligt forventede at opnå i de andre forretningsområder i selskabet (afdelingen »Byggeservice« og afdelingen »Sejer Meldgaard«), som skulle stå for visse af arbejderne.

Til støtte for, at klageren kunne påregne et overskud på opgaven svarende til det opgjorte (som svarer til ca. 15 % af tilbudssummen på 31.476.061 kr.), har klageren fremlagt:

- Regnskaber for 2011, 2012 og 2013. Ifølge regnskaberne var dækningsgraden (det gennemsnitlige dækningsbidrag for hele virksomheden) i de 3 regnskabsår på henholdsvis 11,8 %, 11,7 % og 12,6 %. I de 3 år er oplyst følgende netteomsætning og overskudsgrad:

2011: 351.829.000 kr. (0,39 %)

2012: 371.443.558 kr. (1,27 %)

2013: 439.228.941 kr. (2,63 %)

Af budgettet for 2014, som er medtaget i årsregnskabet for 2013, fremgår, at der budgetteredes med et dækningsbidrag henholdsvis overskudsgrad på 13,27 %/2,23 % i 2014 for hele virksomheden og på 11,98 %/1,18 % for forretningsområdet »Entreprise 1«.

- En oversigt over de tilbud, klageren har afleveret siden afgivelse af tilbud på hovedentreprisen vedrørende udvidelse af Horserød Statsfængsel. Oversigten skal ifølge klageren dokumentere, at klageren har forsøgt – men ikke har haft held til – at skaffe et tilstrækkeligt antal dækningsarbejder til at udligne tabet ved ikke at opnå entreprisen hos indklagede. Af oversigten fremgår, at der er afgivet 14 tilbud, hvoraf klageren har vundet 4 og 2 er uafklarede.
- En erklæring af 6. august 2014 fra klagerens revisor, statsautoriseret revisor Søren Petersen, Pricewaterhouse Coopers Statsautoriseret Revisionspartnerselskab. Af erklæringen fremgår, at klageren pr. 30. juni 2014 havde bogført en omsætning i perioden 1. januar – 30. juni 2014 på 169.159.000 kr., at det ledelsesgodkendte budget for samme periode viste en budgetteret omsætning på 190.000.000 kr., og at den realiserede omsætning dermed lå 20.841.000 kr. under budgettet svarende til – 11%.

Indklagede har fremlagt:

- Uddrag af Dansk Byggeris årsberetning fra 2005/2006 om en af organisationen foretagen regnskabsanalyse. Af denne fremgår, at medlemmerne af Dansk Byggeri i årene 2000 – 2005 gennemsnitligt realiserede et resultat af ordinær drift i procent af nettoomsætning på mellem 1 og lidt over 3 % i de enkelte år.

- Uddrag af Danmarks Statistiks nøgletal for gennemsnitlig overskudsgrad i procent inden for bygge og anlæg i 2011 og 2012. Overskudsgraden var i 2011 på 2,3 % og i 2013 på 2,7 %.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 3. juli 2014 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

»Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at antage tilbuddet fra H. Skjøde Knudsen A/S, uagtet at tilbuddet ikke opfyldte kravene i byggesagsbeskrivelsen af 19. december 2013, idet tilbuddet ikke var vedlagt indklagedes formular for tilsagnserklæring vedrørende tilbudsgivers garantistillelse.«

Klagenævnet annullerede endvidere indklagedes beslutning af 10. februar 2014 om at indgå kontrakt med H. Skjøde Knudsen A/S.

Ifølge den evalueringsrapport, som fulgte med indklagedes meddelelse af 10. februar 2014 om resultatet af licitationen, blev alle de 4 tilbud, der var afgivet, anset for konditionsmæssige. Tilbuddet fra H. Skjøde Knudsen A/S blev vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud med et samlet pointtal på 9,10 og en tilbudssum på 32.863.800 kr. Tilbuddet fra HHM A/S blev vurderet som det næstbedste tilbud med et samlet pointtal på 8,29 og en tilbudssum på 31.476.061 kr.

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver har afgivet tilbud uden at få kontrakten, og som ifølge indklagedes evaluering har afgivet det næstmest økonomisk fordelagtige efter den tilbudsgiver, hvis tilbud skulle have været afvist som ukonditions-mæssigt.

Hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville klageren have fået tildelt kontrakten. Klageren har derfor krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Af den dokumentation, klageren har fremlagt, fremgår, at tabet kan og skal opgøres som påstået.

Det bemærkes herved, at budgettet for 2014 stemmer godt overens med gennemsnitstallene i regnskaberne for de foregående 3 regnskabsår. Det afgørende er i øvrigt klagerens kalkulationer, som heller ikke afviger meget fra det, som fremgår af budgettet. Der skal desuden tages højde for det mistede dækningsbidrag (som var højere nemlig 18 %), der ville være i de andre afdelinger (forretningsområder) i klagerselskabet, som skulle have udført dele af arbejderne. Desuden bemærkes, at der forventeligt ville være fremkommet lavere priser fra de underentreprenører, man ville indgå aftale med, end dem, som fremgår af kalkulationen.

Der er ikke grundlag for at foretage fradrag i erstatningen som følge af manglende realisering af risici mv. Den udbudte opgave passede således perfekt til klagerens produktionsapparat, idet der var tale om opførelse af et 1-plans byggeri, som er et forretningsområde, som virksomheden er specialiseret i. Der var derfor ikke særlige risici forbundet med udførelsen af opgaven, som kan begrunde et fradrag. Der var herunder ikke nogen særlig vejrligsrisiko, da opgaven skulle udføres i sommerperioden. Det bemærkes i øvrigt, at klageren kunne have – men har undladt – specifikt at indregne den ekstraintjening, der typisk vil være på ekstra arbejder. Den mistede mulighed herfor bør dog tages i betragtning. Der i den konkrete sag ikke grundlag for fradrag på grund af faste omkostninger, idet der ikke er fundet andre opgaver til erstatning for den mistede opgave for indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren. Der er således ikke nogen klar eller fast praksis for, hvornår en ordregiver er forpligtet til at afvise et tilbud, der ikke overholder formelle krav. Det er tværtimod i en række kendelser antaget, at ordregiver har været berettiget, men ikke forpligtet til, at anse et tilbud for ukonditionsmæssigt. Dertil kommer, at § 12, stk. 1, nr. 1, i implementeringsbekendtgørelsen er indført med netop det formål at give ordregivere mulighed for at bortse fra manglende overholdelse af formelle krav. Det har på den baggrund ikke været åbenbart for indklagede, at H. Skjøde Knudsen A/S' manglende brug af indklagedes formular for tilsagnserklæring vedrørende tilbudsgivers garantistillelse indebar, at tilbud-

det skulle afvises. Der foreligger dermed ikke en sådan overtrædelse af udbudsreglerne, at indklagede kan anses for at have handlet ansvarspådragende over for klageren.

Hvis klagenævnet finder, at indklagede har handlet ansvarspådragende, skal erstatningen udmåles til et langt lavere beløb end påstået af klageren.

Den påståede dækningsgrad på 15 %, der ligger til grund for erstatningsberegningen, ligger langt over det niveau for dækningsgrad, som fremgår af de fremlagte statistiske oplysninger om overskudsgrad i bygge- og anlægsbranchen. Der er også tale om en betydeligt højere dækningsgrad end de dækningsgrader, som er anvendt ved erstatningsudmålingen i blandt andet Højesterets domme offentliggjort i U.2011.1955 H (Amager Strandpark) og U.2012.2952 H (Montaneisen GmbH).

Den påståede dækningsgrad ligger desuden både over den dækningsgrad, som fremgår af klagerens seneste 3 årsregnskaber, og over den dækningsgrad, som fremgår af klagerens kalkulation vedrørende opgaven. Det i kalkulationen angivne kost- og salgpris svarer til en dækningsgrad på 11,69 % og hvis salgsprisen erstattes med den lidt højere faktisk tilbudte pris til en dækningsgrad på 11,8 %. Erstatningen kan under ingen omstændigheder fastsættes med udgangspunkt i en højere dækningsgrad end den, som klageren selv har anvendt i sin kalkule. Dvs. at klagerens tab ikke kan overstige de 3.647.306 kr., som klageren selv kalkulerede med at opnå. Når klageren lægger mistet dækningsgrad i to andre forretningsområder til det dækningsbidrag, som allerede er indregnet i kalkulationen, opnår klageren også, at dækningsbidrag indgår 2 gange. Allerede som følge heraf skal opgørelsen af kravet reduceres med 1.126.935 kr.

Den kalkulerede dækningsgrad på 11,69/11,8 % må i øvrigt betragtes som overdrevent optimistisk. Kalkulen baseres så vidt ses på budgettet for 2014, som budgetterede med en dækningsgrad for hele virksomheden på 13,27 % (og for området »Entreprise 1« 11,98 %), hvilket lå noget over de realiserede dækningsgrader i 2011-2013.

Klagerens tab skal endvidere opgøres som mistet nettoavance/fortjeneste, jf. blandt andet U 2000.1561 H (A/S Fårup Sommerland). Der skal derfor fra dækningsbidraget – som tager højde for direkte variable omkostninger – tillige fradrages et vist bidrag til klagerens faste omkostninger. De langt lave-

re overskudsgrader, som fremgår af klagerens seneste 3 regnskaber og budget for 2014 viser i den forbindelse, at en erstatning beregnet på grundlag af dækningsgraden vil indebære en berigelse af klageren. Den omstændighed, at klageren ikke har opnået erstatningsordrer, indebærer ikke, at bidrag til faste omkostninger ikke skal fradrages. Tværtimod skal bidrag hertil så meget desto mere fradrages, når der ikke er opnået bidrag fra anden side til dækning af disse omkostninger.

Ved fastsættelsen af en erstatning skal der desuden fradrages generelle administrationsomkostninger, tilbudsomkostninger, indirekte afledte omkostninger vedrørende blandt andet projektgennemgang og byggemøder, koordinering med andre entreprenører, afhjælpning af skader, uforudsete hændelser, mangelsansvar, sikkerhedstillelse og aflevering. Desuden skal der tages højde for den frigivelse af kapacitet til andre opgaver, som klageren har opnået, og for de risici ved entreprisens udførelse, som klageren har undgået. For så vidt angår risici bemærkes det, at der ved den konkrete udførelse rent faktisk er opstået flere grave- og kabelskader, som den udførende entreprenør har måttet betale for. Den omstændighed, at den udførende entreprenør rent faktisk har fået tildelt visse ekstraarbejder, indebærer ikke, at klageren nødvendigvis havde opnået samme ekstraarbejder. Avance ved sådanne mulige ekstraarbejder skal som følge heraf og efter fast praksis ikke tillægges ved opgørelsen af klagerens tab.

Klagenævnet udtaler:

Det er ved klagenævnets kendelse af 3. juli 2014 fastslået, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at antage det ukonditionsmæssige tilbud fra H. Skjøde Knudsen A/S. Indklagede har herved handlet ansvarspådragende i forhold til klageren, hvis tilbud ubestridt ville være blevet antaget som det økonomisk mest fordelagtige, hvis indklagede havde afvist det ukonditionsmæssige tilbud. Det bemærkes, at retsstillingen var klar på det tidspunkt, hvor indklagede antog tilbuddet fra H. Skjøde Knudsen, jf. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C- 336/12, Manova og implementeringsbekendtgørelsens § 12. Der var herved intet grundlag for at antage, at ligebehandlingsprincippet i tilbudsloven skulle forstås anderledes, end hvad der på det EU-udbudsretlige område fulgte af dommen og af implementeringsbekendtgørelsens § 12.

Ifølge klagerens kalkule sammenholdt med den faktisk tilbudte samlede pris forventede klageren at opnå en dækningsgrad på knap 12 % (ca. 3,7 mio. kr.). Der er imidlertid ikke i denne kalkule taget højde for den belastning af klagerens organisation som udarbejdelse af tilbud og gennemførelse og organisering af entreprisen ville indebære og udgifterne hertil. Ved fastsættelsen af erstatningens størrelse skal blandt andet dette samt usikkerhed, der også herudover består om, hvorvidt klageren rent faktisk ville have kunnet opnå den angivne dækningsgrad, tages i betragtning. Erstatningen fastsættes på den baggrund og efter det i øvrigt oplyste skønsmæssigt til 2.000.000 kr.

Ved fastsættelsen af de yderlige delvise sagsomkostninger, som indklagede skal betale til klageren, er der taget hensyn til forløbet af denne del af sagen samt det tilkendte beløb.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Direktoratet for Kriminalforsorgen, skal til klageren, HHM A/S, betale 2.000.000 kr. med procesrente fra den 11. august 2014.

Indklagedes skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 30.000 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 håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 8, stk. 1.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig