

K E N D E L S E

HSHansen A/S
(advokat Rune Hamborg, København)

mod

Bygningsstyrelsen
(Kammeradvokaten v/advokat Kristian Hartlev)

Den 11. marts 2014 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1, 3 og 12. Klagenævnet tog ikke stilling til påstand 2 og påstand 4-11. Denne kendelse omhandler klagerens erstatningspåstande.

Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 13

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 70.169.290,50 kr. med procesrente fra den 23. september 2013, subsidiært et mindre beløb efter klagenævnets skøn.

Påstand 14 (subsidiær i forhold til påstand 13)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.231.608,00 kr. med procesrente fra den 23. september 2013, subsidiært et mindre beløb efter klagenævnets skøn.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Beløbet i påstand 13 angår klagerens positive opfyldelsesinteresse, og beløbet i påstand 14 angår klagerens negative kontraktinteresse. Beløbene er opgjort eksklusiv moms.

Klageren har opgjort sit krav på erstatning for positiv opfyldelsesinteresse i påstand 13 således:

»Mærsk Bygningen

Dækningsbidragsopgørelse

TBL	Emne	Kalk. Kost- pris	Dækningsbi- drag	Salgspris TBL	Dæknings- grad
1.1	Glas-alufacader m.m.	69.988.775	36.000.015	105.988.790	34,0 %
1.2	Monoplane skodder	89.300.000	41.287.880	130.587.880	31,6 %
1.3	Udvendige facadescreens	1.950.000	833.361	2.783.361	29,9 %
1.4	Facadegelesims	15.141.171	4.619.567	19.760.738	23,4 %
1.5	Udvendige vinduer i basen	950.000	405.310	1.355.310	29,9 %
1.6	Karuseldøre inkl. Sideparti	1.937.000	831.081	2.768.081	30,0 %
1.7	Facadedøre stål	38.0000	16.672	54.672	30,5 %
1.8	Porte til cykelkælder	79.000	33.500	112.500	29,8 %
1.9	Ledhejs porte	102.000	43.714	145.714	30,0 %
1.10	Facadekonstruktioner med fiberbetonbeklædning	630.000	270.387	900.387	30,0 %
1.11	Pudsegondol	1.060.000	452.909	1.512.909	29,9 %
1.12	Optimering og udvikling	1.005.000	430.717	1.435.717	30,0 %
1.13	Byggeplads	4.730.000	2.062.341	6.792.341	30,4 %
2.	Ændringsarbejder	14.630.000	6.271.600	20.901.600	30,0 %
		201.540.946	93.559.054	295.100.000	31,7 %

«

Klageren har foretaget et optimeringsfradrag på 25 % af tilbudssummen og har således opgjort den positive opfyldelsesinteresse til 75 % af det bereg-

nede mistede dækningsbidrag på 93.559.054 kr. ekskl. moms svarende til 70.169.290,50 kr. ekskl. moms. Det er sket med henvisning til, at klagerens 1. tilbud under det begrænsede udbud på 295.100.000 kr. antageligt ville være blevet reduceret under den optimerings- og udviklingsproces, der var forudsat i udbudsbetingelserne.

Klageren har til støtte for opgørelsen af erstatningskravet fremlagt en erklæring fra KMPG, der som klagerens revisor har undersøgt klagerens dækningsgrader på andre lignende projekter. Klageren realiserede ifølge erklæringen en dækningsgrad på 48,9 % på projektet »Nykredit« og en dækningsgrad på 35,9 % på »Musikkens Hus«.

Klageren har opgjort sit krav på erstatning for negativ kontraktinteresse således:

Uddrag af opgørelse over forbrugt tid og ressourcer:

Medarbejder	Timeforbrug	Tid i alt	Km i alt	I alt	Arbejdsopgaver
Medarb. nr.	Timer i alt	Kr.	Kr.	Kr.	Beskrivelse (stikord)
Medarbejder nr. 1	351	246.880	8.167	255.047	Gennemgang af projektmateriale, tilbud og beskrivelse. Udarbejdelse af teknisk grundlag...
Medarbejder nr. 2	807	396.428	1.971	403.332	Tilbudsleder – Projektgranskning, kalkulation, kvalitets sikring...
Medarbejder nr. 3	43	16.322		16.322	Udarbejdelse af 3D modeller...
Medarbejder nr. 4	232	129.229	14.936	162.325	Kalkulation, indhentning af priser, mock-up...
Medarbejder nr. 5	68	83.510		83.510	Deltagelse i møder omkring teknik, produktion, montage, program. Gennemgang af projekt. Gennemgang af tilbud...
Medarbejder nr. 6	69	84.738		84.738	Deltagelse i møder omkring teknik, pro-

					duktion, montage, program. Gennemgang af projekt. Gennemgang af tilbud.
Medarbejder nr. 7	194	138.618		138.618	Udarbejdelse af tilbudsdokumenter, prissætning, jura, kvalitetssikring...
Medarbejder nr. 8	40	24.562	4.515	29.957	Hjælp og gennemgang af tilbud samt besigtigelse af mock-up...
Medarbejder nr. 9	110	110.528		110.528	Gennemgang af projektmateriale, tilbud, beskrivelser. Deltagelse i interne møder omkring teknik, kalkulation og montage...
Medarbejder nr. 10	18	11.053	852	12.405	Udarbejdelse og indlæg omkring CE mærkning...
Medarbejder nr. 11	41	27.007		27.007	Gennemgangsmøde. Redegørelse for produktionsmetode. Diverse møder inkl. forberedelse...
Medarbejder nr. 12	35	15.240		15.240	Beregning/vurdering af tidsforbrug. Redegørelse for produktionsmetode...
Medarbejder nr. 13	6	4.019		4.019	Projektopstart (fra rådgivning til salg)
Medarbejder nr. 14	34	25.812		25.812	Gennemgang af projektmateriale, projektorganisation og deltagelse på interne møder.
Medarbejder nr. 15	26	12.627		12.627	Udarbejdelse af materiale til prækvalifikation
Total	2.074	1.326.574	30.442	1.431.608	

Klageren har fra totalsummen på 1.431.608 kr. trukket 200.000 kr., som er det beløb, som klageren har modtaget fra indklagede som vederlag for afgivelse af tilbud, således at det beløb, der kræves erstattet, i alt udgør 1.231.608 kr.

Erstatningsgrundlaget

Ved kendelsen af 11. marts 2014 konstaterede klagenævnet, at indklagede har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

»Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele en kontrakt om projektering og udførelse af facaden på Mærsk Bygningen til Waagner Biro AG ved udbud med forhandling i henhold til udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, uden at betingelserne for anvendelse af denne procedure var opfyldt.«

Klagenævnet udtalte i kendelsen af 11. marts 2014, at den overtrædelse, der var konstateret ad påstand 1, medførte, at kontrakten skulle erklæres for uden virkning i medfør af § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., medmindre indklagede havde fulgt den fremgangsmåde, der er fastsat i lovens § 4.

Da indklagede havde indrykket bekendtgørelser med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed i overensstemmelse med artikel 2d, stk. 4, i direktiv 2007/66/EF og havde overholdt fristerne for kontraktindgåelse, tog klagenævnet ikke klagerens påstand 3 om at erklære kontrakten for uden virkning til følge, men annullerede i overensstemmelse med klagerens påstand 12 indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Waagner Biro AG.

Parternes anbringender

Ad erstatningsgrundlaget

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den overtrædelse af udbudsreglerne, som klagenævnet har konstateret, har handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er blevet erstatningsansvarlig over for klageren. Klagenævnet har fundet, at overtrædelsen har væ-

ret af en så alvorlig karakter, at den har ført til annullation af indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Waagner Biro AG.

Indklagede har gjort gældende, at den overtrædelse af udbudsdirektivet, som klagenævnet har konstateret, ikke i sig selv indebærer, at der foreligger et ansvarsgrundlag. Det afhænger af, om der er tale om en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse, jf. herved Højesterets domme gengivet i U2007.3124 H og U2013.2361 H. Indklagede har ikke ved at overgå til udbud med forhandling efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, forfulgt usaglige formål og har foretaget et skøn over rækkevidden af bestemmelsen, som ikke var klart og præcist afgrænset i direktivet. Indklagedes skøn havde støtte i EU-Kommissionens vejledning til det tidligere tjenstedelsesdirektiv som gengivet i klagenævnets kendelse af 11. marts 2014.

Ad årsagssammenhæng

Positiv opfyldelsesinteresse

Klageren har gjort gældende, at klageren ville have fået tildelt facadeentreprisen, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og ansvarspådragende over for klageren. Der er således årsagssammenhæng mellem den fastslåede overtrædelse og klagerens tab. Indklagede havde under de konkrete faktiske og retlige omstændigheder intet alternativ til at kontrahere med klageren og indgå den for indklagede bedst mulige kontrakt baseret på klagerens tilbud under det begrænsede udbud.

Klageren har nærmere anført, at indklagede aflyste det begrænsede udbud med det formål at igangsætte et udbud med forhandling, hvilket understreges af, at indklagede allerede i aflysningsbrevet - som det ene alternativ - henviste til muligheden for at overgå til udbud med forhandling efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Effektivitetsprincippet taler entydigt for, at klageren skal have erstattet sit tab svarende til den positive opfyldelsesinteresse, når indklagede har aflyst det begrænsede udbud og iværksat et udbud med forhandling i en situation, hvor betingelserne ikke var opfyldte. Aflysningen af det begrænsede udbud på den ene side og det ulovlige udbud med forhandling på den anden side kan ikke adskilles.

Det kan desuden ikke lægges til grund, at indklagedes aflysning af det begrænsede udbud isoleret set har været saglig. Den faste praksis, der tillader

en ordregivende myndighed at annullere et udbud i en situation, hvor der kun er ét konditionsmæssigt tilbud, er baseret på den forudsætning, at aflysningen sker for at iværksætte en ny reel konkurrenceudsættelse af den pågældende kontrakt, jf. også sag C-27/98, *Metalmecanica*. Indklagede havde ikke nogen reel hensigt om at aflyse det begrænsede udbud for at igangsætte en ny konkurrenceudsættelse af kontrakten.

Indklagede har heller ikke sandsynliggjort, at indklagede ikke ville have tildelt klageren kontrakten baseret på klagerens tilbud under det begrænsede udbud, hvis indklagede havde været sig bevidst, at indklagede ikke lovligt kunne overgå til udbud med forhandling. Indklagedes henvisninger til budgettet på 150 mio. kr. og niveauet for de modtagne tilbud under det begrænsede udbud er ikke relevante i denne sammenhæng. Det må i den forbindelse lægges til grund, at klagenævnet har konstateret, at klagerens tilbud var antageligt, og at tilbuddene, uanset at disse lå i et »helt andet lag« end budgettet på 150 mio. kr., netop var genstand for en optimeringsproces.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke var muligt på baggrund af det begrænsede udbud lovligt at tildele kontrakten til klageren, da dette udbud allerede var aflyst. På tidspunktet for aflysningen havde indklagede endnu ikke besluttet sig for at overgå til udbud med forhandling i medfør af artikel 30, stk. 1, litra a. Der er derfor ikke årsagssammenhæng mellem indklagedes senere overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, og klagerens påståede tab opgjort som den positiv opfyldelsesinteresse. Effektivitetsprincippet fører således ikke til, at en forbigået tilbudsgiver skal have mulighed for at få erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse, når ordregiveren har anvendt udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30 efter at have aflyst et udbud, hvor der kun blev modtaget ét konditionsmæssigt tilbud. De to udbud skal således behandles hver for sig.

Indklagede har desuden bestridt, at aflysningen af det begrænsede udbud ikke var saglig. EU-Domstolens dom i sag C-27/98, *Metalmecanica*, indeholder ikke en forudsætning om, at kontrakten efterfølgende sendes i nyt udbud. Om det var sagligt at aflyse det begrænsede udbud afhænger ikke af, hvad ordregiveren efterfølgende foretager sig.

Indklagede har subsidiært gjort gældende, at det konkret er sandsynliggjort, at klageren ikke ville have fået tildelt opgaven, idet en antagelse af klagerens tilbud ville have sat økonomien i projektet over styr. Klagernes tilbud

lød på 274 mio. kr., hvilket ikke kunne honoreres inden for indklagedes budget på 150 mio. kr. (168 mio. kr.), og uanset den optimeringsproces, der skulle gennemføres inden indgåelse af selve entreprisekontrakten, kunne tilbuddet heller ikke forventes bragt ned i nærheden af dette beløb.

Negativ kontraktinteresse

Klageren har gjort gældende, at der er den fornødne årsagssammenhæng mellem de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne og kravet på negativ kontraktsinteresse dækkende såvel det begrænsede udbud som de 2 udbud med forhandling. Klageren ville således ikke have afgivet tilbud og dermed afholdt omkostninger til deltagelse i den første udbudsproces, herunder prækvalifikationen, hvis klageren på forhånd havde vidst, at indklagede i strid med reglerne ville annullere det begrænsede udbud for derefter at overgå til udbud med forhandling, uden at betingelserne herfor var opfyldt. Først efter indgivelsen af tilbud under det sidste udbud med forhandling har det stået klageren klart, at indklagede overtrådte udbudsreglerne allerede i forbindelse med, at første udbudsproces blev annulleret, og indklagede overgik til det første udbud med forhandling.

Klageren har endvidere anført, at klageren på tidspunktet for overgangen fra første til anden udbudsproces, og tilsvarende ved overgangen fra anden til tredje udbudsproces, allerede havde afholdt så store tilbudsomkostninger, at klageren reelt var tvunget til at forfølge muligheden for at få tildelt facade-entreprisekontrakten for derved at undgå at lide et stort tab.

Klageren har videre henvist til, at indklagede under klagesagen bestred, at udbudsreglerne på nogen måde var overtrådt i forbindelse med indklagedes overgang fra den første udbudsproces til de følgende to udbudsprocesser. Indklagede gjorde således gældende, at alt var »lige efter bogen«. Indklagede kan derfor ikke gøre gældende, at klageren var bekendt med overtrædelserne, da indklagede så meget desto mere selv måtte have været bekendt hermed, og da indklagede så ikke ville kunne have gennemført kontraheringen på baggrund af profylaksebekendtgørelserne af 25. oktober og 2. december 2013. Det var desuden heller ikke muligt for klageren på baggrund af udbudsbetingelserne at konstatere, at indklagede ville begå de overtrædelser, som klagenævnet senere fastslog.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er årsagssammenhæng mellem overtrædelsen af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, som skete efter aflysningen af det begrænsede udbud, og de udgifter, klageren har afholdt under det begrænsede udbud. Det begrænsede udbud blev aflyst efter afleveringen af tilbuddet, og aflysningen var fuldt ud lovlig. En tilbudsgiver kan ikke kræve negativ kontraktinteresse, blot fordi tilbudsgiveren ikke får kontrakten tildelt.

Der er heller ikke sammenhæng mellem den udbudsretlige overtrædelse og de udgifter, som klageren har afholdt ved de to udbud med forhandling. Klageren var eller burde have været bekendt med den overtrædelse, som indklagede begik ved at overgå til udbud med forhandling, og da klageren således kunne konstatere overtrædelsen forud for tilbudsafgivelsen, er betingelsen om årsagsforbindelse ikke opfyldt, og klageren må antages at have accepteret risikoen for tab ved at afgive tilbud forårsaget af indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 13

Det begrænsede udbud blev aflyst af indklagede ved aflysningsbekendtgørelse af 24. maj 2013 under henvisning til manglende konkurrence og kunne dermed ikke (efterfølgende) danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. At indklagede efter aflysningen af det begrænsede udbud valgte at overgå til udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, uanset at betingelserne herfor ikke var opfyldt, kan ikke føre til et andet resultat, idet det gennemførte udbud med forhandling er en selvstændig udbudsprocedure og ikke blot en forlængelse af det tidligere udbud, jf. også klagenævnets kendelse af 18. februar 2010, Mikro Værkstedet A/S mod Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte.

Klageren har allerede derfor ikke krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Klagenævnet tager ikke påstanden til følge.

Ad påstand 14

Klageren har forgæves afholdt omkostninger til udarbejdelsen af tre tilbud.

Vedrørende klagerens udgifter til at udarbejde tilbud under det begrænsede udbud bemærkes for det første, at klageren ikke har nedlagt påstand om, at indklagede har handlet i strid med udbudsreglerne ved at aflyse det begrænsede udbud (og intet tyder i øvrigt på, at det var tilfældet). For det andet fandt indklagedes fastslåede overtrædelse af udbudsreglerne først sted efter aflysningen af det begrænsede udbud. Betingelsen om årsagssammenhæng mellem den fastslåede overtrædelse og klagerens udgifter til udarbejdelse af tilbud under det begrænsede udbud er derfor ikke opfyldt, og klageren har allerede af den grund ikke krav på yderligere dækning af sine omkostninger til afgivelse af dette tilbud.

Klagenævnet har om de to udbud med forhandling fastslået, at denne udbudsform ikke lovligt har kunnet anvendes. Klageren var eller burde være bekendt med de forhold, der udgjorde denne overtrædelse, da klageren besluttede sig for at deltage i forhandlingerne og på den baggrund – ad to omgange – afgive tilbud. Det bemærkes, at klagerens eget tilbud var det, der hverken var »ikke forskriftsmæssigt« eller »uantageligt efter nationale forskrifter«. Herefter foreligger der ikke den nødvendige årsagssammenhæng mellem den begåede overtrædelse og klagerens udgifter ved afgivelse af tilbud under de to udbud med forhandling.

Klageren har derfor heller ikke krav på erstatning i form af negativ kontraktinteresse.

Klagenævnet tager ikke påstanden til følge.

Det bemærkes, at stillingtagen til, om overtrædelsen under de omstændigheder, der er beskrevet i kendelsen af 11. marts 2014, er tilstrækkelig kvalificeret til at kunne danne grundlag for klagerens krav om erstatning, er ufornudden i en situation som den foreliggende, hvor det ligger fast, at klageren deltog i de to udbud med forhandling, og der således ikke er årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og klagerens tab.

Sagsomkostninger

Klageren fik ved kendelse af 11. marts 2014 tilkendt 50.000 kr. i sagsomkostninger vedrørende den del af sagen, som blev afsluttet med kendelsen.

Da klagen er indgivet til klagenævnet efter den 1. juni 2013, tilkendes der ved denne kendelse indklagede sagsomkostninger, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 4.

Klageren skal herefter vedrørende denne del af sagen betale 50.000 kr. i sagsomkostninger til indklagede.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Bygningsstyrelsen, frifindes.

Klageren skal betale 50.000 kr. i sagsomkostninger til indklagede.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig