

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Wayne Jensen, Gorm K. Elikofer)

J.nr.: 03-228.335

2. december 2004

K E N D E L S E

Banverket
(advokat Anette Ryde, København)

mod

Nordjyske Jernbaner A/S
(advokat Birte Rasmussen, Aalborg)

Den 21. juni 2004 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1 - 6. Denne kendelse vedrører klageren, Banverkets erstatningspåstande. Erstatningspåstandene har været behandlet på et møde den 22. november 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 7

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 7.282.202 kr. med procesrente fra 6. juli 2004.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 967.692 kr. med procesrente fra 6. juli 2004.

Indklagede har nedlagt følgende påstande:

Principal: Frifindelse.

Subsidiært:

Indklagede tilpligtes at betale et beløb mindre end 967.692 kr. med procesrente fra den 6. juli 2004.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 7 således:

1. Interne omkostninger i forbindelse med behandlingen af klagesagen		
a. Anders Jonsson 40 timer á 465 SEK	14.880 kr.	
b. Rejseudgifter 3 togrejser á 950 SEK	<u>2.280 kr.</u>	17.160 kr.
2. Mistet dækningsbidrag. Klagerens kalkulation vedrørende revideret tilbud på scenario 1		7.072.042 kr.
3. Advokatomkostninger i forbindelse med behandlingen af klagesagen:		
a. Perioden maj – 23. oktober 2003	66.000 kr.	
b. Perioden 24. oktober - 31. december 2003	14.000 kr.	
c. Perioden 1. januar – 30. juni 2004	78.000 kr.	
d. Skønnede advokatomkostninger til erstatningssagens behandling	<u>60.000 kr.</u>	
	218.000 kr.	
Med fradrag af tilkendte sagsomkostninger ved Klagenævnets kendelse af 21. juni 2004	<u>25.000 kr.</u>	<u>193.000 kr.</u>
		7.282.202 kr.

Klageren har opgjort sit krav i den subsidiaire påstand 8 således:

1. Interne omkostninger vedrørende tilbudsafgivelsen (arbejdsløn, rejseudgifter m.v.):	411.132,00 kr.
2. Omkostninger til konsulentbistand i forbindelse med tilbudsafgivelsen:	346.400,00 kr.
3. Interne omkostninger se påstand 7, punkt 1	17.160,00 kr.
4. Udgift til advokat se påstand 7, punkt 3	<u>193.000,00 kr.</u>
	967.692,00 kr.

Poster, der er opgjort i SEK, er omregnet til DKK, således at 1 SEK svarer til 0,8 DKK. Klageren er momsregistreret såvel i Danmark som Sverige.

Ved første tilbudsafgivelse var klagerens og Banestyrelsens tilbudspriser incl. moms, der var de laveste, følgende:

Klageren:	Banestyrelsen:
139.398.525 kr.	199.866.235 kr.

hvortil kommer et til-
læg på grund af valuta-
klausulen

2.000.000 kr.
141.398.525 kr.

heraf udgjorde posten
afvanding og broer
således at tilbudsprisen
eksklusiv denne post
var

10. 577.100 kr.

77.477.344 kr.

130.821.425 kr.

122.388.891 kr.

Indklagede har oplyst, at tilbudspriserne lå udenfor de økonomiske muligheder, som indklagede havde, men da en sporrenovering var uomgængelig nødvendig for Skagensbanens overlevelse, undersøgte indklagede mulighederne for at udelade dele af projektet fra den kontrakt, der skulle indgås. Valget faldt på »afvanding og broer«, da disse arbejder dels lidt efter lidt kunne udføres af indklagedes eget personel, og da disse arbejder ikke i samme grad var hastende. Under forhandlingerne med tilbudsgiverne oplyste indklagede ikke nogen af tilbudsgiverne om disse overvejelser.

Ved anden tilbudsafgivelse var klagerens og Banestyrelsens tilbudspriser incl. moms følgende:

Klageren:
146.601.199 kr.

Banestyrelsen:
168.767.175 kr.

hvortil kommer et til-
læg på grund af valuta-
klausulen

2.000.000 kr.
148.601.199 kr.

heraf udgjorde posten
afvanding og broer
således at tilbudsprisen
eksklusiv denne post
var

11.449.665 kr.

42.924.025 kr.

137.151.534 kr.

125.843.150 kr.

Den kontrakt, der blev indgået med Banestyrelsen, omfattede ikke afvanding og broer.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 21. juni 2004 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 3, det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke i udbudsbetingelserne at fastsætte præcise mindstekrav, som eventuelle alternative tilbud skal opfylde.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at fastsætte et uklart underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, nemlig underkriteriet »6. Yderligere tiltag, som de bydende foreslår og som opfylder/underbygger funktionskravene og vil blive vurderet positivt«.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den overtrædelse af EU-udbudsreglerne, som anført i påstand 1, 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.

Indklagede har ikke bestridt, at den pågældende overtrædelse af EU-udbudsreglerne indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, men indklagede har gjort gældende, at erstatningsansvaret er bortfaldet på grund af egen skyld hos klageren. Indklagede har nærmere anført, at klageren har udvist egen skyld ved ikke forud for afgivelsen af første tilbud at foretage en nærmere undersøgelse af udbudsbetingelserne og derved konstatere, at der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat præcise mindstekrav til alternative tilbud, og ved ikke i fortsættelse heraf at stille spørgsmål til indklagede med henblik på, at indklagede forud for fristen for afgivelse af tilbud kunne præcisere udbudsbetingelserne på dette punkt.

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende den principale påstand gjort gældende, at klageren som følge af indklagedes overtrædelse anført i påstand 1 ikke fik kontrakten, og at indklagede således ved denne overtrædelse har påført klageren et tab, som skal opgøres på grundlag af klagerens tilbud ved den første tilbudsafgivelse. Klageren har nærmere anført, at klageren har ført bevis for,

at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne som anført i påstand 1, havde en reel mulighed for at få kontrakten, og at klageren derfor har krav på erstatning efter positiv opfyldelsesinteresse. Klageren har videre gjort gældende, at indklagede ikke har ført bevis for, at indklagede på grund af sine økonomiske forhold ikke havde mulighed for at indgå kontrakt om arbejdets udførelse på grundlag af klagerens tilbud under den første tilbudsgivning.

Klageren har ikke vedrørende den subsidiære påstand gjort gældende, at indklagede, hvis indklagede ikke havde overtrådt EU-udbudsreglerne som anført i påstand 1, ikke ville have afgivet tilbud ved første tilbudsafgivelse. Klageren har heller ikke gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde overtrådt EU-udbudsreglerne som anført i påstand 1, ikke ville have afgivet et tilbud ved anden tilbudsafgivelse. Klageren har derimod nedlagt den subsidiære påstand, fordi klageren, uanset om klageren kan godtgøre at have krav på erstatning efter positiv kontraktsinteresse, under alle omstændigheder på grund af indklagedes overtrædelse har krav på erstatning efter negativ kontraktsinteresse.

Indklagede har bestridt, at indklagedes overtrædelse anført i påstand 1 har forårsaget noget økonomisk tab for klageren.

Indklagede har i første række gjort gældende, at klagerens tilbud under den første tilbudsafgivelse under alle omstændigheder ikke kunne have ført til, at der var blevet indgået kontrakt på grundlag af dette tilbud, fordi både dette tilbud og de øvrige hovedtilbud økonomisk væsentligt oversteg de økonomiske muligheder, som indklagede havde i forbindelse med renoveringen af Skagensbanen. Såfremt indklagede alene havde haft mulighed for at indgå kontrakt på grundlag af tilbudene ved første tilbudsafgivelse, skulle indklagede have annulleret udbudet.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at den manglende præcise angivelse i udbudsbetingelserne af mindstekravene for alternative tilbud som anført i påstand 1 har været uden betydning både for klagerens tilbudsafgivelse og for indklagedes gennemførelse af udbudet efter forhandling, og at den pågældende mangel ved udbudsbetingelserne således har været uden indflydelse på, at indklagede som resultat af det gennemførte udbud efter forhandling besluttede at indgå kontrakt med Banestyrelsen på grundlag af Banestyrelsens tilbud ved anden tilbudsafgivelse.

Indklagede har i tredje række gjort gældende, at klagerens tilbud ved første tilbudsafgivelse vedrørende scenario 1 ikke opfyldte udbudsbetingelserne, og at klageren således også af denne grund ikke havde mulighed for at få kontrakten på grundlag af dette tilbud. Klagerens tilbud forudsatte nemlig, at arbejdet ikke alene skulle foregå på banearealet, men også på arealer langs banearealet og dermed fra arealer, som indklagede ikke ejer, hvorimod det i udbudsbetingelserne var fastsat, at arbejdet i det hele skulle udføres fra selve banearealet. Indklagede var som følge af, at klagerens tilbud således ikke opfyldte udbudsbetingelserne, berettiget til at afvise klagerens tilbud.

Klageren har heroverfor i første række gjort gældende, at det pågældende forhold i klagerens tilbud ikke efter sit indhold kunne berettige indklagede til at afvise klagerens tilbud. Klageren har i anden række gjort gældende, at indklagede – som det fremgår af dokumenterne fra udbudet – ikke under udbudet traf beslutning om at afvise klagerens tilbud på grund af det anførte forhold, og at dette indebærer, at indklagede ikke senere under en erstatningssag kan »afvise« klagerens tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Indklagede har ved overtrædelserne anført i påstand 1 handlet ansvarspådragende over for klageren. Det påhviler ikke en tilbudsgiver ved spørgsmål til udbyderen at afklare uklarheder eller mangler i udbudsbetingelserne, og der er derfor intet grundlag for at statuere, at klageren har udvist egen skyld ved ikke forud for den første tilbudsafgivelse at stille spørgsmål til indklagede med henblik på, at indklagede forud for fristen for afgivelse af tilbud ved udsendelse af rettelsesblade til udbudsbetingelserne kunne fastsætte præcise mindstekrav, som alternative tilbud skulle opfylde. Indklagede er således erstatningsansvarlig overfor klageren.

Ad erstatningskravet:

Efter det oplyste – herunder også den forklaring, som markedschef Anders Jonsson har afgivet for Klagenævnet – lægger Klagenævnet til grund, at den

uklarhed i udbudsbetingelserne vedrørende mindstekravene til alternative tilbud, som Klagenævnet har konstateret vedrørende påstand 1, ikke havde nogen betydning for klagerens afgivelse af sin hovedtilbud ved den første tilbudsafgivelse.

Efter det oplyste – herunder den forklaring, som markedschef Anders Jonsson har afgivet for Klagenævnet – lægger Klagenævnet til grund, at den uklarhed i udbudsbetingelserne vedrørende mindstekravene til alternative tilbud, som Klagenævnet har konstateret vedrørende påstand 1, ikke havde nogen betydning for klagerens afgivelse af et alternativt tilbud ved den første tilbudsafgivelse.

Klageren afgav ved den anden tilbudsafgivelse under udbudet efter forhandling et yderligere alternativt tilbud vedrørende scenario 1. Bestemmelsen i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 3, finder imidlertid – som anført i kendelsen af 21. juni 2004 – ikke anvendelse på indholdet af anmodninger til tilbudsgiverne om afgivelse af tilbud, som en udbyder som led i gennemførelsen af et udbud efter forhandling fremsætter til de tilbudsgivere, der deltager i udbudet efter forhandling. Også sådanne anmodninger skal imidlertid – som anført i kendelsen af 21. juni 2004 – opfylde det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og det EU-retlige ligebehandlingsprincip. Som anført i kendelsen af 21. juni 2004 ad påstand 2 har Klagenævnet ikke haft grundlag for at fastslå, at den passus i skrivelsen af 3. februar 2003, som er anført i påstand 2 – »Det skal pointeres, at entreprenører, såfremt det skønnes hensigtsmæssigt, frit kan ændre mængdeangivelsen i tilbudslisten for alternativet« – indebar en tilsidesættelse af disse principper. Den første tilbudsafgivelse under udbud efter forhandling foregår alene på grundlag af udbudsbetingelserne, men senere tilbudsafgivelser under udbud efter forhandling foregår på grundlag af både de oprindelige udbudsbetingelser og det materiale, der er fremkommet under forhandlingerne mellem udbyderen og tilbudsgiverne, og som udbyderen har anvist tilbudsgiverne som grundlag for den senere tilbudsafgivelse. Der er på denne baggrund ikke grundlag for at antage, at den uklarhed i udbudsbetingelserne vedrørende mindstekravene til alternative tilbud, som er anført i påstand 1, har haft nogen betydning for klagerens afgivelse af det alternative tilbud ved anden tilbudsafgivelse under udbudet efter forhandling. Dette understøttes af markedschef Anders Jonssons forklaring for Klagenævnet, hvorefter klageren ved anden tilbuds-

afgivelse afgav tilbud alene for at blive indkaldt til yderligere forhandlinger under udbudet under forhandling.

Det følger af det anførte, at den uklarhed i udbudsbetingelserne vedrørende mindstekravene til alternative tilbud, som Klagenævnet har konstateret vedrørende påstand 1, ikke har haft nogen betydning for indklagedes dispositioner under udbudet, og det følger heraf, at klageren ikke har godtgjort, at klageren som følge af den pågældende overtrædelse er påført et tab.

Klageren har gjort gældende, at overtrædelsen anført under påstand 1 vedrørende mindstekravene til alternative tilbud indebærer, at indklagede generelt har været afskåret fra under udbudet efter forhandling at tage alternative tilbud i betragtning, d.v.s. såvel alternative tilbud afgivet ved første tilbudsafgivelse som alternative tilbud afgivet ved anden tilbudsafgivelse. Under hensyn til det anførte om grundlaget for afgivelsen af tilbud ved anden og senere tilbudsafgivelser under udbud efter forhandling har den pågældende mangel ved udbudsbetingelserne ikke afskåret indklagede fra at tage Banestyrelsens alternative tilbud afgivet ved anden tilbudsafgivelse i betragtning. Da indklagede ikke besluttede at indgå kontrakt med Banestyrelsen på grundlag af Banestyrelsens alternative tilbud ved den første tilbudsafgivelse, er det ufornuddent for Klagenævnet at tage stilling til, om den pågældende mangel efter sin beskaffenhed kan antages at have afskåret indklagede fra at tage Banestyrelsens alternative tilbud afgivet ved den første tilbudsafgivelse i betragtning.

Klagenævnet tager således indklagedes påstand om frifindelse til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Nordjyske Jernbaner A/S, frifindes.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
Kontorfuldmægtig