

K E N D E L S E

UAB Tauro Zenklas
(advokat Kåre Wanscher, København)

mod

Vejdirektoratet
(advokat Kristian Hartlev, København)

Den 24. september 2012 indgav UAB Tauro Zenklas (klageren) en klage til klagenævnet over et udbud efter udbudsdirektivet, som Vejdirektoratet (indklagede) havde iværksat af en entreprise om udførelse af vind- og støjskærme på Vejlefyordbroen. Ved kendelse af 3. september 2013 tog klagenævnet klagerens påstand 1 om, at indklagede havde handlet i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip til følge og annullerede indklagedes tildelingsbeslutning (påstand 2). Klageren havde forbeholdt sig at rejse krav om erstatning.

I et klageskrift af 24. september 2013 har klageren nedlagt påstand om erstatning. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende

Påstand 3

Indklagede skal til klageren betale 17.116.763,06 kr. med procesrente fra 24. september 2013.

Indklagedes påstand er frifindelse.

Klageren har opgjort sit erstatningskrav således:

Klagerens tilbud		35.302.314,97 kr.
Med fradrag af:		
Alle omkostninger til materialer	13.321.095,24	
Samlede lønomkostninger	3.990.024,72	
Færdselsregulerende foranstaltninger	289.477,33	
Stilladser	29.461,53	
Værktøj og udstyr til anlægsarbejder	306.611,77	
Omkostninger i forbindelse med AB 92	<u>248.881,32</u>	<u>18.185.551,91 kr.</u>
I alt		17.116.763,06 kr.

Indklagede har ikke bestridt ansvarsgrundlaget, men har bestridt, at der er årsagssammenhæng mellem den konstaterede overtrædelse og klagerens eventuelle tab og opgørelsen af klagerens tab.

Oplysningerne i sagen

Foruden klageren afgav CG Jensen A/S tilbud på den udbudte entrprise. Tildelingskriteriet var »laveste pris«. Klagerens tilbud lød på 35.302.314 kr. og tilbuddet fra CG Jensen A/S på 36.822.000 kr. Indklagede tildelte kontrakten til CG Jensen A/S under henvisning til, at klagerens faglige og økonomiske formåen ikke fandtes at være tilstrækkelig til at udføre entreprisen. Ved kendelse af 22. oktober 2012 fandt klagenævnet ikke grundlag for at tillægge klagen opsættende virkning, idet kravet om uopsættelighed ikke var opfyldt. Det blev anført, at klagen ikke var udsigtsløs, men klageren havde ikke overholdt den frist på en uge, der var fastsat i udbudsbekendtgørelsen for fremsendelse af de krævede oplysninger. Klagerens påstand 1, som klagenævnet tog til følge i kendelsen af 3. september 2013, var sålydende:

»Indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med EU-udbud af en entreprise på vind- og støjskærme på Vejle Fjord Broen at have fundet klageren uegnet til at deltage i udbuddet, selv om det ikke af udbudsbekendtgørelsen fremgår, hvilke oplys-

ninger indklagede ville lægge vægt på under kriterier om økonomisk og finansiell formåen og om faglig og teknisk viden eller evne.«

I klagenævnets begrundelse hedder det bl.a.:

»Indklagedes udbudsbekendtgørelse af 20. juni 2012 indeholder ikke krav til tilbudsgiverne om afgivelse af oplysninger om tilbudsgiverens økonomiske og finansielle kapacitet eller tekniske kapacitet, og den mulighed, ordregiveren har efter udbudsdirektivets artikel 51 for at anmode om oplysninger hos en tilbudsgiver, forudsætter, at disse oplysninger skal supplere eller uddybe allerede afgivne oplysninger.

Indklagede har derfor ikke efter udbudsbekendtgørelsen haft grundlag for ikke at anse klageren for egnet til at deltage i udbuddet, og indklagede har derfor handlet i strid med udbudsreglernes ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2. Det bemærkes herved, at indklagede ikke stillede krav om oplysninger til brug for vurderingen af den vindende tilbudsgivers egnethed.«

Som anført i kendelsen fremgik det af udbudsbekendtgørelsen, at entreprenøren skulle stille sikkerhed svarende til 15 % af entreprisesummen. På et spørgsmål fra indklagede oplyste klageren i en e-mail af 4. september 2012, at klagerens garantistiller ville blive forsikringsselskabet ADB Ergo. Den 10. september 2012 skrev forsikringsselskabet blandt andet følgende til klageren:

»På baggrund af de under mødet forelagte oplysninger meddeler vi hermed, at vi kan udstede arbejdsgarantier for de nedennævnte kontrakter med følgende betingelser:

1. 85 procent af garantibeløbet sikres ved pantsætning af fast ejendom godkendt af os;
2. 100 procent af garantibeløbet sikres ved garantier stillet af fysiske personer godkendt af os + 40 procent ved deponerede midler;
3. 100 procent af garantibeløbet sikres ved modgaranti stillet af en virksomhed godkendt af os.

Den foreløbige årlige betalingstakst ville være 2,8 procent. For en mere detaljeret risikovurdering bedes De forelægge præcise oplysninger om supplerende sikringsmetoder.«

Det fremgår af entreprisekontrakten mellem indklagede og CG Jensen A/S, at kontraktens tidsfrister blev ændret, således at færdiggørelsesfristen blev fastsat til 1. august 2012.

I en henvendelse af 10. oktober 2013 til Tryg Garantiforsikring har indklagede givet følgende oplysninger om klageren:

	Omsætning	Overskud/underskud	Egenkapital
2010	9 mio. kr.	9.500 kr.	4,5 mio. kr.
2011	6,75 mio. kr.	-1,8 mio. kr.	2,6 mio. kr.
2012	7,5 mio. kr.	-1,2 mio. kr.	1,3 mio. kr.

Det er oplyst, at indklagede efter et udbud den 18. juli 2012 indgik kontrakt med klageren om opførelse af en støjskærm i Rødovre (Vestvolden). I brev af 27. september 2012 fra indklagede til klageren hedder det blandt andet:

»...

I forbindelse med entreprise H3.04.45 [Støjskærm, Rødovre], har Vejdirektoratet i flere mailskrivelser og med frister anmodet om modtagelse af den aftalte garantistillelse for nærværende entreprise, og uden hvilken vi ikke har det nødvendige grundlag for kontraktindgåelse.

Med nærværende skrivelse, og jævnfør dagens møde, skal vi således meddele UAB TAURO ZENKLAS en sidste frist for modtagelse af garantistillelse, som er mandag den 1. oktober kl. 12:00.

Modtager vi ikke den aftalte garantistillelse på det anførte tidspunkt, anses kontrakten for annulleret, hvilket vi efterfølgende vil meddele UAB TAURO ZENKLAS.«

Ved brev af 2. oktober 2012 ophævede indklagede kontrakten. Det hedder i brevet:

»Vejdirektoratet indgik den 18. juli 2012 kontrakt med UAB TAURO ZENKLAS om udførelse af entreprise H3.04.45 støjskærm ved Vestvolden, Rødovre. Det følger af AB 92 § 6, stk. 1, at entreprenøren senest 8 arbejdsdage efter entrepriseaftalens indgåelse skal stille sikkerhed for opfyldelse af sine forpligtelser over for bygherren.

Fra tidspunktet for kontraktens indgåelse er UAB TAURO ZENKLAS ved flere lejligheder blevet opfordret til at stille den nødvendige sikkerhedsstillelse, men en sådan er fortsat ikke modtaget.

Vejdirektoratet sendte ved skrivelse af 27. september 2012 påkrav til UAB TAURO ZENKLAS om at stille den fornødne sikkerhedsstillelse ikke senere end mandag d. 1. oktober 2012, kl. 12.00 med oplysning om, at kontrakten i modsatte fald ville blive ophævet.

Pr. dags dato er sikkerhedsstillelsen fortsat ikke modtaget.

På denne baggrund skal Vejdirektoratet meddele, at kontrakt vedr. entreprise H3.04.45 Støjskærm ved Vestvolden, Rødvore, af 18. juli 2012, hermed ophæves, da det er en væsentlig forudsætning for kontraktens udførelse, at der stilles fornøden sikkerhedsstillelse, jf. AB 92 § 40, stk. 1, nr. 2.«

I brev af 29. november 2012 ophævede indklagede den entreprisekontrakt, som indklagede tidligere på måneden havde indgået med klageren om »autoværnstiltag Sjælland«. Det hedder bl.a. i brevet:

»Vejdirektoratet ophæver herved entreprisekontrakt med Tauro Zenklas UAB, Entreprise: H30-Sydmotorvejen, DH30.02. Autoværnstiltag Sjælland, Entreprise DH30.02.70 Udstyr.

Ifølge den indgåede entreprisekontrakt skal entreprenøren stille sikkerhed i overensstemmelse med kontrakten på kr. 355.542,45 i form af garanti fra ERGO som sikkerhed for entreprisens fuldførelse.

...

Af ”Følgrebrev til entreprisekontrakt” sendt den 9. november 2012 til Tauro Zenklas UAB ... fremgår ... Vejdirektoratet skal for god ordens skyld, henlede opmærksomheden på at sikkerhedsstillelsen skal være modtaget hos Vejdirektoratet senest 8 dage efter underskrivelsen af kontrakt, at intet arbejde må påbegyndes, før sikkerhedsstillelsen er tegnet og godkendt af Vejdirektoratet, og at konsekvensen af manglende efterlevelse heraf vil være, at den indgåede straks ophæves”.

Ved mail den 13. november oplyste Vejdirektoratet bl.a., at ”Vejdirektoratet straks vil ophæve den indgåede kontrakt med henvisning til manglende efterlevelse af kravet om sikkerhedsstillelse”, såfremt Vejdirektoratet ”ikke senest tirsdag den 27/11-2012 kl. 10:00 har modtaget original sikkerhedsstillelse fra sikkerhedsstiller/garant indeholdende den

krævede sikkerhed på kr. 355.542,45, som kan godkendes af Vejdirektoratet”.

Som svar på Tauro Zenklas’ mail, ”27. november 2012 09:10”, om forlængelse af fristen for modtagelse af sikkerhedsstillelsen meddelte Vejdirektoratet ved mail, ”27. november 2012 12:32”, at ”Vejdirektoratet vil acceptere en udskydelse af fristen for modtagelse af original sikkerhedsstillelse fra sikkerhedsstiller/garant indeholdende den krævede sikkerhed på kr. 355.542,45, som kan godkendes af Vejdirektoratet, fra i dag, tirsdag den 27. november 2012, kl. 10.00, til inden udløbet af i dag, tirsdag den 27. november 2012”. Samtidig oplyste Vejdirektoratet, at den originale sikkerhedsstillelse skal modtages på adressen: Vejdirektoratet, Toldbuen 6, 4700 Næstved, Danmark.

Vejdirektoratet modtog med mail onsdag den 28. november 2012 kl. 07:59 ”PERFORMANCE BOND No. AT 57155 (by the insurance policy No. 710-451-57155), udstedt af “ADB ERGO Lietuva”.

Vejdirektoratet har imidlertid ikke på den oplyste adresse inden udløbet af tirsdag den 27. november 2012, som krævet, modtaget ”original sikkerhedsstillelse fra sikkerhedsstiller/garant indeholdende den krævede sikkerhed på kr. 355.542,45, som kan godkendes af Vejdirektoratet”.

Med henvisning hertil ophæver Vejdirektoratet den indgåede kontrakt.«

Opgørelsen af klagerens erstatningskrav

Det fremgår af klagerens tilbud, at tilbudsprisen fordelt på hovedposter fremkommer således:

01. Arbejdsplads	1.491.023,00 kr.
09. Diverse arbejder	667.354,00 kr.
72. Støjskærme	<u>33.143.937,97 kr.</u>
I alt ekskl. moms	35.302.314,97 kr.

Klagerens priser for de enkelte dele af leverancen fremgår af klagerens tilbudsliste.

Klageren har til brug for beregningen af den mistede avance på de dele af leverancen, der vedrører støjskærme (hovedpost 72, samlet pris 33.143.937,97 kr.), fremlagt en revideret tilbudsliste med angivelse af de priser, klageren kunne købe de pågældende ydelser for, i alt 17.638.190,18

kr. Klageren har derudover fremlagt en række kalkulationsbilag, hvori er angivet en række priser med 7 decimaler. Tilbudslistens post 72-60-300 til 304 omhandler levering af akrylplader til i alt 12.461.751,02 kr. Klageren har oplyst, at erstatningskravet fremkommer på baggrund af et tilbud for Vink Plast AS, hvis tilbud var det billigste af i alt 3 indhente tilbud. Det synes at fremgå, at denne delleverance indgår i erstatningsberegningen med 6.873.338,15 kr. og i tilbudslisten med 12.461.751,02 kr. , hvorved der ville være realiseret en fortjeneste på 45 % af tilbudsprisen. Tilsvarende har klageren beregnet en fortjeneste på 54 % af tilbudsprisen for så vidt angår aluminiumslodposter (post 72-18-01).

Klageren har fremlagt en oversigt over omkostninger til værktøj og udstyr og til sikkerhedsstillelse efter AB 92.

Klageren har udarbejdet følgende samlede opgørelse over de omkostninger, som klageren ville have haft ved at udføre entreprisen. Der er taget udgangspunkt i klagerens indkøbspriser i litauiske Litas, som er omregnet til danske kroner til kurs 2,15517, hvortil klageren har medregnet et vekselgebyr på 4 %:

Omkostninger til materialer	13.321.095,24 kr.
Lønomkostninger til medarbejdere	3.990.024,72 kr.
Færdselsregulerende foranstaltninger	289.477,33 kr.
Stilladser	29.461,53, kr.
Værktøj og udstyr til anlægsarbejder	306.611,77 kr.
Omkostninger i forbindelse med AB 92 (garanti- stillelser)	248.881,32 kr.
Samlede omkostninger	<hr/> 18.185.551,91 kr.

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den konstaterede overtrædelse af EU-udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver afgav tilbud med den laveste pris uden at få kontrakten. Indklagede har erkendt at have handlet ansvarspådragende, og at der dermed foreligger et ansvarsgrundlag. Beviskravene til årsagssammen-

hæng og tabets størrelse bør lempes som følge af det meget klare ansvarsgrundlag. Der er årsagssammenhæng mellem indklagedes ansvarspådragende handling og klagerens tab. Hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne, ville klageren have fået tildelt kontrakten, hvorfor klageren har krav på erstatning svarende til den positive opfyldelsesinteresse. Tildelingskriteriet var »laveste pris«; der var kun to tilbudsgivere, og klagerens tilbud indeholdt den laveste pris. Det er derfor indklagede, der skal bevise, at indklagede ville have annulleret udbuddet, hvis indklagede ikke havde afvist klageren, og at en sådan annulation ville have været saglig.

For så vidt angår entreprise DH30.02.70 blev kontrakt indgået den 23. november 2012 og ophævet den 29. november 2012 – længe efter beslutningen om afvisning af klageren af 14. september 2012. Dette viser, at den viden, som indklagede måtte have opnået i forbindelse med dette udbud, ikke kan have haft indflydelse på beslutningen om afvisning af klageren af 14. september 2012. Kontrakten vedrørende støjskærm i Rødovre blev først ophævet den 2. oktober 2012. At indklagede efter afvisningen af klageren den 14. september 2012 indgik aftale med CG Jensen A/S viser, at indklagede ønskede at gennemføre udbuddet, der skulle udføres så hurtigt som muligt henset til en smidig afvikling af sommertrafikken over Vejle fjordbroen. Dette understøttes af udbudsbekendtgørelsens punkt II.3 om »Kontraktens varighed eller frist for dens opfyldelse«, hvoraf fremgår »Varighed i måneder: 9 (fra tildeling af kontrakten)«. Indklagedes angivelse om, at indklagede af blandt andet sikkerhedsmæssige årsager ville have annulleret udbuddet, kan ikke lægges til grund, da det må antages, at risikoen for uheld under arbejdets udførelse ville have været større, såfremt opgaven var blevet udbudt på ny og gennemført i sommerperioden, hvor der er mere trafik.

Klageren bestrider, at indklagede på tidspunktet for afvisning af klageren på baggrund af de af klageren fremsendte oplysninger besad en viden, som medførte, at indklagede ville have været nødsaget til at annullere udbuddet, og at annulationen ville have været saglig. Klagerens årsager til ikke at stille sikkerhed vedrørende de andre kontrakter er ikke meddelt indklagede, og det er derfor ikke korrekt, at klageren igennem længere tid ikke havde været i stand til at stille sikkerhed. Klageren, der er specialist på området,

har fremlagt dokumentation for sin faglige formåen og for, at klagerens garantistiller – det litauiske forsikringselskab Ergo – havde tilkendegivet at stille sikkerhed i udbuddet omfattet af nærværende klagesag og i udbuddet vedrørende støjskærmen i Rødovre.

Klageren har med hensyn til opgørelsen af erstatningskravet navnlig gjort gældende, at klagerens tilbudspris var rimelig i forhold til markedsprisen. Tilbuddet fra CG Jensen A/S var således kun 4,1 % højere. Klagerens beregninger baserer sig på klagerens indkøbspriser i litauiske Litas, som er omregnet til danske kroner til kurs 2,15517. Hertil er medregnet et vekselgebyr på 4 %. I opgørelsen er medregnet alle omkostninger til materialer samt arbejdskraft, inkl. forsikringer, rejseomkostninger og omkostninger til ophold under projektet. Det samlede resultat giver dermed et realistisk billede af klagerens reelle omkostninger.

Det havde ikke været nødvendigt med ekstra kapacitet og yderligere administrative omkostninger i forbindelse med gennemførelse af entreprisen, da klageren havde tilstrækkelige ressourcer. Klageren har stor erfaring med arbejde i vinterperioden, idet vinteren i Litauen er væsentlig hårdere end i Danmark.

At klagerens beregninger af mistet fortjeneste er foretaget af klageren selv, og hovedparten af de fremlagte tal og bilag stammer fra klagerens eget økonomisystem, skyldes, at projektet ikke blev gennemført af klageren, og at klageren derfor alene kan dokumentere, hvad klageren forventede at tjene på opgaven. Klageren kan ikke dokumentere udgifter, der aldrig er blevet afholdt. En stor del af de tilbud, klageren har modtaget fra klagerens faste leverandører, foreligger kun mundtligt. Klagerens resultater fra 2009 til 2011 skyldes en kolossal reduktion af byggeriet i Litauen i denne periode, hvilket også illustreres af, at klagerens indtægter i 2007 var på 11.263.745 kr. og i 2008 på 19.767.740 kr. Klagerens betydelige avance er ikke usædvanlig for entreprenørbranchen.

Indklagede har ikke bestridt, at der efter klagenævnets kendelse af 3. september 2013 foreligger en ansvarspådragende handling og dermed et ansvarsgrundlag. Der er imidlertid ikke årsagssammenhæng mellem indklagedes handling og det påståede tab. Der er ikke grundlag for hverken at lempe

klagerens bevisbyrde eller øge indklagedes under henvisning til overtrædelsens karakter. Det er ikke åbenbart, at klageren ville have fået tildelt kontrakten, og det påhviler klageren at bevise dette. Endvidere har indklagede sandsynliggjort, at klageren ikke ville have fået kontrakten, og det er samtidig overvejende sandsynligt, at klageren ikke ville have været i stand til at løfte entreprisen.

Det er fastslået, at ordregivere ikke har en kontraheringspligt. Indklagede var ved modtagelsen af de to tilbud ikke klar over, om klageren kunne løfte den udbudte entreprise sikkerhedsmæssigt forsvarligt og økonomisk. Derfor indhentede indklagede oplysninger om klagerens formåen i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen. Klagerens referenceliste dokumenterede ikke, at klageren havde den fornødne erfaring, klagerens årlige omsætning udgjorde kun omkring en femtedel af den tilbudte entripresum, sikkerhedsstillelsen var over tre gange så stor som klagerens egenkapital, og klageren havde igennem en længere periode ikke stillet den krævede sikkerhedsstillelse i en mindre entreprise. Hvis indklagede havde været bekendt med – efter at have modtaget oplysningerne fra klageren – at indklagede ikke lovligt kunne udelukke klageren som uegnet, er det åbenbart, at indklagede ville have været nødsaget til at annullere udbuddet, da denne handling ville bunde i samme bevæggrund, som indklagede havde for at udelukke klageren. Da det ikke havde været forsvarligt at tildele kontrakten til klageren, havde en annullation af udbuddet ikke været usaglig. De to kontrakter, som klageren faktisk fik tildelt og indgik kontrakt med indklagede om, var helt ukomplicerede entrepriser med markant mindre kontraktsummer.

Klageren har ikke godtgjort, at klageren havde været i stand til at opfylde kontrakten, og indklagede har ved ophævelsesskrivelserne af 2. oktober 2012 og 29. november 2012 bevist, at klageren i hvert fald i perioden 18. juli 2012, hvor entrepriseaftale om støjskærmen ved Vestvolden blev indgået, til 27. november 2012 ikke kunne stille den sikkerhed, som var en forudsætning for at gennemføre kontrakten. Den sikkerhed, der skulle stilles, var omtrent ti gange større end de to andre sikkerhedsstillelser, som klageren bevisligt ikke kunne stille. E-mailen af 10. september 2012 fra klagerens garantiselskab, Ergo, er blot en tilkendegivelse og dokumenterer ikke, at klageren havde et forpligtende tilbud på fastlagte vilkår om sikkerheds-

stillelse. Det er ikke oplyst, hvilke oplysninger forsikringselskabet blev forelagt, der er tale om en foreløbig betalingstakst, og det fremgår af e-mailen, at det er nødvendigt med præcise oplysninger om supplerende sikringsmetoder. Henset til klagerens egenkapital er det ikke sandsynligt, at klageren kunne opfylde betingelserne om godkendt pant i fast ejendom, garanti fra fysisk person, deponering af et i forhold til klagerens egenkapital betydeligt beløb og stille en garanti fra en godkendt virksomhed. Den udeblevne sikkerhedsstillelse vedrørende kontrakten om støjskærme ved Vestvolden har ikke indgået i indklagedes vurdering af klagerens økonomiske formåen.

Hensynet til arbejdets færdiggørelse ville ikke have medført, at indklagede ikke ville have annulleret udbuddet og i stedet tildelt kontrakten til klageren. Indklagede kunne med et genudbud den 14. september 2012 og en forcering af tidsplanen have udbudt kontrakten med aflevering på samme tidspunkt. Hertil kommer, at indklagede – som det fremgår af kontrakten med CG Jensen A/S – efter omstændighederne var indstillet på, at afleveringsdatoen blev rykket til efter sommerferien.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at klageren ikke har godtgjort at have lidt noget tab som følge af indklagedes afvisning af klagerens tilbud. Bevisbyrden for, at et tab er lidt, skærpes, når klagerens opgørelse af sit tab bygger på noget så usædvanligt som en nettoavance på 48 %. Klagerens egenproducerede opgørelse indeholder alene oplysninger for nogle af tilbudsposterne, og en række af de bagvedliggende beregninger er revideret efter tilbudsfristen. Tilbudsposterne kan ikke betragtes isoleret, da der er tale om en samlet udførelse af entreprisen og ikke enkeltleveringer af materialer fra en tilbudsliste. Klagerens beregning af avancen på de enkelte poster kan være fastlagt helt arbitrært af klageren. For eksempel er klagerens omkostninger til arbejdsplads prissat urimeligt lavt til omkring 1,5 mio. kr. og udgår reelt i klagerens opgørelse. Klageren må således enten have misforstået, hvordan arbejdspladsen skulle etableres, og arbejdet udføres, eller have indregnet prisen til etablering og vedligeholdelse af arbejdspladsen i de øvrige poster. Klageren har heller ikke medregnet omkostninger til vinterforanstaltninger, ligesom der er fejl i klagerens beregning af udgiften til »Vejarbejder-montør«.

Klageren kan kun få erstattet den sædvanlige nettoavance og ikke bruttoavancen, og klageren har udeladt en række elementer, der sædvanligvis skal medtages, når krav på erstatning for positiv opfyldelsesinteresse skal opgøres. Klageren har f.eks. ikke taget højde for generelle administrative omkostninger, tilbudsomkostninger, frigjort kapacitet, frigørelse for den risiko, der er ved gennemførelse af en entreprise, og om kontraktens omfang ville have nødvendiggjort en kapacitetsudvidelse. Der må også tages hensyn til den betydelig usikkerhed, der er knyttet til, om klageren overhovedet ville have opnået en fortjeneste på den store og komplekse entreprise, der ville have femdoblet klagerens omsætning. Klageren har ikke tilvejebragt oplysninger om gennemsnitlige dækningsbidrag, og det er efter klagerens resultater i perioden 2009 til 2011 helt urealistisk, at klageren skulle kunne oppebære en nettoavance på næsten 50 %.

Klagerens udokumenterede omkostning på 29.461,53 kr. til stillads er uhørt lav, og en række priser i erstatningsopgørelsen er ikke understøttet af tilbud eller lignende, men bygger alene på angivne mundtlige tilbud. Klageren har heller ikke dokumenteret den udgift, der er forbundet med transport af materialer frem til arbejdsstedet. Klageren har ikke oplyst, hvilke opgaver de angivne medarbejdere skulle have hos klageren, og antallet udgør en så betydelig andel af klagerens samlede medarbejdere, at klageren ville være ude af stand til at varetage klagerens andre opgaver i en periode på 9 måneder. Det er derfor overvejende sandsynligt, at klageren faktisk ville have behov for kapacitetsudvidelse, eller at klageren ikke har iagttaget sin tabsbegrænsningspligt ved at sende medarbejderne i arbejde andetsteds. Heller ikke klagerens opgørelse af sine udgifter til sikkerhedsstillelse, jf. AB 92 § 6, stk. 2 og 3, kan lægges til grund.

Klagenævnet udtaler:

Der er ved kendelsen af 3. september 2013 konstateret en overtrædelse af EU-udbudsreglerne i forbindelse med indklagedes udbud af en kontrakt om udførelse af vind- og støjskærme på Vejlefjordbroen, og klagenævnet kan pålægge indklagede at yde klageren erstatning for det tab, som denne har lidt som følge af overtrædelsen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., § 14, stk. 1.

Navnlig efter de fremkomne oplysninger om klagerens omsætning og egenkapital set i forhold til størrelsen og kompleksiteten af den udbudte kontrakt har indklagede sandsynliggjort, at udbuddet ville være blevet annulleret, såfremt indklagede ikke havde bortset fra klagerens tilbud, der havde den mindste pris. En annulation under disse omstændigheder ville ikke have været usaglig.

Hertil kommer, at indklagede den 18. juli 2012 tildelte en kontrakt til klageren vedrørende udbud om »Støjskærm Rødovre« (Vestvolden) til en væsentlig lavere værdi, og at indklagede i nær tidsmæssig sammenhæng med anmodningen i nærværende sag om oplysninger om klagerens omsætning og referencer samt bekræftelse på sikkerhedsstillelse gentagne gange måtte rykke for sikkerhedsstillelsen, og den 2. oktober 2012 ophævede den pågældende kontrakt, da klageren ikke havde stillet garanti i henhold til den tildelte kontrakt. På denne baggrund har klageren ikke alene med erklæringen af 10. september 2012 fra ADB ERGO sandsynliggjort, at klageren ville være i stand til at stille den betydeligt større garanti, der i henhold til kontrakten vedrørende Vejlefjordbroen skulle stilles, og dermed opfylde kontrakten.

Klagerens påstand om erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse kan derfor ikke tages til følge, og det er derfor ikke nødvendigt at tage stilling til opgørelsen af klagerens erstatningskrav, der kun på få punkter er dokumenteret og med en dækningsgrad på knapt 50 % forekommer at ligge langt uden for, hvad der må anses for en sædvanlig nettoavance.

Da klageren ikke har nedlagt påstand om negativ kontraktinteresse, er der ikke anledning til at tage stilling til, om et krav herom ville kunne imødekommes.

Klageren fik ved kendelsen af 3. september 2013 tilkendt 20.000 kr. i sagsomkostninger. Da klagen er indgivet inden 1. juni 2013, tilkendes der ikke indklagede sagsomkostninger ved denne kendelse, jf. bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Vejdirektoratet, frifindes for det af klageren, UAB Tauro Zenklas, rejste erstatningskrav.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen