

K E N D E L S E

Balle Blik & VVS ApS
(advokat Jeppe Svenning, Århus)

mod

Boligselskabet Sct. Jørgen
(advokat Tom Uldall Hansen, Holstebro)

Den 7. april 2010 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne nr. 1-5 i sagen. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstande nr. 6-7 om erstatning, indtil klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 12. august 2010.

Klageren har nedlagt følgende erstatningspåstande:

Påstand 6

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.290.976,26 kr. med procesrente fra 21. januar 2010.

Påstand 7 (subsidiær i forhold til påstand 6)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 1.290.976,26 kr. med procesrente fra 21. januar 2010.

Klageren har opgjort sit krav således:

1. Klagers tilbud	4.874.778,00 kr.
2. Materialer	-2.090.000,00 kr.
3. Arbejdsløn	-862.512,00 kr.
4. Sociale omkostninger (49 % af pkt. 3)	<u>-422.631,00 kr.</u>

5. Lærlinge arbejds løn	-104.000,00 kr.
6. Sociale omkostninger (49 % af pkt. 5)	-50.960,00 kr.
7. Blikarbejde (arbejds løn)	-110.000,00 kr.
8. Arbejde vedrørende »huller« (løn og materialer)	-100.000,00 kr.
9. Underentreprise – isolering (løn og materialer)	-160.000,00 kr.
10. Dækningsbidrag	974.675,00 kr.
11. Anslået yderligere dækningsbidrag (22 % af ekstraarbejder på 1.437.733 kr.)	316.301,26 kr.
Mistet dækningsbidrag i alt	1.290.976,26 kr.

Indklagede har ikke størrelsesmæssigt bestridt post nr. 1, 7, 8 og 9, men har bestridt de øvrige poster størrelsesmæssigt. Indklagede er enig i, at sociale omkostninger (post nr. 4 og 6) kan sættes til 49 %, men indklagede finder det ikke godtgjort, at arbejds lønnen inklusiv sociale omkostninger (post 3-6) alene ville være på i alt 1.440.103 kr. Indklagede har herved anført, at der ikke er dokumentation for, at lærlinge ville være anvendt, ligesom der ved beregningen af dækningsbidrag er udeladt overenskomstillæg på 3 % samt bygningstillæg på 25 %. Disse korrektioner fører til et dækningsbidrag på maksimalt 6,35 %, hvilket tillige påvirker post nr. 11. Hertil kommer, at der ifølge rørprisen, som klageren har lagt til grund ved sine beregninger, kan være en række yderligere tillæg, som kan bevirke, at der slet ikke er noget positivt dækningsbidrag på sagen. Beregningsgrundlaget for post nr. 11 er i hvert fald sat 12.500 kr. for højt.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 7. april 2010 konstaterede klagenævnet, at indklagede har overtrådt tilbudsloven således:

Ad påstand 1:

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2, idet indklagede ved vurderingen af laveste tilbud ikke medregnede beløbet i tilbudslisten og beløbet i arket med »særpriser« i en samlet tilbudssum.

Ad påstand 2:

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 ved at tage tilbuddet fra A. Grummesgaard VVS & Blik ApS i betragtning, uanset at dette tilbud var ukonditionsmæssigt, idet A. Grummesgaard VVS & Blik ApS ikke afgav tilbud på »særpriser«.

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

Klageren har nærmere anført, at indklagede skulle have afvist tilbuddet fra A. Grummesgaard VVS & Blik ApS som ukonditionsmæssigt, og at indklagede ikke foretog en professionel og saglig vurdering af tilbuddet

Indklagede har gjort gældende, at indklagede alene har begået en formel fejl.

Ad erstatningskravet:

Klageren har gjort gældende, at havde indklagede ikke handlet i strid med tilbudsloven og erstatningspådragende, ville klageren have fået kontrakten om det udbudte bygge- og anlægsarbejde. Klageren har derfor krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren ville have fået kontrakten, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ligesom klageren ikke har bevist, at det er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse.

Ved en eventuel beregning af en positiv opfyldelsesinteresse skal der tages højde for, at markedet var meget presset på det pågældende tidspunkt, hvorfor det har formodningen imod sig, at dækningsbidraget har været særlig højt. Dette bestyrkes af, at A. Grummesgaard Blik & VVS ApS, der vandt licitationen med et tilbud, som var 7.000 kr. lavere end klagerens, har aflagt årsrapport for regnskabsåret 2008/2009 med en bruttofortjeneste på 3.130.786 kr. og personaleomkostninger på 3.490.045 kr., svarende til et

dækningsbidrag før renter og finansielle poster på – 359.259 kr. I ledelsesberetningen er anført, at årets resultat er påvirket af mindre indtjening end forventet på større licitationsarbejde.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Indklagede har handlet i strid med tilbudsloven ved at indgå kontrakt med A. Grummesgaard VVS & Blik ApS og ikke med klageren, der havde afgivet det laveste, konditionsmæssige tilbud.

Indklagede har derfor handlet erstatningspådragende over for klageren, og kravene om årsagsforbindelse mellem indklagedes handlemåde og klagerens tab og om, at et tab skal være påregneligt for indklagede, er opfyldt.

Ad erstatningskravet:

Da klageren har bevist, at klageren skulle have haft kontrakten i stedet for A. Grummesgaard VVS & Blik ApS, er klagerens tab i et tilfælde som det foreliggende den positive opfyldelsesinteresse.

Klageren har bevisbyrden for, i hvilket omfang der er lidt et tab. Parterne er i vidt omfang enige om de beløb, der indgår i tabsopgørelsen; men indklagede har identificeret nogle standardtillæg, herunder overenskomstillæg og bygningstillæg, som klageren har udeladt af beregningerne. Klagenævnet finder, at klageren ikke har sandsynliggjort, at ingen af disse standardtillæg ville være betalt, hvis klageren havde fået opgaven tildelt.

Klagenævnet fastsætter derfor erstatningen skønsmæssigt ud fra de foreliggende oplysninger. Klagenævnet finder det sandsynliggjort, at der ville have været et positivt dækningsbidrag på entreprisen, men finder efter et samlet skøn, at dette ville have været væsentligt lavere end beregnet af klageren. Klagenævnet tiltræder, at det ved tabsopgørelsen må lægges til grund, at ekstraarbejderne i entreprisen også ville være blevet udført af klageren, hvis klageren havde fået opgaven tildelt. Ved den skønsmæssige fastsættelse af erstatningen tages der hensyn til, at klageren er frigjort for den risiko, der er ved gennemførelse af en entreprise.

Indklagede skal herefter til klageren betale 400.000 kr. med renter som påstået.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Boligselskabet Sct. Jørgen, skal til klageren, Balle Blik & VVS ApS, betale 400.000 kr. med procesrente fra den 21. januar 2010.

Indklagedes skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 25.000 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.

Søren Holm Seerup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig